



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

JÉSSICA MARIA GOMES ARAÚJO

HOMOAFETIVIDADE: UMA QUESTÃO DE DIREITO

**SOUSA - PB
2010**

JÉSSICA MARIA GOMES ARAÚJO

HOMOAFETIVIDADE: UMA QUESTÃO DE DIREITO

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: Profº. Alexandre da Silva Oliveira.

**SOUSA - PB
2010**



A659h Araújo, Jéssica Maria Gomes.
Homoafetividade: uma questão de direito. / Jéssica Maria Gomes
Araújo. - Sousa- PB: [s.n], 2010.

47 f.

Orientador: Prof. Alexandre da Silva Oliveira.

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

1. Homoafetividade. 2. Direito de personalidade. 3. Dignidade
da pessoa humana. 4. União estável homoafetiva. 5. Direito de família
– união homoafetiva. 6. Gays – união homoafetiva. 7. Direitos LGBT.
I. Oliveira, Alexandre da Silva. II. Título.

CDU: 347.626.2-055.34(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

JÉSSICA MARIA GOMES ARAÚJO

HOMOAFETIVIDADE: UMA QUESTÃO DE DIREITO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Alexandre da Silva Oliveira

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof. Alexandre da Silva Oliveira

Examinador interno

Examinador externo

À Deus, por Sua fidelidade e misericórdia.

Aos meus Pais pelo companheirismo e dedicação.

À Vovó Bina (*In Memoriam*) por ser minha estrela mais linda.

Ao meu Amor, por todo o apoio.

Aos amigos de longe, de perto e do meio do caminho.

Por sempre estarem presentes em minha vida.

AGRADECIMENTOS

À Deus, meu refúgio, fortaleza e Pai.

À Vovó Bina (*in memoriam*), por me ensinar as primeiras letras e por ser a estrelinha mais linda à iluminar meus caminhos.

Ao meu SUPER-PAI, de quem - com muito orgulho - herdei toda a personalidade, determinação e teimosia, por acreditar em mim, sonhar comigo e me apoiar sempre.

À minha SUPER-MÃE por todo o esforço, estímulo, dedicação e por me ensinar à lutar por meus sonhos. Por todo o amor, apoio e ensinamentos.

À Tia Zizi, por ter sido sempre mais que uma tia e por ser até hoje minha segunda mãe.

Aos demais tios e tias, primos, primas e familiares por formarem uma família forte e unida, onde sempre encontrei amparo.

Ao meu irmão Daniel, por dividir comigo todos os momentos nesses cinco anos e estar sempre presente: na alegria, na tristeza, na saúde, na doença, na sala de aula ou fora dela.

Ao meu irmão Davi, que mesmo distante sempre transmitiu carinho, amor e uma palavra que alegrasse meu coração. Por todo o companheirismo, tranquilidade e alegria que me transmite.

Às minhas primas Kandice, Katarina e Daniella, por toda a força e cumplicidade.

À todos os meus amigos queridos que fazem o CCBNB-Sousa, por todo o carinho e por me receberem sempre de braços abertos, fazendo com que eu me sinta em casa.

Ao Professor Alexandre Oliveira, por toda atenção e tempo dispensados nesse processo, apesar de todos os seus compromissos.

Aos meus amigos-filhos-irmãos Lívia, Senna e Natarajan por me ensinarem o verdadeiro sentido da amizade.

À Ricardo, por todo o amor, carinho, dedicação, paciência e por tornar meus dias mais felizes. Por todos os ensinamentos, conselhos, por acreditar em mim e por trilhar seus caminhos comigo. Amor, te amo infinito à potência infinita (pra não perder o jeito menina de ser!).

Amo todos vocês, e a cada um de maneira única e particular.

“O mais importante não é o objeto do desejo mas o sentimento em si.”

Gore Vidal

“Por que é que, culturalmente, nós nos sentimos mais confortáveis vendo dois
homens segurando armas do que dando as mãos?”

Ernest Gaines

RESUMO

O presente trabalho traz uma abordagem analítica acerca da problemática da homoafetividade no Brasil e de sua possível legalização; questão esta trazida à luz a partir da aprovação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº132/RJ. Nesse intuito, é traçado primeiramente um perfil histórico evolutivo, apresentando a homoafetividade e como esta vem sendo tratada no contexto de evolução social no qual está inserida. Por conseguinte, trata-se do Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, princípio este garantidor de que todos os direitos e escolhas do indivíduo sejam respeitados. Traça-se ainda um paralelo entre mencionado princípio e a questão da homoafetividade no ordenamento jurídico brasileiro, esclarecendo que a aceitação da condição de família homoafetiva nada mais é que a positivação, ou ainda a afirmação de tal princípio. Discorre-se também sobre a importância dada ao afeto nos relacionamentos familiares e as mudanças trazidas por este a partir do momento em que foi reconhecido como Princípio Fundamental para a constituição e caracterização da família. Explicita-se ainda acerca da ADPF nº132, esclarecendo sobre as mudanças trazidas a partir da aprovação da mesma, garantindo direitos e permitindo o reconhecimento da entidade familiar homoafetiva como tal. Para isso, discorre-se acerca da união estável como um todo, mostrando a relevância que há em considerar a união homoafetiva sob o mesmo prisma. Nesse ínterim, apresenta-se também breve esboço sobre a ADPF como um todo, no intuito de facilitar o entendimento no tocante à sua apresentação, aprovação e consequente aplicação. Compreendido o instituto da união estável e a importância e necessidade da ADPF, traça-se um paralelo entre ambos, trazendo de forma detalhada as alterações impostas pela aprovação da mesma. Sob essa ótica, constata-se que a aprovação da ADPF nº 132 constitui na garantia de direitos que já deveriam ser contemplados há algum tempo; sendo o primeiro grande passo em direção à criação de uma legislação específica para a regência dessas relações, presentes na história da humanidade desde sempre.

Palavras-chave: Homoafetividade; ADPF nº132; Direitos; Família.

RESUMEN

Este artículo presenta un enfoque analítico sobre la cuestión de homoafetivas en Brasil y su posible legalización; este asunto sale a la luz después de la aprobación de la Petición en caso de Incumplimiento de un Precepto Fundamental (ADPF) no 132/RJ. Con ese fin, ha sido básicamente un perfil histórico de la evolución, homoafetivas presentar y cómo se ha abordado en el contexto de la evolución social en los que opera. Por lo tanto, se ha abordado el Principio de Dignidad de la Persona Humana, un principio que garante que todos los derechos y elecciones de los individuos sean respetados. También se establece un paralelismo entre dicho principio y la cuestión del derecho homoafetivas brasileño, aclarando que la condición de aceptación de la familia no es más que la positivación homoafetivas, o incluso la afirmación de este principio. También habla de la importancia dada a los efectos en las relaciones familiares y los cambios provocados por este desde el momento en que fue reconocido como un principio fundamental para la creación y caracterización de la familia. Dar más explicaciones sobre el N ° ADPF 132, que representan los cambios producidos después de la aprobación de los mismos derechos que garantiza y permite el reconocimiento de un homoafetivas la unidad familiar como tal. Para ello, se habla de la unión es estable en su conjunto, mostrando que no hay relevancia en la consideración de la homoafetivas unión de la misma. Por otra parte, también está presente en el esquema ADPF breve en su conjunto, con el fin de facilitar la comprensión en cuanto a su presentación, aprobación y posterior aplicación. Entiende a la institución de una relación estable y la importancia y necesidad de la ADPF, establece un paralelo entre ellos, lo que en detalle los cambios impuestos por la aprobación. En este sentido, parece que la aprobación de la ADPF N ° 132 es la garantía de los derechos que debería estar cubierto por algún tiempo, al ser el primer paso importante hacia la creación de una legislación específica para la realización de estas relaciones en historia de la humanidad desde entonces.

Palabras clave: homoafetivas; ADPF N ° 132, de Derechos; de la Familia.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS	13
2.1. CONCEITUAÇÃO.....	13
2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	17
3. HOMOAFETIVIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	23
3.1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	25
3.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E HOMOAFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	26
4. CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA SOB A ÓTICA DA ADPF N°132/RJ.....	34
4.1. INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL.....	34
4.2. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - CONCEITO E APLICAÇÃO.....	37
4.3. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E ADPF 132/RJ.....	40
5. CONCLUSÃO.....	45
6. REFERÊNCIAS.....	48

1. INTRODUÇÃO

Após anos de discussões e decisões contrárias, o ordenamento jurídico brasileiro sofre uma mudança que mostra claramente o avanço dos legisladores na busca de um direito verdadeiramente igualitário e justo.

A aprovação da Lei que permite a união estável homoafetiva, veio – mesmo que tardiamente – para regular uma prática já recorrente em vários estados brasileiros, embora, até então, fosse considerada inconstitucional.

Apesar de muitos acreditarem que a homossexualidade é uma construção moderna, tal prática é percebida desde os primórdios da civilização. Nos relatos bíblicos os relacionamentos homossexuais são tratados e condenados como pecados da carne, já que, biblicamente, a família é constituída por um relacionamento entre indivíduos de sexo oposto, capazes de gerar descendência.

Por ser condenada biblicamente, a homossexualidade encontrou forte oposição nas Igrejas que, partilhando dos preceitos bíblicos, coloca à margem os adeptos de tal prática.

Também há relatos de casais homossexuais durante o império romano; época esta que cultuava o homem e renegava a mulher à condição de dona do lar e procriadora. Dessa forma, os relacionamentos entre homens e mulheres tratavam apenas de mera formalidade, enquanto os relacionamentos verdadeiramente afetivos ocorriam entre homens.

A sociedade, por possuir grande influência religiosa, sempre tratou com preconceito àqueles que têm opção sexual diversa da imposta pela maioria. Dessa forma, a aversão, o preconceito, sempre estiveram presentes na vida dos que escolheram ser diferentes.

Outro fato gerador de conflitos neste campo é o fato de estar constituída uma sociedade machista, de origem patriarcal, na qual o homem deveria assumir seu papel de chefe de família; sendo o ente forte, dominador, no entanto, apesar de todos os preconceitos e obstáculos enfrentados, as diferenças sempre existiram e resistiram, lutando por melhorias em sua condição. Embora discriminados, sempre

souberam que possuíam direitos e insistiram na busca de uma realidade mais favorável.

Depois de tanta luta, percebe-se que isso começa a acontecer. Em 5 de maio de 2011, foi aprovado no STF a Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental, ADPF nº132, que regula e disciplina a união estável homoafetiva, tornando constitucional algo que já vinha acontecendo em alguns lugares do Brasil.

Esta decisão do Supremo possui bastante relevância, pois, mais uma vez, mostra a preocupação do legislador brasileiro em trabalhar os ideais de igualdade entre os povos. Sendo assim, esta nova norma traz em suas entrelinhas muito mais do que aquilo que é perceptível superficialmente; traz, entremeado em seu direito à unir-se civilmente, direitos relacionados à família, sucessões e muitos outros.

A partir da mesma, foram traçadas indagações, constituindo assim a problematização do referido estudo. Pretende-se responder se há realmente embasamento jurídico para aprovação desta decisão; apresentar quais mudanças serão observadas e quais os reflexos no ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Em razão da atualidade e proporções que vem tomando o tema, elaborou-se o presente trabalho, cujo principal objetivo é esclarecer acerca da relevância e constitucionalidade do mesmo, bem como estudar as mudanças ocorridas nos diversos ramos do universo jurídico brasileiro, sob a ótica da decisão em questão.

Para desenvolver o presente estudo, utilizou-se o método dedutivo e a técnica de documentação indireta, caracterizada pela coleta de dados mediante pesquisa documental e/ou bibliográfica. Método dedutivo, pois, partindo-se de verdades previamente estabelecidas como princípios gerais, sendo estes norteadores da pesquisa, aplicando-se à casos individuais, para comprovação de sua validade.

O campo de investigação acadêmica no âmbito das Ciências Jurídicas a ser utilizado é o dogmático-jurídico, haja vista que as fontes de estudo desta pesquisa são as normas jurídicas que se referem à homoafetividade, a história do estabelecimento desse ramo jurídico e a interpretação jurídica e doutrinal acerca do objeto deste trabalho, qual seja a regulamentação da união estável homoafetiva.

Sob essa ótica, o método empregado pela hermenêutica jurídica a ser observada nesse trabalho é o exegético, empregando as técnicas de análise semântica, gramatical e lógica, assim como a histórica.

Diante disso, a presente pesquisa estruturou-se em três capítulos. No primeiro capítulo tratar-se-á da questão conceitual, bem como a evolução histórica das relações homoafetivas e sua equiparação à união estável.

No segundo capítulo, analisar-se-á a questão da homoafetividade e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana; mostrando a importância dos direitos fundamentais, devendo estes prevalecer acima de qualquer outro.

Por fim, no terceiro capítulo, será realizada uma análise minuciosa da ADPF nº132; apresentando os direitos anteriormente garantidos aos homossexuais, explicitando ainda a importância das mudanças trazidas pela mesma, nos diversos ramos do ordenamento jurídico brasileiro.

2. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS

Não há como se precisar exatamente o período onde tiveram início os relacionamentos entre indivíduos de mesmo sexo. As informações que se apresentam são datadas da Antiguidade, sendo constatados relatos tanto nas Sagradas Escrituras - constituindo textos repudiadores de tal prática -, quanto em livros históricos, que nos esclarecem quais sociedades eram adeptas deste uso.

Conceituar "homossexualidade" é tarefa simples, sendo este termo bastante auto-explicativo; no entanto, vale salientar neste trabalho as alterações que o mesmo sofreu, indicando claramente um avanço, mesmo que pequeno, no entendimento da situação.

Historicamente, como já mencionado, as relações homoafetivas sempre existiram. Permaneceram e subsistiram enfrentando preconceitos diversos e lutando por melhorias em suas condições; não olvidando que, antes de qualquer definição sexual que os rotule, tratam-se de seres humanos; e, como tais, possuidores dos mesmos deveres e direitos fundamentais inerentes a quaisquer do povo.

É nesta ótica que o presente capítulo mostrará a definição, evolução e avanços experimentados no decorrer da história da humanidade.

2.1. CONCEITUAÇÃO

Entende-se como união homoafetiva aquela realizada entre indivíduos do mesmo sexo, em busca de um relacionamento afetivo público e duradouro. Assemelhando-se bastante tal conceito ao da união estável, sendo este previsto no Código Civil Brasileiro:

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

Como é possível observar, a união homoafetiva possui as mesmas características da união estável, sendo o único diferencial entre uma e outra forma, o fato de que, naquelas, este relacionamento ocorre entre indivíduos do mesmo sexo.

Tratado-se da origem da palavra, o vocábulo "homossexual" possui raiz etimológica grega; trazendo o radical "homo" a idéia de semelhança, algo igual, homólogo, análogo; inferindo assim a igualdade de sexos entre os parceiros da relação em questão. É o que se observa na análise do verbete, retirado do Dicionário Aurélio, p. 345:

Homossexual (cs). *Adj.* 2 g. 1. Relativo à afinidade, atração e/ou comportamentos sexuais entre indivíduos do mesmo sexo. 2. Que tem essa afinidade e esse comportamento. S. 2 g. 3. Pessoa homossexual (2). [Antôn.: heterossexual.]

Permeada de preconceitos, a homossexualidade acompanha a história da humanidade. Apesar de sempre ter existido, seu histórico mais comum é de marginalização e não aceitação por grande parte da sociedade. Já tendo sido tratada como assunto 'proibido', hoje encontra espaço para discussões, tratando-se de assunto polêmico e divisor de opiniões. O que mais se observa, em se tratando deste assunto, é uma verdadeira ojeriza enfrentada por parte dos homossexuais que, lutando contra o preconceito, tentam amoldar-se tanto quanto possível às imposições de uma sociedade de valores tão controvertidos.

Como na sociedade, o conceito também sofre alterações no campo científico. Nesta área, até o ano de 1985, era denominada de "homossexualismo" e constava no art. 302 do CID - Código Internacional de Doenças - como sendo uma doença mental. Tendo conseguido relativos avanços ao longo do tempo, já em 1995, o sufixo "ismo", significando doença, deu lugar ao sufixo "dade", indicando modo de ser.

A doutrina é unânime em não considerar casamento havido entre pessoas do mesmo sexo, já que para que este se faça, é necessária a diversidade de sexo, aliada à forma solene e ao consentimento. Assim, não é concebida a união homoafetiva com natureza jurídica de casamento. Mais que isso, o posicionamento majoritário é no sentido do não reconhecimento dos vínculos homoafetivos estáveis, com base no fundamento de que não há previsão legal que permita tal aceitação. É o que se infere da posição de Venosa (2004, p.55):

A Constituição, assim como o art. 1723 do Código Civil, também se refere expressamente à diversidade de sexos, à união do homem e da mulher. Como no casamento, a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer idéia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei. O relacionamento homossexual, modernamente denominado homoafetivo, por mais estável e duradouro que seja, não receberá a proteção constitucional e, conseqüentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário.

Da mesma forma se posiciona Maria Helena Diniz (2004, p.32), defendendo a necessidade de uma Emenda Constitucional em caso de se admitir casamento ou união estável entre casais homossexuais, já que, para ela, não existe nessas uniões o *intuitu familiae*, nem tampouco o requisito da diversidade de sexo.

Em posicionamento contrário figura Luis Roberto Barroso (2009, p.19), em seu artigo de título "Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil", observando que a defesa da família de modelo tradicional não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar.

De acordo com o mesmo, não há incompatibilidade entre a união estável entre pessoas de mesmo sexo e a união estável entre pessoas de sexos diferentes. Mais que isso, uma não possui nenhuma relação com a outra, não existindo interferência ou prejuízo para nenhuma das formas de relação, a existência da outra.

Ressalta ainda que " o não reconhecimento jurídico das relações homoafetivas não beneficia, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor institucionalmente protegido".

O Estado Democrático de Direito não pode ignorar a existência de relacionamentos homossexuais e deixar de atribuir-lhes efeitos jurídicos, pois consagrou como norte o respeito à dignidade da pessoa humana, amparado nos princípios da igualdade e proibição da discriminação, como se percebe do artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Dessa forma, resta claro que o mesmo tratamento deve ser dispensado à todo e qualquer indivíduo, sem que haja nenhum tipo de distinção, seja ela racial,

social, religiosa ou sexual. Independente de suas escolhas, todos são seres humanos, e como tais, possuidores dos mesmos direitos. Nesse sentido, Flávio Tartuce (2006, p.215) discorre:

Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família. De qualquer modo, por certo é difícil a denominação do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana. Reconhecendo a submissão de outros preceitos constitucionais à dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio em questão como "o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas". Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.

Alguns autores afirmam que o tratamento conferido até então às uniões entre pessoas do mesmo sexo se faz inconstitucional, já que fere de pronto a Carta Magna, preceituando esta a proibição de qualquer tipo de atitude discriminatória relacionada à opção sexual do indivíduo. Dentre estes autores, está Maria Berenice Dias (2001, p.19/20), defendendo a equiparação à união estável através da analogia, afirmando que:

O gênero da pessoa eleita não pode gerar tratamento desigualitário com relação a quem escolhe, sob pena de se estar diferenciando alguém pelo sexo que possui: se igual ou diferente do sexo da pessoa escolhida.

Dessa forma, o fato de o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, não incluir a possibilidade de união estável aos homossexuais, limita os direitos garantidos no art. 5º do mesmo diploma legal, ameaçando o direito de indivíduo de determinar como quer exercitar sua sexualidade.

É inaceitável a restrição acerca da união homoafetiva, frente às diversas alterações sofridas nas relações familiares, as quais fizeram com que o casamento não fosse mais direcionado primordialmente à reprodução, valorando mais que isso, o companheirismo e a camaradagem, requisito existente também nas uniões homossexuais.

A união homoafetiva é um fato que se impõe, não podendo ser ignorado e/ou negado pelo Estado, que deve respeitar a opção pessoal valorada na dignidade da pessoa humana. Ninguém, menos ainda os aplicadores do direito, podem, em nome

de uma postura preconceituosa ou discriminatória, fechar os olhos a essa nova realidade social, pois denegar um direito fundamental é macular a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Relacionamentos homoafetivos sempre estiveram presentes na história da humanidade; sendo encontrada desde os povos selvagens até as antigas civilizações, há relatos de tal prática entre romanos, egípcios, gregos e assírios.

No entanto, foi na Grécia que a homossexualidade tomou maior feição, pois, além de se relacionar com a religião e a prática militar, a ela eram atribuídas características relativas à intelectualidade, estética corporal e ética comportamental.

Na Grécia antiga, era papel do preceptor "prestar serviços de mulher" ao preceptor, com o intuito de treiná-lo para a guerra, onde não haveriam mulheres. Nas Olimpíadas os atletas competiam nus, exibindo sua beleza física, sendo vedada a presença de mulheres na arena, consideradas incapazes de apreciar o belo. Nas manifestações teatrais, mesmo os papéis femininos eram atribuídos aos homens, sendo estes travestidos ou fazendo uso de máscaras.

O que se percebe desse período é a valorização do homem não somente como ente mais forte, responsável pela sustentação familiar, conceito este enraizado através das doutrinas cristãs e sociais ao longo dos tempos. A importância do homem, aqui, vai mais além. Este é visto como ser superior tanto físico quanto intelectualmente, ficando tão acima das mulheres que os relacionamentos verdadeiramente afetivos aconteciam entre eles de forma natural, renegando a mulher à posição de mera procriadora, garantindo assim a perpetuação da espécie.

Com a ascensão do cristianismo, a homossexualidade passa a ser encarada como uma anomalia psicológica, um vício baixo e impuro condenado pela Bíblia, como se percebe pela transcrição dos trechos:

Com homem não te deitarás como se fosse mulher: é abominação. (Levítico 18:22)

Pelo que Deus os abandonou às práticas infames. Porque até as suas mulheres mudaram o uso natural, no contrário à natureza. E, semelhantemente, também os varões, deixando o uso natural da mulher, se inflamaram em sua sensualidade uns para com os outros, varão com varão, cometendo torpeza e recebendo em si mesmos a recompensa que convinha ao seu erro. (Romanos 1: 26-27)

Com efeito, cabe ressaltar que, numa sociedade fortemente influenciada pela religiosidade, moralidade e costumes, o conceito de entidade familiar traz em seu núcleo a idéia de uma família patriarcal, nitidamente hierarquizada, com papéis bem definidos e constituída pelo casamento. Esta é a família preceituada na Bíblia, livro influenciador da sociedade em suas diversas religiões, sendo estas, em sua grande maioria, condenadoras das práticas não costumeiras, de acordo com seus padrões.

O que se esquece de mencionar é que, no mesmo livro que condena a homossexualidade como vício, encontram-se escritos que condenam àqueles que julgam o próximo, como percebe-se da leitura do Livro de João 8:7: "...aquele dentre vós que está sem pecado, que lhe atire uma pedra."

Sendo assim, não faz parte da alçada dos demais indivíduos julgarem as práticas afetivas e/ou sexuais uns dos outros. Mais que isso, Direito e Religião não podem enveredar por um mesmo caminho, já que se tratam de teorias extremamente diferentes. Basta ver os avanços e conquistas sociais relativos ao divórcio, à independência da mulher, às uniões estáveis, constituindo estes, exemplos de práticas condenadas biblicamente, mas que se encontram reguladas no ordenamento jurídico, provando que este não se deve guiar pelas "verdades" estipuladas naquela.

Mostrando mais uma vez que, embora fortemente influenciado, Direito e Religião não estão intimamente ligados, discorre o autor CHIARINI (2004, p.25):

Assim sendo, o Direito não está, de forma alguma, ligado à Religião, contrariando-a às vezes, e, portanto, já que o Direito não obedece aos mandamentos bíblicos que ordenam a mulher a submeter-se ao seu marido, e que impedem o divórcio, porque os juristas se preocupam com o fato de ser a homossexualidade contra a vontade de Deus? Se o ordenamento jurídico já contrariou a Bíblia em nome da igualdade entre os sexos, porque não pode, mais uma vez, contrariá-la, afirmando a igualdade entre hetero e homossexuais?

LOPES (2004, p.3), em artigo publicado na revista eletrônica Âmbito Jurídico, defende que a homossexualidade existe desde muito e que não está presente

apenas entre os seres humanos; mas entre as diversas espécies animais, sendo este um acontecimento observado desde os tempos mais remotos da história da humanidade. Para tanto, cita o autor CHIARINI (2004, p.13), pronunciando-se sobre o tema:

O certo é de que "desde que o mundo é mundo", a homossexualidade existe, e não será proibindo-se que se acabará com ela. Quem defende que a homossexualidade é algo errado, contra a natureza, deve ter em mente que durante séculos e séculos esta atitude foi, e ainda é, combatida pela igreja, mas ela continua resistindo e existindo. Não será varrendo a homossexualidade para debaixo do tapete que se acabará com esta prática. Mesmo porque, se até os animais têm relações homossexuais, como pode alguém dizer que esta prática contra a natureza? Ou será que foram os homens quem ensinaram os animais à ter relações homossexuais? Claro que não, isto faz parte do instinto animal, e o ser humano, sendo igualmente animal, deve, igualmente, possuir instintos semelhantes aos da maioria dos animais.

Percebe-se daí que a homossexualidade é algo ligado à todos os animais, incluindo-se os seres humanos, não podendo assim, ser escondida, julgada ou condenada como algo antinatural ou que fira os preceitos bíblicos.

Apesar de tais posicionamentos, o que se observa da evolução das sociedades, é sim um direito fortemente influenciado por preceitos religiosos; sendo estes criados com base em ideais traçados como forma de controle social. A Igreja detinha o poder e utilizava-se disso para controlar os indivíduos, estabelecendo normas comportamentais que deveriam ser seguidas à risca, em busca de uma vida "eterna".

Foi dessa maneira, que considerou válido como forma de relacionamento entre indivíduos apenas o casamento, condenando as demais práticas. Tal posicionamento, através da influência exercida por esta sobre o ordenamento jurídico, acabou tornando-se lei.

Dessa forma, não havia espaço para o aparecimento de outras espécies de relacionamento, que divergissem da concepção jurídica tradicional; ou seja, aquela em que o casamento era heterossexual e com a finalidade de procriação.

Com a evolução dos tempos e da sociedade, foi superada a figura da supremacia absoluta da família legítima, já que, como é sabido, o direito tem que acompanhar a evolução social. Sendo assim, o cenário tornou-se propício ao

surgimento de novas formas de família, na medida em que o modelo institucional foi enfraquecendo.

Assim sendo, a família deixa de possuir suas funções "públicas" e adquire apenas funções "privadas". O conceito de família torna-se mais amplo e permite-se uma pluralidade de organizações familiares. Estas deixam de ser compreendidas como núcleo econômico e reprodutivo e passam à uma compreensão sócio-afetiva, passando a ser algo voluntário, afetivo e de mútuo respeito, perdendo o caráter de necessidade.

É a partir daí que o ordenamento jurídico passa a considerar e aceitar outras formas de família, quais sejam: as decorrentes de união estável e as monoparentais, além das já constituídas pelo casamento.

No entanto, apesar de todas as evoluções demonstradas, a questão dos direitos homossexuais no mundo ainda é permeada de diversos preconceitos sociais. Em se tratando de Brasil, as relações homoafetivas foram proibidas entre os anos de 1533 e 1830; havendo significativa evolução apenas nos últimos 30 anos. Sobre a sexualidade no tempo, MASCOTE *apud* BASTOS (2009) afirma:

A sexualidade, embora universal, é experimentada diferencialmente, em função da época e da cultura em que se vive, da classe social e da etnia a que se pertence, da religião, do país em que se habita e até mesmo do próprio ciclo da vida; tanto suas expressões como as normas sociais que a regulam variam - em maior ou menor grau. Isto significa que não se pode tratar essas questões de forma abstrata, se se quer compreender as expressões que assumem na vivência de grupos ou indivíduos historicamente situados. Para tanto, é indispensável enfocá-la dentro de um contexto social determinado, com as particularidades que o configuram.

Daí, procedendo-se a um enquadramento do assunto no contexto social atual, conclui-se que a homossexualidade, embora venha ganhando espaços, ainda se mostra um tema polêmico e complexo, eivado de preconceito pela maior parte da população.

O que se vê são indivíduos de um mesmo sexo, relacionando-se afetivamente e, além da necessidade de lutar para terem garantidos seus direitos como seres humanos, tendo de se amoldar à uma sociedade que não os aceita assim como o são. Lutando contra um preconceito que vai muito além da verbalização de opiniões contrárias à essa união. Tendo de defender-se de um assédio moral, uma violência

verbal e, mais que isso, tendo que enfrentar por diversas vezes, violência física, tendo por resultado, inclusive a morte.

No âmbito jurídico, o que se via eram indivíduos tolhidos de seus direitos enquanto cidadãos; direitos estes garantidos às demais espécies de formação familiar, o que tornava tal fato mais difícil de ser aceito.

Até então, os casais homossexuais não eram considerados como entidade familiar, e sim como sócios. Apesar disso, ao longo do tempo conquistaram alguns direitos jurisprudencialmente, tais como: direito à comunhão parcial de bens para efeitos de herança; inclusão como dependente em plano de saúde; pensão em caso de morte, se o parceiro for assegurado do INSS; guarda de filhos em caso de um dos parceiros ser pai ou mãe biológico.

No entanto, o fato de não ser tratada como entidade familiar, trazia às relações homoafetivas muitos ônus. Mesmo vivendo juntos há muito tempo, os parceiros não tinham direito de autorizar que o outro fizesse cirurgia de risco; somar rendas para aprovar financiamentos; alugar imóvel; inscrever parceiro como dependente de servidor público; pensão alimentícia em caso de separação; licença maternidade para nascimento de filho de parceira; licença-luto; usufruto dos bens do parceiro; visita íntima na prisão; declaração conjunta de imposto de renda e dedução no IR do imposto pago em nome do parceiro.

Finalmente essa realidade foi transformada, a partir de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), proposta ao STF pelo governador Sergio Cabral e aceita em 5 de maio de 2011, constituindo a ADPF n° 132/RJ. Embora só agora tenha sido aceita, a primeira ação desse tipo, proposta ao STF em 2006, constituía uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin), e foi proposta pela Associação Parada do Orgulho Gay, sob o n° 4277, tendo sido extinta pelo seu relator Celso de Mello.

A partir de agora, serão experimentadas mudanças significativas no âmbito das relações homoafetivas; no entanto, muitas delas já eram jurisprudencialmente aceitas em Tribunais no Rio Grande do sul e Paraná, pioneiros no Direito de Família. Como citado anteriormente, são direitos já conquistados, entre outros, o direito à comunhão parcial de bens, para efeitos de herança; à inclusão do parceiro em plano assistencial de saúde, entre outros.

Tais direitos serão ampliados no que se refere à adoção por pares homoafetivos, à partilha de bens em caso de separação, bem como direito à pensão,

entre outros, uma vez que a ADPF veio para equiparar a união homoafetiva à união estável, fazendo com que valha para ambas os mesmos direitos.

Partindo desse entendimento, fundamental se faz reconhecer a coragem e lucidez da 8ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao reconhecer a união estável homoafetiva a partir do entendimento do art. 5º da Carta Magna.

"EMENTA: Homossexuais. União Estável. Possibilidade jurídica do pedido. **É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual.**(grifos nossos) E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que **as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos.** Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida.. (9 FL S) (Apelação Cível Nº 598362655, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des José Ataídes Siqueira Trindade., Julgado em 01/03/00)"

Disso percebe-se que, em detrimento de todo o preconceito e adversidades enfrentados, a homoafetividade vem, paulatinamente, conquistando espaços, o que de certa forma retrata a disposição judicial - ou de parte dele - em adequar a legislação à realidade de fato.

3. HOMOAFETIVIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes de tratar especificamente do tema em questão, façamos uma breve explanação acerca do estudo do Direito; estudo este que compreende além da compreensão das normas em si, a necessidade de aplicabilidade de recursos outros na consecução de suas finalidades, a saber, agir verdadeiramente com justiça, equidade e retidão.

No decorrer do aprendizado jurídico, observa-se e ensina-se à valorizar além das normas em si, o uso da analogia, bem como a observância aos costumes e o respeito e aplicação dos Princípios Fundamentais do Direito. Tais métodos são

aplicáveis quando não há norma específica, ou quando há lacuna ou obscuridade na lei.

Dessa forma, tais usos devem ser observados em quaisquer circunstâncias, por se tratar de constituintes basilares do bom direito. Esta necessidade é claramente perceptível partindo da análise do art. 126, CC/02, que traz em suas linhas a obrigatoriedade da aplicação destes recursos, em caso de falhas na letra da lei:

Art. 126, CC: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Sabe-se que a analogia consiste em utilizar norma que se equipare ao caso em questão, na falta de norma específica para resolução da lide, desde que o tratamento analógico não fira os preceitos constitucionais. A observância aos costumes consiste no respeito aos mesmos, praticados em determinada época e lugar, no intuito de que estes sejam preservados e respeitados por todos os indivíduos que constituem aquela sociedade, daí porque também constituem base do direito.

Já os princípios, no direito, constituem o ponto mais importante do sistema normativo. Dessa forma, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper. Tratam-se de instrumentos amplamente necessários à interpretação das normas e dos direitos como um todo. É o que se observa das palavras de NUNES (2010, p.33):

Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas. E essa influência tem uma eficácia efetiva, real, concreta. (...) O princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das mais altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.

Há ainda que se observar que, embora princípios e normas possuam a mesma estrutura lógica, aqueles possuem maior força que estas. Sendo assim, constituem-se normas especiais, ocupando posição de destaque no universo

jurídico, orientando e condicionando a aplicação das demais normas, impondo-se de forma absoluta. É nessa ótica que BASTOS (2007, p. 143-144), preleciona:

Os princípios fundamentais são aqueles que guardam os valores fundamentais de ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão do conteúdo; isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa, ganha com força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas.

Como demonstrado, os princípios fundamentais possuem grande importância na interpretação das normas jurídicas e do direito como um todo, devendo sempre ser considerados precipuamente; sendo eles: o princípio da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o do pluralismo político.

Embora alguns autores entendam que a isonomia é a principal garantia constitucional, a maioria se posiciona de forma a defender o princípio da dignidade da pessoa humana como principal direito constitucional garantido, funcionando como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas na Constituição Federal.

3.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes de tratar sobre a dignidade da pessoa humana como um todo, faz-se necessário traçar uma breve explanação sobre sua origem e histórico. Dignidade é um conceito elaborado no decorrer da história, que chega ao início do século XXI como um valor supremo, construído pela razão jurídica. A idéia de que o ser humano já nasce possuindo valores, vem do pensamento clássico, tendo suas raízes no ideário cristão.

Data da Grécia Antiga o início da ideia de que o homem possui um valor intrínseco à si, que carrega consigo desde o momento em que é posto no mundo.

Não existem registros normativos referentes à dignidade da pessoa humana datados desta época; no entanto, as reflexões filosóficas sobre o homem, realizadas neste espaço temporal foram de extrema importância para o que hoje se compreende sobre a preservação do indivíduo e da sociedade.

De acordo com o pensamento filosófico político da Antiguidade Clássica, a dignidade da pessoa humana estava relacionada à sua posição social e grau de reconhecimento pelos demais membros da sociedade, permitindo-se falar em pessoas mais ou menos dignas.

Foi a religião cristã que fez surgir, na Idade Média, o entendimento de que o ser humano é dotado de um valor próprio, intrínseco à sua condição de homem, não podendo este ser tratado como simples objeto ou instrumento. Tal pensamento surgiu a partir da análise de textos bíblicos - tanto no Novo quanto no Velho Testamento - que afirmam que Deus criou o homem à Sua imagem e semelhança.

No pensamento estóico, a dignidade sendo inerente ao ser humano, era tida como característica que o distinguia das demais criaturas, afirmando que todo indivíduo era portador da mesma dignidade. Esta concepção de dignidade, baseada na doutrina cristã e no estoicismo, permanece durante o período medieval.

Nos séculos XVII e XVIII, época do jusnaturalismo, essa concepção, assim como a idéia do direito natural em si, passa por um processo de racionalização, mantendo, no entanto, a noção fundamental de igualdade entre os homens em dignidade e liberdade.

A partir de então a dignidade passa a ser considerada como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir de acordo com seu entendimento e opção. Em outras palavras, a concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, o que traduz o pensamento kantiano. A concepção kantiana de dignidade prevalece até os dias de hoje, impregnada no pensamento filosófico-constitucional.

No entanto, é mister observar que por um longo período esta concepção de dignidade humana, embora existente, permaneceu no campo das idéias, sendo discutida e propagada, mas não praticada de forma geral. Somente após um contexto de diversas guerras e atrocidades em várias partes do mundo, a dignidade da pessoa humana vem ganhando força e tornando-se princípio fundamental em diversas constituições. É o que se observa das Constituições Italiana, que previu a dignidade da pessoa humana em 27/12/1947, no seu art. 3º; Alemã (23/05/1949 -

art. 1º, nº1); Portuguesa (25/04/1976 e revisão em 1989 - art. 1º) e Espanhola (art. 10, nº1).

Influenciado por este movimento internacional, o constituinte brasileiro consagrou a dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988, no Título I - Dos princípios fundamentais, em seu art. 1º, inciso III; como forma de reação ao autoritarismo militar, às recorrentes violações aos direitos e garantias fundamentais e ao positivismo. Neste contexto nacional a dignidade da pessoa humana foi constitucionalmente acolhida como fundamento da República Federativa do Brasil e do estado democrático de Direito; cabendo ao Estado a tarefa de preservá-la, promovendo condições que tornem possível a sua prática.

Cabe ainda ressaltar, à título de informação, que, com o fim do socialismo, a dignidade da pessoa humana também foi positivada em diversas constituições do leste europeu, tais como na Croácia (22/12/1990 - art. 25); Bulgária (12/07/1991 - preâmbulo); Eslováquia (1º/09/1992 - art. 12) e Rússia (12/12/1993 - art. 21).

3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E HOMOAFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Está claramente explicitado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, um princípio considerado basilar para o exercício do direito: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana; trazendo intrínseco o respeito ao ser humano, independente de sua posição social ou dos atributos que à ele possam ser imputados pela sociedade, possuindo assim a pessoa humana, um valor em si mesmo que não pode ser sacrificado em face de nenhum interesse coletivo. Sobre isso, dispõe MORAES (2002, p. 129):

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Este dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). (sic)

Esse compromisso do Estado, proclamado no art. 1º, inciso III, da Carta Magna, está assentado nos princípios de igualdade e de liberdade, concedendo assim proteção à todos, vedando todo e qualquer tipo de discriminação e preconceito, sejam estes por motivos de origem, raça, idade ou sexo. Dessa forma são assegurados 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.

Estes mesmos direitos são garantidos no art. 5º da Constituição Federal ao trazer elencados os direitos e garantias fundamentais, proclamando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; enfatizando ainda a igualdade entre homem e mulher e vedando que alguém seja obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei.

Como garantido constitucionalmente, a sexualidade é um direito humano fundamental que integra o ser humano, acompanhando-o desde seu nascimento, vez que decorre de sua própria natureza; sendo assim, trata-se de um direito natural, inalienável e imprescritível.

O respeito ao exercício da sexualidade constitui-se ainda no próprio exercício da dignidade humana, compreendendo aí tanto a liberdade sexual como a livre orientação sexual. Validando tal raciocínio tem-se CARLUCCI (2001, p.24), que preleciona:

El derecho a la libre determinación de cada uno es considerado hoy un derecho humano. La circunstancia de que no este mencionado en el catálogo que contienen los tratados nacionales e internacionales sobre derechos humanos no significa que no exista. Así como existe un derecho a la libre determinación de los pueblos, existe un derecho a la libre determinación del individuo.

Sendo assim, negar a existência de uniões homossexuais é afastar o princípio previsto no inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, como bem preceitua GIORGIS (2002, p. 224):

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa da humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no art. 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

Sendo assim, a orientação sexual do indivíduo, por estar inserida na esfera da privacidade, não admite restrições. Qualquer interferência consiste em afronta à liberdade fundamental, direito de todo ser humano, no que diz respeito à sua condição de vida. Dessa forma, até então, como todos os demais segmentos alvos de preconceitos e discriminação social, as relações homossexuais sujeitaram-se à deficiência no que dizia respeito à normatividade, sendo colocados à margem da sociedade e sofrendo com o descaso do Direito.

O que se percebia era que se tratava de excluir a homossexualidade do mundo do Direito. No entanto, fez-se imperativa sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais, por se tratar de direito subjetivo, inserido em todas as suas categorias, sendo ao mesmo tempo direito individual, social e difuso.

Além de amparado pelo princípio fundamental da isonomia - tendo como corolário a proibição das discriminações injustas - a homoafetividade encontra escopo também na liberdade de expressão. Mais que isso, pode ser incluída também entre os direitos de personalidade, no que concerne à identidade pessoal e integridade física e psíquica.

Com base nisso, depreende-se que qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura nítido desrespeito à dignidade humana, infringindo assim o princípio maior consagrado pela Constituição Federal. É o que preceitua DIAS (2000, p. 17):

Infundados preconceitos não podem legitimar restrições à direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabaram por causar sentimentos de rejeição e sofrimentos. 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.

Impondo a Carta Magna respeito à dignidade humana, tornaram-se dignos de proteção os relacionamentos afetivos, independente da identificação do sexo do par. Como mencionado anteriormente, o conceito tradicional de família foi substituído por outro mais amplo, baseado na afetividade em detrimento daquele com base unicamente nos interesses econômicos e reprodutivos. A partir de então foram aceitos o modelo de família decorrente da união estável e o modelo monoparental.

Nessa nova concepção, o afeto é extremamente necessário à realização da dignidade humana, pois é ele que proporciona ao indivíduo a estruturação da sua vida, sendo obtido, primordialmente, no seio familiar. Foi nesse sentido que a Constituição Federal privilegiou a afetividade como valor jurídico, dando suporte às novas formas de relações familiares.

Sendo assim, enquadrar as uniões homoafetivas no âmbito da família é muito mais que uma questão constitucional; trata-se de uma postura moral e ética, tornando os indivíduos iguais, assim como verdadeiramente o são. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça gaúcho foi pioneiro no reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, como apropriadamente disposto por PEREIRA (2007, p. 165):

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul parecia trilhar por caminho coerente: reconheceu a competência das varas de família para julgar questões referentes a uniões de pessoas do mesmo sexo (o que já pressupunha o reconhecimento da natureza familiar dessas uniões) e também reconheceu às uniões homossexuais os mesmos efeitos patrimoniais inerentes às demais relações familiares de maneira geral. As decisões do Tribunal gaúcho reconheceram a possibilidade de se estender indistintamente a homens a mulheres, independentemente de sua orientação sexual, o direito de constituir família, garantindo nas relações familiares entre pessoas do mesmo sexo eficácia (indireta) aos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade, a partir da vinculação dos julgadores a esses direitos fundamentais na interpretação e aplicação do direito privado.

Dessa forma, o que se faz necessário para o reconhecimento de uma união estável, seja entre pessoas de sexo oposto ou entre pessoas do mesmo sexo é a necessidade de demonstração da ocorrência de determinados requisitos, estes sim notadamente importantes na construção de uma base familiar sólida.

Constituem requisitos necessários ao reconhecimento da união estável homoafetiva: a existência de uma relação em que seus membros convivam um com o outro, estabelecendo uma comunhão estreita de vida entre si, ainda que não coabitem; que tal relação seja contínua e duradoura de tal forma que demonstre estabilidade e interesse na constituição familiar; que seja pública de conhecimento notório e inequívoco por parte das pessoas que integram o círculo de convivência do casal; e, principalmente, que haja o objetivo de constituir família, a partir da união estabelecida, sendo isso revelado, de acordo com OLIVEIRA (2002, p. 156):

Pelo comportamento social à moda de casados e uma gama de elementos variáveis, como a frequência a lugares públicos, a

participação em reuniões, festividades e compromissos familiares, a situação de dependência de um dos companheiros, as viagens em conjunto, a colaboração nas empreitadas de interesse comum, a abertura de contas bancárias conjuntas, a existência de filhos em comum, o tratamento dispensado por parentes, conhecidos e amigos, a aquisição de bens em condomínio etc.

Também a jurisprudência, há algum tempo vem decidindo neste sentido, mostrando que, finalmente, ampliou sua atuação tratando de forma idônea e justa o que lhe é apresentado no tocante à matéria em questão:

Rio Grande do Sul – APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. APELO DA SUCESSÃO. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Seja como parceria civil (como reconhecida majoritariamente pela Sétima Câmara Cível) seja como união estável, uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento de efeitos patrimoniais nas uniões homossexuais, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Caso em que se reconhece as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. (TJRS, 8.^a C.Cív. AC 70035804772, rel. Des. Rui Portanova, j. 10.06.2010).

Portanto é descabido estabelecer a diferença de sexos como pressuposto para o reconhecimento da união estável; mesmo porque a família não é mais caracterizada pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole já não é mais essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional.

Ou seja, como a existência de filhos ou a capacidade procriativa já não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça proteção legal, não há porque deixar de abrigar, sob o conceito de família, as relações homoafetivas, uma vez que estas estão sim fundamentadas naquilo que foi consagrado como princípio fundamental às relações familiares: o afeto. É o que se percebe das decisões jurisprudenciais:

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

peças 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. (TJ, Estado do Rio Grande do Sul, AC 70009550070, Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Des. Maria Berenice Dias, 2004).

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar 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 sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (TJ, Estado do Rio Grande do Sul, AC 70012836755, Des. Luiz Felipe Brasil Santos (revisor), Des. Ricardo Raupp Ruschel, Des. Maria Berenice Dias, 2005).

Mesmo que não haja disposição legal específica acerca do assunto, a posição que impera, na letra da lei, é a de que deve o juiz, em face do silêncio normativo e da omissão do legislador, cumprir a lei atendendo às determinações constantes no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e no art. 126, do Código de Processo civil; valendo-se, na lacuna da lei, da analogia, costumes e princípios gerais do direito.

Até porque nada diferencia tais uniões de modo a impedir que sejam definidas como família. Sendo assim, enquanto não existir regramento legal específico, é necessário, pelo menos, a aplicação analógica das regras jurídicas que regulam as relações baseadas no afeto.

Sendo as relações sociais tão dinâmicas, não cabe continuar pensando a sexualidade permeada de preconceitos, de conceitos fixados no conservadorismo do passado e repletos de ideologias machistas e discriminatórias tão discrepantes com a sociedade em que vivemos. É com base nesse pensamento que DIAS (2009, p.8) afirma:

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

Ainda nas palavras de DIAS (2009, p.8), "o receio de comprometer o sacralizado conceito do casamento, limitado à idéia de procriação e, por conseqüência, da heterossexualidade do casal, não permitia que se inserissem as uniões homoafetivas no âmbito do Direito de Família". Com isto os direitos dos casais que assim se relacionavam ficavam restritos à uma pretensa repartição do patrimônio comum, não gerando direitos relativos à alimentos ou pretensão sucessória, sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

No entanto, como mostra de que o Direito busca sim acompanhar os avanços sociais, bem como proteger os direitos por eles gerados, mudanças começaram a ser percebidas. Estas foram encontradas pioneiramente na Justiça gaúcha, que, definindo a competência dos Juizados Especializados de Família para apreciar as uniões homoafetivas, acabou por inseri-las no âmbito do Direito de Família, como entidades familiares. Nas palavras de DIAS (2009, p. 11):

Houve um verdadeiro enfrentamento à toda uma cultura discriminatória e uma oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito conservador de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade, que se faz justiça. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças, afastando-se o Estado do dever de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

Era esta a atitude esperada dos legisladores brasileiros, ou seja, que abandonassem a idéia do patriarcalismo, se libertassem do conservadorismo imposto pelo ideário cristão, pregado de forma tão errônea e impregnando de forma tão prejudicial o ordenamento vigente e abrisse os olhos para a normatização de um direito verdadeiramente justo, já que é isso que dizem prezar - a Justiça.

Felizmente a Justiça não se faz cega e, na falta de legisladores abertos à uma nova realidade, o Judiciário tomou a frente, permitindo às famílias homoafetivas direitos que já lhes eram garantidos pelo simples fato de se tratarem de seres humanos. Direitos estes erroneamente castrados em nome do preconceito, da falta

de atenção e respeito ao próximo e da relativização do direito à liberdade de expressão e escolhas. Foi neste contexto que se deu a aprovação, de forma unânime, da ADPF nº132/RJ.

A ADPF nº132/RJ trata da equiparação entre a união estável e a união estável homoafetiva; ou seja, seu intuito é de trazer à luz das normas que regem os relacionamentos estáveis, também as relações homoafetivas. O que ela busca, em uma análise rápida e superficial, é estender aos casais homoafetivos os mesmos direitos garantidos aos demais casais, quais sejam direitos no âmbito familiar, previdenciário e sucessório, entre outros. Tal assunto será será detalhadamente tratado no capítulo que se segue.

4. CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA SOB A ÓTICA DA ADPF Nº132/RJ

No dia 05 de maio de 2011 foi realizado o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132; ações nas quais se discute a possibilidade do reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo. Tais ações foram ajuizadas na Corte de nosso País, qual seja, o STF respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

O julgamento teve início na tarde do dia 04 de maio de 2011, quando o relator, Ministro Ayres Britto, votou no sentido de interpretar de acordo com a Constituição Federal, excluindo qualquer significado do art. 1.723, do Código Civil pátrio, que venha a impedir o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos como entidade familiar.

Inicialmente, a ADIn 4277 foi protocolada na Corte como ADPF 178, objetivando a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pede, ainda, que os direitos e deveres dos

companheiros em união estável sejam estendidos aos companheiros em união homoafetiva.

Já na ADPF 132, o Governo do Estado do Rio de Janeiro alega que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais, tais como igualdade, liberdade, desrespeitando ainda o princípio da dignidade da pessoa humana; princípio este tido como inerente à existência do homem.

4.1 INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL

No intuito de acompanhar os avanços apresentados pela sociedade e regular de forma justa suas relações, e ainda em face dos princípios e valores que norteiam o direito, primando sempre pelo respeito à democracia e, principalmente, à dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal chancela em seu art. 226, §§ 3º e 4º, a união estável, a saber:

Art. 226, § 3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

Embora aparente ser uma prática da sociedade moderna, a união estável faz-se presente na história da humanidade desde época muito remota. É o que se percebe ao analisar as vivências entre homens e mulheres, datando da Roma Clássica. Na referida época, o casamento era realizado sem intervenção do Estado e era passível ou não de cerimônia religiosa, sendo esta união demonstrada unicamente pelas circunstâncias, pela posse do estado de casados.

Na modalidade de casamento *cum manu*, na qual a mulher perdia o vínculo com a família de origem e assumia novo vínculo com a família do marido, passando a ser posse deste, existiam três modalidades. A primeira, chamada *confarreatio*, compreendia em celebração de cerimônia religiosa, na qual os noivos ofereciam à Júpiter um pão de trigo, que comiam juntos, sendo praticada entre os patrícios, na presença de um sacerdote e dez testemunhas.

A segunda forma, denominada *coemptio*, era celebrada entre os plebeus e consistia numa solenidade representando a venda simbólica da mulher ao marido. Já a terceira forma, chamada *usus*, consistia em um casamento de fato, estabelecido pela convivência ininterrupta do homem com a mulher, pelo espaço temporal de um ano, dando à este o direito a *manu* (posse ou poder marital); a menos que, a cada período de um ano, a mulher se ausentasse do lar conjugal por três dias, afastando a possibilidade de caracterizar o *usus* e configurando o que era chamado de *trinoctii usurpatio*.

Sendo assim, tem-se no *usus* a possibilidade mais remota do que hoje se determina como união estável, sendo possível encontrar no mesmo todas as características atualmente exigidas para caracterização da união como tal, a saber: diversidade de sexos, duração, continuidade, publicidade e intenção de constituir família. Sobre essa modalidade de casamento, dispões BEVILÁQUA (1989, p. 49):

O *usus* era simplesmente a *usucapio* aplicada à posse da mulher. Se a posse durava um ano, a propriedade estava adquirida, como se se tratasse de qualquer objeto móvel, e a mulher estava sob a *manus* do marido. Mas era-lhe facultado interromper a continuidade da posse, pernoitando fora do teto comum, por três noites seguidas durante o ano.

Mas foi com a Constituição Federal de 1988 que, no Brasil, foi regulada a união estável, conferindo à esta modalidade direitos e deveres tais quais os do casamento, mantidas as devidas particularidades. Seguiram-se de maneira sistemática, cabe ressaltar, as leis regulamentadoras n° 8.971/94, dispondo sobre os direitos do companheiro à alimentos e sucessão; e a lei n° 9.278/96, regulando o § 3° do art. 226, da Constituição Federal, prevendo ali direitos e deveres entre os companheiros, presumindo a comunhão de bens adquiridos onerosamente na constância da união, estatuinto expressamente o direito à alimentos, estendendo aos companheiros o direito real de habitação, dispondo sobre a conversão em casamento e firmando a competência da Vara de Família para resolver controvérsias referentes ao assunto.

Por fim, o Código Civil de 2002 regulamentou a união estável, em seu artigo 1.723, dispondo ainda, em seu art. 1.727, acerca do concubinato, estabelecendo as distinções entre estes institutos. É o que se pode observar da letra da lei, na leitura dos artigos 1.723 a 1.727, do referido Código:

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

Art. 1.724: As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725: Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726: A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727: As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Sendo assim, e de acordo com o disposto em nossa Carta Magna e referido Código Civil, consiste a união estável em uma união monogâmica, estabelecida entre homem e mulher, estando estes desimpedidos, e mantendo convivência pública, notória, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família, sendo todo o relacionamento mantido às claras, sem necessidade de ocultação ou omissão.

São requisitos que caracterizam a união estável: a *affectio societatis* familiar, que consiste na intenção de formar uma sociedade familiar, vertendo para esta entidade todos os esforços, a posse do estado de casado, vivendo como se de fato assim o fossem, respeitando-se mutuamente; a convivência *more uxório*, consistindo na manifestação da convivência dos companheiros na aparência de marido e esposa; a continuidade da união, devendo subsistir por espaço de tempo tal para que esta seja consolidada; e a dependência efetiva de um companheiro em relação ao outro, adquirindo esta característica de mutualidade.

O que se percebe daí é que o legislador está muito mais preocupado com o afeto presente nas relações, do que com meras formalidades, valoradas em épocas outras, impregnadas de religiosidade e dificultando a existência de outras formas de união que, regulamentadas ou não, sempre existiram.

Mostra ainda a preocupação crescente e cada vez mais perceptível daqueles que regulam o direito, em respeitar a dignidade da pessoa humana, tratando os indivíduos, independente de suas escolhas, de forma humana, igualitária e justa, garantindo à todos a proteção de seus direitos enquanto parte da sociedade.

4.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - CONCEITO E APLICAÇÃO

Arguição de descumprimento de preceito fundamental é a denominação conferida no Direito Brasileiro à ferramenta da qual se faz uso para evitar ou reparar lesão à preceito fundamental que resulta de ato do poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), incluindo-se atos anteriores à promulgação da Constituição.

Foi instituída no Brasil em 1988, pelo § 1º do art. 102, da Constituição Federal, sendo regulamentado posteriormente pela lei 9.882/99; tendo sido criada com o objetivo de suprir com a lacuna deixada pela ação direta de inconstitucionalidade (ADin).

Foram previstas, no art. 1º da referida lei, duas hipóteses de arguição, a saber, arguição autônoma e arguição por equiparação. Observe-se a letra da lei:

Art. 1º: A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único: Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I- quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

A arguição autônoma tem por objetivo evitar (caráter preventivo) ou reparar (caráter repressivo) lesão à preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. Já a arguição por equiparação, segundo as palavras de OLIVEIRA (2010, p.102):

É a ação que tem por objeto uma relevante controvérsia constitucional sobre a aplicabilidade de lei ou ato normativo federal, estadual, municipal ou distrital, incluídos os anteriores à Constituição Federal, violadores de preceito fundamental.

Embora o STF ainda não tenha apresentado um conceito uniforme sobre o que seja preceito fundamental, BULOS, Uadi Lammêgo (2000, p.91) o define como sendo "os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da

manifestação constituinte originária"; e cita como exemplos os arts. 1º, 2º, 5º, II, 37 e 207 da Constituição Federal.

Dessa forma, devem ser entendidos como preceitos fundamentais as normas dos arts. 1º a 4º da Constituição Federal; as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º da CF); os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, da CF); os princípios constitucionais da administração pública (art. 37, caput, da CF); e os princípios gerais da atividade econômica (art. 170, da CF).

Em se tratando de competência, a apreciação da ADPF é de competência originária do STF, sendo legitimados para propor a ação os mesmo da ADIn genérica e da ADC, estando elencados no art. 103, I a IX, da Carta magna. São eles:

Art. 103: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador do estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Há que se observar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente poderá ser tomada mediante a presença, na sessão, de pelo menos dois terços dos Ministros. Desta monta, julgada a ação, será feito um comunicado às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se aí as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, segundo consta no art. 8º, da Lei 9.882/99.

Ainda de acordo com a referida lei, em seu art. 11, ao declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepciona interesse social, poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração ou, ainda, decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por fim, o art. 12 da aludida lei preleciona que a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não cabendo à ela ser objeto de ação rescisória. No entanto, caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo STF, na forma de seu Regimento Interno.

No que concerne à natureza jurídica, a ADPF possui natureza subsidiária, visto que, de acordo com o disposto no § 1º do art. 4º da lei em comento diz que "não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade".

Em se tratando de efeitos, tal decisão produzirá efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública; *erga omnes* e *ex tunc*; sendo que, excepcionalmente, caso declarada a inconstitucionalidade por razões de interesse social ou segurança jurídica, pode o STF, por maioria qualificada, modificar o efeito da decisão para *ex nunc*.

Como mencionado anteriormente, a ADPF veio para suprir a lacuna deixada pela ADIn, já que esta só poderia produzir efeitos para os casos apresentados a partir da consideração de tal pedido como procedente. Ou seja, a ADPF surgiu para vislumbrar também os casos anteriores à promulgação da Constituição Federal, garantindo assim que nenhum indivíduo fosse injustiçado.

Foi nesse intuito que a ADPF 132/RJ foi proposta. O que se buscava - e foi alcançado - a partir da mesma, era a equiparação das uniões homoafetivas com as heteroafetivas (uniões estáveis) garantindo àqueles os mesmos direitos e deveres concedidos à estes, como já demonstrado anteriormente. Pretendia-se um tratamento igualitário, baseando-se, na falta de norma específica, na analogia e respeito aos princípios e garantias fundamentais, principais fontes de garantia da igualdade entre os povos.

4.3 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E ADPF 132/RJ

Com a aprovação unânime da ADPF 132/RJ, mudanças consideráveis serão experimentadas pelos casais homoafetivos. Não que estes não possuíssem direito algum, já que, jurisprudencialmente, vários direitos eram garantidos em Tribunais

espalhados por todo o Brasil. No entanto, tais direitos só lhes eram garantidos e respeitados de acordo com a análise e julgamento individual de cada jurista, o que não lhes garantia, efetivamente, sucesso na consecução de suas causas.

Até então, em linhas gerais, relacionamentos homoafetivos garantiam aos parceiros que assim viviam direitos intrínsecos à uma sociedade de fato, já que eram assim considerados. Tal fato, além de ferir princípios constitucionais de extrema importância, tolhiam destes indivíduos direitos que, em outras formas de relacionamento - socialmente aceitas - eram protegidos.

Como já demonstrado anteriormente, relacionamentos homoafetivos estão presentes na sociedade desde a Antiguidade; No entanto, isto não significa dizer que tal fato seja aceito ou respeitado socialmente. Somente em época mais recente a homossexualidade vem lutando por seus direitos e ganhando espaço, embora as conquistas sejam mínimas se comparadas aos direitos que estes indivíduos possuem enquanto seres humanos.

O histórico social de repúdio, aversão, discriminação e preconceitos sofridos por estas pessoas é antigo e bastante sério. O que se agrava mais ainda quando deixamos momentaneamente à parte o fato de o Direito simplesmente não regulamentar tais práticas; e passamos à observar as agressões morais e físicas sofridas por estes indivíduos simplesmente por optarem por uma prática sexual diversa daquela considerada comum.

A sociedade, buscando justificativas para seus atos preconceituosos nos escritos bíblicos, mostra mais uma vez, claramente, que o Direito continua arraigado, preso à religiosidade e sendo fortemente influenciado pelas doutrinas das Igrejas; fato que não mais se admite numa sociedade considerada de direito.

São inegáveis os avanços percebidos no Direito, ainda mais no que concerne ao Direito de Família, ramo este priorizado neste trabalho. No entanto, ao deixar de lado uma realidade tão premente quanto a homoafetividade, ao regular as novas formas de constituição familiar, mostrou-se que o legislador, embora ampliasse as relações de alguma forma, continuou preso à convenções que não mais se enquadravam a sociedade, da forma em que esta se apresentava.

No entanto, tantos anos de luta começam a ser recompensados. Com a aprovação da ADPF 132/RJ e da ADIN 4277, serão realmente experimentados consideráveis avanços no ramo do Direito de Família, começando por aceitar as

relações homoafetivas como sendo familiares e colocando-as sob a luz do Direito de Família.

O que se buscava, e finalmente foi alcançado, era a equiparação destas relações com as uniões estáveis heteroafetivas, garantindo para ambos os mesmos direitos e deveres. E, desde então, é este o tratamento dispensado aos relacionamentos homoafetivos. Tratando ambas as relações sob a mesma ótica, garante-se o respeito à dignidade da pessoa humana e, principalmente, aos relacionamentos que têm por base o afeto, sendo este princípio basilar para constituição de uma família.

Neste sentido discorre o Relator, Ministro Celso de Melo, no Informativo nº 625 do STF, ao tratar da decisão favorável à ADPF 132:

Com efeito, torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto.

Também, partilhando do mesmo pensamento, preleciona DIAS (2007, p.336):

O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais. A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, venceu um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros.

Sendo este assunto bastante comentado ao longo do presente trabalho; cabe ainda apresentar o posicionamento de SARMENTO (2008, p.643), outro importante doutrinador, acerca do referido tema:

Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto,

qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais.

O que se percebe de tais posicionamentos é que o afeto, enquanto valor jurídico-constitucional, é reconhecido como elemento fundamental na esfera das relações do direito de família, incluindo-se aí relações entre indivíduos de mesmo sexo. Finalmente é reconhecido que, muito mais importante do que uma família constituída dentro dos padrões aceitos pela sociedade; é que esta seja formada com base no afeto, respeito mútuo e desejo formar indivíduos de verdadeiro caráter moral e social.

Com esta aprovação, novas portas são abertas e, indivíduos que antes vivam às escuras, marginalizados e maltratados por exercerem seu direito à liberdade de escolha, ganham novo fôlego para continuar a lutar por seus direitos. Pois, muito embora a homoafetividade ainda não tenha ganho normatização específica, conquistou-se o direito à equipará-la a união estável, já disciplinada constitucional e civilmente, e a possibilidade de pleitear seus direitos junto às Varas de Família.

Diversas são as mudanças e conquistas apresentadas, e em diversas áreas do direito. Cabe aqui, ressaltar os avanços mais importantes com relação à vida familiar, financeira e aos benefícios adquiridos por indivíduos que se relacionam homoafetivamente.

Em se tratando das relações familiares, os pares homoafetivos, a partir de então possuem direito à ter reconhecida a união estável, adotando assim o sobrenome do parceiro; acompanhar o parceiro servidor público, caso este seja transferido; ter garantida pensão alimentícia em caso de separação; assumir a guarda do filho do cônjuge, em caso de falecimento deste ou, ainda, adotar o filho do parceiro; ser inventariante do parceiro falecido; realizar visita íntima na prisão; alegar dano moral, caso o parceiro seja vítima de crime; proibir a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem do companheiro falecido ou ausente; manter segredo de justiça nos processos que se referirem a qualquer coisa que esteja discutindo a união ou separação; autorizar cirurgia de risco e receber herança do parceiro falecido.

No que diz respeito à vida financeira, os casais homoafetivos adquiriram direito de somar rendas para aprovar financiamentos ou alugar imóvel; ter como impenhorável o imóvel no qual o casal reside; declarar conjuntamente o Imposto de Renda; reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos

pelo outro companheiro ao amante e solicitar o seqüestro dos bens do casal, caso o companheiro os estiver dilapidando e estiverem dissolvendo a união.

Já no que concerne aos benefícios concedidos, possuem agora o direito de inscrever parceiros como dependentes da Previdência; receber abono-família e auxílio-funeral; incluir parceiro como dependente no Plano de Saúde; ter licença-maternidade para nascimento de filho da parceira; ter licença-luto, para faltar ao trabalho na morte do parceiro; participar de programas do Estado vinculados à família e inscrever parceiro como dependente de servidor público.

O que se percebe dos direitos alcançados com tal mudança é que, a partir de agora, indivíduos que se relacionam homoafetivamente começam a conquistar, definitivamente, um espaço que já lhes era garantido pelo simples fato de se tratar de seres humanos. Percebe-se ainda a real preocupação em acompanhar os avanços da sociedade, inserindo, de fato, um grupo que sempre existiu, embora tenha sido repetidas vezes marginalizado, ojerizado.

Nota-se ainda a preocupação dos juristas e legisladores em aplicar um direito verdadeiramente justo, trazendo à tona a importância de difundir um direito baseado no afeto, sendo este fundamental para a construção de uma sociedade correta e, acima de tudo, diversificada, respeitando cada um em suas diversidades.

Depreende-se também a necessidade satisfeita, de um direito de família tendo por fundamento o afeto em sua constituição, sendo este valor fundamental para construção de uma base familiar sólida, capaz de moldar cidadãos que saibam valorar aquilo que realmente mereça; tornando-se socialmente responsáveis e respeitando as diferenças, já que esta é característica maior na formação de nosso País.

Sendo assim, são estas as conquistas alcançadas pelos homossexuais atualmente; o que não significa dizer que a luta acabou. Muito há ainda a ser discutido, implementado, concedido e normatizado, nessa busca constante por uma sociedade justa, igualitária e fiel aos seus princípios constitucionais.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso buscou investigar a homoafetividade desde sua historicidade, bem como os direitos até então garantidos àqueles que vivem desta maneira e o que mudou a partir da aprovação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 132/RJ.

Em meio à uma análise bibliográfica, comungada com a observação do cenário brasileiro, e ainda associada à recente aprovação acima citada, apurou-se a importância de se trazer à comento a questão da homoafetividade e seu tratamento em nossa legislação. Interesse este, despertado também devido aos históricos cada vez mais recentes e recorrentes de desrespeito, preconceito e verdadeiras agressões - físicas e morais - enfrentados pelos indivíduos que optam por assim viver.

A análise empreendida através do desenvolvimento do presente estudo, leva à compreensão de que se faz cada vez mais necessário, verdadeiramente urgente, que se tomem medidas no sentido de proteger e garantir direitos à estes indivíduos, já que se trata de uma realidade social e que está em constante crescimento.

Frente à esta realidade, buscou-se responder o seguinte questionamento: Há realmente embasamento jurídico para que seja tomada esta decisão? Quais mudanças serão observadas e quais os reflexos no ordenamento jurídico brasileiro?

Como já mencionado, foi feita uma análise da evolução histórica da homoafetividade, como realidade social sempre existente, na tentativa de reforçar o quanto se faz importante a regulamentação desta modalidade de relação familiar. Para isso fez-se também um paralelo com as conquistas realizadas com relação à união estável como um todo, constituindo esse um grande avanço já realizado pelo Direito de Família.

Posteriormente foram apresentados argumentos vários de doutrinadores já consagrados, sendo estes favoráveis a aprovação de tal medida, vez que, impende lembrar, trata-se de uma realidade de fato e, para que esta seja aceita verdadeiramente pela sociedade, necessita de ser devidamente regulada. Há que se lembrar que fazemos parte de um Estado Democrático de Direito e, como tal, premente é a necessidade de normas que regulem as relações inter-pessoais, mais

ainda em se tratando de relações entre pessoas não aceitas socialmente pela maioria do grupo.

Dessa forma, o que se conclui do presente estudo, é que o Supremo Tribunal Federal decidiu acertadamente ao aprovar, de forma unânime, medida que acabasse com o verdadeiro descaso que eram tratadas as uniões entre pares homoafetivos. Isto, de certa forma, constitui a maior forma de preconceito enfrentada por este grupo, já que sua história sempre foi de luta por aceitação, por conquista de espaços na sociedade em que estava inserido. No entanto, como lutar sem o apoio da Justiça? mais que isso, como lutar contra a própria Justiça, se esta não lhe garante direitos?

É observando tais aspectos que se louva a atuação dos Tribunais que, muito antes da aprovação de tal medida, utilizando-se da analogia, da observância dos Princípios Fundamentais e, principalmente, pondo em primeiro plano a dignidade da pessoa humana, decidiram favoravelmente em questões de interesse homoafetivo. Estes juízes, marchando de encontro à um sistema já solidificado, permeado por preconceitos e fundado numa religiosidade que já não condiz com a realidade social, mostraram estar mais preocupados com o bem estar do próximo, mais dedicados em acompanhar os avanços sociais, do que em manter aparências de rigidez e autoridade, coisa que já não cabe mais numa sociedade dita democrática.

Onde está a democracia se não é praticado o respeito às diversidades? Se o que se ensina s gerações vindouras é que hajam com preconceito, segreguem, menosprezem? O que se deve realmente fazer é agir em concordância com estes juízes que favoreceram a homoafetividade. É entender e aceitar que as pessoas são diferentes, respeitá-las em suas diferenças, mas não olvidar que, embora diferentes, todos são iguais por se tratarem de seres humanos, feitos à imagem e semelhança de uma entidade maior.

Para aqueles que são engessados numa religiosidade, que chamo de medieval, cabe lembrar que os maiores ensinamentos de Cristo eram exatamente amar ao próximo como à si mesmo. Mais que isso, ensinou a perdoar, a aceitar e a não julgar o outro por suas escolhas, já que todo e qualquer julgamento cabe à Deus.

Já àqueles que se intitulam homofóbicos, o que se deve ensinar é que não precisam temer. Fobia significa medo e, no termo em questão, medo do igual. Não há que julgar, não há o que temer. Antes de mais nada, antes de qualquer escolha,

são seres semelhantes, são iguais ao restante da sociedade, apenas fazendo a opção de se relacionarem de forma diferente dos demais.

O que há de se fazer é exercitar o respeito à diversidade e aos demais. É esclarecer que todos são seres humanos e, dessa forma, garantir de forma indiscriminada direitos e deveres. É ensinar que, desde tempos remotos, e nas mais diversas religiões, o que se prega é o exercício do livre arbítrio, da escolha individual de cada um e, se foi dada a liberdade de escolher, é devido o respeito à esta escolha.

Foi nessa ótica, na busca de conquistas destes direitos e espaços que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº132 foi proposta. No intuito de garantir aos casais homoafetivos os mesmos direitos concernentes às demais formas de relacionamento, já que a homoafetividade nada mais é do que uma variação da entidade familiar. Foi mostrando que está verdadeiramente em busca de uma sociedade justa e igualitária que o STF aprovou tal medida, garantindo assim o respeito aos direitos destes pares.

Não há que se negar que foi um grande avanço nesta luta. Mas há muito mais à avançar. A luta agora se faz necessária no sentido de garantir uma legislação específica para esta modalidade familiar, assim como são normatizadas as demais relações. Continua-se a busca por aceitação e respeito, mas agora com novo fôlego, sabendo que a Justiça - ou a maior parte dela - abriu os olhos para tais necessidades e decidiu caminhar junto, avançando ao lado da sociedade.

6. REFERÊNCIAS

AMIN, Andrea Rodrigues. O novo código civil: livro IV do direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Barroso, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito de Família. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BÍBLIA, A Bíblia da Mulher: leitura, devocional, estudo. 2 ed. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

BRASIL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº132/RJ, 2011.

BRASIL, **Código Civil (2002)**. Livro IV, do Direito de Família. Brasília, DF, Senado, 2002

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

CARLUCCI, Aída Kemelmejer de. Derecho y homosexualismo en el derecho comparado. In Homossexualidade - Discussões Jurídicas e Psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001.

CHIARINI, Enéas Castilho Júnior. A união homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos. Jus Navigandi, Teresina, Ano 8, n. 235, 28 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?>> Acesso em: 16 ago. 2011.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DIAS, Maria Berenice. União homossexual: Preconceito e Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica. In Revista da AJURIS, n.88 - Tomo 1. Porto Alegre. Dez. 2002.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Carina Deolinda da Silva. Relação familiar entre homossexuais e a questão dos Direitos Humanos. Âmbito Jurídico, Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://ambitojuridico.com.br>> Acesso em: 16 ago. 2011

MASCOTE, Larissa. União estável homoafetiva. Jus navigandi, Teresina, ano 14, n.2199, 9 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13116>>. Acesso em: 16 set. 2011

NUNES, Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência/ Rizzato Nunes. - 3. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos fundamentais e relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Superior Tribunal Federal. In Direitos, deveres e garantias fundamentais. Bahia: Editora JusPODIVM, 2011.