

ASPECTOS JURÍDICOS NA UNIÃO HOMOAFETIVA

RODRIGO MORAES SÁ¹

RESUMO

A interpretação sistemática da Constituição Federal em consonância com os direitos e garantias individuais, confere ao direito de família um caráter integrativo que permite a ampliação dos modelos familiares de maneira a englobar a proteção das uniões homoafetivas, que necessita apenas que o referencial parental independa do sexo. A questão que se coloca à tona refere-se a necessidade da regulamentação jurídica das relações decorrentes das denominadas relações homoafetivas, designação que preferimos adotar, visto que há incidência da afetividade nestes vínculos, o que lhe torna mais apropriado. Sob uma perspectiva jurídica, é inaceitável a omissão legislativa sobre as relações homoafetivas, bem como desnaturar tais relações para desprotegê-las. Por certo, que a orientação sexual não pode constituir óbice para tutela jurisdicional, sob pena de afronta aos princípios insculpidos na Lei Maior, enquanto lacunosa é nossa legislação ordinária. Não conferir juridicidade a estas uniões é subsidiar a discriminação. Neste contexto, a conservação da família contemporânea deve levar em consideração aspectos como a solidariedade, fraternidade, afetividade, amor e ajuda mútua. Diante da situação apresentada, a importância do trabalho resume-se em demonstrar a conciliação entre a existência das duas espécies de relacionamento interpessoal, quais sejam, as relações heteroafetivas e as relações homoafetivas, e as novas perspectivas sociais e jurídicas quanto a seu reconhecimento jurídico.

Palavras-chave: união civil; homoafetividade; parceria; reconhecimento jurídico.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil e Penal, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Cidade de São Paulo.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	03
2. TERMINOLOGIA.....	04
3. DISTINÇÕES CONCEITUAIS.....	06
4. DIREITO A LIBERDADE, IGUALDADE E A DIGNIDADE.....	09
5. POSITIVAÇÃO NA ÁREA DO DIREITO	11
6. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL RECENTE.....	14
7. RECONHECIMENTO DA HOMOAFETIVIDADE PELO STF.....	18
8. CONCLUSÃO.....	25
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	27

1. INTRODUÇÃO

Com a transformação da sociedade no campo familiar, o direito necessita se harmonizar com a multidiversidade surgida de maneira a propiciar uma convivência ampliada sob uma ótica mais igualitária, desvinculando o direito de família de concepções rígidas e taxativas, com o intuito de atender a dignidade da pessoa humana e assim possibilitar a cada grupo familiar a forma mais conveniente de se organizar.

As relações familiares passam a ser reguladas por critérios inspiradores das leis e normas concretas na órbita constitucional, por meio dos princípios da igualdade, afetividade, paternidade responsável e, principalmente da dignidade da pessoa humana, o qual vincula todos os demais preceitos.

Os dispositivos constitucionais que tratam da família modificaram o núcleo protetivo, deslocando-o do casamento para as relações familiares, de uma forma mais abrangente, tutelando, primordialmente, a integridade de seus partícipes, fato esse que faz priorizar o desenvolvimento da personalidade dos seus membros, buscando preservar a estrutura psíquica dos indivíduos independentemente da orientação sexual em um convívio baseado na afetividade.

Assim sendo, pode-se afirmar que a família constrói sua realidade através da história compartilhada de seus membros, incumbindo ao direito criar mecanismos de proteção para tutelar todas as formas de convivência familiar, visando, no enfoque do melhor interesse das pessoas que fogem aos padrões preconcebidos.

A grande polêmica envolve as uniões homoafetivas que devem ser interpretadas abstraindo-se de conteúdo moral, religioso, político ou social, fundando-se num estudo científico exclusivamente jurídico, pois assim certamente se estará desempenhando satisfatoriamente o papel de instrumento adequado para reflexões sobre o tema.

Dessa forma, se fez necessária a realização de um estudo do tema com o escopo de demonstrar a possibilidade de se reconhecer juridicamente a união de pessoas do mesmo sexo e possibilitar a organização familiar distinta daquele conceito tradicional.

Para tanto, elaboramos, num primeiro plano deste trabalho, as noções preliminares das enunciações relativas a denominação e distinção entre outros gêneros.

No campo destinado a união homoafetiva, que constitui uma forma de agrupamento familiar, a pesquisa foi centrada nas inovadoras perspectivas sociais e entendimento jurisprudencial atual; além de outros aspectos de suma importância para a exploração do tema.

No desenvolvimento da pesquisa incursionou-se por correntes doutrinárias que hodiernamente se apresentam cada vez mais ampliativa à solução das uniões homoafetivas, não deixando de procurar observar o direito, costume analogia, além da Constituição Federal.

2. TERMINOLOGIA

Foi o médico húngaro que criou o vocábulo *homossexualidade*, introduzido na literatura técnica em 1869. A raiz da palavra grega *homo* significa *semelhante* e a palavra latina *sexus* significa *sexualidade semelhante*. Assim, a palavra expressa tanto a idéia de semelhante, igual, análogo, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter, como também quer dizer sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo.

Segundo a Doutora em Ciências Sociais Anna Paula Uziel, o significado da palavra homossexual vem se deslocando:

da criação do termo como sinônimo de pederastia masculina, em meados do século XIX, passando por sua identificação como veículo de doença, na versão do câncer gay nos anos 80, e chegando a objeto de consumo de um recente mercado promissor. O fim da década de 90 traz um mapa alterado das perspectivas sobre o homoerotismo².

Para o professor do Instituto de Medicina Social da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Jurandir Freire Costa, é preferível utilizar o termo *homoerotismo*, cunhado em 1911 por E. Harsh-Haak, tendo em vista que o vocábulo homossexualismo está com estigma pejorativo, jocoso e depreciativo. Sua justificativa é a seguinte:

Homoerotismo não é uma palavra neutra, do ponto de vista dos valores. Com ela pretendo revalorizar, dar outro peso moral às experiências afetivo-sexuais que, hoje, são pejorativamente etiquetadas de homossexuais. Quando mudamos os conceitos, mudamos os problemas e com eles as interpretações que damos de certos fatos³.

A preocupação terminológica levou a nobre Desembargadora Maria Berenice Dias, na primeira edição da obra *União homossexual: o preconceito & a justiça* a criar o neologismo *homoafetividade*, “buscando subtrair o teor sexual dos relacionamentos interpessoais, acabei por criar o neologismo *homoafetividade*, para realçar que o aspecto relevante dos relacionamentos não é de ordem sexual. A tônica é a afetividade, e o afeto independe do sexo

² UZIEL, Anna Paula. *Reflexões sobre a parceria civil registrada no Brasil. Sexualidade, gênero e sociedade*. Rio de Janeiro, v. 11, 1999. p. 11.

³ COSTA, Jurandir Freire. *Politicamente Correto*. Entrevista realizada por Maria Rita Kehl, e publicada na Revista Teoria e Debate, nº 18 (maio/julho/agosto de 1992). Disponível em: <<http://www.jfreirecosta.com/>>.

do par”. E, tendo em vista essa manifestação de afetividade, Enézio de Deus Silva Júnior prefere o termo *homoessência*⁴.

Certo é que a diversidade de manifestações da sexualidade leva a um cem número de expressões, tanto que a singela expressão GLS, que significa *gays, lésbicas e simpatizantes*, vem recebendo cada vez mais letras para englobar travestis, transexuais – ou agora nominados transgêneros – e bissexuais. Enfim, cada manifestação da sexualidade quer ter identidade própria.

Convém salientar que as divergências não se esgotam em questões terminológicas, até mesmo com referência aos direitos a serem assegurados, não existe consenso. Mas, aqui não se trata apenas de buscar palavras politicamente corretas, mas sim buscar convergência de posturas humanas e sociais, democráticas e libertárias corretas. Isso é o que realmente importa.

⁴ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 48

3. DISTINÇÕES CONCEITUAIS

Superada a questão terminológica, importa é a análise da distinção da homossexualidade com outros gêneros ou variantes da sexualidade.

A homossexualidade não se confunde com a heterossexualidade, ou seja, orientação sexual para com o sexo oposto.

A homossexualidade não se confunde com o transexual. Tereza Rodrigues Vieira apresenta o seguinte ensinamento:

O transexual reprova veementemente seus órgãos externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Costumamos dizer que o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem, pois suas reações são próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar este indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte. A transexualidade, segundo nosso atual modo de pensar, é resultante de uma alteração genética no componente cerebral, combinado com alteração hormonal e o fator social⁵.

Para o Professor Jalma Jurado, o transexualismo também pode ser designado por hermafroditismo psíquico. *In verbis*:

Hermafroditismo Psíquico – Disforia do gênero ou transexualismo, termo introduzido por Benjamin. As gônadas têm histologia normal, mas atrofiam-se pela contínua auto-ingestão de hormônios do sexo oposto. Nestes casos, temos os sete níveis de diferenciação sexual concordantes, excetuando o sexo psíquico, funcional e cerebral. O indivíduo só se identifica com o sexo oposto, não aceitando em hipótese alguma manter-se na condição disfórica; não tem absoluta funcionalidade sexual ativa, ereção suficiente, masturbação ausente e repulsa ou desejo de castração do próprio genital, além de busca desesperada por auxílio científico. Seu hipotálamo induz ao comportamento e aparência física do outro sexo⁶.

Maria Helena Diniz, por sua vez, apresenta a seguinte definição:

Transexual: Medicina legal e psicologia forense. 1. Aquele que não aceita seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto (Hojda), sendo, portanto, um hermafrodita psíquico (H. Benjamin). 2. Aquele que, apesar de aparentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do

⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Transexuais: adequação de sexo*. Revista Jurídica Consulex, ano III, nº 31, 31 de julho de 1999.

⁶ JURADO, Jalma. *Classificação dos estados intersexuais*. Revista Jurídica Consulex, ano V, nº 101, 31 de março de 2001.

sexo oposto e mediante cirurgia passa para outro sexo (Othon Sidou). Tal intervenção cirúrgica para a mulher consiste na retirada dos seios, fechamento da vagina e confecção de pênis artificial e para o homem, na emasculação e posterior implantação de uma vagina (Paulo Matos Peixoto). 3. Para a Associação Paulista de Medicina, é o indivíduo com identificação psicosexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com desejo compulsivo de mudá-los. 4. Aquele que, tendo morfologia genital masculina, sente-se psicologicamente mulher rejeitando seu papel de “gênero” masculino até buscar a alteração de sua autonomia para assumir aparência física feminina. Correspondentemente, há mulheres em situação análoga (Aldo Pereira)⁷.

A par disto, a opção pelo transexualismo não é feita propriamente pelo transexual. É ele, de fato, uma mulher, mas com corpo de homem e vice-versa. Tanto é assim que, em geral, os transexuais não trabalham com a hipótese de tratamento psicoterápico para a definição do sexo. E, como ensina Hilário da Veiga Carvalho⁸, os transexuais "*são indivíduos em que o modo de ser e de sentir é absolutamente contrário ao seu sexo somático (consideram-se um erro da natureza), desde a infância têm esse sentimento de pertencer ao sexo oposto.*"

A homossexualidade não se confunde com o travestismo. O travesti é indivíduo que sentem prazer sexual em vestir-se com roupas do sexo oposto. Mais que isto, o travesti apesar de se comportar como pertencente àquele sexo (para tanto podendo fazer uso de terapias hormonais, cirurgias plásticas etc para promover mudanças corporais), não apresenta problema semelhante na construção de sua identidade, aceitando o sexo biológico apesar das alterações corporais que promove em si. Não deve ser a expressão utilizada em relação aos atores que se vestem com roupas do sexo oposto para realizarem apresentações artísticas, estes chamados de transformistas, porque não sentem prazer sexual em vestir-se assim, tampouco o transformismo está ligado à orientação sexual da pessoa.

Confira-se, por oportuno, a seguinte conceituação: "*no travestismo, o indivíduo sente prazer em utilizar as vestes do sexo oposto. O travesti tem perfeita noção do sexo fenotípico a que pertence e não deseja a mudança*".⁹

A homossexualidade não se confunde com o hermafrodita. O hermafroditismo é caracterizado por deficiências durante a formação do embrião, no útero. Nestes casos, necessário a cirurgia corretiva para adaptar o sexo interno ao externo. Este é o chamado intersexo e inviabiliza o diagnóstico do transexualismo.

Sustenta Odon Ramos Maranhão que:

⁷ Apud ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 28-29.

⁸ CARVALHO, Hilário da Veiga. *Compêndio de medicina legal*. São Paulo: Saraiva. 1987. p.

⁹ MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 132.

Hermafrodita é o ser bissexuado *lato sensu*. Tem surgido, porém, o emprego da expressão com sentido restrito para indicar que a pessoa apresenta simultaneamente testículos e ovários (hermafroditismo bigonadal ou verdadeiro). Quando, diferentemente, só os genitais externos se desenvolveram com atributos dos dois sexos, denomina-se pseudo-hermafroditismo (é monogonadal).¹⁰

Já Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo, diz que “*no intersexualismo o indivíduo, por alterações geralmente de origem genética ou hormonal, não tem sexo definido. Apresenta a genitália externa ou interna indefinida e é comumente estéril.*”¹¹

A homossexualidade não se confunde com a bissexualidade. Na bissexualidade, o indivíduo sente atração por ambos os sexos. Põe-se aqui uma questão interessante: a doutrina que trata de medicina legal parece não dar relevância a bissexualidade humana. A consulta realizada em pelo menos três livros de medicina legal demonstraram completa omissão sobre este aspecto da sexualidade.

Com efeito, apenas um livro trouxe a colação o que poderíamos definir como bissexualidade, considerando-a “(...) *perversão sexual em que o indivíduo demonstra pendor para ambos os sexos.*”¹² Essa conceituação, sem dúvida, possui uma forte conotação depreciativa. O sufixo *ismo* significa doença. Em decorrência disto, atualmente fala-se em bissexualidade, tendo em vista que o sufixo *dade* significa modo de ser; tratamento análogo ao dado para a homossexualidade humana. Por derradeiro, portanto, a conceituação acima referida mostra-se equivocada. Mas, como não constitui estudo específico deste trabalho, fiquemos com a singela definição de que bissexualidade é a atração por ambos os sexos, sem adentrar numa abordagem mais crítica sobre o tema.

¹⁰ MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 132.

¹¹ DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *Medicina Legal*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 203.

¹² CROCE, Delton; CROCE Jr, Delton. *Medicina Legal para provas e concursos*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 105.

4. DIREITO A LIBERDADE, IGUALDADE E A DIGNIDADE

A regra norteadora do sistema jurídico pátrio está insculpida na Constituição Federal, representada que é pelo princípio da dignidade humana, condição inerente à natureza do homem. Esse preceito reveste os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora de todas as relações jurídicas.

O Estado Democrático de Direito tem por princípio basilar garantir a dignidade da pessoa humana, conforme disposição expressa no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Essa convenção estatal assenta-se nos princípios da igualdade e da liberdade, consagrados no introito da norma maior do ordenamento jurídico. Outorga abrigo a todos, proibindo diferenciações e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, classe social, além de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade.

Sobre a íntima correlação entre a orientação sexual e a dignidade humana, Roger Raupp Rios observa que:

ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana)¹³.

Ao prescrever que todos os cidadãos tem o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pela norma jurídica, a Carta Constitucional adota o princípio da igualdade, garantindo no mesmo dispositivo o direito à liberdade.

Nesse contexto, a sexualidade como condição própria humana vez que decorre da sua própria natureza, se insere dentre os direitos fundamentais, compreendido pelo direito a liberdade (liberdade sexual e liberdade de livre orientação sexual) e dignidade humana.

Seu conceito não pode se restringir a definição de sexo, conforme ensinamento de Daniel Walker:

É a atividade, a expressão, a disposição ou o potencial dos impulsos sexuais do indivíduo. Simples e ao mesmo tempo complexa, a sexualidade envolve

¹³ RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*, Revista CEJ, n. 6, set./dez. 1998, Brasília, p. 34.

tudo o que cerca o indivíduo. Ela acompanha o indivíduo por toda a sua vida e não se restringe apenas os órgãos genitais¹⁴.

O respeito ao exercício da sexualidade deve ser assegurado na medida em que o tratamento igualitário independe da tendência sexual. A sexualidade deve ser exercida de forma livre pelo indivíduo, que deve ser respeitado em razão dessa mesma liberdade sexual, que uma vez ausente, o limita e o impede de se realizar plenamente. Daniel Borrillo, descreve a dificuldade de aceitação no tocante ao reconhecimento relativo ao exercício da sexualidade dos iguais:

a resistência à igualdade das sexualidades (no plano civil, com o reconhecimento do casamento e da homopaternidade) pode ser interpretada como uma incapacidade do poder para integrar valores próprios à modernidade, como a autonomia do indivíduo, a igualdade dos sexos, a contratualização dos laços familiares e a desbiologização da paternidade e da maternidade¹⁵.

Os preceitos constitucionais garantidores do direito à igualdade vedam a discriminação da conduta afetiva no que respeita à inclinação sexual. Conforme José Carlos Teixeira Giorgis:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.¹⁶

O domínio íntimo pessoal não pode ser limitado pela escolha de determinada orientação sexual, pois qualquer interferência neste campo afrontaria a liberdade fundamental no tocante a própria condição de vida do indivíduo.

¹⁴ WALKER, Daniel. *Introdução ao estudo da sexologia*. Disponível para download em <http://www.ebookbrasil.org/adobeebook/sexologia.pdf>. 2007. p. 06.

¹⁵ BORRILLO, Daniel. *De como a homossexualidade radicaliza os valores da modernidade na relação consigo, com o outro e com a sua descendência*. In Resenha distribuída na palestra ministrada na Faculdade de Direito de Campos, no dia 19/08/05.

¹⁶ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A natureza jurídica da relação homoerótica*. In Revista da AJURIS, n. 88, – Tomo 1. Porto Alegre: dezembro de 2002. p. 244.

5. POSITIVAÇÃO NA ÁREA DO DIREITO

A omissão legislativa no tocante as uniões homoafetivas é patente, face a inexistência de regramento jurídico que trate adequadamente a matéria. Mas nem por isso, referida lacuna fará com que tais relações jurídicas não recebam a tutela jurídica apropriada.

A tendência atual de alargamento dos vínculos afetivos, consagrando um modelo de família menos conservador, relegando o casamento a outro patamar, com a criação de distintas estruturas de convivência, aliado aos princípios constitucionais, nos conduz a uma nova ótica sobre a entidade familiar, fato que inclui ao relacionamento homossexual. Pierre Bourdieu discorre sobre a quebra do paradigma familiar tradicional:

embora a inércia dos *habitus*, e do direito, ultrapassando as transformações da família real, tenda a perpetuar o modelo dominante da estrutura familiar e, no mesmo ato, o da sexualidade legítima, heterossexual e orientada para a reprodução; embora se organize tacitamente em relação a ela a socialização e, simultaneamente, a transmissão dos princípios de divisão tradicionais, o surgimento de novos tipos de família, como as famílias compostas e o acesso à visibilidade pública de novos modelos de sexualidade (sobretudo os homossexuais), contribuem para quebrar a dóxa e ampliar o espaço das possibilidades em matéria de sexualidade. Do mesmo modo, e mais banalmente, o aumento do número de mulheres que trabalham não pode deixar de afetar a divisão das tarefas domésticas e, ao mesmo tempo, os modelos tradicionais masculinos e femininos, acarretando, sem dúvida, conseqüências na aquisição de posições sexualmente diferenciadas no seio da família¹⁷.

Como já dito, a carência legislativa não significa ausência de direito e muito menos evita a produção de efeitos jurídicos deste tipo de situação fática, fazendo com que o silêncio do legislador seja suprido através da analogia, costumes e princípios gerais do direito.

De acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil preceitua que “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”. Há disposição correlata no Código de Processo Civil, ao prescrever em seu artigo 126 que “*o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*”.

Nesse aspecto a interpretação ganha contornos de grande importância, na medida em que terá por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente o interesse desse agrupamento vítima da exclusão social.

¹⁷ BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 107-108.

Ao operário do direito cabe interpretar a norma na sua globalidade, procurando harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais e adequá-la à exigência da realidade, pois a interpretação de um preceito amplo não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos, até porque não se pode perder de vista a modificação do objeto da norma que atualmente não é mais a família, como valor autônomo, mas sim as pessoas que a compõem.

Por isso, Paulo Luiz Netto Lobo aponta o pluralismo das entidades familiares como um avanço constitucional, por considerar o artigo 226 da Constituição Federal uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade¹⁸.

A elevação das uniões homoafetivas a categoria de entidade familiar também se assenta na aplicação direta dos princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica. Segundo Ronald Dworkin:

Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão de moralidade¹⁹.

Adentrando ao campo familiar Daniel Sarmiento explica que a regulamentação das relações familiares passa a ser exercida pela principiologia constitucional através dos princípios da igualdade; da afetividade; da paternidade responsável; da supremacia dos interesses dos filhos e, primordialmente, da dignidade da pessoa humana que, por ser um valor nuclear, confere unidade teleológica a todos os demais princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais²⁰.

Uma disposição normativa concreta que insere o conceito de união homoafetiva, dando um enorme passo para o reconhecimento destas relações, está insculpida no artigo 5º, da Lei nº 11.340/06, que assim prescreve:

Art.5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e de dano moral ou patrimonial:

¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em www.mundojuridico.adv.br. 2002. p. 7.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Martins Fontes, São Paulo, 2002. p. 36

²⁰ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 57.

I – (...)

II – no âmbito familiar, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – (...)

Parágrafo único. As relações enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Maria Berenice Dias enfatiza posicionamento doutrinário referente a legislação:

O reconhecimento da união homoafetiva como família é expresso, pois a Lei Maria da Penha incide independentemente da orientação sexual. Assim, lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros, que têm identidade feminina, estão ao seu abrigo quando a violência ocorre entre pessoas que possuem relação afetiva no âmbito da unidade doméstica ou familiar²¹.

No âmbito jurisprudencial, podemos afirmar que o Judiciário não se omitiu e ao longo dos últimos tempos tem reconhecido as uniões homoafetivas. Não nos estenderemos mais pelo fato de dedicarmos o próximo capítulo exclusivamente a este assunto.

Não resta dúvidas que é necessário uma integração do direito, enquanto inexistia no Direito Brasileiro uma legislação específica que tutele as relações homoafetivas. Essa questão foi resolvida em parte pela decisão do Supremo Tribunal Federal. Neste particular, importante acrescentar que o Brasil não tomava conhecimento das relações homoafetivas ante a falta de lei específica e assim não lhe dava aprovação plena e justamente por isto é necessária a regulamentação da matéria para que as relações não fiquem à mercê de análises subjetivas do Poder Judiciário, tampouco posto à margem pela ausência de normatização.

²¹ DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: RT, 2007. p. 44.

6. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL RECENTE

A jurisprudência dos tribunais tem avançado de maneira surpreendentemente positiva às uniões homoafetivas. Antes da decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal, inúmeras decisões foram prolatadas, reconhecendo-as e garantindo os direitos aos pares, porém, muitas delas dirimidas nas Varas Cíveis.

Vale coleccionar alguns julgados que precederam e influenciaram o entendimento atual quanto ao reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo sexo, com passaremos a reproduzir.

União Homoafetiva. Ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato. Legitimidade passiva *ad causam*. Interesse de agir. 1. Dado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscricção de qualquer forma de discriminação sexual, não há impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pela Lei 8.971/94 e 9.278/96. 2. Interpretação sistemática do disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e mulher referida na dita norma está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o receito de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, até mesmo fins previdenciários. 3. Precedentes Ap. Cível nº 2004.001.30635, a Décima Quarta Câmara Cível. Relator desembargador Marco Antônio Ibrahim. 4. Provimento do recurso. (TJRJ, AC 2005.001.34933, 8ª C. Civ., Rel. Des. Leticia Sardas, j. 21/03/2006).

Constitucional. Civil. Apelação cível. Ação declaratória de união homoafetiva. Sentença que julgou procedente o pleito exordial. Amparo na constituição. Dignidade da pessoa humana. Igualdade. Provas nos autos que atestam a existência da união. Apelação cível não provida. 1. Trata-se de Apelação Cível interposta nos autos de Ação Declaratória de União Estável, cuja sentença julgou procedente o pleito exordial para declarar a existência de entidade familiar homoafetiva entre S.L.C.P.doL. e G.S.deM. 2. De início, cumpre observar ser plenamente possível demandar em Juízo a declaração de união homoafetiva. A orientação sexual não deve ser utilizada como critério de segregação. Negar a existência dessa entidade familiar é afrontar um dos fundamentos da República Federativa do Brasil previsto na Constituição: a dignidade da pessoa humana. 3. É certo que o Código Civil de 2002 não prevê expressamente a hipótese de união estável homoafetiva, uma vez que define haver a necessidade de que a união se opere entre pessoas de sexo oposto (caput do art. 1723 do Código Civil). Nada obstante, não há qualquer empecilho na utilização da analogia para importar os efeitos da união estável para a união homoafetiva. Isso tendo em vista que ignorar a existência dessa modalidade de família é agredir o preceito da igualdade, que norteia nosso ordenamento jurídico. 4. O Código Civil deve ser lido a partir da Constituição, o que nos leva à conclusão de que, em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, devemos emprestar os

efeitos civis da união estável à entidade familiar fundada na homoafetividade. 5. Diante das provas acostadas aos autos, temos que restou caracterizada a existência da união homoafetiva entre S.L.C.P.D.L. e G.S.deM., a qual deve importar os efeitos da união estável prevista em nosso Diploma Civil (art. 1723 e seguintes do C.C.), através de analogia, e em nome dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, os quais têm assento constitucional (art 1º inc. III e art. 5º caput da CF/88). 6. Apelação Cível não provida à unanimidade. (TJPE, AC 0232925-3, 3ª C. Cív., Rel. Des. Alfredo Sergio Magalhães Jambo, j. 14/07/2011).

Direito constitucional e administrativo. Servidora pública. União homoafetiva. Reconhecimento para fins funcionais. Lacuna no ordenamento jurídico. Analogia. 1. A união homoafetiva merece proteção jurídica, ainda que não encontre no ordenamento jurídico em vigor regramento legal específico, porquanto traz em seu bojo a hodierna concepção de família que leva em conta os laços afetivos que unem essas pessoas em vida comum, bem como os princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proibição de discriminação por motivo de orientação sexual. 2. O princípio da legalidade estrita, que impõe à administração pública o dever de realizar apenas o que está previsto em Lei, não caracteriza óbice à equiparação entre uniões homoafetiva e estável. *UBI eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. Ademais, o juiz não pode valer-se do *non liquet, ex vi* do art. 126 do CPC, do art. 4º da LICC e do art. 5º, XXXV, da CF/88. Precedente do STJ. 4. Recurso de apelação conhecido e desprovido. Unânime. (TJDF, Rec. 2010.01.1.013690-7, Ac. 481.435, 2ª T. Cív., Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, p. 22/02/2011).

Cível e Família – União homoafetiva - Pedido declaratório - Pretensão voltada ao mero reconhecimento da união, para fins previdenciários - Ausência de discussão patrimonial - Omissão legal a ser suprida pela analogia e pelos princípios gerais de direito - Aplicação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil - Situação equiparável à união estável, por aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana - Art. 227, § 3º, da Constituição Federal de que não tem interpretação restritiva — Proteção à família, em suas diversas formas de constituição - Matéria afeta ao Juízo da Família - Conflito procedente em que se reconhece a competência do Juízo suscitado.(TJSP, Conf. Comp. 170.046-0/6-00, C. Esp., Rel. Desa. Maria Olívia Alves, j. 16/03/2009).
Administrativo. Pensão. Relação homoafetiva. A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. (TRF 4ª Região, AC 2006.70.00.019767-5/PR, 3ª T., Rel. Des. Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 29/01/2009).

EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. A união homossexual no caso concreto. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC), é de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de

consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha dos bens, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. União homossexual: lacuna do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito. Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva. Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hetero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica. Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo gera as mesmas consequências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade as pessoas que são. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (Embargos Infringentes Nº 70039338587, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/11/2010).

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS. PROCEDÊNCIA. A Constituição Federal traz como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, IV). Como direito e garantia fundamental, dispõe a CF que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5.º, caput). Consagrando princípios democráticos de direito, ela proíbe qualquer espécie de discriminação, inclusive quanto a sexo, sendo incabível, pois, discriminação quanto à união homossexual. Configurada verdadeira união estável entre a autora e a falecida, por vinte anos, deve ser mantida a sentença de procedência da ação, na esteira do voto vencido. Precedentes. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (Embargos Infringentes Nº 70030880603, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 14/08/2009).

CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA. 1. "A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia

anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas". 2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido. 3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. 4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual. 6. Recurso especial desprovido. (STJ. REsp 827962 RS. Recurso Especial 2006/0057725-5. Rel. João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data Julgamento: 26/06/11)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. ART. 217, I, C, DA LEI Nº 8.112/90. A regulamentação das famílias homoafetivas é medida que se impõe no atual cenário social, não podendo o Poder Judiciário, nesse momento, furtar-se a oferecer as proteções legais que tais relações demandam, porquanto são geradoras de importantes efeitos afetivos e patrimoniais na vida de muitos cidadãos. No presente caso, ficou devidamente comprovada a união estável entre o autor, ora recorrido, e seu falecido companheiro, servidor público, regido pela Lei 8.112/90, motivo pelo qual, agiram bem as instâncias ordinárias ao conceder a pretendida pensão por morte, nos termos do art. 217, I, "c" do referido Estatuto. Além do mais, o próprio INSS, gestor do Regime Geral de Previdência Social, há mais de dez anos, vêm reconhecendo os parceiros homossexuais como beneficiários da Previdência, pelo que não há como negar o mesmo direito aos companheiros homossexuais de servidor público, equiparando-os à tradicional União Estável formada por homem e mulher. Acrescento, ainda, que a mais recente norma editada pela Receita Federal (agosto de 2010) garantiu o direito de Contribuintes do Imposto de Renda de Pessoa Física incluírem parceiros homossexuais como seus dependentes na Declaração, o que revela não haver mais espaço para renegar os direitos provenientes das relações homoafetivas, e que só contribuirá para tornar a nossa Sociedade mais justa, humana e democrática, ideal tão presente na Constituição Federal. Recurso especial a que se dá parcial provimento, apenas para redução do percentual dos juros de mora para 6% ao ano. (STJ. REsp 32653 RS. Recurso Especial 2007/0055656-0. Rel. Celso Limongi. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data Julgamento: 16/08/11).

7. RECONHECIMENTO DA HOMOAFETIVIDADE PELO STF

No histórico julgamento da ADPF nº 132 e da ADIn nº 4277, o Supremo Tribunal Federal conferiu uma interpretação sistemático-teleológica ao artigo 226, §3º, da Constituição Federal de sorte a compatibilizar o referido dispositivo constitucional com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica, reconhecendo que a redação normativa segundo a qual *para* efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, inexistindo óbice ao reconhecimento da união estável homoafetiva.

A seguir reproduziremos a ementa da decisão que espanca qualquer dúvida a respeito do reconhecimento jurídico de referidas uniões.

ADI 4277 / DF - DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 05/05/2011.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do

preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do

direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

ADPF 132 / RJ – RIO DE JANEIRO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em

sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da

Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

A decisão da Corte Suprema faz com que a união homoafetiva seja reconhecida como uma entidade familiar e, portanto, regida pelas mesmas regras que se aplicam à união estável dos casais heterossexuais, conforme previsão do Código Civil.

Inaugura-se uma nova fase do direito de família, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a especial proteção do Estado, gerando consequências no regime de bens, sucessão, alimentos, pensão previdenciária, planos de saúde, imposto de renda e adoção.

Um direito que não foi estendido aos casais homossexuais é o do casamento, vez que exige registro civil e, às vezes envolve uma aprovação religiosa, se assim decide o casal;

diferentemente do que ocorre na união estável, em que não há um rigorismo quanto às formalidades. Nesse aspecto, até que se edite uma lei que regule a união de pessoas do mesmo sexo, os parceiros sempre terão de recorrer ao Judiciário para fazer valer os seus direitos.

Diversas decisões já encampam o efeito vinculante da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, como a seguir reproduzido.

PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. PEDIDO DE CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. INCONFORMISMO DOS REQUERENTES. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM DECISÃO PROFERIDA NA ADI nº 4277/DF, ATRIBUIU EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITO VINCULANTE À INTERPRETAÇÃO DADA AO ART. 1.723, DO CÓDIGO CIVIL, PARA EXCLUIR QUALQUER SIGNIFICADO QUE IMPEÇA O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES, DESDE QUE CONFIGURADA A CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA E ESTABELECIDADA COM O OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DETERMINA SEJA FACILITADA A CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. PORTANTO, PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS DO ART. 1.723, DO CÓDIGO CIVIL, NÃO HÁ COMO SE AFASTAR A RECOMENDAÇÃO CONSTITUCIONAL, CONFERINDO À UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA OS MESMOS DIREITOS E DEVERES DOS CASAIS HETEROSSEXUAIS, TAL COMO SUA CONVERSÃO EM CASAMENTO. PRECEDENTE DO STJ QUE ADMITIU O PRÓPRIO CASAMENTO HOMOAFETIVO, A SER REALIZADO POR SIMPLES HABILITAÇÃO. IN CASU, FORÇOSO É DE SE CONCLUIR QUE MERECE REFORMA A DECISÃO MONOCRÁTICA, CONVERTENDO-SE A UNIÃO ESTÁVEL CARACTERIZADA NOS AUTOS EM CASAMENTO. PROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ. Apel. 72523520128190000, RJ 0007252-35.2012.8.19.0000. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Felipe Francisco. Julgamento: 17/04/2012).

RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. CASAMENTO NO ESTRANGEIRO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. 1 - RECONHECIDA A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR - DESDE A DECISÃO PROFERIDA NA ADFP N. 132 E ADI N. 4277, A QUAL CONFERIU-SE EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA ERGA OMNES - NÃO HÁ RAZÃO PARA NÃO CONFERIR IGUAL PROTEÇÃO LEGAL AO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO, LEGALMENTE REALIZADO NO ESTRANGEIRO, SOBRETUDO PARA EFEITOS DE COMPROVAÇÃO DE RELACIONAMENTO AFETIVO COM A FINALIDADE DE OBTENÇÃO DE VISTO PERMANENTE DO CÔNJUGE ESTRANGEIRO. 2 - SE OS AUTORES SÃO LEGALMENTE CASADOS NO ESTRANGEIRO NÃO TÊM INTERESSE DE AGIR PARA O

RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. 3 - APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (TJDF. Apel. 480362120118070001 DF 0048036-21.2011.807.0001. Órgão Julgador: Sexta Turma Cível. Rel. Jair Soares. Julgamento: 11/04/2012).

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 à correta interpretação jurídica. Apelo provido. (TJRS. Apel. 70045194677. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgamento: 22/03/2012).

8. CONCLUSÃO

Embora a questão seja relativamente atual, de alta complexidade, envolvendo uma pluralidade de áreas, com posicionamentos divergentes dos estudiosos, o presente estudo fez breves considerações sobre a terminologia da palavra homossexualidade, a distinção entre outras manifestações da sexualidade, incursionou sobre o alargamento da proteção jurídica dispensada às uniões homoafetivas sob a ótica constitucional, bem como apresentou um panorama atual acerca do entendimento jurisprudencial referente a matéria.

Por outro lado, o que se buscou com o presente estudo foi demonstrar que transcorridos mais de vinte anos da promulgação da Constituição da República de 1988 ainda encontramos óbice para regulamentação de determinados assuntos, *in casu*, as relações homoafetivas. A regulamentação normativa faz-se necessária para efetivação dos direitos dos homossexuais.

Em respeito ao inciso II, do artigo 5º, da Carta Maior, onde “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, isto é, o princípio da legalidade, imprescindível que as relações homoafetivas tenham uma legislação específica, através de regular processo legislativo. Não há dúvida que desta maneira essas relações terão amparo jurídico pleno, com efetiva e objetiva prestação jurisdicional. Observe-se que somente desta maneira teremos a real consagração dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, assegurando-se a todos uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Indispensável deixar claro que as relações homoafetivas interessam ao Direito porque fundadas no afeto, levando a construção de verdadeira entidade familiar e disto decorrendo conseqüências patrimoniais. O vínculo que une os pares vai além de uma relação obrigacional, daí porque merece proteção no campo do Direito de Família. Aliás, neste último campo, com conseqüências jurídicas distintas do primeiro, especialmente no que tange a proteção sucessória, alimentar, nome, direito real de habitação etc, ou seja, muito mais abrangente e condizente com a relação que os une.

Por outro lado, já se assinalou que, enquanto ausente a regulamentação legislativa específica, podemos e devemos identificar essas uniões como uniões de afeto, protegidas e abrangidas pelo Direito de Família. Nestes casos, valem da interpretação ampliativa da Constituição Federal ou analógica do artigo 226, § 3º. À evidência, regras de harmonização e

compatibilização das normas constitucionais, visando dar juridicidade a tais uniões e não as afastando da prestação jurisdicional. No caso, a aplicação dessas regras de interpretação não acarretam empecilhos a uniões homoafetivas hoje existentes.

Observe-se que o que é vedado é a marginalização das uniões homoafetivas, sob o argumento de inexistência de regulamentação própria (omissão legislativa) ou inconstitucionalidade quando da sua equiparação com a união estável prevista no artigo 223, § 3º, da Constituição Federal, pois “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”, segundo disposto no artigo 4º, da Lei de Introdução do Código Civil.

Pode-se afirmar que a questão das relações homoafetivas atualmente alcançou grande repercussão, ainda mais após a decisão da nossa Corte Suprema, que seguindo a evolução dos fatos sociais e afastando ideologias morais arcaicas, reconheceu a existência jurídica de uma nova entidade familiar com fundamento em preceitos constitucionais, lhe conferindo direitos até então incertos e discutíveis no âmbito judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORRILLO, Daniel. *De como a homossexualidade radicaliza os valores da modernidade na relação consigo, com o outro e com a sua descendência*. In Resenha distribuída na palestra ministrada na Faculdade de Direito de Campos, no dia 19/08/05.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

CARVALHO, Hilário da Veiga. *Compêndio de medicina legal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

COSTA, Jurandir Freire. *Politicamente Correto*. Entrevista realizada por Maria Rita Kehl, e publicada na Revista Teoria e Debate, nº 18 (maio/julho/agosto de 1992). Disponível em: <<http://www.jfreirecosta.com/>>.

CROCE, Delton; CROCE Jr, Delton. *Medicina Legal para provas e concursos*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *Medicina Legal*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: RT, 2007.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A natureza jurídica da relação homoerótica*. In Revista da AJURIS, n. 88, – Tomo 1. Porto Alegre: dezembro de 2002.

WALKER, Daniel. *Introdução ao estudo da sexologia*. Disponível para download em <http://www.ebookbrasil.org/adobeebook/sexologia.pdf>. 2007.

JURADO, Jalma. *Classificação dos estados intersexuais*. Revista Jurídica Consulex, ano V, n. 101, 31 de março de 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em www.mundojuridico.adv.br. 2002.

MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. São Paulo: Malheiros, 2002.

RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*, Revista CEJ, n. 6, set./dez. 1998, Brasília.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2005.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Transexuais: adequação de sexo*. Revista Jurídica Consulex, ano III, nº 31, 31 de julho de 1999.

UZIEL, Anna Paula. *Reflexões sobre a parceria civil registrada no Brasil. Sexualidade, gênero e sociedade*. Rio de Janeiro, v. 11, 1999.