

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE-UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS-CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

LUZIA MONIQUE DUARTE ESTRELA

A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA A PARTIR DE UMA INTERPRETAÇÃO
SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SEU
RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SOUSA
2013

LUZIA MONIQUE DUARTE ESTRELA

A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA A PARTIR DE UMA INTERPRETAÇÃO
SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SEU
RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

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.

Orientadora: Prof^a Olindina Ioná da Costa Lima Ramos.

SOUSA

2013

LUZIA MONIQUE DUARTE ESTRELA

A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA A PARTIR DE UMA INTERPRETAÇÃO
SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SEU
RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

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.

Orientadora: Prof^a Olindina Ioná da Costa Lima
Ramos.

BANCA EXAMINADORA:

Data de Aprovação: _____

Prof^a Olindina Ioná da Costa Lima Ramos
Orientadora

Examinador Interno

Examinador Externo

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, pois sem Ele não haveria razão de ser. Por se fazer presente em todos os momentos da minha vida, e por me lembrar que sempre sou mais forte do que penso.

Aos meus pais, Iracema e Paulo, por facilitarem minha chegada até aqui. Pelo carinho desmedido. Por toda força e incentivo. Por fazerem do meu estudo uma prioridade. E por me ensinarem que eu posso conseguir tudo o que quiser, se tiver esforço e dedicação. Devo a eles tudo o que sou.

Ao meu irmão Marcelo, que me acompanhou durante esses cinco anos e está junto comigo nessa jornada.

À minha avó Osmilda Duarte (Ló), pelas orações e por toda preocupação comigo e com meu irmão. Também à minha avó Tereza Vieira, por todo o carinho para com seus netos.

Aos meus avôs, Francisco Barbosa e Francisco Estrela (*in memoriam*), por quem tinha um carinho imenso.

Ao meu amor, Artur, por toda atenção e companheirismo, além da força e incentivo nos momentos mais difíceis.

À Morgana, mais que uma amiga, minha irmã do coração. Uma amizade verdadeira que começou na faculdade, mas que seguirá por toda a vida.

Aos amigos que pude fazer nesses anos de faculdade e pelos grandes momentos que pude compartilhar com eles. Em especial, às minhas lindas amigas, Arielly e Ana Flávia.

À minha orientadora Olindina, pelo tempo desprendido na contribuição para a realização desse trabalho acadêmico.

*Não se separa por um parágrafo o que
a vida uniu pelo afeto.*

– Ayres de Brito

RESUMO

Muito tem se discutido nos últimos tempos a respeito dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, se estes, configuram ou não, uma entidade familiar. Trata-se de uma questão atual, uma realidade social que, como tudo aquilo que envolve violação de direitos, não pode passar despercebida aos olhos da sociedade, portanto, necessária sua discussão nos meios social e jurídico. Em razão da ausência de legislação referente, e devido as discordâncias de entendimento, doutrina e jurisprudência seguem divergindo quanto ao assunto em questão. Diante de tal impasse, essa pesquisa estuda a possibilidade de união estável homoafetiva, mediante o seu reconhecimento como entidade familiar baseada no afeto. Para tanto, realiza uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, com fundamento nos princípios constitucionais. Objetiva também, evidenciar, através do método analógico, a similitude entre a união homoafetiva e a união estável comum trazida pelo artigo 1.723 do Código Civil; e analisar a pertinência da decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, pronunciou-se favoravelmente à equiparação entre união homoafetiva e união estável comum. Quanto à metodologia, utiliza o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento histórico-comparativo e as técnicas de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica. Conclui com o entendimento de que a união homoafetiva encontra, sim, esteio tanto no texto constitucional como no preenchimento dos requisitos configuradores da união estável.

Palavras chave: União homoafetiva. União estável. Supremo Tribunal Federal. Entidade Familiar.

ABSTRACT

Much has been discussed in recent times about relationships in between same sex people, if they configure or not, an entity family. It is a current question, a social reality which, as everything else that involves Law violation cannot go unnoticed to the eyes of society, wherefore, required its discussion in the Media and Social legal. In reason of the absence of referred legislation, and due to the disagreements of understanding, doctrine and jurisprudence continue diverging from regarding the matter in question. Faced with this impasse, this research studies the possibility of stable homoaffective through its recognition as a family based on affection. The study presents a systematic interpretation of the Constitution Federal of 1988, based on the constitutional principles. It also aims to reveal, through the analogue method, the similarity between a homoaffective union and a common stable union brought by the article 1.723 of the Civil Code; and to examine the constitutionality of the Federal Supreme Court's decision, which, in the direct action of unconstitutionality, welcomed the equivalence between homoaffective union and common stable union. As for the methodology, uses the method of deductive approach, the method of historical-comparative procedure and the techniques of legal research and bibliographic references. It concludes with the understanding that the homoaffective union is, yes, brace both in the constitutional text as in the completion of the requirements of stable union product configurators.

Keywords: Homoaffective Union. Stable Union. Federal Supreme Court. Entity Family.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGBLT	Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais
Art.	Artigo
CC/02	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição Federal de 1988
GGB	Grupo Gay da Bahia
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais
p.	Página
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal de Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR	13
2.1 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE HOMOSSEXUALIDADE	13
2.1.1 Homossexualidade: Uma Orientação Sexual	16
2.1.2 A Estigmatização da Homossexualidade	18
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA	21
2.3 O CONCEITO DE FAMÍLIA DIANTE DA EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	23
2.4 O AFETO COMO VALOR JURÍDICO PARA A CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA	25
2.5 O PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR	26
2.6 A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA	28
2.7 RELAÇÃO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E UNIÃO HOMOAFETIVA	29
2.7.1 O Recurso da Analogia Baseado no Art. 1.723 do Código Civil de 2002	33
3 A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA A PARTIR DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CF/88	35
3.1 A HERMENÊUTICA JURÍDICA EM FAVOR DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS	37
3.2 A INTERPRETAÇÃO SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	39
3.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	40
3.2.2 Princípios da Igualdade e Não Discriminação	42
3.2.3 Princípios da Legalidade e Liberdade	44
3.2.4 Direito à Intimidade e Vida Privada	46
3.3 A INTERPRETAÇÃO SOB O PRISMA DA ABERTURA DA NORMA CONSTITUCIONAL	48
4 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA	52
4.1 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	52
4.2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONFERIDO AO STF E SEUS EFEITOS	53

4.3 NEOCONSTITUCIONALISMO	56
4.4 DECISÃO DO STF: INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO OU ATIVISMO JUDICIAL?	58
4.5 ANÁLISE JURÍDICA DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA	60
4.6 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA	67
5 CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

A homossexualidade sempre esteve na esclera de discussões e do contraste de opiniões a respeito. Hodiernamente, o alvo tem se voltado para a questão das uniões entre pessoas do mesmo sexo – ou uniões homoafetivas, como se preferiu chamar – e para a possibilidade de reconhecimento destas uniões como entidade familiar, e lhe conferir o status de união estável, que constitui tema do presente trabalho.

Contudo, diante da inércia do legislador, que, não se sabe ao certo porque motivo, não tratou de regular a união homoafetiva de forma expressa, coube ao judiciário agir para que seus direitos não fossem violados.

A Constituição Federal de 1988, tratou de assegurar na forma de direitos e garantias fundamentais, e com status de cláusulas pétreas, os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, legalidade, igualdade, não discriminação, além do direito à intimidade e à vida privada. E, foi nesse sentido que, em 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a equiparação da união homoafetiva e união estável.

Ante o posto, o objetivo principal dessa pesquisa é evidenciar a constitucionalidade da equiparação entre a união homoafetiva e a união estável comum, e, por conseguinte, o reconhecimento daquela como entidade familiar baseada no afeto. Para alcançar este objetivo, será realizada uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, com fundamento nos princípios constitucionais supracitados. Como objetivos específicos, pretende evidenciar, através do recurso da analogia, a similaridade existente entre a união homoafetiva e a união estável comum, trazida pelo art. 1.723 do Código Civil, com base no preenchimento dos requisitos de ânimo de constituir família, convivência familiar, notoriedade, estabilidade, continuidade, relação monogâmica, inexistência de impedimentos matrimoniais e, sobretudo, a afetividade. Além disso, pretende analisar a pertinência da decisão do Supremo Tribunal, que, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, pronunciou-se favoravelmente à equiparação entre união homoafetiva e união estável comum, baseando-se em uma interpretação conforme à Constituição.

A união homoafetiva é um assunto bastante controverso. No entanto, fundamental é seu estudo de um ponto de vista social, pois, querendo ou não, trata-se de uma realidade que faz parte da sociedade atual, não podendo portanto, ser ignorada.

A notória falta de regulamentação jurídica da união homoafetiva, tem atraído o interesse dos juristas, que buscam nas normas jurídicas, todos os mecanismos possíveis para garantir a satisfação desse direito.

Por se tratar de um tema polêmico, tem despertado, não apenas a atenção dos juristas, mas, também, dos demais profissionais da área sociológica, daí sua imprescindível discussão no meio acadêmico.

No que tange à metodologia de abordagem empregada, este trabalho utiliza o método dedutivo, pois, tendo em vista a falta posituação dos direitos da família homoafetiva, será analisada a aplicabilidade dos dispositivos legais e princípios constitucionais do direito ao caso concreto. Desta forma, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição e do uso da analogia ao art. 1.723, CC/02, é que será verificada a possibilidade de equiparação das uniões homoafetiva e estável. Quanto ao método de procedimento, adota os métodos histórico-evolutivo e comparativo, através dos quais, considera a evolução do conceito de família até chegar ao conceito pluralista atual que permite considerar a união homoafetiva uma entidade familiar e equipará-la à união estável comum. A pesquisa desenvolver-se-á mediante o emprego das técnicas de pesquisa bibliográfica, realizada através da análise de livros, textos, artigos, revistas, internet, e, em especial, da legislação referente ao tema; e jurisprudencial, para que sejam analisados os casos práticos, tendo em vista a falta de legislação específica no Brasil.

Para analisar o tema, dividiu-se a pesquisa em três capítulos. No primeiro, serão tecidas algumas considerações a respeito da homossexualidade e sua estigmatização perante à sociedade. Será feita uma breve análise da evolução do conceito de família, na história e na legislação, até se chegar ao conceito pluralista atual de que, a família, é, antes de mais nada, baseada no afeto, e, partindo desse ponto, será feito um comparativo entre a união homoafetiva e a união estável prevista no art. 1.723 do atual Código Civil, utilizando-se do método analógico para confirmar a similaridade entre ambas, visto que a união homoafetiva, desde que séria e motivada, preenche todos os requisitos configuradores da união estável, à exceção

da diversidade de sexos, sendo que este se mostra irrelevante, visto seu cunho discriminatório.

No segundo capítulo, fundamentar-se-á a possibilidade da união estável homoafetiva através de uma interpretação sistemática do texto constitucional, com base em seus direitos e garantias fundamentais. Para tanto, será discutida a importância da hermenêutica jurídica no reconhecimento dos direitos da união homoafetiva, através da interpretação sob o prisma da abertura da norma constitucional e dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, igualdade, não discriminação e o direito à intimidade e vida privada.

No terceiro capítulo, será desempenhada uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em 2011, reconheceu, através de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4.277/09), a equiparação entre união homoafetiva e união estável, baseando-se em uma interpretação conforme à Constituição. Serão tecidas algumas observações a respeito da competência do STF para tal julgamento, sobre sua conduta não-ativista, e sobre a repercussão de sua emblemática decisão, através da jurisprudência e atitudes dos magistrados brasileiros.

Essa pesquisa visa contribuir com os avanços científicos na discussão do tema, não tendo como objetivo mudar a forma de pensar das pessoas, muito menos lhes impor novos conceitos, mas, apenas, estabelecer parâmetros de respeito e justiça, fazendo valer na prática o tão idealizado Princípio da Igualdade constitucionalmente assegurado. Pois, se é verdade mesmo que todos são iguais perante a lei, independentemente de qualquer natureza, seja ela cor, raça, classe social ou religião, não poderia ser diferente com a orientação sexual.

2 A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

A família é considerada um organismo intimamente vinculado ao ser humano, uma vez que, as pessoas matem-se ligadas a família, desde o nascimento até o fim da vida. Tal instituto é um dos mais antigos existentes, ainda que, nos primórdios, tivesse um aspecto mais informal e espontâneo, visando apenas o acasalamento, a maior prova disso é a perpetuação das espécies. Sob um aspecto geral, pode-se dizer que a família surgiu antes mesmo do nascimento do Estado e de qualquer tipo de organização.

Quanto à origem da palavra família, o termo deriva do latim “famulus” que significa conjunto de escravos, designando a ideia de agrupamento. Tal conceito há muito deixou de ter efeito, pois, com o decorrer do tempo foi se aperfeiçoando. Desde o surgimento até os dias atuais, devido às inúmeras transformações pelas quais passou, o instituto da família não permaneceu em um conceito único, muito menos, estático. Nas palavras de Venozza (2010, p.3): “entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos”.

Assim, passemos a uma rápida análise da evolução do conceito de família no decurso da história, até chegarmos ao atual conceito de família, que abarca o pluralismo familiar, baseado na afetividade, o qual inclui também, a família homoafetiva. Antes de tudo, salutar tecermos alguns comentários a respeito da homossexualidade.

2.1 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE HOMOSSEXUALIDADE

A sexualidade sempre foi uma incógnita para a humanidade, devido sua complexidade como dimensão da condição humana. Para seu entendimento é necessário levar-se em consideração questões morais, políticas, religiosas, culturais e ideológicas. (VECHIATTI, 2008)

Doutrinadores, antropólogos e demais estudiosos ao tentarem descobrir e entender a origem das relações entre pessoas do mesmo sexo se deparam que tais relações são mais antigas do que se pode imaginar. Que na verdade, são tão antigas quanto às relações entre pessoas de sexos opostos.

No decorrer da história da humanidade, a prática da homossexualidade foi admirada ou discriminada, conforme a época em que ocorreu, e a cultura de cada lugar. Trata-se de uma realidade que sempre existiu, e que, se não era aceita e exposta, era tolerada.

Na cultura ocidental, os documentos mais antigos que relatam relações entre pessoas do mesmo sexo são originários da Antiguidade Clássica, onde a homossexualidade tinha uma função pedagógica, era a chamada “pederastia” em que os filósofos tratavam o envolvimento sexual com seus aprendizes como uma forma de melhorar a afinidade afetiva e intelectual entre ambos.

Já em Roma, a homossexualidade não era censurada, contudo, tinha suas regras. Era praticada por todos, até mesmo pelos Césares, não era imposta nem proibida, desde que houvesse respeito, praticava quem queria, e quem não se interessava não interferia na vida de ninguém.

Não foi apenas nessas duas grandes civilizações ocidentais que se verificou a homossexualidade como uma prática natural, o mesmo ocorria também em civilizações orientais, a exemplo da China e Japão, que não apresentavam nenhuma forma de preconceito a essa prática, além da Índia, onde os deuses eram considerados bissexuais, havendo também, deuses hermafroditas e travestidos.

Porém, passado o período da história conhecido como “pagão”, o surgimento da Igreja Católica e a difusão da doutrina cristã, passou a condenar o ato sexual realizado entre duas pessoas do mesmo sexo, lhe atribuindo o status de prática pecaminosa, perversa, e estéril, ou seja, que não possuía a finalidade única de procriação, já que a doutrina cristã não permite qualquer ato que proporcione prazer e lascívia ao indivíduo.

Assim, diferentemente do que acontecia na Grécia e Roma antiga, pode-se considerar que a homossexualidade passou a ser abominada a partir do Cristianismo, onde seus praticantes eram alvo de total intolerância, além de excluídos, eram severamente castigados, punidos com penas cruéis e abomináveis, inclusive com pena de morte, o que pode ser facilmente comprovado levando-se em conta a história da Santa Inquisição e o período da Idade Média.

É nesse ensejo que se evidencia o retrocesso da sociedade, que se diz em evolução, mas que na verdade, em alguns aspectos, ao invés de evoluir, permanece estagnada no preconceito. (VECHIATTI, 2008)

Após essa suposta “evolução” do pensamento ocidental, especialmente ao surgir o movimento iluminista, as discussões a respeito dos papéis masculino e feminino na sociedade ganharam destaque, e assim, surgiram novos comportamentos para compor a nova sociedade individualista que surgia ao final do século 18, onde a heterossexualidade era tida como comportamento padrão.

Com o passar dos séculos, a Igreja Católica através dos dogmas cristãos, continuou a exercer sua aversão aos homossexuais.

Como se vê, a homossexualidade foi, durante muito tempo, algo natural em várias partes do mundo, porém, com a expansão do cristianismo e sua doutrina limitada, esses valores foram sendo alterados, e começou o caos que perdura até os dias de hoje, em que direitos são suprimidos por conta do preconceito.

Salutar mencionar que, todo o preconceito para com a homossexualidade não surgiu exclusivamente com o cristianismo, este, apenas o fez crescer, devido ser a religião que mais possui adeptos no mundo, e devido ao alto grau de poder e influência que exerce sobre seus seguidores.

Outras religiões como o judaísmo e islamismo acreditam que o ato sexual entre pessoas do mesmo sexo contrariam os ensinamentos do Torá e Corão, respectivamente. Contudo, como vivemos no ocidente, e aqui o cristianismo é a religião predominante, foi dada mais ênfase à influência dessa religião sobre as pessoas.

Levando-se em conta todo o poder e influência que a Doutrina Cristã exerce em seus fiéis, querendo ou não, os conceitos de homossexualidade e heterossexualidade passaram a se tornar identidades socioculturais que impõem nosso agir, nosso sentir e nosso pensar, mais como uma obrigação do que como uma essência universal e verdadeira (CECARELLI, 2010).

2.1.1 Homossexualidade: uma orientação sexual

A palavra homossexualidade deriva do grego antigo “homo” que significa “igual ou semelhante” e do latim “sexu” que significa “sexual ou relativo ao sexo”. Dessa forma o termo homossexualidade se refere à qualidade ou característica de um indivíduo sentir atração sexual, física ou emocional por outro indivíduo do mesmo sexo ou gênero. Nas palavras da autora Cláudia Thomé Toni:

A palavra homossexual originou-se da conjugação dos vocábulos ‘homo’ e ‘sexu’. O vocábulo homo é oriundo da raiz da palavra grega ‘hómos’, que significa semelhante, e da palavra latina ‘sexu’, que significa relativo a sexo. Portanto, o termo homossexual significa sexualidade semelhante ou pertinente ao mesmo sexo. (2008, p.7)

O termo “homossexual”, bem como o termo “heterossexual”, foi criado em 1869, pelo escritor e militante dos Direitos Humanos, Karl-Maria Kertbeny¹, que, em seus estudos, deixou claro seu ponto de vista de que a homossexualidade não é uma doença, muito menos uma perversão como muitos acreditavam, e que, a mesma consiste em uma condição que nasce agregada ao indivíduo, e que este não possui o poder de modifica-la, visto que não se trata de uma escolha.

Enquanto uns defendiam o caráter não opcional, muito menos doentio da homossexualidade, muitos consideraram a mesma como doença durante muito tempo. Tanto que, o termo “homossexualismo”, onde o sufixo “ismo” significa “doença ou moléstia”, perdurou por um longo período.

Contudo, conforme dados da AGLBT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais –, trazidos em seu Manual de Comunicação LGBT (2012, p.11), as principais organizações mundiais de saúde deixaram de considerar a homossexualidade uma doença. Em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria deixou de considerar a homossexualidade uma doença, distúrbio ou perversão por desconsiderar a prática afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo como algo errado ou anormal. Em 1975, o mesmo procedimento foi adotado pela Associação Americana de Psicologia. Em 1984, foi a vez do Brasil, quando

¹ Karl-Maria Ketbeny foi um escritor austro-húngaro que abordou em seus estudos assuntos relativos à homossexualidade. Disponível em: <<http://karl-maria-ketbeny.blogspot.com.br/2006/03/origem-da-palavra-homossexual.html>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

a Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) manifestou-se de forma contrária à discriminação ao desconsiderar a homossexualidade como algo prejudicial à sociedade. Em 1985, o Conselho Federal de Psicologia brasileiro seguiu o entendimento da ABP e em 1999, estabeleceu regras para orientar os psicólogos nos casos relacionados à orientação sexual, assegurando que a homossexualidade não é doença, muito menos distúrbio ou perversão, e que os psicólogos estavam proibidos de proporem ou realizarem tratamento ou cura para homossexualidade, podendo sofrer sanções como a perda do registro profissional. Em 1990, a OMS (Assembleia-geral da Organização Mundial de Saúde) deixou de considerar a homossexualidade um distúrbio mental, e a retirou da Classificação Internacional de Doenças, conhecida pela sigla CID. Em 1991, foi a vez da Anistia Internacional, que passou a considerar como uma violação aos direitos humanos, a discriminação contra homossexuais.

Hoje, a terminologia utilizada pela maioria dos doutrinadores é homossexualidade, onde o sufixo “dade” refere-se ao “modo de ser”, diferentemente do sufixo “ismo” que se refere à doença e contribui para aumentar o preconceito, sentimento esse proibido pela nossa Constituição Federal em seu art. 5º. Dessa forma, o termo homossexualismo praticamente deixou de ser utilizado na atualidade.

Como visto, a homossexualidade constitui um “modo de ser” e não uma opção ou doença, por isso fala-se em orientação sexual, e não em opção sexual. Explica o Manual de Comunicação LGBT², que, a orientação sexual:

Refere-se à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas. Basicamente, há três orientações sexuais preponderantes: pelo mesmo sexo/gênero (homossexualidade), pelo sexo/gênero oposto (heterossexualidade) ou pelos dois sexos/gêneros (bissexualidade). Estudos demonstram que as características da orientação sexual variam de pessoa a pessoa. (2010, p. 10)

Assim, pode-se dizer que a orientação sexual é determinada de forma involuntária, de acordo com o sentimento da pessoa, que naturalmente, pode apresentar atração emocional, afetiva ou sexual por outras pessoas que podem ser

² LGBT é a sigla utilizada para representar a população formada por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. (Manual de Comunicação LGBT, 2010, p. 05)

do sexo oposto (heterossexualidade), de ambos os sexos (bissexualidade) ou somente do mesmo sexo, como ocorre na homossexualidade.

A homossexualidade é a orientação sexual de uma pessoa que se sente atraída afetiva ou sexualmente por outra pessoa do mesmo sexo. Não se trata de uma opção sexual, daí o uso inadequado da expressão, pois ninguém “opta”, conscientemente, por sua orientação sexual, da mesma forma que o heterossexual não escolheu ser assim, o homossexual também não.

Por se tratar de uma orientação, e não uma opção, os cientistas consideram como uma condição natural do indivíduo, não podendo, assim, ser tratada por médicos, psiquiatras, psicólogos, remédios, muito menos, através de tortura física e psicológica. (Idem, p. 12).

2.1.2 A estigmatização da homossexualidade

Não se sabe ao certo, porque motivo, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) não realizou até hoje uma pesquisa que contabilizasse a população LGBT existente. Porém, o último censo demográfico feito pelo Instituto, realizado em 2010, constatou que, no referido ano, existiam no Brasil, cerca de 60 mil casais homoafetivos vivendo juntos no país, e que, até então, 99,6% não tinham formalizado a união (com registro civil ou religioso)³. Os resultados desta pesquisa mostraram que é considerável o número de uniões homoafetivas existentes no Brasil.

Contudo, das minorias existentes no Brasil, a dos homossexuais ainda é uma das mais discriminadas. Mesmo depois de várias organizações mundiais de saúde desconsiderarem a homossexualidade como doença, a mesma ainda é alvo de preconceito por aqueles que a consideram pecado, imoralidade, ou falta de decência.

Como dito anteriormente o preconceito pela orientação sexual veio se alargar juntamente com o surgimento da doutrina cristã, para a qual, a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo é considerada moralmente reprovável e pecaminosa, completamente contrária aos preceitos da religião.

³ Dados disponíveis no site do IBGE. *Ver referências.*

Para os religiosos, se, durante o ato sexual, o homem assume postura própria de mulher e se a mulher assume funções características do homem, caracteriza-se um comportamento contrário à vontade do Criador, o qual criou a todos para uma relação heterossexual com finalidade de procriação da espécie humana. Como se já não bastasse toda a homofobia existente, a Igreja Católica, com todos os seus adeptos pelo mundo, não enxerga a tendência homossexual como um pecado, no entanto, considera a relação entre homossexuais como um ato pecaminoso, seja uma relação sexual ou afetiva. De forma radical, a igreja posiciona-se contra a adoção de crianças por casais homossexuais e considera o casamento homossexual uma afronta à família, e que este põe em risco o futuro da humanidade. Tal postura acaba por influenciar em seus seguidores fiéis um comportamento discriminatório, muitas vezes, homofóbico. (VECHIATTI, 2008)

No caso do Brasil, este é marcado historicamente pela homofobia. Todos nós crescemos com aquela velha concepção implantada em nossas cabeças por nossos pais, antes deles, nossos avós, bisavós, e assim, sucessivamente, de que “homem não chora”, “homem não veste rosa”, “homem não brinca de boneca”, ou que “meninos não devem brincar com meninas”. São informações depositadas em nossas cabeças, com as quais crescemos sem questionar seu autoritarismo. Estamos tão acostumados com essa distinção de raças, que, até mesmo nas relações entre pessoas do mesmo sexo, estabeleceram denominações determinando quem é parceiro ativo e quem é passivo. Tais denominações refletem um sistema de dominação de raças, em que o homem é o dominador e a mulher é a dominada, e dessa forma, o parceiro ativo seria o dominador e o sujeito passivo seria o dominado. Isso só vem a comprovar que o preconceito é implantado pela própria sociedade, mesmo que sem perceber, nas crianças que acabam crescendo com sentimentos discriminatórios, vindo a se tornarem adolescentes e adultos preconceituosos. (Idem, 2008)

Passando a homossexualidade a ser desconsiderada como doença pelas maiores organizações de saúde do mundo, e amenizada a sua visão como pecado, no final do século passado, não apenas a homossexualidade, mas a diversidade sexual, no geral, passou a ser um pouco melhor compreendida, não ainda da forma que se almeja que seja, mas, contudo, houve uma maior tolerância se comparada há algum tempo atrás. Muitos homossexuais resolveram “sair do armário” (expressão por eles utilizada), revelando sua orientação sexual para a sociedade, reivindicando seus direitos e tentando acabar de vez com o preconceito.

Contudo, o aspecto negativo associado à diversidade sexual, nas palavras do advogado Rodrigo Cunha Chueiri (2011, p. 36), “ainda terá eco por bastante tempo. O discurso moralista que pretende reprimi-lo já não sugere fogueiras em praças públicas; mas segue, negando aos homossexuais seus direitos mais elementares”. “Sair do armário” (expressão por eles utilizada) e expor sua condição sexual custou um pouco caro para essa parte da população, que, além dos problemas que já enfrentavam, tiveram que encarar o maior de todos os problemas: a homofobia.

Formada pela junção dos termos “homo” (prefixo de homossexual) e, “fobia” (do grego medo, aversão), a homofobia consiste em um comportamento crítico, hostil e discriminatório para com aqueles que apresentam uma condição sexual divergente daquela considerada pela sociedade como convencional. Esse comportamento subversivo pode ser composto apenas de sentimentos negativos contra a minoria em questão, ou pode, além dos sentimentos negativos, ser formado também por atitudes agressivas assim como a discriminação e a violência. (VECHIATTI, 2008)

Por conta da violência gerada pela discriminação e preconceito, e pela ausência de leis que criminalizem a homofobia, o Brasil tem gerado índices aterrorizantes de homicídios de homossexuais nos últimos tempos. De acordo com relatórios elaborados pelo GGB – Grupo Gay da Bahia⁴, a cada 26 horas um homossexual é assassinado no Brasil.

Para Maria Berenice Dias⁵, desembargadora aposentada e presidente da Comissão da Diversidade Sexual da OAB, o fundamentalismo religioso é um grande obstáculo. Para ela “as formas de manter e ampliar as bases evangélicas no poder tem tomado conta do Congresso Nacional e dificultado avanços”. Maria Berenice defende não apenas mudanças no Código Penal, como também, a aprovação do anteprojeto elaborado pela OAB e de iniciativa popular, o Estatuto da Diversidade Sexual, que tem por escopo criminalizar a homofobia e garantir os direitos da população LGBT.

⁴ Conforme dados do relatório anual do Grupo Gay da Bahia (GGB) realizado em 2009. *Ver referências.*

⁵ Maria Berenice Dias em entrevista prestada à revista eletrônica Rede Brasil Atual, 2012. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/temas/cidadania/2012/08/bancada-evangelica-combate-a-criminalizacao-da-homofobia-e-dificulta-reformas-na-lei>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Historicamente, na Roma Antiga, a família era uma organização de pessoas sob a liderança de uma única pessoa que exercia o poder e influência, “o *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas *com manus* com seus descendentes” (GONÇALVES, 2012, p. 31), sendo assim nem a mulher e nem a prole possuíam autonomia. A família era reputada, ao mesmo tempo, como uma entidade econômica, política e religiosa, onde as funções de chefe político, juiz e sacerdote se fundiam em uma única pessoa.

Após um longo período, a rigidez presente no direito romano em relação à família foi atenuada, tendo sido inserido questões de maior importância moral na sua organização, além de se ter dado maior autonomia a mulher e aos filhos.

No período denominado historicamente como Idade Média a família era regida predominantemente pelo direito canônico, liderado pela Igreja Católica, onde o casamento era unicamente o religioso e a não era permitido o divórcio, pois o casamento era tido como um sacramento.

Na Idade Moderna, apesar do Estado concentrar todo o poder em suas mãos, havia uma forte influência da Igreja Católica nos assuntos de Estado. Neste sentido muitas leis advindas do Direito Canônico se confundiam com as leis estatais, um exemplo bastante comum era o fato de que nos Estados que adotava a religião Católica esta era a competente para realizar o casamento válido, só no séc. XIX o Brasil consagrou o instituto do casamento civil. O Direito Canônico influenciou fortemente o direito pátrio.

Contemporaneamente, conforme o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.32) o instituto da família como é caracterizado nos dias atuais, “sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica”, porém, “recentemente, em função das grandes transformações história, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações a nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável”.

Sendo assim, percebe-se que no ordenamento jurídico pátrio houve influência romana, germânica e canônica, que somadas a laicização do Estado e às mudanças contemporâneas deram novas características ao direito de família brasileiro.

Para a ciência jurídica e a legislação pátria o vocábulo família não apresenta um conceito único. Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Código Civil de 2002 ao se reportar à família e sua organização não lhe dedicou uma definição.

A doutrina nacional apresenta diversos conceitos sobre o significado de família. Interessante mencionar o conceito pregado pela doutrinadora Maria Helena Diniz (2010), por apresentar três análises conceituais do vocábulo que são o *sentido amplíssimo*, o sentido lato, e o sentido restrito.

No entendimento de Maria Helena (2010, p. 9-10), a entidade familiar em seu sentido *amplíssimo* é aquela “em que pessoas estão ligadas pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art. 1.412, §2º, do Código Civil”. Em um sentido amplo ou *lato sensu*, a família, “é aquela que além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro)”. Por último, a concepção restrita restringe a família à “comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a prole”.

A entidade familiar, em suas três acepções trazidas pela doutrinadora são abarcadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser aplicável cada uma delas em diferentes aspectos das relações familiares.

No entanto, atualmente, ao conceito de família foi inserido também um sentido sociológico, que se faz presente acima de qualquer formalidade a respeito de sua constituição. Deixou-se de lado a preocupação excessiva com o formato constitutivo da família, e passou-se a haver uma preocupação maior com o elo afetivo estabelecido entre seus componentes. Diante disso, não pode ser feita nenhuma forma de distinção entre filhos adotivos ou biológicos, ou entre uniões que surgiram do casamento e da união estável, muito menos discriminar ou rebaixar as uniões familiares baseando-se na forma de constituição destas.

Conclui-se irrelevante a forma de constituição da família, restando pouco importante se a mesma é formada por dois pais ou duas mães e seus filhos, se estes são biológicos ou adotivos, se vivem com os pais, com os avós, com os tios, etc.

Para se chegar a esse novo sentido, foi primordial a evolução da legislação brasileira, onde as “famílias alternativas” ganharam seu espaço.

2.3 O CONCEITO DE FAMÍLIA DIANTE DA EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Como mencionado, inicialmente, a família não foi vista sob o aspecto moral, social e afetivo, mas sim econômico e reprodutivo. Aos poucos, diante das transformações sociais e dos anseios por ajustes da lei ao caso concreto, foram havendo modificações a respeito do que se entendia sobre entidade familiar.

A Constituição imperial de 1824 não tratou de resguardar os direitos da família brasileira, mas apenas da família imperial, isto devido à forma de governo da época que era monárquica hereditária. A referida constituição tratava das regras de sucessão do poder hereditário e não tratou de proteger a família brasileira. (OLIVEIRA, 2002).

A primeira Constituição do Brasil-República foi promulgada em 1891, logo após a separação entre Igreja e Estado e o rompimento deste com o império. Foi com ela, que foi instituído o casamento civil no Brasil, porém, sem fazer menção nenhuma ao casamento religioso. (NAHAS, 2008)

Foi sob a vigência da Constituição de 1891 que foi instituído o Código Civil de 1916, o qual cuidou de regulamentar as questões referentes à família, na época. O mesmo tratou de repudiar qualquer relacionamento que não adviesse do casamento, não importando o ânimo de constituir uma família, assim como discriminar as relações extramatrimoniais e os filhos advindos destas. Desta forma, o casamento, que era indissolúvel, era a única forma reconhecida de família. (OLIVEIRA, 2002)

A Constituição de 1934 inovou trazendo as primeiras manifestações de proteção à família, à cultura e à educação. Contudo, tratou de afirmar proteção à família constituída apenas pelo casamento indissolúvel, mas trouxe inovações ao reconhecer ao casamento religioso os efeitos de um casamento civil, desde que realizado perante ministro religioso e perante autoridade civil e for feita a habilitação dos nubentes. (NAHAS, 2008)

A Constituição de 1937 tratou em capítulo próprio sobre a família. Continuou protegendo a família formada pelo casamento indissolúvel, porém, houve um considerável retrocesso ao retirar do casamento religioso os efeitos civis. (Idem, 2008)

A Constituição de 1946, apesar de tratar da família em um capítulo exclusivo, não trouxe muitas alterações em relação às constituições anteriores, apenas conferiu novamente os efeitos civis ao casamento religioso. (Idem, 2008)

A Constituição de 1967, tratou de reforçar o disposto na constituição anterior no que diz respeito à família, porém, dispôs sobre o seu indispensável direito à proteção especial por parte do Estado. (Idem, 2008)

Como a indissolubilidade do casamento não atendia mais à realidade social da época, houve um enorme avanço no direito de família, com a Emenda Constitucional nº 9 de 1977, que instituiu o divórcio no Brasil. Tendo sido o instituto regulado pela chamada Lei do divórcio, Lei 6.515 de 1977. (OLIVEIRA, 2002)

Diante dessa breve análise com base nos estudos de Luciana Faísca Nahas (2008) e José Sebastião Oliveira (2002), nota-se que não foram poucas as mudanças ocorridas em relação ao Direito de Família no que diz respeito às constituições brasileiras. Com o passar dos anos foram abarcados direitos sociais, houve a efetivação dos direitos fundamentais e um maior respeito a liberdade de escolha individual.

Porém, o maior avanço já alcançado, se deu com a Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, a qual ampliou o conceito de família ao conferir reconhecimento jurídico à união estável entre homem e mulher (Art. 226, §3º), resguardando, assim direitos às uniões extramatrimoniais. Posteriormente, foi a vez do Código Civil de 2002 tratar do assunto, dispondo em seu Art. 1723: “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”.

A CF/88 também tratou de assegurar expressamente como família, aquela formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, além de não fazer nenhuma discriminação com relação aos filhos, adotivos e biológicos, advindos ou não do casamento.

Em virtude de questões históricas, mencionadas anteriormente, somadas a forte miscigenação e com o apoio da evolução da legislação constitucional no Brasil, tornou-se insustentável a constituição de um modelo único de família fundada exclusivamente no casamento. Entende Gonçalves que:

O código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõe as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nessa linha a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência. (2012, p. 32-33)

Sendo assim, ao contrário do Código Civil de 1916, na CF/88 e, a partir desta, no Código Civil de 2002, houve mudanças profundas no que diz respeito à estrutura familiar. Conforme entendimento de Cristiano Chaves Farias (2010), a entidade familiar agora é plural e não mais singular, democrática ao invés de hierarquizada, igualitária em vez de patriarcal, hetero ou homoparental e não apenas heteroparental. Além de ter havido uma prevalência dos aspectos afetivos sobre os biológicos, priorizando-se a socioafetividade.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 inovou, trazendo novos modelos de família, ampliando sua importância social e lhe atribuindo a devida proteção pelo Estado.

2.4 O AFETO COMO VALOR JURÍDICO PARA A CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA

Na concepção contemporânea de família, e sob a análise da Constituição Federal de 1988, a instituição familiar é vislumbrada como uma instituição fundamentalmente solidária e afetiva, e não mais como uma unidade essencialmente econômica e patrimonialista, a grande responsável pelo desenvolvimento da personalidade de seus membros, uma vez que a família é o primeiro meio social do indivíduo. Logo, a afetividade foi elevada a princípio constitucional inerente ao dever familiar.

Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para realização integral do ser humano. (DINIZ, 2010, p. 13)

No caput do art. 226 da CF/88 foi reconhecida a família como um fato eminentemente natural, sendo o matrimônio um ato solene e não um pré-requisito para a formação de uma família, nisso foi concedida a proteção estatal a outras formas de manifestação afetiva, como a família monoparental e aquelas formadas pela união estável. Segundo Maria Berenice Dias (2011, p. 169) “a Constituição acabou por reconhecer juridicidade ao afeto ao elevar as uniões constituídas pelo vínculo de

afetividade à categoria de entidade familiar”. Tanto o casamento como a união estável “são estruturas de convívio que tem origem em elo afetivo”.

Neste sentido, a advogada e ex-desembargadora Maria Berenice Dias, criou os termos “homoafetividade” e “heteroafetividade”, pois todas as relações, sejam entre pessoas de sexos opostos ou entre pessoas do mesmo sexo, são acima de tudo, fundamentadas no afeto.

Apesar da omissão do legislador ao não inserir a união homoafetiva no instituto da família, não fazendo referência expressa à união estável homoafetiva, Juízes e Tribunais não se intimidaram, e passaram reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, com base no princípio da afetividade, e inserindo-as no Direito de Família.

De todo o exposto, comprovadamente a família é a primordial responsável pela formação da personalidade do indivíduo nela inserido, no seio familiar deve imperar o amor e o respeito entre os seus membros. Sendo, portanto, de fundamental importância uma maior preocupação com a afetividade ao invés da forma como foi constituída a família.

2.5 O PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR

Conforme enfatizado, a partir da Constituição Federal de 1988, a ideia de família se desvinculou de vez dos moldes restritos do matrimônio. Outros fatores sociais, como o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, o reconhecimento de outras formas de família e a consagração do princípio da igualdade foram profundamente responsáveis, de maneira positiva, para a transformação do conceito de família até a forma como é conhecida na atualidade. (DIAS, 2011)

Esse alargamento conceitual do instituto da família a partir do advento da Constituição Federal de 1988 deu ensejo ao chamado princípio do pluralismo familiar, um dos princípios reguladores do direito de família atual, e segundo o qual a família brasileira pode apresentar diversas formas de constituição, de forma que, o núcleo familiar pode ser formado não exclusivamente pelo casamento, mas por outras formas. Tal princípio encontra fundamento no artigo 226, CF/88:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)
§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Fundamentando-se na afetividade, o legislador constituinte, ao elaborar a Carta Magna, enxergou a necessidade de reconhecer outros formatos de família além do casamento. Foi aí que tutelou expressamente como entidades familiares a união estável e a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Porém, com esse alargamento conceitual surgiram dúvidas a respeito do referido art. 226, se este figura como taxativo ou exemplificativo. Doutrinadores a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves (2012) e Álvaro Villaça Azevedo (2003), entendem como taxativo, o rol trazido pelo art. 226, CF, e que a relação homoafetiva gera apenas efeitos patrimoniais, devendo ser tratada como sociedade de fato (art. 981, caput, CC/02), e excluída do Direito de Família, por não constituir entidade familiar.

Por se tratar de modo de constituição de família que se assemelha ao casamento, apenas com a diferença de não exigir a formalidade da celebração, a união estável só pode decorrer de relacionamento de pessoas diferentes, (...) a ponto de serem consideradas inexistentes as uniões homossexuais. (...) A matéria fica, assim, extinta do âmbito do direito de família, gerando apenas efeitos de caráter obrigacional. (GONÇALVES, 2012, p. 615 – 616)

Contudo, doutrinadores, a exemplo de Maria Berenice Dias (2011), Washington de Barros Monteiro (2010), Pedro Lenza (2009), Paulo Lôbo (2008), Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2010), acreditam que os tipos de família previstos no referido art. 226, são meramente exemplificativos. Neste sentido, não se podem excluir da tutela jurídica da família, as entidades familiares formadas, por exemplo, apenas por irmãos que perderam os pais, ou por irmãos que vivem com avós, ou com tios. Enquadram-se nesse contexto a família matrimonial, aquela advinda do matrimônio; a família informal, aquela formada pela união estável; a família monoparental, aquela formada por apenas um dos pais; a família parental, aquela formada por parentes ou não parentes, desde que, com propósito de família; a família pluriparental, aquela que resulta de vários vínculos, como o divórcio, a separação, e o “recasamento” (DIAS, 2011). Neste contexto, onde é abarcado um apanhado de

formatos de família, os autores supracitados consideram não haver razões para excluir a família homoafetiva, que, da mesma forma que as demais, e, como diz o próprio nome, é baseada, antes de tudo e sobretudo, no afeto.

Assim, o princípio do pluralismo familiar veio para proteger o instituto da família, resguardando os direitos das mais diversas formas de arranjos familiares.

2.6 A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

A CF/88 dispõe em seu artigo 226 que a família é a base da sociedade e a ela confere especial proteção estatal. A partir de uma série de direitos e deveres abarcados pelo texto constitucional, observa-se a proteção do Estado para com a família e o interesse de garantir a sua função social.

No mesmo sentido, segundo Farias e Rosenvald (2010, p. 86), “a aplicação da norma familiarista tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a funcionalidade de seus institutos. É o que se pode chamar de função social da família”.

Os direitos e garantias fundamentais, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, são os maiores garantidores da função social da família.

Atualmente a função social da família é formar indivíduos estruturados para a vida em sociedade. Para tanto a família:

Cumpra modernamente um papel *funcionalizado*, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 12)

Neste sentido, o operador do direito não pode restringir os seus conhecimentos a uma visão meramente privatista ou em desequilíbrio. (...) Há que se compreender o Direito em toda a sua plenitude, atendendo à sua função social – a felicidade e estabilidade, da célula familiar e de seus indivíduos. (PARODI, 2007, p. 42)

No entendimento de Farias e Rosenvald (2010), a função social da família é a de promover a realização pessoal de seus membros, por meio da dignidade e de

valores sociais para que estes possam ser inseridos no meio social e nele possam conviver, trabalhar e se desenvolverem de forma saudável.

Em atendimento à função social da entidade familiar, no tocante às uniões homoafetivas, deve ser respeitada a personalidade dos membros que constituem a família, além de seus valores e sentimentos, para que assim seja alcançada a felicidade, e todos os seus integrantes possam ter uma vida plena.

2.7 RELAÇÃO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E UNIÃO HOMOAFETIVA

Para adentrar na polêmica união estável homoafetiva, necessário tecer alguns comentários a respeito do instituto da união estável comum e de seus pressupostos objetivos e subjetivos.

Como visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, deixando esta de ser, apenas, aquela originada pelo casamento, passando a proteger também os relacionamentos extrapatrimoniais. Assim “As uniões de fato entre um homem e uma mulher foram reconhecidas como entidade familiar, com o nome de união estável” (DIAS, 2011, p. 168).

O grande passo foi dado pela atual Constituição, ao proclamar, no art. 226, §3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”. A partir daí a relação familiar nascida fora do casamento passou a denominar-se *união estável*, ganhando novo status dentro do nosso ordenamento jurídico. (GONÇALVES, 2012, p. 606)

Por outro lado esse avanço constitucional de elevar a sociedade de fato ao patamar de união estável pouco refletiu nos tribunais, onde permaneceu sendo tratada no âmbito do direito das obrigações. Tal comportamento, contudo, perdeu o sentido com o devido tratamento da matéria relativo ao instituto da união estável no Código Civil de 2002, que teve uma mudança significativa, ao inserir o título referente a união estável no Livro de Família distribuído em cinco artigos (1.723 a 1.727), incorporando o disposto na Constituição Federal, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a seus efeitos (GONÇALVES, 2012, p. 608).

Assim como não traz um conceito de família, o Código Civil de 2002 também não dispõe de um conceito de união estável. A doutrina cuida de defini-la. Para Dias (2011, p. 170) “nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evoluiu para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação”. “O código Civil limitou-se a reproduzir a legislação que existia, reconhecendo como estável (CC 1.723) a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família” (DIAS, 2011, p. 171).

O maior impasse em adequar a união homoafetiva ao instituto da união estável reside na igualdade dos sexos dos companheiros existente naquela. Contudo, deve ser levado em consideração que, além da afetividade que unem os pares homossexuais, são elementos caracterizadores da união estável o objetivo de constituir família, a estabilidade, a continuidade, a notoriedade e a mútua assistência. Como será visto logo em seguida, as uniões homoafetivas podem se encaixar perfeitamente nesses requisitos. Obviamente, deve ser analisado o caso concreto, seja na união homoafetiva ou heteroafetiva, mas, num primeiro momento, não há que se falar em óbice à união estável homoafetiva, baseado unicamente na orientação sexual dos companheiros. Segundo Vechiatti:

Não há que se falar em possibilidade de aplicação do instituto da união estável somente aos casais heteroafetivos, tendo em vista que tal entendimento afronta diretamente o princípio da isonomia, protegido constitucionalmente, inclusive como cláusula pétrea de nossa Carta magna. Isso porque o não reconhecimento da união estável homoafetiva caracteriza discriminação por orientação sexual. (2008, p. 308)

Para Vechiatti, desprover de tutela jurídica a união entre pessoas do mesmo sexo, constitui conduta discriminatória, conflitante com o que apregoa a nossa Carta Magna, sobretudo o princípio da isonomia.

Como dito anteriormente, o novo Código Civil se limitou a elencar os requisitos da união estável em seu artigo 1.723. Junto aos citados por este artigo a doutrina abarca outros:

Vários são os requisitos ou pressupostos para a configuração da união estável, desdobrando-se em subjetivos e objetivos. Podem ser apontados como de ordem *subjetiva* os seguintes: a) convivência *more uxorio*; b) *affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família. E, como de *ordem objetiva*: a) diversidade de sexos; b) notoriedade; c) estabilidade ou duração prolongada; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; e f) relação monogâmica. (GONÇALVES, 2012, p.612)

Quanto ao pressuposto subjetivo da convivência, a lei considera a necessidade da clareza do *more uxorio*, que, literalmente significa “aos costumes de casado”, o qual envolve a mútua assistência, a atenção, e todos os componentes, sejam eles materiais ou espirituais, que são inerentes à família (Idem, p. 612), podendo ser dispensável a vivência sobre o mesmo teto, quando justificável, e desde que provada a efetiva convivência.

O ânimo ou objetivo de constituir família é requisito imprescindível para caracterização da união estável, pois o art. 226, § 3º conferiu a qualidade de entidade familiar à união estável. Trata-se, portanto, da firme intenção de viver como se fossem casados, revelando assim, a seriedade do compromisso firmado entre os companheiros.

No requisito objetivo de diversidade de sexos, devido a equiparação entre união estável e casamento, entendia-se ser a heterossexualidade requisito para existência da união estável. Neste sentido, diante de uma interpretação literal do texto da lei, as uniões homossexuais eram tidas como inexistentes. Aos poucos, a doutrina e a jurisprudência foi admitindo a possibilidade de união estável entre casais homoafetivos, como será visto mais adiante.

Quanto à notoriedade, segundo o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 é necessário “para que se configure a união estável, que a convivência, além de contínua e duradoura, seja pública. Não pode, assim, a união permanecer em sigilo, em segredo, desconhecida no meio social” (Idem, p. 618). A notoriedade é exigida para que não seja atribuído ao instituto o caráter de clandestinidade.

Também são requisitos para caracterização do instituto em apreço, a estabilidade ou duração prolongada, e a continuidade. “Ainda que não exigidos decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial, mas sim prolongada no tempo e sem solução de continuidade, residindo, nesse aspecto, a durabilidade e a continuidade do vínculo” (DIAS, 2011, p. 172).

A inexistência de impedimentos matrimoniais é um pressuposto um tanto lógico, visto que a união estável equipara-se ao casamento, e neste, como é sabido, é obrigatória a legitimidade para casar. Assim, resta impossibilitado de constituir família, em ambos os institutos, aquele estiver impedido legalmente.

Por fim, o requisito da relação monogâmica. “Como também ocorre nas uniões conjugais, o vínculo entre companheiros deve ser único, em face do caráter

monogâmico da relação” (GONÇALVES, 2012, p. 623). Cabe ressaltar, que, apesar da monogamia ser requisito obrigatório, a união simultânea pode ser reconhecida desde que possua caráter putativo, ou seja, quando um dos companheiros está na relação de boa-fé, mas sem ter conhecimento que seu companheiro possui outra relação, seja ela outro casamento ou outra união estável.

Nota-se que a presença do moxe uxório, da convivência pública, contínua e duradoura, assim como a ausência de impedimentos matrimoniais, relação monogâmica e o ânimo de constituir família, são caracterizadores da união estável, logo uma relação homoafetiva que abarque esses requisitos deve ser entendida como união estável propensa a produzir efeitos de ordem pessoal e patrimonial no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, em especial do Direito de Família.

Maria Berenice Dias vai além e infere que, para a caracterização da união civil, só é necessário a vida em comum e a mútua assistência, os demais requisitos são apenas probatórios.

Com segurança, só se pode afirmar que a união estável inicia de um vínculo afetivo. O envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, e as duas pessoas começam a ser identificadas no meio social como um par. A visibilidade do vínculo o faz ente autônomo merecedor da tutela jurídica como uma entidade. Atenta o direito a essa nova realidade, rotulando-a de união estável. Daí serem a vida em comum e a mútua assistência apontadas como seus elementos caracterizadores. Nada mais como prova da presença do enlaçamento de vida, do comprometimento recíproco. A exigência de notoriedade, continuidade e durabilidade da relação serve como meio de comprovar a existência do relacionamento. (DIAS, 2011, p. 174)

De todo o exposto, não é preciso uma maior reflexão para se perceber que tratam-se de requisitos que podem ser perfeitamente preenchidos tanto por um casal formado por companheiros de gêneros distintos, como por um casal de mesmo gênero. Assim, restando presentes todos os requisitos para a configuração da união estável, à exceção da distinção de sexos dos companheiros, não há que se falar em óbices para a configuração da união estável homoafetiva e não se justifica a negação de sua tutela jurídica.

Paulo Lobo (2008 apud DIAS, 2011, p. 169), sustenta que “o caput do artigo 226 da CF é cláusula geral de inclusão, não sendo possível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade”. Além do mais, “na ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimento ao casamento homossexual” (DIAS, 2011, p. 196) e “ainda que tenha se omitido o

legislador de se referir às uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de família” (Idem, p. 198), em observância à dignidade da pessoa humana e ao direito que todos possuem de constituir sua própria família. Assim, a matéria deve ser analisada diante dos mecanismos conferidos pela própria lei em situações como esta.

2.7.1 O recuso da analogia baseado no art. 1.723 do Código Civil de 2002

A analogia é um instrumento de integração do direito utilizado para dirimir questões onde inexistente previsão legal, em razão de lacuna na lei, tomando-se por base outras situações semelhantes. Conforme dispõe Miguel Reale:

Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto, aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões [...] Quando recorreremos, portanto, à analogia, estendendo a um caso semelhante a resposta dada a um caso particular previsto, estamos, na realidade, obedecendo à ordem lógica substancial ou à razão intrínseca do sistema. (2002, p. 296)

Fundamentando-se no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Antiga Lei de Introdução ao Código Civil), o qual determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, parte considerável da doutrina, defende a união homoafetiva com respaldo no método analógico.

De acordo com essa corrente doutrinária, a exemplo de Miguel Reale, tendo em vista a omissão legislativa em não regular as uniões entre pessoas do mesmo sexo, necessário se faz, aplicar as normas referentes a situações semelhantes, ou seja, os institutos reguladores do direito de família. E, dentre esses institutos, os que mais se assemelham à união homoafetiva, são o casamento e a união estável.

Conforme o entendimento de Reale, entre a união homoafetiva e o casamento ou união heteroafetiva, as razões são as mesmas: constituir uma família e ter esse direito reconhecido; a diferença aqui observada é, senão, apenas a relacionada aos sexos dos sujeitos.

Ainda neste sentido, Maria Berenice Dias informa que, para que a analogia seja realizada corretamente neste caso, além de todos os pressupostos exigidos pela lei, em um primeiro momento, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, a saber:

O primeiro é o vazio legislativo. Evidente a omissão quanto à união homoafetiva, que não foi regulamentada, mas sequer foi expressamente proibida pelo texto legal. O segundo requisito exige que o caso não contemplado em lei (a união homossexual) tenha com o previsto (união estável), pelo menos, uma relação de semelhança. Em ambos os casos, a maior de todas as identidades entre os diferentes tipos de família: o afeto. O terceiro elemento requer verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações. (2009, p. 155)

Importante salientar que, esse tipo de análise deve ser feita levando-se em consideração o caso concreto. Contudo, em um primeiro momento, pode-se inferir que todos os requisitos mencionados encontram-se preenchidos, o que torna aceitável a utilização da analogia para dirimir conflitos referentes à possibilidade de união estável homoafetiva. Com o entendimento de Maria Berenice, coaduna a professora e jurista Fabiana Marion Spengler, ao asseverar que:

Pode-se compreender que é possível julgar por analogia à união estável ou ao casamento as lides advindas de uniões homoafetivas, pois essa forma de preencher as lacunas do Direito é adequada aos requisitos supramencionados, uma vez que não há previsão legal (o que identifica a lacuna) e existem semelhanças entre a união homoafetiva e a união estável, representada principalmente pela mútua afeição entre os companheiros (o que demonstra o elemento de semelhança e identidade). (2003, p. 75)

Destarte, percebe-se que, as uniões homoafetivas, apesar de não tuteladas juridicamente, preenchem todos os requisitos necessários para formar uma união estável, apresentam caráter de entidade familiar e devem ser regulamentadas da mesma maneira como ocorre com as uniões heteroafetivas, para tanto, necessário se faz, o emprego da analogia.

3 A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA A PARTIR DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CF/88

Antes de mais nada, para fins didáticos, cumpre salientar a distinção entre hermenêutica e interpretação, embora há quem ignore tal distinção alegando a falta de efeitos práticos.

A hermenêutica nada mais é do que a ciência que trata da interpretação, de forma que, a interpretação é a aplicação da hermenêutica. A hermenêutica jurídica estuda as técnicas de interpretação, e lhe oferece os princípios básicos para que esta seja realizada com sucesso. Já a interpretação busca o “espírito da lei”, ou seja, a finalidade dos dispositivos legais. Seu objeto de interpretação é a norma, contudo, não se restringe só à ela, podendo haver a interpretação do ordenamento jurídico, das leis, e dos princípios. (BASTOS, 1997)

Dito isto, resta distinguir a interpretação da aplicação. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos:

Num primeiro momento, tem-se a seleção da norma aplicável ao caso, dentre as várias potencialmente incidentes. Num segundo momento, há então sua efetiva aplicação. Contudo, antes desta, como restou observado acima, é necessário interpretar a regra. (1997, p. 46)

Conforme o pensamento de Celso Ribeiro, supracitado, deve o intérprete analisar o que diz a norma para que depois esta seja aplicada ao caso concreto.

Embora uma anteceda a outra, a finalidade da interpretação e da aplicação é a mesma, ou seja, resolver casos extraíndo das normas abstratas e impessoais, soluções para o caso concreto.

Consoante anotou o ministro do STF, Gilmar Mendes (1997), ao lembrar os ensinamentos de Peter Häberle, “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”, acentuando, assim, que interpretar uma norma jurídica é adequá-la à realidade fatural vivenciada. Conforme o pensamento de Häberle, a ideia de interpretação de uma sociedade fechada deve ser substituída pela ideia de uma sociedade aberta no que diz respeito à interpretação constitucional, garantindo assim, uma interpretação pluralista e democrática. A proposta de Häberle, é senão, a democratização da interpretação constitucional. Para ele, a interpretação das normas

não deve ficar restrita ao Estado (sociedade fechada), mas deve ser aberta a todos que a vivenciam (sociedade aberta). Assim, juntamente com o Poder Público, os cidadãos, a sociedade, os órgãos estatais e a opinião pública devem ser responsáveis pela interpretação das normas, mesmo que indiretamente.

Sabemos que a última palavra deve ser dada pela jurisdição constitucional, porém, segundo a proposta de Häberle, com a qual este trabalho harmoniza, a interpretação final deve levar em consideração a opinião pública e as necessidades da sociedade, em suas peculiaridades.

Os dispositivos normativos devem ser devidamente interpretados para que em seguida sejam aplicados. E essa interpretação deve ser realizada atentando-se para a realidade fatural e peculiaridades de cada caso concreto. No ensinamento de Celso Ribeiro Bastos:

O Direito existe para regular a vida em sociedade e esta, por sua vez, mostra-se extremamente rica em suas particularidades. O Direito, geral e abstrato, necessita, pois, de um método que consiga adequá-lo à realidades concretas em função das quais existe. (1997, p. 89)

A interpretação surge para solucionar situações que os dispositivos constitucionais não solucionam de forma específica. Desde que realizada de maneira correta, atentando para os postulados constitucionais, que não cumpre a este trabalho salientar, a interpretação é capaz de estabelecer a ordem jurídica sem alterar o texto constitucional.

Em qualquer extensão da hermenêutica, a interpretação terá um caráter mediativo. Caberá ao intérprete ou exegeta, estabelecer uma mediação entre o ordenamento jurídico e a sociedade.

No caso da hermenêutica constitucional, o legislador constituinte é o responsável pela criação das normas constitucionais que organizam o Estado, porém, cabe ao intérprete dar o significado a essas normas e adequá-las à realidade social. A norma, por si só, não fala, o intérprete é que fala por ela. Não se deve, portanto, atentar exclusivamente para a literalidade do texto, pois quase sempre, a lei diz mais do que traz em sua redação. A interpretação faz com que a finalidade da Constituição seja materializada na sociedade. (BASTOS, 1997)

Existem diversos métodos hermenêuticos, a saber, a interpretação literal ou gramatical, a interpretação sistemática, a interpretação teleológica, a interpretação

histórica ou histórico-evolutiva, entre outras formas de interpretação; conceitos os quais não convêm a este trabalho salientar. Porém, para se chegar ao verdadeiro espírito da norma jurídica através da exegese, terá o intérprete que adotar o método de interpretação sistemática, pois envolve os três planos fundamentais da interpretação, sejam eles a sintaxe, a semântica e a pragmática da linguagem jurídica (BARROS CARVALHO, 2002). Neste método, valoriza-se o ordenamento jurídico como um todo, devendo a interpretação das normas ser realizada em conjunto com as demais normas referentes, bem como com os princípios orientadores da matéria e os demais elementos que favoreçam a interpretação de modo integrado. Sobre os princípios orientadores, assevera Fernando Augusto de Vita:

Na interpretação na linguagem jurídica, o intérprete deve ter como guia os princípios jurídicos que inspiraram o legislador. Qualquer interpretação que se fizer desprezando os princípios, será uma interpretação equivocada. Daí se dizer que não se basta o sentido literal da norma jurídica: é necessário buscar sempre o seu espírito. (2007, p. 2)

Que o Direito existe para ser aplicado, não há dúvidas. Contudo, para que tal aplicação se concretize de maneira correta, cabe ao intérprete-aplicador, não apenas o conhecimento do direito material, mas, o domínio sobre as técnicas de interpretação, pois as leis precisam ser interpretadas para que haja correspondência entre as normas e o fato concreto, e só assim, alcançar a JUSTIÇA.

3.1 A HERMENÊUTICA JURÍDICA EM FAVOR DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

A doutrina conservadora posiciona-se no sentido de que as uniões homoafetivas não possuem tutela jurídica, pois foram negligenciadas pelo legislador constituinte, não sendo, portanto, reconhecidas como entidade familiar perante à Constituição. Essa vertente doutrinária acredita que as uniões homoafetivas não ensejam nenhum efeito jurídico no âmbito do Direito de Família, restringindo-se, assim, à uma interpretação literal e taxativa da norma jurídica.

A outra parte da doutrina, defensora dos direitos da união homoafetiva, se divide entre os que reprimem a conduta inerte do legislador, acreditando ter sido proposital a sua atitude ao não conceder o caráter de entidade familiar às uniões

homoafetivas e não reconhecer de forma expressa essa forma de união, seja por receio da opinião da sociedade ou por preconceito do próprio constituinte; e entre aqueles que acreditam que o motivo de tal omissão tenha sido justamente a pouca visibilidade que as relações homoafetivas tinham à época da elaboração da norma constitucional, de maneira que o legislador constituinte sequer teria cogitado tais possibilidades.

Contudo, para que se possa trabalhar na defesa dos direitos referentes às uniões homoafetivas, a discussão relativa às pretensões do legislador ao elaborar a norma não se mostra produtiva, pois, a nossa constituição conta com um aparato de mecanismos utilizáveis em situações como esta. Além do mais, os projetos de lei que propõem alterações desta situação não têm previsão para serem votados no Congresso Nacional, muito menos de entrarem em vigor, e até lá não se pode ficar esperando.

De toda forma, em razão do dispositivo constitucional que consagra o direito de ação, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF), juntamente com o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, o qual não permite ao juiz se escusar de julgar alegando lacuna na lei (art. 126, CPC), as possíveis restrições presentes no §3º, do artigo 226 da CF/88 e no artigo 1.723 do Código Civil não podem dar ensejo à exclusão de direitos. Pois todos os indivíduos tem o direito de ter apreciadas suas demandas perante o Poder Judiciário, independentemente de qualquer coisa.

Isto posto, cabe ao magistrado desdobrar a norma, de forma a atender às mais diversas situações, interpretando-a de forma mais benéfica à circunstância, desde que realizada da maneira correta, atendendo-se aos princípios de interpretação, dentre eles, o princípio da unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, dentre outros, que não configuram objeto de estudo desta pesquisa. (ALEXANDRINO, 2011)

Dito isto, com base na hermenêutica jurídica, a seguir será analisada a fundamental importância da interpretação sistemática do texto constitucional, na defesa dos direitos das uniões homoafetivas.

3.2 A INTERPRETAÇÃO SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Dentre os princípios constitucionais, se apresentam com maior relevância os princípios da igualdade, legalidade, liberdade, não discriminação, e o mais primordial, o princípio da dignidade da pessoa humana, de onde derivam todos os outros. Tais princípios foram consagrados pela Constituição Federal de 1988 como garantias fundamentais do cidadão.

Os princípios constitucionais são de extrema importância para a defesa dos direitos dos relacionamentos homoafetivos, vista a omissão legislativa nesse setor. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2009, p. 101) “os grandes pilares que outorgam efetividade aos direitos humanos – verdadeira viga-mestra assentada de forma saliente na Carta Constitucional – são os princípios do respeito à dignidade humana, da liberdade e da igualdade”.

Como já foi dito, a doutrina e jurisprudência divergem quanto ao artigo 226 da CF/08, se este configura dispositivo taxativo ou exemplificativo. Sendo assim, necessário tecermos alguns comentários a respeito de uma suposta colisão entre normas constitucionais, visto que, no que diz respeito ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, os princípios aqui mencionados harmonizam com o artigo 226 da Carta Magna, considerando-o exemplificativo.

Para resolver tal impasse, necessário entender que a nossa Constituição Federal constitui-se de normas, e tais normas se dividem em regras e princípios, os quais não se confundem. A esse respeito, leciona Canotilho que:

Regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção [...] Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de 'tudo ou nada'; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fáctica ou jurídica. (1995, p. 1.215)

Isto posto, depreende-se que a norma consignada no artigo 226 da CF, a qual prevê a união estável entre homem e mulher, constitui uma regra, uma vez que permite algo, reconhece o instituto e lhe assegura tutela jurídica.

Porém, os princípios são superiores à regra, pois constituem sua base. É no princípio que a regra vai buscar seu fundamento. Assim, em situações que ensejem o conflito de normas, deverá o princípio preponderar sobre a regra. Sobre este possível conflito, assevera Maria Berenice Dias:

Diante desse aparente confronto entre a norma constitucional e os princípios que a norteiam, até por uma questão de coerência interna, a conclusão só pode ser uma: desde que uma norma constitucional se mostre contrária a um princípio, há de prevalecer o princípio. (2009, p. 110)

Isto posto, não há como considerar o art. 226 da Constituição, um dispositivo taxativo, pois, levando-se em consideração o caráter sociológico do texto constitucional, este prima pela predominância dos princípios em razão da regra, e qualquer desatendimento aos princípios fundamentais

Em razão da omissão legislativa, é nos princípios fundamentais do texto constitucional que as uniões homoafetivas vão buscar abrigo. Qualquer negativa a esse direito, em desatendimento a esses princípios, é considerada inconstitucional.

Dito isto, a seguir serão estudados os princípios constitucionais de maior relevância, e sua aplicação na defesa dos direitos das uniões homoafetivas.

3.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui princípio basilar do Estado Democrático de Direito, verdadeiro sustentáculo do nosso sistema normativo, e a todos os brasileiros deve ser assegurado. Se a Constituição Federal assegura direitos fundamentais a todos sem distinção, as pessoas que possuem orientação sexual ou identidade de gênero divergente da maioria, também necessitam ter assegurados os direitos a elas inerentes, na qualidade de cidadãos brasileiros.

Por se tratar de um princípio inerente a todas as pessoas sem discriminação ou restrição de qualquer natureza, os efeitos deste princípio não variam dependendo do indivíduo, mas devem ser assegurados a todos sem distinção, lhes garantindo as condições mínimas para uma vida saudável. Neste sentido, para Maria Berenice Dias:

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, em complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2009, p. 102)

A dignidade da pessoa humana é considerada o princípio-matriz do nosso ordenamento jurídico, dela advém todos os outros direitos fundamentais desde o direito à vida, a exemplo da liberdade, da igualdade e da cidadania. Consiste em princípio fundamental para assegurar o exercício dos demais princípios e direitos individuais e sociais assegurados constitucionalmente.

O princípio da dignidade humana foi alicerçado pela Constituição Federal no Título I, referente aos princípios fundamentais, em seu artigo 1º, segundo o qual "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana (...)".

Assim, é dever do Estado, garantir aos cidadãos que compõem o estado brasileiro, o respeito à sua dignidade, inerente à sua condição humana. Para que haja o respeito à essa dignidade, mister se faz o respeito à livre busca das realizações da vida pessoal, dentre elas a realização sexual e afetiva, sem as quais dificilmente se atinge a felicidade plena.

Portanto, no caso de uma pessoa cuja orientação sexual tende para a homossexualidade, sua felicidade nunca se fará presente em meio a uma relação heteroafetiva. Ou seja, apenas em uma relação homoafetiva poderá buscar sua felicidade e realização pessoal, tanto sexual como afetiva. Levando-se em consideração tal ponto, desnecessário desprezar as uniões homoafetivas em virtude das uniões heteroafetivas, quando estas nem sempre garantem uma vida plena para todos. Negar o direito à uma vida plena e feliz à parcela da população, é ferir o princípio que garante a dignidade humana, inclusive a dignidade dos homossexuais.

A promoção do bem a todos, inclui também o aspecto sexual e afetivo. De acordo com o pensamento do legislador, ao conferir constitucionalmente, direitos à dignidade, liberdade, igualdade e não discriminação, não há como excluir desse rol os casais homoafetivos.

O amor e o afeto são sentimentos que fazem nascer o desejo de constituir uma família e de compartilhar uma vida em comum. Tais sentimentos não são exclusivos dos heterossexuais, sendo também pertinente, pessoas do mesmo sexo se apaixonarem e estabelecerem uma união de fato. Ademais, o respeito é imprescindível para a convivência em sociedade. Vecchiatti conceitua o ato de respeitar da seguinte forma:

Respeitar é o ato de demonstrar tolerância com terceiros, ou seja, de admitir maneiras de pensar e agir diversas das suas próprias. Respeitar é, portanto, não reprimir uma pessoa pelo simples fato de ela pensar ou agir de forma diferente da sua, o que, em nosso ordenamento legal, é respaldado, ainda, pelo direito fundamental à liberdade de consciência, que é ‘a faculdade de o indivíduo formular juízos e idéias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda’, afirmando também que o Estado não pode interferir nesse âmbito íntimo do indivíduo, ‘não lhe cabendo impor concepções filosóficas aos cidadãos’. Ora, se todos têm o direito de autodeterminar a forma como viverão suas vidas, é evidente que têm o direito de ter a sua autodeterminação respeitada pelos demais membros da sociedade quando isso não implique prejuízos a terceiros, prejuízos que inexistem na homoafetividade. (2008, p. 146)

Ainda neste sentido, afirma Patrícia Fontanella (2006, p. 97), que, “nas sociedades em que a vida, a integridade física, a intimidade e a identidade das pessoas não forem respeitadas nem a igualdade jurídica garantida pelo Estado, não haverá a efetivação da dignidade da Pessoa Humana”.

Portanto, necessário se faz, o respeito da personalidade de cada um, da sua intimidade, da sua liberdade de agir e pensar, e da maneira de conduzir sua vida. Cabe não apenas ao Estado, mas a toda sociedade em conjunto, garantir o respeito à vida privada alheia, não interferindo em seu âmbito íntimo. Respeitar a identidade, a intimidade e as escolhas das pessoas é uma forma de chegar à concretização da dignidade não só das pessoas individualmente, mas a dignidade das relações em si.

3.2.2 Princípios da igualdade e não discriminação

O princípio da igualdade é um dos princípios de maior relevância no ordenamento jurídico brasileiro. Nele se baseia a perspectiva de um sistema

igualitário, modelo justo de se viver em sociedade, sem discriminação de qualquer natureza, onde todos possam viver igualmente.

A Constituição Federal de 1988, já no preâmbulo, se destina a assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Fortemente interligado ao princípio da igualdade está o princípio da não discriminação, previsto no artigo 3º, IV, segundo o qual, constitui objetivo fundamental do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação”. Por último, faz referência ao princípio da igualdade em seu artigo 5º, caput, ao dizer que “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”.

Para Alexandre de Moraes (2008, p. 31), “a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei”. Ou seja, se a lei garante a igualdade entre todos os cidadãos brasileiros, sem distinção por qualquer motivo, não há fundamento para que as pessoas que possuem uma orientação sexual ou identidade de gênero diversa da habitual sejam discriminadas.

No entanto, necessário esclarecer os pontos de vista em que o direito à igualdade, previsto constitucionalmente, pode ser enxergado. Sejam eles: o da igualdade formal e igualdade material.

A igualdade formal pode ser observada levando-se em consideração a literalidade do enunciado constitucional, quando diz que todos são iguais perante a lei, o que, em um primeiro momento, nos dá a entender que todos devem ser tratados igualmente, sem atentar para suas diferenças. Contudo, não é esta a finalidade do princípio constitucional. Para Pedro Lenza (2009), deve-se buscar não apenas a igualdade formal prevista na lei, mas, principalmente, a igualdade material ou substancial, segundo a qual, a lei deve tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades. No entendimento de Sílvio Motta:

O Princípio da Isonomia ou Igualdade pontua as cadeiras do Direito, norteando todas as relações jurídicas. Há que se distinguir a isonomia formal da isonomia material. A isonomia formal (caput) pugna pela igualdade de todos perante a lei, que não pode impedir que ocorram as desigualdades de fato, provenientes da diferença das aptidões e oportunidades que o meio social e econômico permite a cada um. Já a igualdade material, ou seja, aquela que postula um tratamento uniforme de todos os homens perante a vida com dignidade, é quase utópico, visto que nenhum Estado logrou alcançá-la efetivamente. Segundo Montesquieu, 'a verdadeira igualdade consiste em tratar de forma desigual os desiguais', conferindo àqueles menos favorecidos economicamente um patrimônio jurídico inalienável mais amplo. (2006, p. 77)

Assim, de acordo com o aspecto material ou substancial, o Estado tem o dever de assegurar, através da lei, tratamento igualitário a todas as pessoas, sem distinção, mas observando-se a situação específica em que se enquadram. Neste sentido, para David Araújo e Nunes Júnior, ao incluir o princípio da igualdade no artigo 5º, caput, da Constituição Federal:

O constituinte tratou de proteger certos grupos que a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. (2009, p. 99)

Levando-se em consideração a busca da igualdade material ou substancial, a união homoafetiva, diante de sua diversidade inerente, também possui o direito à igualdade, devendo ser tratada pelo Estado, com o mesmo respeito e consideração conferidos a união heteroafetiva, sem distinção por suas peculiaridades. A igualdade constitui um direito a diferença, devendo ser alvo de respeito e não de discriminação.

3.2.3 Princípios da legalidade e liberdade

O princípio da legalidade se faz presente no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, onde assegura que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. Desta forma, apenas a lei tem o condão de obrigar alguém a agir ou deixar de agir, não cabendo ao Estado nem a quem quer que seja, intervir nas relações particulares, a não ser por determinação legal.

O princípio da legalidade está intimamente ligado ao princípio da liberdade, na medida em que assegura ao indivíduo a liberdade de fazer tudo o que a lei não proíbe. O artigo 5º, II, nos dá amparo a duas dimensões, uma referente à legalidade e a outra referente à liberdade de ação.

Sendo assim, as pessoas que mantêm relações homoafetivas, o fazem por não existir nenhuma lei que proíba tal relação. E não poderia ser de outra forma. Caso existisse alguma lei proibindo a relação homoafetiva, esta lei seria naturalmente discriminatória, e violaria os princípios constitucionais da não discriminação, liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Seria uma norma eivada de inconstitucionalidade desde seu nascimento e contrária ao nosso ordenamento jurídico que tem por finalidade assegurar o estado democrático de direito.

A sexualidade é um complemento da condição humana necessária para se viver. Para que haja a realização do indivíduo como ser humano, necessário o direito de exercer sua própria sexualidade da forma que lhe convém. Se privado de liberdade de agir, de exercer sua sexualidade, o homem não se realiza plenamente dentro de sua condição humana, e, portanto, não consegue alcançar a felicidade em sua completude. Para Adriana Galvão Moura:

A vida é o bem mais precioso do ser humano, e a vida sem liberdade – inclusive quanto à orientação sexual – não tem qualquer significado. A convivência diária, estável, livre, independente da orientação sexual, integra o direito à liberdade da pessoa, não podendo haver distinção entre cidadãos, pois todos são iguais perante a lei. (2005, p. 01)

No que diz respeito a liberdade de constituir família, cada um tem o direito de escolher como constituir sua família, sem que ninguém se sinta no direito de interferir tal escolha, nem mesmo o Estado, conforme prevê o artigo 1.513, do Código Civil, que preleciona: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. O dever do Estado é o de proteger a família e proporcionar esse direito, sem interferir ou opinar na forma como é constituído. Sobre este assunto, o entendimento de Maria Helena Diniz:

O princípio da liberdade refere-se ao poder de formar comunhão de vida, a livre decisão do casal no planejamento familiar, a livre escolha no regime matrimonial de bens, a livre aquisição e administração do poder familiar, bem como a livre opção pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole. (2010, p. 27)

Diante dos princípios da legalidade e liberdade de agir, é garantido a todos, o direito de dispor da própria sexualidade como direito personalíssimo. Em função disso, o direito de constituir uma família também não pode ser restringido, visto não existir nenhuma lei que proíba tal ato. Portanto, diferenciar uma união de afeto, em razão da orientação sexual das pessoas envolvidas, ou supor que, apenas a união heteroafetiva tem o direito de constituir uma família, são condutas discriminatórias que ferem o princípio constitucional da liberdade em suas inúmeras vertentes, a saber, liberdade de agir, liberdade sexual, liberdade afetiva e liberdade de constituir uma família.

3.2.4 Direito à intimidade e vida privada

A inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada é a base para a efetivação do direito à livre orientação sexual, e, portanto, do princípio da liberdade.

Uma pessoa ao escolher, de livre e espontânea vontade, como companheira, outra pessoa do mesmo sexo, está exercendo um direito que lhe foi assegurado constitucionalmente, a saber: a liberdade de pensar e agir da maneira que lhe aprouver, desde que de forma lícita. Por outro lado, a intervenção por parte de quem quer que seja, nesta escolha, configura uma violação aos direitos da intimidade e vida privada, assegurados pela Constituição Federal da seguinte forma:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O fato de o direito à intimidade e o direito à vida privada não estarem expressos no caput do referido artigo, leva à conclusão de que tais direitos (a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem), por se tratarem de direitos personalíssimos, estão diretamente interligados ao direito à vida, este sim mencionado no caput do art. 5º da do nosso ordenamento.

Como direito pessoalíssimo, o direito à intimidade constitui característica inerente e indispensável à condição de pessoa humana. Trata-se do íntimo, daquilo que é só nosso. Apesar de a Constituição referir-se expressamente à intimidade e à privacidade, esses dois valores estão intimamente interligados, sendo que o respeito à vida privada de uma pessoa é uma forma de lhe assegurar a intimidade.

Além da segurança constitucional, o direito à intimidade e à vida privada encontra fundamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XII, inciso XII, que informa:

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

Como remonta o artigo supracitado, o direito e respeito à vida privada de uma pessoa, envolve também o direito à não interferência na sua família e no seu lar. Assim, ao formar uma família, cada um tem a prerrogativa de escolher com quem quer estabelecer uma convivência, independentemente da orientação sexual da pessoa elegida. A simples orientação sexual não constitui fator que determina a restrição de qualquer direito. Ademais, se assim fosse, haveria aqui um atentado ao princípio da igualdade e não discriminação. Neste sentido, Maria Berenice Dias:

Descabido estabelecer a distinção de sexos como pressuposto para a identificação da união estável. Dita diferença, arbitrária e aleatória, é exigência nitidamente discriminatória. O próprio legislador-constituente reconheceu a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes também como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado. Diante dessa abertura conceitual, nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento caracterizador da família. Por consequência, não há como ver como entidade familiar somente a união estável entre pessoas de sexos opostos. [...] O exercício da sexualidade, a prática da conjunção carnal ou a identidade sexual não é o que distingue os vínculos afetivos. A identidade ou diversidade do sexo do par gera espécies diversas de relacionamento. Desimporta a identificação do sexo do par, se igual ou diferente, para emprestar efeitos jurídicos aos vínculos afetivos, no âmbito do Direito das Famílias. Atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, necessário conferir direitos e impor obrigações mútuas, independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes. (2011, p. 08-09)

Desta forma, se as uniões heteroafetivas podem formar uma união estável, não há motivos para supor que as uniões homoafetivas não o consigam. Não é a orientação sexual que determina a capacidade de alguém constituir ou não uma

família, mas outros valores mais importantes, como o vínculo afetivo, a coabitação, a vida em comum, entre outros. Valores esses, imprescindíveis para o reconhecimento de uma união estável, seja ela heteroafetiva ou homoafetiva.

3.3 A INTERPRETAÇÃO SOB O PRISMA DA ABERTURA DA NORMA CONSTITUCIONAL

Conforme já analisado, antigamente, a família consagrada pela lei adotava um modelo conservador. Tratava-se de uma instituição matrimonial, patriarcal e heterossexual, além de indissolúvel. Com a Constituição Federal de 1988, o Direito de Família recebeu um enorme avanço. Com a nova legislação, sucumbiu a ideia de hierarquia entre homens e mulheres, a diferenciação entre os filhos, e o conceito de família foi ampliado para além do casamento. Ao incluir a união estável como um modelo de família, pluralizou-se o conceito de família, que não mais exigia o casamento como requisito.

Como referido anteriormente neste trabalho, tomando-se por base os princípios constitucionais, há quem considere como meramente exemplificativo o enunciado da constituição que faz referência expressa à união estável entre homem e mulher, tendo em vista que a norma constitucional é dotada de abertura capaz de acompanhar uma evolução do conceito de família. Com base nas lições de Canotilho (1995), Luciana Nahas, entende que:

A concepção atual de Constituição aberta acarreta a necessidade de estudos das normas que compõem o corpo da Constituição, já que o sistema jurídico do Estado de direito democrático é um sistema de regras e princípios [...] É um sistema jurídico porque formado por normas; aberto, pois as normas constitucionais são capazes de se adaptar às mudanças da realidade [...] normativo, visto que a estruturação se baseia em espécies normativas; e, finalmente, de regras e princípios, pois as normas constitucionais podem se revelar das duas formas. (2008, p. 36)

Desta forma, a Constituição aberta caracteriza-se pela flexibilidade em abarcar as mudanças sociais, se adaptando e se renovando conforme a evolução da história, não permanecendo, assim, restrita à época em que foi elaborada.

Os defensores desta vertente acreditam que não foi intenção do legislador constituinte, ao adotar um conceito aberto como é o conceito de família, excluir ninguém, até porque, se assim o fizesse, estaria indo em direção oposta ao que reza a própria Constituição Federal, no que diz respeito a não violação dos princípios da igualdade, não discriminação e dignidade da pessoa humana.

Ainda neste sentido, Maria Berenice Dias (2009, p. 179), entende que o fato de o constituinte não fazer referência expressa às uniões homoafetivas “não nos permite concluir que o convívio entre pessoas do mesmo sexo está fora do sistema jurídico ou que não é uma entidade familiar”. Assim, restando presentes as condições de vida em comum, estabilidade, continuidade, ânimo de constituir família e mútua assistência, ausência de impedimentos matrimoniais, e sobretudo, o afeto, a união homoafetiva não pode ser excluída do conceito de entidade familiar, muito pelo contrário, à ela devem ser concedidos os mesmos direitos e deveres concedidos à união heteroafetiva. Tanto a união estável como a união homoafetiva tem as mesmas características e objetivos, e podem, perfeitamente preencher os requisitos exigidos, a única diferença reside, senão, na igualdade de sexos da segunda.

Para Paulo Lôbo (2008), o caput do artigo 226 do nosso diploma, ao propor que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, está incluindo de forma geral toda forma de família, desde que presentes os requisitos de afetividade e estabilidade. Neste sentido, Pedro Lenza (2009) acredita que deve ser considerada a função social da família, com destaque para a família socioafetiva, visto que não mais é adotado um conceito único de família. Para Lenza:

A união homoafetiva, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do direito à intimidade (art. 5º, X, CF), da não-discriminação (art. 3º, IV), da igualdade com relação ao tratamento dado à união estável entre homem e mulher (art. 5º, *caput*), deve ser considerada entidade familiar e, assim, ter o tratamento e proteção especial por parte do Estado, exatamente como vem sendo conferido à união estável entre um homem e uma mulher. (2009, p. 860)

Fundamentalmente, na união homoafetiva tem-se o afeto, assim como este existe no casamento, na união estável entre pessoas de gêneros diferentes e nas famílias monoparentais.

A Constituição, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de relações afetivas fora do casamento. Assim, emprestou especial proteção às entidades familiares formadas por um dos pais e sua prole, nem como à união estável entre homem e mulher (CF 226). Esse elenco, no entanto, não esgota formas de convívio merecedoras de tutela. Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade qualquer entidade que apresente os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que a relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificadas como entidade familiar a merecer a tutela legal. (DIAS, 2009, p. 197)

Portanto, não se admite a negativa de caracterizar as uniões homoafetivas como entidade familiar, com as mesmas garantias atinentes a união estável. Apesar de não está expressamente prevista na Constituição “a referência constitucional é norma de inclusão, que não permite deixar ao desabrigo do conceito de família – que dispõe de conceito plural – a entidade familiar homoafetiva” (DIAS, 2009, p. 198). Uma visão sistemática do ordenamento jurídico pátrio conduz a essa conclusão, quando levados em consideração os princípios-base da Constituição Federal (a dignidade da pessoa humana, a garantia da igualdade e liberdade, inclusive de orientação sexual, o objetivo fundamental da não discriminação, o direito à intimidade e à vida privada, além do pluralismo familiar).

Assim, não é a omissão do constituinte, ao não fazer referência expressa aos direitos da união homoafetiva, que vai fazer com que não tenha seus direitos assegurados. Mesmo diante da inércia do Poder Legislativo, o juiz deve exercer sua função de dizer o direito, mesmo quando a lei for omissa, valendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, assim como determina o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Outra saída para o judiciário está no artigo 5º da LINBD, ao dizer que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. De acordo com Zeno Veloso (2005, p. 126), a interpretação do mencionado artigo “deve ser axiológica, progressista, na busca daqueles valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa”, e assim, possa adaptar-se às mudanças sociais.

Na prática, a jurisprudência deixou de caracterizar as uniões homoafetivas como inexistentes para reconhecê-las como mera sociedade de fato, assim como foi feito inicialmente com as uniões de fato entre homem e mulher. Contudo, diante da inércia legislativa, a jurisprudência vem divergindo, quanto a considerar a união homoafetiva uma família ou uma mera sociedade de fato.

Porém, tratar as relações entre pessoas do mesmo sexo como mera sociedade de fato, restou em sua grande parte injusta, primeiro porque tratar pessoas ligadas por laços afetivos como se sócios fossem já é de tamanha ofensa, segundo que quando se tratava de desfazimento do vínculo por motivo morte, o companheiro vivo não era considerado herdeiro do *de cujus*. (DIAS, 2011)

Devido às injustiças que foram resultando dessa situação e com a tentativa de acabar com a discriminação, o Supremo Tribunal Federal, com base no reconhecimento dos pressupostos configuradores da união estável juntamente com os princípios constitucionais fundamentais, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, regida pelas mesmas regras que se aplicam à união estável dos casais heterossexuais. Tal decisão será detalhada no capítulo a seguir.

4. O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Como visto, a ausência de lei expressa não significa a ausência do direito. E é neste sentido que o Poder Judiciário assumiu a responsabilidade de suprir a omissão do legislador. Mesmo sem lei específica, as uniões homoafetivas bateram as portas do Judiciário para reivindicar seus direitos. As primeiras mudanças foram realizadas pela justiça gaúcha, pioneira no reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Desde então, vários outros estados do Brasil seguiram o exemplo da Justiça Rio-grandense, até que, em 2011, tal protesto culminou com a decisão histórica no do nosso Supremo Tribunal Federal. A seguir, serão apresentados os fundamentos que nortearam a Corte Suprema em seu julgamento.

4.1. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No ano de 2008, foi ajuizada pelo governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral Filho, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132/08), no intuito de o Supremo Tribunal Federal fazer valer o regime jurídico das uniões estáveis, trazido pelo artigo 1.723, do atual Código Civil, para às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do estado do Rio de Janeiro. Com fundamento na não-violação dos preceitos fundamentais, Sérgio Cabral pleiteou a interpretação conforme a Constituição Federal, da legislação estadual referente ao artigo 19, II e V e artigo 33, do Decreto-lei nº 220/75, este último referente à questões previdenciárias e de assistência ao funcionário e sua família. Em seu pedido, o governador requereu que tais benefícios fossem assegurados aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis.

Em 02 de julho de 2009, a Procuradoria-Geral da República, através de sua Vice-Procuradora-Geral, Deborah Duprat, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 4.277/09, no intento de que o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 fosse interpretado conforme a Constituição Federal de 1988, e estendesse às uniões homoafetivas o *status* de entidade familiar

com todos os direitos e deveres referentes às uniões entre casais de gêneros diferentes.

No dia 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar, conjuntamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.277/09) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132/08), por unanimidade, reconheceu, de forma emblemática, a união homoafetiva como entidade familiar, assegurando-lhes, os mesmos direitos e deveres conferidos às uniões estáveis heterossexuais de que trata o art. 1.723 do Código Civil. A relatoria do processo ficou sob a responsabilidade do Ministro Ayres de Brito, que conduziu o processo na mais perfeita sabedoria.

Além do ministro relator, Ayres de Brito, fizeram parte do julgamento, os ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, e Cezar Peluso, assim como as ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia, com exceção do ministro Dias Toffoli, que foi declarado suspeito, visto que, em 2008, na qualidade de Advogado Geral da União, apresentou parecer favorável à ADPF 132.

4.2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONFERIDO AO STF E SEUS EFEITOS

A Constituição, em parceria com as demais normas de um ordenamento jurídico são responsáveis pela regulamentação do comportamento em sociedade. Contudo, tais normas encontram-se abaixo da Constituição, por isso denominadas normas infraconstitucionais, e, portanto, devem obediência à Lei Maior, que está, hierarquicamente, acima de tudo, no topo do ordenamento jurídico.

Por representar a Lei Fundamental e Máxima do Estado Brasileiro, toda norma, princípio ou regra, deve, para que adentre e permaneça em nosso ordenamento jurídico, estar em acordo com a Constituição Federal, sob pena de ser considerada norma inconstitucional. Tal proeminência importa-se no chamado Princípio da Supremacia da Constituição. No ensinamento de José Afonso da Silva:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional. (2008, p. 46)

Além do que já foi mencionado, o Princípio da Supremacia da Constituição resulta da rigidez constitucional, pela qual é mais custoso a alteração de norma constitucional do que de uma norma infraconstitucional, diferentemente das constituições denominadas flexíveis, onde a norma constitucional e as normas inferiores possuem o mesmo procedimento de alteração. (Idem, 2008)

Como no nosso país, a Constituição Federal é dita rígida – ou super rígida, para alguns – para realizar alguma alteração em suas normas, é necessário observar o disposto em seu artigo 60, o qual apresenta procedimento mais complexo do que o procedimento utilizado para alteração de leis hierarquicamente inferiores.

Além da rigidez no processo de alteração de suas normas, a Constituição traz em seu decorrer, um apanhado de *cláusulas pétreas*, que são, nada mais nada menos, que princípios e regras que não podem ser suprimidos. Entre tais cláusulas estão inseridos os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros. A presença de cláusulas pétreas juntamente com a rigidez constitucional justificam a supremacia da Carta Magna. Para Alexandre de Moraes (2008, p. 699), “a ideia central de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.”

Há o consenso na doutrina, da imperiosidade do controle da constitucionalidade das normas, para que haja a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, o princípio da supremacia fez nascer a necessidade da criação de um procedimento que solucionasse os conflitos entre as normas que confrontassem a Constituição. Daí, o surgimento do chamado controle de constitucionalidade, como um mecanismo de correção e reparação de um ato normativo (lei, decreto, etc.) em relação à Constituição, e com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais constitucionais, assim como outras normas do texto constitucional.

Tanto a constitucionalidade como a inconstitucionalidade, devem ser examinadas por órgão competente para tal, ou seja, por órgão que possua a jurisdição

constitucional, a qual “prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais” (BONAVIDES, 2002, p.128).

Em seu art. 102, caput, a Constituição Federal de 1988 atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal, para que este fosse o responsável por sua guarda. Dessa forma, em atendimento à jurisdição constitucional, coube à Corte Suprema, entre outras atribuições, a exclusividade no exercício do controle de constitucionalidade concentrado, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (que estabelece a conformidade entre as leis e o texto constitucional); de Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC (que confirma constitucionalidade de uma lei); de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (que procura reparar qualquer ato normativo que viole preceito fundamental); ou de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou ADI por omissão (quando a inconstitucionalidade resulta de omissão legislativa).

O controle de constitucionalidade, é, portanto, realizado de duas formas, a saber, de forma concentrada e de forma difusa. No Brasil, o controle de constitucionalidade concentrado, como dito, é de exclusividade do Supremo Tribunal Federal, enquanto que o controle difuso, pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. (LENZA, 2009)

Difere o controle de constitucionalidade concentrado do difuso, pois naquele o controle possui efeitos *erga omnes*, ou seja, contra todos; enquanto que, no segundo, o controle possui eficácia *inter partes*, ou seja, restrita às partes que configuram os polos da ação judicial. Porém, ambos têm em comum, o dever de analisar a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal (Idem, 2009).

O controle de constitucionalidade concentrado pode ocorrer de duas formas, sejam elas, por via principal ou ação direta, também chamada de controle abstrato, e por via de exceção ou incidental, também chamada de controle concreto.

O controle de constitucionalidade por via principal ou ação direta é aquele que examina a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei em si, e não um caso concreto em específico. Enquanto que no controle de constitucionalidade por via de exceção, é analisado o caso concreto de onde surge uma questão incidente.

No caso das ações julgadas pelo STF, onde o Supremo reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares e às equiparou à união estável

heterossexual, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 132/08 é exemplo de controle concentrado por via principal, enquanto que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 4.227/09, é exemplo de controle concentrado por via incidental.

Isto posto, por se tratar de decisão proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a decisão do STF que equiparou a união homoafetiva à união estável, possui caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, como dito, seus efeitos atingem a todos. Tal eficácia do controle de constitucionalidade abstrato ou por via principal é assegurada pelo art. 102, §2º da Constituição Federal/88 que reza:

Art. 102, §2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Dessa forma, a ninguém é permitido negar que as uniões homoafetivas constituem uma entidade familiar e que possuem os mesmos direitos e deveres da união estável comum, nem mesmo o próprio Poder Judiciário e os órgãos do Poder Executivo e da Administração Pública.

Contudo, o Poder Legislativo não entra nessa contagem, pois este, não se vincula aos efeitos do controle de constitucionalidade concentrado, podendo, inclusive, elaborar lei em sentido contrário às decisões decorrentes desta forma de controle, sem que, para isto, configure descumprimento de decisão judicial.

4.3 NEOCONSTITUCIONALISMO

O chamado neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo, surgiu em objeção ao velho constitucionalismo europeu, marcado pelo culto ao legislador, o qual se mostrou incapaz de combater violações aos direitos fundamentais, na época. Assim, esse movimento que recebeu o nome de neoconstitucionalismo, veio para restaurar as bases do Direito Constitucional.

A promulgação de constituições democráticas e de cunho social, foi fundamental para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo. Constituições como a

da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976) e Espanha (1978), ao respeitarem e defenderem os direitos humanos, foram fundamentais para o rompimento com o autoritarismo do legislador.

De uma forma simples, pode-se conceituar esse “novo constitucionalismo” como uma nova forma de se interpretar o direito, atentando-se primordialmente aos direitos e garantias fundamentais constantes nas Cartas Políticas democráticas.

Dentro dessa nova realidade, busca-se a eficácia dos valores fundamentais da Constituição, onde deve-se atender de forma verdadeira ao que diz o texto constitucional, para que este possua uma aplicação realmente efetiva (LENZA, 2009).

Os direitos fundamentais, matéria-prima do neoconstitucionalismo, foram assegurados pela nossa Constituição Federal de 1988, alguns de forma expressa, outros de forma implícita, seja na forma de regras ou de princípios. Assim, foi com a promulgação da nossa democrática Constituição Federal, na década de 80, que esse movimento teve início no Brasil.

Conforme a proposta do movimento neoconstitucional, em respeito ao Princípio da Supremacia Constitucional, esses direitos e garantias fundamentais devem ser assegurados a todos os cidadãos, para que assim, haja a concretização dos direitos humanos dos quais fazem jus, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em consequência desse movimento houve a constitucionalização das normas hierarquicamente inferiores à Constituição, a exemplo do Código Civil de 2002, que, de uma forma mais significativa, passou a valorizar e proteger as relações entre seres humanos.

Diante desta compreensão, Tepedino (2007, p. 70) afirma que o Código Civil “é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo. E a solução do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional, entendimento extensível à legislação infraconstitucional”.

Nesse novo contexto, inevitavelmente, surge uma nova metodologia de interpretação do Direito, devendo esta ser realizada sempre em conformidade com os preceitos constitucionais, em especial, os direitos e garantias fundamentais.

4.4 DECISÃO DO STF: INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO OU ATIVISMO JUDICIAL?

Com a repercussão provocada pela decisão do STF à respeito do reconhecimento da união estável homoafetiva, muito tem se discutido sobre a referida decisão caracterizar ou não ativismo judicial por parte do Supremo.

Antes de mais nada, necessário tecer alguns comentários a respeito do ativismo judicial, que no entendimento de Luiz Roberto Barroso (2004, p. 335), caracteriza-se por “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Há doutrinadores que enxergam no ativismo judicial, uma espécie de mau comportamento do Poder Judiciário. Para Inocêncio Mártires Coelho (2010), o Judiciário ao realizar o ativismo judicial age com má consciência acerca de seu papel normativo com relação à divisão de poderes do Estado Constitucional de Direito. Elival Ramos (2010) entende que, adotando uma postura ativista, o Judiciário vai além dos limites do ordenamento jurídico. Para Saul Tourinho Leal (2010), o ativismo judicial se aproxima da ideia de exorbitância de competência por parte do Poder Judiciário.

Desta forma, entende-se que, toda vez que o Poder Judiciário, para exercer sua tutela jurídica, adentra na órbita de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, está exercendo uma conduta ativista, que por muitos é questionada.

Ante o exposto, ao julgar favoravelmente a ADI 4.277/09 e a ADPF 132/08, teria o Supremo Tribunal Federal inovado ao suprir a inércia do Legislativo tomando para si a função de legislador ou este apenas cumpriu com suas obrigações de guardião da Constituição, dando a esta uma interpretação conforme os direitos e garantias fundamentais?

Para Maria Berenice Dias, o “Supremo não usurpou de suas funções, não legislou. Simplesmente deu adequada interpretação à Constituição Federal quando tratou da família” (DIAS, 2011, 207). Porém, apesar de ainda não haver um regramento específico “ninguém mais pode deixar de atribuir direitos e impor deveres a quem encontrou em uma pessoa do mesmo sexo sua realização afetiva” (Idem, p. 207).

Os diversos mecanismos de controle de constitucionalidade, existentes à disposição do STF, servem para que este cumpra com sua função de garantir a efetividade do texto constitucional. Quando falamos em efetividade da Constituição, estamos nos referindo à observância dos direitos e garantias fundamentais por ela previstos, e de onde se infere um aparato principiológico que é a base de sua interpretação.

Dessa forma, o STF não legislou, muito menos usurpou sua função, apenas aplicou uma interpretação. Ele não se colocou no lugar do legislativo, apenas se viu na responsabilidade de defender os direitos e garantias fundamentais diante da inércia do legislador.

Assim, não houve regulamentação na decisão do STF, os ministros não fizeram nada além de seu papel.

No julgamento da ADI e ADPF em questão, em especial no voto do ministro relator Ayres de Brito, o que se viu foi uma preocupação e senso de responsabilidade em preservar e fazer valer os direitos e garantias fundamentais. Não se viu no julgamento qualquer forma de intervenção política na esfera legislativa ou de intenção de inovar o ordenamento jurídico. Apenas foi dada eficácia aos princípios constitucionais já existentes nas Constituição Federal.

Importante não confundir a Judicialização com o Ativismo Judicial. Nas palavras de Luiz Roberto Barroso (2004, p.332), o processo judicialização, também chamada judicialização da política, “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

Em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o Supremo Tribunal Federal, assim como qualquer outro órgão do Judiciário, não pode deixar de apreciar determinada demanda que seja de sua competência. Assim, não constitui a judicialização uma alternativa do STF, mas uma obrigação, tendo em vista o nosso modelo constitucional brasileiro; diferentemente do ativismo judicial, onde o judiciário opta por agir como se legislador fosse. “A judicialização é fato. O ativismo judicial é atitude” (BARROSO, 2009, p. 332).

Se a causa, em sua essência, pede que sejam analisados princípios e valores fundamentais constitucionais, deve a Corte Suprema, analisá-la mediante tais princípios e valores, para que haja a eficácia concreta da Constituição, a quem foi

confiada sua guarda. Ao se utilizar da judicialização o STF não faz nada além do que lhe foi incumbido.

Após estas considerações, mesmo que feitas de forma breve, resta claro que, o Supremo, ao julgar a ADI/4.277 e ADPF/132, não praticou ativismo judicial, mas, sim, a judicialização da política.

4.5 ANÁLISE JURÍDICA DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

O STF ao decidir sobre a equiparação da união homoafetiva à união estável comum, utilizou-se da “interpretação conforme a Constituição”, a qual consiste em um dos mecanismos de controle de constitucionalidade concentrado que a ele foi atribuído pela própria Constituição.

Esta ferramenta de controle objetiva o reconhecimento da constitucionalidade de uma norma através da interpretação desta norma em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo. Para Gilmar Mendes (1996), a interpretação conforme a Constituição serve também para preencher lacunas existentes no ordenamento, através de uma otimização constitucional, a qual pode ser verificada “na medida em que a interpretação possibilita uma construção, em conformidade com a Constituição, mediante analogia, redução, ou mediante derivação de premissas normativas constantes da própria Constituição” (Idem, 1996, p. 275).

Para a utilização desse mecanismo, o Supremo utilizou-se da interpretação sistemática, que, como já se analisou neste trabalho, consiste no método interpretativo, onde a interpretação das normas deve ser realizada em conjunto com as demais normas referentes, bem como com os princípios orientadores da matéria e os demais elementos que favoreçam a interpretação de modo integrado.

A interpretação conforme a Constituição exalta a responsabilidade do intérprete em fazer valer a verdadeira intenção do texto constitucional, concretizando-a de forma eficaz. (Idem, 1996)

Para Marcelo Alexandrino (2011, p. 75), “dentre as várias possibilidades de interpretação, deve-se escolher a que não seja contrária ao texto da Constituição”.

Ao interpretar o art. 1.723, CC/02, conforme a Constituição, o STF apenas fez valer, na prática, o sentido da Constituição, que veda qualquer forma de discriminação, ou seja, ele adotou a interpretação que mais se adequa ao texto constitucional.

Nesse contexto, ao exercer esse método de controle, o Supremo, não está nada mais nada menos que, cumprindo com o seu dever de dar efetividade ao princípio da unidade da ordem jurídica, do qual decorre outros princípios relevantes, como a presunção de um funcionamento regular da atividade jurídica e a segurança jurídica.

Agora que sabemos o método utilizado na emblemática decisão do Supremo Tribunal Federal, tratarei de apresentar, através de trechos dos votos dos ministros⁶, os principais fundamentos que nortearam seu julgamento. Relembrando que, o objeto do julgamento, ou seja, o pedido, foi que o artigo 1.723 do atual Código Civil, que reconhece expressamente como entidade familiar, a união estável entre homem e mulher, passasse a ser interpretado conforme a Constituição Federal, reconhecendo também a união homoafetiva como família.

O ministro Luiz Fux iniciou seu voto estabelecendo algumas premissas fáticas à respeito da homossexualidade:

1ª premissa: A homossexualidade é um fato da vida.

2ª premissa: A homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual, mas uma característica da personalidade do indivíduo.

3ª premissa: A homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença.

4ª premissa: Os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. Luiz Fux, 2011, p. 666-667)

Neste sentido, dispôs o ministro Celso de Mello o seguinte entendimento:

Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. Celso de Mello, 2011, p. 833)

É arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou fomente a intolerância, estimule o desrespeito e a desigualdade e as pessoas em razão de sua orientação sexual. (Idem, p.845)

⁶ Conteúdo da decisão e íntegra dos votos disponível em:
<[Http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STF/IT/ADI_4277_DF_1319338828608.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STF/IT/ADI_4277_DF_1319338828608.pdf)>.
Acesso em: 03 mar. 2013.

De acordo com o pensamento de Luiz Fux, a homossexualidade é um acontecimento natural da vida, e as pessoas que possuem essa característica pessoal não o fazem por escolha ou ideologia, mas porque assim nasceram, o que não impede que elas também possam construir uma família. Este não é um pensamento exclusivo dos ministros supracitados, todos os ministros votantes, acordaram no sentido de que a orientação sexual não pode justificar a invisibilidade jurídica deste segmento da população.

Sobre a contenda, que tanto vem repercutindo na sociedade, no que diz respeito o significado do termo “família”, assim se manifestou o Ministro Ayres de Brito:

A nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” (...) recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. Ayres de Brito, 2011, p. 648)

A família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. (Idem, p. 646)

Seguindo o entendimento do relator Ayres de Brito, supracitado, a Corte ao julgar procedente o pedido, atendendo à evolução do conceito de família, no plano dos costumes e no plano jurídico, e ao princípio do pluralismo familiar baseado no afeto, considerou o art. 226 da CF/88 como meramente exemplificativo, deixando claro que, os formatos de famílias expressos no rol do referido artigo, não são as únicas formas de família existentes, apenas as mais comuns.

A ninguém é dado ignorar, que estão surgindo, ao lado da tradicional família patriarcal, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, a busca da felicidade, do bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. Ricardo Lewandowski, 2011, p. 717)

O afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. Celso de Mello, 2011, p. 863)

As normas constitucionais, em particular, a norma do art. 226, §3º, da Constituição da República, não excluem outras modalidades de entidade familiar. Não se trata de *numerus clausus*. E sim, um rol exemplificativo, dada a natureza aberta das normas constitucionais. O importante é proteger todas as formas de entidade familiar, sem dizer o que é melhor. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. César Peluso, 2011, p. 874)

O STF interpretou sistematicamente o texto constitucional, que veda qualquer forma de discriminação, o que o levou a proibir qualquer interpretação de cunho discriminatório ou preconceituoso do referido artigo 1.723 do Código Civil, garantindo, assim, às pessoas do mesmo gênero, o direito de constituir uma família e tê-la reconhecida como tal, da mesma forma que é assegurada aos heterossexuais.

A largueza dos princípios constitucionais determinam que, a interpretação a ser aproveitada quanto aos direitos fundamentais, impõem a interpretação conforme a regra em foco, segundo a norma constitucional fundamentada nos princípios magnos do sistema. Daí porque há de se interpretar a norma do §3º da Constituição brasileira para se concluir sobre a aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min^a Carmem Lúcia, 2011, p. 698)

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. Marco Aurélio, 2011, p. 17)

Para tanto, alguns princípios constitucionais, neste trabalho já discutidos, foram imprescindíveis para a formação do convencimento do Supremo, a saber, a dignidade da pessoa humana, a liberdade de dispor da própria sexualidade, a legalidade, a igualdade, a proibição do preconceito e da discriminação por orientação sexual, o direito à intimidade e à vida privada, o implícito direito à busca da felicidade, o pluralismo familiar, e a função social da família.

Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min^a Carmem Lúcia, 2011, p. 698)

O reconhecimento dos direitos oriundos da uniões homoafetivas, encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, na igualdade e não discriminação. Normas, estas, autoaplicáveis, que incidem sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas, toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. Joaquim Barbosa, 2011, p. 726-727)

Para firmar a equiparação entre a união entre pessoas do mesmo sexo à união estável comum, o STF conferiu uma interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, levando-se em consideração que, a união homoafetiva é passível de preencher todos os requisitos constantes no referido artigo, com exceção da diversidade dos sexos dos companheiros, pois este, diante do caráter não discriminatório da Constituição Federal não pode ser considerado cláusula excludente de direitos.

Para garantir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e os direitos dele decorrentes, requer-se uma interpretação conforme à constituição, do art. 1.723 do Código Civil. (...) Assim, uma interpretação restritiva do referido dispositivo, que partisse do pressuposto de que só seria aplicável à união entre homem e mulher, seria inconstitucional, pois nem o dispositivo legal é restritivo, nem a Constituição. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. Gilmar Mendes, 2011, p. 752)

Neste contexto, a literalidade do art. 1.723 do Código Civil, está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários. Por isso, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme o Art. 1.723 do Código Civil. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. Marco Aurélio, 2011, p. 822)

Ao estabelecer a equiparação entre as uniões homoafetiva e estável, a maioria dos ministros entendeu existir uma lacuna no art. 1.723 do Código Civil, visto que o legislador fez questão de dispor expressamente sobre a união estável “entre homem e mulher”, omitindo referência expressa à união entre pessoas do mesmo sexo. Foi nesse sentido, que, para preencher a referida lacuna, a Corte optou pela integração analógica, estabelecendo os mesmos direitos e deveres entre a união estável comum e a união homoafetiva.

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa para ampará-la, seja na Constituição, seja na lei ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. Ricardo Lewandowski, 2011, p. 714)

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente à essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo. (Idem, p. 718)

Por isso se fala em equiparação, pois são uniões similares, porém, não iguais. Similares com relação ao preenchimento dos requisitos que configuram uma união estável, e desiguais, no que diz respeito à igualdade dos gêneros dos companheiros. Assim, aplica-se à união homoafetiva o instituto mais próximo, a saber, o instituto da união estável. Neste sentido, o ministro César Peluso entende que, a lacuna existente deve ser preenchida:

Pela aplicação da analogia, diante da similitude – não da igualdade – da similitude factual entre a união estável entre o homem e a mulher, e a união entre pessoas do mesmo sexo. De modo que, na solução da questão posta, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre homem e mulher. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. César Peluso, 2011, p. 875)

Quanto à morosidade na tramitação de processos legislativos no sentido de conferir direitos aos homossexuais e às uniões homoafetivas, o ministro Marco Aurélio entende ocorrer uma falta de motivação quanto à tutela jurídica desse segmento, devido ao preconceito de ordem moral e religiosa que ainda persiste.

Quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes serem impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade sexual. (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. Marco Aurélio, 2011, p. 812)

Não apenas o ministro Marco Aurélio, assim como os demais ministros, entendem que o maior impasse enfrentado pelos homossexuais na luta por seus direitos, ainda é o fundamentalismo religioso. E foi diante dessa concepção que, o Supremo Tribunal Federal se viu na responsabilidade de garantir os direitos fundamentais dessa minoria que tanto carece. Nas palavras de Gilmar Mendes: “é dever da proteção do Estado, da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional, dar essa proteção, se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente” (Voto Min. Gilmar Mendes, p. 748).

Nesse contexto, por unanimidade, os 10 ministros do Supremo Tribunal Federal, julgaram procedentes a ADI 4722/08 e a ADPF 132/09, e decidiram: reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, em observância à cláusula geral de inclusão do caput do art. 226, CF; retirar qualquer interpretação

preconceituosa ou discriminatória do artigo 1.723 do Código Civil, com base em uma interpretação conforme à Constituição, em observância aos princípios da igualdade, não discriminação, liberdade, legalidade, dignidade da pessoa humana, e nos direitos à intimidade e vida privada, os quais possuem status de *cláusulas pétreas*; e, por fim, equiparar a união homoafetiva à união estável comum, através da analogia, com base nos requisitos da convivência, do ânimo de constituir família, da estabilidade, da notoriedade, da durabilidade, da assistência mútua, e principalmente, do afeto, garantindo, assim, a proteção do Estado em razão do art. 226 da CF/88;

No entanto, indispensável mencionar este trecho do voto do Ministro Luiz Fux que resumiu a postura do STF:

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas". (ADI/4.277 e ADPF/132, Voto Min. Luiz Fux, 2011, p. 10)

A Suprema Corte, com esta histórica e polêmica decisão, deu um grande passo na história da justiça brasileira, no sentido de pôr fim à insegurança jurídica existente, devido às constantes ofensas aos princípios e garantias expressos na Constituição. Afinal, os preconceitos sociais não podem cercear os direitos fundamentais e a dignidade do indivíduo, discriminando-o por sua orientação sexual, que por sua vez constitui um direito à liberdade sexual inerente à cada pessoa. Com a decisão do STF, as relações homossexuais dotadas de afetividade e que preencham os requisitos da convivência, da durabilidade, da notoriedade e da continuidade, sem prejuízo dos demais requisitos, passam a ser consideradas como uniões estáveis, logo entidade familiar, cabendo àquelas todos os direitos e deveres inerentes a estas. Quanto o seu tratamento legal “nem que seja por analogia, deve ser aplicada a legislação da união estável, assegurando-se partilha de bens, direitos sucessórios e direito real de habitação” (DIAS, 2009, p. 48).

Com a decisão do STF a união homoafetiva ao invés de continuar como competência da vara cível por configurar sociedade de fato, passou a ser considerada

uma relação de família, e, portanto, de competência de vara especializada, a saber, a vara da família.

4.6 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A decisão do STF, no julgamento da ADI 4.277/09 e ADPF 132/08, gerou uma repercussão em todo o país, desde então, vários juízes e tribunais passaram a seguir o entendimento da Corte no sentido de reconhecer a união estável homoafetiva, em função do emprego da analogia relativa à união estável comum, e da efetividade dos direitos fundamentais.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. POSICIONAMENTO CONSAGRADO NO JULGAMENTO DA ADIN Nº 4277 E DA ADPF Nº 132. DIREITOS SUCESSÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO. 1. Tendo em vista o julgamento da ADIn nº 4277 e da ADPF nº 132, resta superada a compreensão de que se revela juridicamente impossível o reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo. 2. Na espécie, o conjunto probatório é robusto no sentido da caracterização do relacionamento estável, nos moldes do art. 1.723 do CC, razão por que deve ser emprestado à relação havida entre a recorrente e a companheira falecida tratamento equivalente ao que a lei confere à união estável havida entre homem e mulher, inclusive no que se refere aos direitos sucessórios sobre as duas casas construídas com esforço comum, o que foi reconhecido judicialmente, na forma do art. 1.790, III, do CC (pois concorre a insurgente com a genitora da falecida). 3. O magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos legais invocados pelas partes, necessitando, apenas, indicar o suporte jurídico no qual embasa seu juízo de valor, entendendo ter dado à matéria a correta interpretação jurídica. APELO PROVIDO. (TJRS, Apelação Cível nº 70045194677, 8ª Câmara Cível, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 22/03/2012).

Contudo, com o pronunciamento do STF, surgiu uma grande dúvida a respeito da possibilidade de casamento por homossexuais. Porém, tendo os ministros da Corte, proibido qualquer distinção entre uniões entre homossexuais e heterossexuais, e decidido pela equiparação da união homoafetiva à união estável, e, sendo esta protegida pelo § 3º do art. 226 da CF/88, pelo qual a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, resta claro, que, não se configuram óbices quanto à conversão da união estável homoafetiva em casamento, podendo os parceiros

homoafetivos constituirão uma família, casarem e exercerem seu direito de ter uma vida plena (DIAS, 2011).

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI Nº4.277/DF. (TJRS, Recurso Especial nº 1.183.378/RS - Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 25/10/2011).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO. CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA PARA REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. 1. Tendo em vista o julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, resta superada a compreensão de que se revela juridicamente impossível o reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo. 2. Considerando a ampliação do conceito de entidade familiar, não há como a omissão legislativa servir de fundamento a obstar a conversão da união estável homoafetiva em casamento, na medida em que o ordenamento constitucional confere à família a "especial proteção do Estado", assegurando, assim, que a conversão em casamento deverá ser facilitada (art. 226, § 3º, CF/88). 3. Inexistindo no ordenamento jurídico vedação expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não há que se cogitar de vedação implícita, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo e livre planejamento familiar. Precedente do STJ. 4. Afirmada a possibilidade jurídica do pedido de conversão, imperiosa a desconstituição da sentença, a fim de permitir o regular processamento do feito. Apelo provido. (TJRS, Apelação Cível nº 70048452643 - 8ª Câmara Cível. Rel. Ricardo Moreira Lins, j. 27/09/2012).

Esse raciocínio foi reforçado pela Quarta Turma Recursal do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao reconhecer, no dia 25 de outubro de 2011, o casamento civil entre duas gaúchas. A questão foi parar no STJ, após um Tribunal Rio Grandense confirmar a decisão do cartório, que se opôs a registrar o casamento civil entre as duas. A possibilidade do casamento civil é interessante, pois gera direitos como o de adotar o sobrenome do cônjuge, direito de partilha de bens, etc. Claro que, o mérito deve ser compartilhado, sobretudo, com o Supremo. A decisão, contudo, possui eficácia *inter partes*, ou seja, só vale para o caso concreto, produzindo efeitos apenas sobre as duas gaúchas, contudo, gera jurisprudência para que servirá de amparo para várias outras demandas desse tipo.

Sob este fundamento, juízes e tribunais passaram a se manifestar favoravelmente à conversão de união estável homoafetiva em casamento, com base

na interpretação analógica do artigo 226, §3º da CF/88, abrindo precedentes para que os demais magistrados façam o mesmo.

Essa não foi a primeira decisão neste sentido. A justiça de 1ª instância já vinha permitindo a conversão de uniões em casamento. O primeiro deles ocorreu em Jacareí, no Vale do Paraíba, onde a 2ª Vara da Família e das Sucessões reconheceu o casamento entre José Sérgio Sousa Moresi e Luiz André Sousa Moresi, o primeiro casal gay reconhecido no Brasil.

Porém, apesar de a decisão do STJ não ter sido a primeira nesse sentido, foi, sem sombra de dúvida, a mais emblemática, visto que, antes, para que houvesse a realização do casamento era necessário um documento comprovando a união, e a partir da decisão do STJ, foi permitido o casamento direto, junto ao Registro Civil, através de instrumento particular ou escritura pública.

Atualmente, os cartórios de registro civil de todo o Brasil, têm sido orientados a autorizar a conversão da união estável homoafetiva em casamento civil a todos os casais que solicitarem.

O STF e STJ, ao trazerem o julgamento das uniões homoafetivas para o direito das famílias, vários outros direitos que antes eram reconhecidos de forma tímida ganharam destaque, a exemplo de direitos sucessórios, previdenciários, patrimoniais etc. Aos poucos a justiça vai garantindo aquilo que o legislador se omitiu de assegurar.

Conforme visto em tópico anterior, referente ao controle de constitucionalidade atribuído ao STF, viu-se que as decisões do Supremo no exercício do controle concentrado possuem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, ou seja, contra todos, assim sendo, a decisão que deferiu a ADI 4.277/09, deve ser acatada por todos, não podendo ser desrespeitada pelo próprio Poder Judiciário, órgãos do Poder Executivo e nem da Administração Pública (art. 102, §2º, CF/88).

Contudo, infelizmente, na prática, as coisas não vem acontecendo da maneira esperada. Houve muitos avanços, isso é inegável, mas, houve também magistrados agindo conforme sua própria convicção, que, movidos pelo preconceito, insistem em agir desrespeitando a decisão do Supremo Tribunal Federal. Parece ilógico, mas, apesar da decisão da Suprema Corte possuir efeito vinculante, eles tiveram a ousadia de desobedecer tal decisão, desrespeitando, assim, a hierarquia da justiça brasileira.

Foi o caso do juiz goiano, Jerônimo Pedro Villas Boas, que, em junho de 2011, ignorou a decisão do STF e anulou o contrato de união estável firmado entre Liorcino

Mendes e Odílio Torres⁷. Como se já não bastasse, Villas Boas determinou que os tabeliães e oficiais de registro civil não registrassem as escrituras públicas das uniões estáveis homoafetivas. Dois dias depois do ocorrido, a Corregedoria do Tribunal de Justiça de Goiás revogou a decisão do juiz e o registro feito pelo casal voltou a ter validade.

A anulação da decisão do juiz partiu da desembargadora Beatriz Figueiredo Franco, corregedora do TJ-GO, que também derrubou a determinação do juiz para que os cartórios da cidade não registrassem uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. A desembargadora ainda resolveu levar o caso à corte especial do TJ-GO, para que seja aberto um processo disciplinar contra Villas Boas. Liorcino Mendes e Odílio Torres entraram em contato com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para fazer uma reclamação contra o magistrado.

O caso também foi levado até o STF, através de reclamação feita pela defesa do casal. A defesa também entrou com um pedido de indenização contra o juiz, visto que foi dele a iniciativa de tornar público o caso que deveria correr em segredo de justiça, por se tratar de Direito de Família. Jerônimo Pedro Villas Boas, juiz há 20 anos, é pastor de uma igreja evangélica. Acredita-se que a sua decisão foi motivada por valores morais e religiosos, o que é uma verdadeira afronta ao Estado laico brasileiro, onde a religião não deveria interferir nos assuntos do Estado.

Casos como este mencionado, não são raros. O casal, Carlos Tufvesson e André Piva, juntos há 16 anos, ao ter seu pedido de conversão de união estável em casamento negado pelo juiz Luiz Henrique Marques, do Rio de Janeiro, teve que recorrer ao Supremo Tribunal Federal, para que a conversão fosse realizada. Infelizmente, o mesmo acontece com inúmeros outros casais, que buscam nada mais que o exercício de seus direitos.⁸

Não há que se negar que todo o avanço nesse sentido se deve ao Poder Judiciário, e que sua postura ao inserir as uniões homoafetivas no âmbito das uniões estáveis, é, sem dúvida, um marco na história da justiça brasileira. Contudo, como visto anteriormente, nem todos os magistrados possuem a mente aberta para tal

⁷ Disponível em:

<<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1142557&tit=Quando-uma-decisao-poe-em-xeque-o-poder-do-STF>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

⁸ Disponível em:

<<http://www.gay.com.br/2011/11/05/justica-do-rj-nega-pedido-de-casamento-de-carlos-tufvesson-e-andre-piva/>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

atitude. Impulsionados pelo preconceito, moral ou religião, ainda hoje, há aqueles magistrados que insistem em ignorar que o Brasil é um Estado laico, em desconsiderar princípios constitucionais e, até mesmo, decisões da Suprema Corte. Neste sentido, em entrevista ao jornal eletrônico Sul21, Maria Berenice Dias expressou sua opinião com as seguintes palavras:

Com a omissão total do legislador, as leis não avançam. Os avanços foram conseguidos na Justiça, com decisões que começaram a deferir uma série de direitos em todo o país. Contudo, mesmo com uma sentença de efeito vinculante do STJ reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, um juiz de primeira instância indefere um pedido, sabe-se lá por quais dificuldades de ordem preconceituosa ou religiosa. Isso acaba gerando um verdadeiro calvário para as pessoas. Se tivermos uma legislação, os caminhos são encurtados⁹.

No entender de Berenice, mesmo que as decisões desses magistrados venham a ser anuladas posteriormente, em virtude do efeito vinculante da decisão do STF, isso acaba tornando-se uma forma de sacrifício para aqueles que só querem ter reconhecido os seus direitos, mas, que, ao invés disso, ainda continuam tendo que recorrer às instâncias da justiça para assegurá-los.

Neste sentido, ao manifestar-se favoravelmente ao reconhecimento dos direitos das uniões entre pessoas do mesmo sexo, o Ministro Cezar Peluso (ADI/4.277 e ADPF/132, 2011, p. 876), que reconheceu a lacuna existente no ordenamento, afirmou a necessidade de manifestação do legislativo. “Da decisão da Corte folga um espaço para qual, penso eu, que tem que intervir o Poder Legislativo”, sugeriu o Presidente do STF, ao convidar o legislativo a regulamentar a decisão da Corte, também do ponto de vista constitucional.

Isto posto, o parecer do ilustre Cezar Peluso entra em conformidade com o entendimento de Maria Berenice Dias, a grande precursora das causas homoafetivas no Brasil, de que, apesar do enorme avanço da justiça, ainda cabe ao legislador fazer sua parte, e regulamentar expressamente os direitos desse segmento da população, para que as decisões de todos os magistrados passem a ser uniformes.

⁹ Maria Berenice Dias em entrevista prestada ao Jornal eletrônico SUL 21, em 2012. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/jornal/2012/10/a-realidade-vem-arrombando-o-judiciario-diz-especialista-em-direito-homoafetivo/>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho procurou-se defender a constitucionalidade da união estável homoafetiva. Para tanto, partiu-se do pressuposto de que, nos últimos anos, o conceito de família tem alternado gradativamente, e as mudanças podem ser percebidas, tanto na história quanto na legislação. A família atual não é mais definida pelo casamento, muito menos pela existência de prole, baseia-se, antes de mais nada, em conceitos nobres como o respeito, o carinho, a proteção e assistência mútua, e o afeto. Com o passar do tempo, e aos poucos, a família veio adotando um caráter pluralista, ou seja, não apresenta mais uma forma de constituição única, mas, sim, várias formas de constituição, pois não obedece a um conceito formal, e sim, ao afeto que aproxima seus integrantes.

Concluiu-se que, embora a Constituição Federal preveja expressamente a união estável entre homem e mulher, a união estável entre pessoas do mesmo sexo é igualmente constitucional por três motivos, primeiro porque não consiste em objetivo da Constituição discriminar ninguém, muito menos, retirar de alguém o direito de constituir uma família. Segundo, porque, em atendimento ao princípio da legalidade, não existem normas legais que proíbam a união homoafetiva, e a todos os cidadãos é permitido fazer tudo o que a lei não proíba. E terceiro, porque a Constituição Federal deve ser interpretada de maneira sistemática e não de forma literal. Desta forma, buscou-se suporte nos princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, igualdade e não discriminação, assim como no direito à intimidade e à vida privada, os quais norteiam todo o ordenamento jurídico, e merecem observação antes de mais nada.

A apreciação desse tema exigiu a análise de duas controvérsias. A primeira, no que diz respeito à natureza do art. 226, CF/88, se taxativo ou exemplificativo. Porém, assim como parte considerável da doutrina, considerou-se ser um dispositivo não taxativo, pois, após analisar de forma sistemática o texto constitucional, entendi que, assim como defende Lôbo (2008), trata-se de uma “cláusula geral de inclusão” aplicável a qualquer entidade fundada no afeto.

A segunda, diz respeito à caracterização da união estável trazida pelo art. 1.723, CC/02, que aponta a distinção de sexos dos companheiros como um dos requisitos de configuração da união estável. Quanto à essa questão, entendeu-se que

o referido artigo deve ser tomado de forma ampla, deixando de lado a frieza da letra da lei. Isso porque, o afeto é que é o principal elemento formador de uma família, o que afasta a necessidade de atenção cega ao requisito de diversidade de sexos trazido pelo Código Civil.

Desta forma, ao utilizar o critério analógico para analisar a relação que a união homoafetiva pode ter com a união estável comum, percebeu-se que esta se aplica perfeitamente àquela, pois, a união homoafetiva pode apresentar, sem nenhum prejuízo, os requisitos de ânimo de constituir família, estabilidade, notoriedade, continuidade, relação monogâmica e ausência de impedimentos matrimoniais, à exceção da diversidade de sexos, o qual não pode ser utilizado para discriminar ninguém.

Defendeu-se que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela equiparação entre união homoafetiva e união estável, não adotou uma postura ativista, visto que, não legislou, usurpando de suas funções e exercendo a função do legislativo, muito pelo contrário, apenas exerceu o seu dever de guardião da Constituição, atendendo ao controle de constitucionalidade que lhe foi conferido. Concluiu-se que, a decisão do STF ao assegurar esse direito aos homoafetivos, foi justa e integralmente constitucional, além de pertinente, visto a carência desse segmento da sociedade.

Para finalizar, chegou-se à conclusão de que, o próprio texto constitucional somado à representativa decisão da Corte Suprema, são, por si só, garantidores dos direitos da união estável homoafetiva. Porém, mesmo diante de todo avanço, magistrados ainda agem com o preconceito arraigado em seu convencimento, e insistem em não regulamentar o reconhecido direito à união estável e ao casamento homoafetivo, por conseguinte. Apesar de, em virtude do efeito vinculante da decisão do STF, as decisões desses juízes não surtirem efeito, acabam por gerar uma certa tensão, ao impor obstáculos àqueles que só querem ter o que é seu por direito, da mesma forma que tem qualquer outro cidadão heterossexual.

Neste sentido, considerou-se a decisão do STF um importante avanço na esferas jurídica e social. Mas, infelizmente, devido a todo o preconceito ainda existente, talvez ainda seja necessária a regulamentação expressa em lei por parte do legislador, para que nenhum magistrado continue a negar direitos. Dessa forma, a união homoafetiva é uma realidade que o Direito Civil deve reconhecer para perpetuar o que a Constituição Federal já garante ao indivíduo, fazendo com que se concretize efetivamente o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGBLT, Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. **Manual de comunicação LGBT: lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais**. – Curitiba: Ajir Artes Gráficas e Editora, 2010.

_____. **Nota de repúdio à tentativa de patologizar a homossexualidade**, 2012. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/port/basecoluna.php?cod=229>>. Data de acesso: 19 jan. 2013.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Método, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao código civil**. - v. 19. - São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. – 1. ed. – São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. – 3. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BEPPLER, Paul. **A origem da palavra homossexual**. Disponível em: <<http://karl-maria-ketbeny.blogspot.com.br/2006/03/origem-da-palavra-homossexual.html>>. Data de acesso: 10 fev. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. – 12. ed. – São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece União homoafetiva**. Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Data de acesso: 05 mar. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. – 6. ed. – Coimbra: Livraria Almeida, 1995.

CECCARELLI, Paulo Roberto. **Homossexualidade: verdades e mitos**, 2010. Disponível em: <<http://www.ceccarelli.psc.br>>. Data de acesso: 18 jan. 2013.

CHAVES, Mariana. **União homoafetiva: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19274/uniao-homoafetiva-breves-notas-apos-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-pelo-stf>>. Data de acesso: 19 mar. 2013.

CHUEIRI, Rodrigo Cunha. **Homofobia: o preconceito nos diversos planos sociais**, 2011. Disponível em: <<http://www.pedagogiaaopedaletra.com.br/posts/homofobia-preconceito-nos-diversos-planos-sociais/>>. Data de acesso: 23 jan. 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?** In: V Congresso de Direito da FAETE, **Ativismo judiciário: um diálogo com o professor José de Albuquerque Rocha**. – Teresina, 12-14 maio, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. – 6. ed. – Coimbra: Almedina, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 8. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. – 4. ed. – São Paulo: Revista dos. Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito constitucional à família**. Revista Brasileira de Direito de Família. – V 8. – Porto Alegre, 2001.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FORTES, Rafael. **Relações de gênero, sexo e sexualidade humana são mais diversas do que dicotomias como masculino versus feminino**. Disponível em: <<http://rafaelfortes.wordpress.com>>. Data de acesso: 18 jan. 2013.

GGB – Grupo Gay da Bahia. **Assassinato de homossexuais no Brasil - 2008: Relatório anual do Grupo Gay da Bahia**, 2009. Disponível em: <http://www.ggb.org.br/assassinatosHomossexuaisBrasil_2008_Release.html>. Data de acesso: 23 jan. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. – Vol. 6. 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

IBGE. Censo Demográfico 2010. **Nupcialidade, fecundidade e migração: resultados da amostra**. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Nupcialidade_Fecundidade_Migracao/censo_nup_fec_mig.pdf>. Data de acesso: 27 fev. 2013.

JUS Brasil. (Íntegra da decisão). **Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Data de acesso: 03 mar. 2013.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. – 1. ed. – Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. – 1. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. – 3ª tir. – São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Tradução da obra de Peter Häberle. **Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** – Porto Alegre: Fabris, 1997, *passim*, Die offense Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, publicada originalmente em 1975.

MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de direito civil.** – 40. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões.** – 18. ed. Revista e ampliada. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

MOURA, Adriana Galvão. **A lei brasileira acolhe a união homossexual?**, 2005. Disponível em: <<http://familiasalternativas.blogspot.com.br/2005/09/lei-brasileira-acolhe-unio-homossexual.html>>. Data de acesso: 05 mar. 2013.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual - Proteção constitucional.** – 3. ed. – Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**, 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Data de acesso: 10 mar. 2013.

PARODI, Ana Cecília. **Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos.** - 1. ed. - Campinas: Russell Editores, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial - Parâmetros dogmáticos.** – 1. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** – 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

REDE Brasil Atual. **Bancada evangélica combate a criminalização da homofobia e dificulta reformas na lei**, 2012. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/temas/cidadania/2012/08/bancada-evangelica-combate-a-criminalizacao-da-homofobia-e-dificulta-reformas-na-lei>>. Data de acesso: 12 fev. 2013.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito das famílias**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Livraria e editora Lúmen iuris, 2010.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **A importância dos princípios na interpretação da linguagem jurídica**, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13049/a-importancia-dos-principios-na-interpretacao-da-linguagem-juridica/2>>. Data de acesso: 15 mar. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. – 30. ed. – São Paulo: Malheiros, 2008

SOUZA, Laura de Melo e. **História da vida privada: o cotidiano e vida privada na América portuguesa**. – Vol. 1. São Paulo: companhia das letras, 1997.

SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva: o fim do preconceito**. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

SUL 21. **Realidade atropela Judiciário, diz especialista em direito LGBT**, São Paulo, 21 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/jornal/2012/10/a-realidade-vem-arrombando-o-judiciario-diz-especialista-em-direito-homoafetivo/>>. Data de acesso: 21 mar. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. – Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

TONI, Cláudia Thomé. **Manual de direitos dos homossexuais**. – 1. ed. – São Paulo: SRS Editora, 2008.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. – 1. ed. – São Paulo: Método, 2008.

VELOSO, Zeno. **Comentários à lei de introdução ao código civil – artigos 1º a 6º.** – 1. ed. – Belém: UNAMA, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.