UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - FADI
CURSO DE DIREITO

LIDIANE MARA SILVA COSTA

UNIÃO HOMOAFETIVA

BARBACENA
2011

LIDIANE MARA SILVA COSTA

UNIÃO HOMOAFETIVA

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC como requisito parcial para obtenção do titulo de bacharel em direito

Orientadora: Prof. Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral.

BARBACENA

2011

LIDIANE MARA SILVA COSTA

UNIÃO HOMOAFETIVA

Monografia apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me.Débora Maria Gomes Messias Amaral
Universidade Presidente Antonio Carlos UNIPAC

Prof. Paulo Afonso de Oliveira Junior
Universidade Presidente Antonio Carlos UNIPAC

Prof. Me. David Gorini da Fonseca
Universidade Presidente Antonio Carlos UNIPAC

Aprovada em ___/___/___

RESUMO

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar de pleno direito encontra amparo legal. A presente tem como finalidade demonstrar que, por meio de uma interpretação extensiva do artigo 226 da Constituição Federal e dos princípios constitucionais, é possível a equiparação da união estável homossexual à união estável heterossexual. O procedimento utilizado para a coleta de informações e dados foi pesquisa bibliográfica com a utilização de doutrinas, legislação, meios eletrônicos, artigos científicos e análise de jurisprudência. Após a análise desses dados chega-se à conclusão de que é cabível a equiparação entre a união homoafetiva e a união heterossexual; o Poder Judiciário já decidia nesse sentido, e, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu a favor do reconhecimento da união homoafetiva, garantindo, assim, os direitos dela decorrentes; entretanto, essas relações precisam ser contempladas pela lei. É necessário que o Legislativo deixe o estado de inércia em que se encontra e legalize a união homoafetiva.

Palavras-chaves: Direito de família - Entidade familiar; União homoafetiva – Possibilidade; União homossexual.

ABSTRACT

The recognition of homossexual union as a family in its own right has the support of the law. This work have the purpose to demonstrate that, through the extensive interpretation of article 226, § 3º, of the Federal Constitution and the application of the constitutional principles to equalize the homosexual union to the heterosexual steady union. The procedure used for the collection of data was the bibliographical research with the use of doctrines, legislation , web sites, scientific articles and courts decisions. After the data analyses we could conclude that from the use of the referring norms to the heterosexual steady union it is possible the legal recognition of the homo-affective steady union and its effect, several courts are judging for the recognition of the homosexual union and the rights that comes with the recognition, however this relationships need's to be in the legislation. It's necessary that the legislative lives the estate of sluggishness and legalize the homossexual union.

Keywords: Family law; Homoafective Stable Union – Possibility; Homosexual Stable Union.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO..... 07

2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA..... 09

2.1 Casamento..... 09

2.2 União estável..... 11

2.3 Família Monoparental..... 13

3. UNIÃO HOMOAFETIVA..... 15

3.1 A união homoafetiva sob a égide dos princípios constitucionais.. 20

3.2 A união homoafetiva sob a égide dos direitos humanos..... 24

3.3 Propostas de lei sobre o tema..... 25

3.4 Efeitos jurídicos..... 28

4. AVANÇOS DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA..... 31

4.1 Decisões jurisprudenciais..... 32

CONCLUSÃO..... 42

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 43

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem o objetivo de dar visibilidade ao tema união homoafetiva, pois as necessidades de quem vive um relacionamento homossexual, apesar do preconceito, não vão deixar de existir somente porque o legislador não regulamentou a matéria.

Será mostrado que a regulamentação das uniões homoafetivas encontra respaldo nos direitos humanos e na Constituição Federal, e que a falta de norma reguladora sobre o assunto consiste em grave violação dos direitos fundamentais.

Segundo Maria Berenice Dias (2010, p.40), grande defensora do tema, “Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos.”

Porém, atualmente, é normal ver pessoas vivendo relações homoafetivas, mesmo não havendo lei que regule tais uniões, mesmo estando elas desamparadas pela lei. As famílias tornaram-se plurais, estão mais flexíveis. Tais famílias necessitam da chancela do Estado para ter assegurados seus direitos.

Assim, antes de se adentrar ao tema especifico, far-se-á uma análise sobre a evolução do direito de família brasileiro, que se deu, principalmente, pelo atual alargamento do conceito de família no artigo 226 da Constituição Federal.

Ainda, Dias (2010, p. 29) leciona em seu livro Manual de Direito das Famílias que:

> O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a lealdade. Talvez não mais existam razões, quer morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem esta verdadeira estatização do afeto, excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas. O grande problema reside em se encontrar, na estrutura formalista do sistema jurídico, a forma de proteger sem sufocar e de regular sem engessar.

Isto posto, observar-se-á que a falta de legislação acerca das uniões homoafetivas deriva do preconceito arraigado no cerne da sociedade e que tal omissão do Poder Legislativo ofende princípios constitucionais basilares do direito brasileiro, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

Ressaltar-se-á alguns progressos feitos pelo Poder Judiciário acerca do tema e sua importância para os casais homossexuais. Mostrando, desta forma, que o Judiciário tem acompanhado os progressos da sociedade e, vem assim, mostrando com freqüentes decisões, avanços significantes sobre o tema. O avanço mais significativo foi a última decisão do STF sobre o tema que, por votação unânime, decidiu a favor da equiparação da união homoafetiva à união heterossexual.

Ao final restará demonstrado que a união homoafetiva, como já demonstrado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, não está proibida no ordenamento jurídico brasileiro e que pode ser equiparada à união estável.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família é composto por diversas regras de ordem pública que regulamentam os assuntos que dizem respeito à família, como por exemplo o casamento e a adoção.

Várias alterações legislativas foram surgindo com a evolução do conceito de família. Um dos avanços mais expressivos foi a criação do Estatuto da Mulher Casada – Lei 4.121/1962 que, dentre outras coisas, deferiu plena capacidade à mulher casada.

Modernamente, a família é conceituada como um conjunto de pessoas que podem ou não estar ligadas por laços de sangue. Conforme Dias (2010, p.41) esclarece:

> O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.

No decorrer dos anos o conceito de família mudou, a sociedade está começando a enxergar que todos têm o direito à felicidade, que o que realmente importa é o vinculo afetivo, nem sempre adquirido por meio do casamento.

2.1 Casamento

Clovis Bevilacqua (1976, p.41) conceitua o casamento como

> um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Ainda, Dias (2010, p. 143) esclarece que “Até o advento da República, em 1889, a única forma de casamento era o religioso. Assim, os não- católicos não tinham acesso ao matrimônio. O casamento civil só surgiu em 1891.”

O conservador Código Civil/1916 dispunha que a família só podia ser constituída por meio do matrimônio e, este, após consolidado não podia ser dissolvido. Desta forma, o único meio de convívio aceito era o casamento. Por consequência o ordenamento civil excluía os filhos havidos fora do casamento.

Posto isto, segundo Dias (2006, p.40):

> Só era reconhecida a família constituída pelo casamento. O homem exercia a chefia da sociedade conjugal, sendo merecedor de respeito e obediência da mulher e dos filhos. A finalidade essencial da família era a conservação do patrimônio, precisando gerar filhos como força de trabalho. Como era fundamental a capacidade procriativa, claro que as famílias necessitavam ser constituídas por um par heterossexual e fértil.

Desde muito tempo o casamento sempre foi reconhecido como o ponto inicial, criador da família. O enaltecimento, o endeusamento do casamento fez com que a sociedade aceitasse este como única forma de constituição da família. Mas, na verdade, de acordo com a CR/88 é a família a base da nossa sociedade, seja ela decorrente do casamento ou não.

Posteriormente, a Lei 6.515/1977 ao instituir o divórcio acabou com a concepção de que o casamento não podia ser dissolvido.

No ano de 1988 ocorreu a promulgação da CR/88. Até sua promulgação o conceito de família esteve vinculado ao casamento, felizmente isso mudou, o direito dos filhos havidos fora do casamento foi equiparado ao direito dos filhos havidos dentro do matrimônio e a mulher passou a ter os mesmos direitos que o homem dentro da relação matrimonial.

A CF/88 (BRASIL. Presidência da República, 1988) trouxe em seu artigo 226 um considerável avanço para o direito de família, tal artigo dispõe que:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
> § 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.
> § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
> § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
> § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
> § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.[1]

Esse artigo demonstra que o casamento visto do ponto de vista constitucional é mais que uma relação contratual, é, acima de tudo, uma relação de afeto.

Em 2002 o novo Código Civil entrou em vigor, contudo, deixou de regulamentar vários assuntos de suma importância para o direito de família, como a união entre pessoas do mesmo sexo; destarte, o magistrado tem que valer-se da jurisprudência, legislação esparsa e da doutrina para julgar tais assuntos.

2.2 União Estável

Dias (2010, p. 163) assevera que:

> Apesar do nítido repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram. O Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. E foi além. Restou por puni-las. Vedou doações e a instituição de seguro em favor da concubina, que também não podia ser beneficiada por testamento.

Álvaro Villaça (2000, p. 8) conceitua a união estável como

> a convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.

[1] http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/index.shtm.

Apesar da CR/88 ter garantido proteção à união estável, na prática a mudança demorou muito tempo para começar, as demandas continuaram a ser distribuídas nas varas cíveis e o preconceito impediu que a norma constitucional perpetuasse seu objetivo.

Assim, para assegurar aplicabilidade ao dispositivo constitucional o legislador criou as leis 8.971/94 e 9.278/96, que estabeleceram a igualdade jurídica entre os companheiros, bem como entre os filhos.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1723 e seguintes dispôs sobre o assunto. Vejamos o disposto no *caput* do artigo 1723 (BRASIL. Presidência da República, 2002):

> 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. [2]

Maria Berenice Dias (2010, p.167), em sua obra Manual de Direito das Famílias, leciona:

> Socorre-se o legislador da ideia de família como parâmetro para conceder efeitos jurídicos à união estável, mas o tratamento não é igual ao do casamento. Ainda que concedido direito a alimentos e assegurada partilha igualitária dos bens, outros direitos são deferidos somente aos cônjuges.

Contudo, é preciso observar alguns requisitos básicos para a constituição da união estável, como: convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher, desimpedidos de contrair matrimônio. Desta forma, a união entre pessoas do mesmo sexo não foi atingida pelo conteúdo do artigo 1723 do Código Civil.

Assim, alguns doutrinadores classificam a união homoafetiva como ato inexistente. E, conferem a ela status de sociedade.

Taísa Ribeiro Fernandes (2004, p. 68-70) em seu livro, Uniões homossexuais – efeitos jurídicos, expõe:

> [...] no sentido de que há identidade de situações entre as uniões homoafetivas e heteroafetivas, visto que ambas são pautadas pela vida em comum, respeito, afeto, solidariedade, mutua assistência e tantos outros, donde, superada a letra fria do texto normativo e tendo

[2] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

> em conta a sua substância, seu fim social (em suma, digo eu, sua interpretação teleológica) percebe-se que as uniões homoafetivas representam efetivas entidades familiares e têm, portanto, que receber o mesmo tratamento jurídico dispensado às uniões heteroafetivas, razão pela qual é cabível o recurso analógico para isto possibilitar.

Na união estável, bem como na união homoafetiva, o vínculo afetivo existente entre o casal evolui para uma relação de afeto; o par, então, tem a necessidade de estabelecer uma vida em comum, desejando, assim, a proteção do Estado. Tanto a união estável como a homoafetiva tem as mesmas características e objetivos, com a única diferença da igualdade de sexos na segunda.

2.3 Família monoparental

Pedro Lenza (2010, p.951), em sua obra Direito Constitucional Esquematizado, leciona que:

> Aprimorando o sistema anterior, que só reconhecia a sociedade biparental (filhos de pai e mãe, tanto que as mães solteiras eram extremamente marginalizadas), fundado em ultrapassado modelo patriarcal e hierarquizado (Código Civil de 1916), a Constituição de 1988 reconheceu a família monoparental.

Assim, o conceito de família, restrito àquela constituída por meio do casamento, foi ampliado pela CR/88, no §4°, do artigo 226, que reconheceu como unidade familiar aquela composta por qualquer dos pais e seus descendentes.

Todavia, não existe ainda regulamentação de sua existência pela legislação ordinária, pois o Código Civil de 2002 não tratou de tal assunto.

Dias (2010, p.144) assevera que:

> Assim, no atual estágio da sociedade, soa bastante conservadora a legislação que, em sede de direito das famílias, limita-se a regulamentar, de forma minuciosa e detalhada, exclusivamente o casamento, como se fosse o destino de todos os cidadãos.

A renomada escritora Maria Helena Diniz (2002, p.11) diz sobre o assunto que

> a família monoparental ou unilinear desvincula-se da idéia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um dos seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, produção independente, etc.

Ainda, Lenza, em sua obra constitucional (2010, p.951), diz “Prioriza-se, portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, com destaque para a função social da família, consagrando a igualdade absoluta entre os cônjuges (art.226, §5) e os filhos (art.227, §6).”

Desde a criação do Código Civil de 1916 até os dias atuais o direito de família evoluiu bastante, porém, certos assuntos tidos como polêmicos e envoltos no manto do preconceito ainda continuam esquecidos, como se não existissem. Necessário, portanto, que os legisladores e a sociedade deixem de lado a discriminação e o preconceito para que o direito evolua de acordo com as necessidades de todos os cidadãos, inclusive os marginalizados.

3 UNIÃO HOMOAFETIVA

O presente capítulo abordará fatos peculiares à união homoafetiva e demonstrará que, diante da inexistência de norma proibindo-a, é possível, por meio de interpretações analógicas, equipará-la à união estável.

Atualmente, no Brasil, uma das grandes defensoras da união homoafetiva é Maria Berenice Dias, desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e vice presidente nacional do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Em uma de suas obras (2003, p.11-12) dispõe que

> A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar prestação jurisdicional ou ser invocada como motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela.

Desta forma, os magistrados não podem simplesmente ignorar o "problema" com a desculpa de que não existe lei regulamentando o assunto, pois a própria lei diz aos julgadores como eles devem proceder em casos como o da união homoafetiva, casos em que não há norma proibindo mas, também, não há lei regulamentando. Assim, de acordo com o artigo 4°, da Lei de Introdução ao Código Civil (BRASIL. Presidência da República, 1942) "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso concreto de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito." [3]

Nesse sentido, a brilhante autora Maria Helena Diniz (1996, p.89-90) tece importantes comentários, vejamos:

> Quando, ao solucionar um caso, o magistrado não encontra norma que lhe seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhum preceito, porque há falta de conhecimento sobre um status jurídico de certo comportamento, devido a um defeito do sistema que pode consistir numa ausência de norma, na presença de disposição legal injusta ou em desuso, estamos diante do problema das lacunas. Imprescindível será um desenvolvimento aberto do direito dirigido metodicamente. É nesse desenvolvimento aberto que o aplicador adquire consciência da modificação que as normas experimentam, continuamente, ao serem aplicadas às mais diversas relações de vida, chegando a se apresentar, no sistema jurídico, omissões concernentes a uma nova exigência vital. Essa permissão de desenvolver o direito compete aos aplicadores sempre que se

[3] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm

> apresentar uma lacuna, pois devem integrá-la, criando uma norma individual, dentro dos limites estabelecidos pelo direito.

A analogia é método que supre as falhas e as omissões deixadas pelo legislador no ordenamento jurídico. É aplicação de uma lei a casos materialmente semelhantes e que por omissão/falha do legislador não estão normatizados. Nos dizeres de Carlos Maximiliano (1999, p.214):

> O processo analógico, no entanto, não cria direito novo; descobre o já existente; integra a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum ao caso previsto pelo legislador e ao outro, patenteado pela vida social.

Oliveira (2008)[4] *apud* Kelsen (1934) discorre que não há dispositivo legal expresso que proteja as relações homossexuais, então se pode levar em consideração o pensamento de Norberto Bobbio, chamado de Norma Geral Exclusiva, tendo este por base o pensamento de Kelsen, que afirmou: "tudo o que não está explicitamente proibido, está, implicitamente permitido".

Poucos são os membros do Congresso Nacional que dão importância à questão dos direitos LGBT, a rejeição dos legisladores é clara. Assim, muitos magistrados têm que julgar as relações entre homossexuais na vara cível, como se fossem uma sociedade de fato, quando deveriam ser analisadas e julgadas nas varas de família, como ocorre com os heterossexuais. Paulo Luiz Netto Lobo(2002, p. 101) tece o seguinte comentário sobre o assunto:

> Os conflitos decorrentes das entidades familiares explícitas ou implícitas devem ser resolvidos à luz do Direito de Família e não do Direito das Obrigações, tanto os direitos pessoais quanto os direitos patrimoniais e os direitos tutelares. Não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo.

Assim, nesse tipo de união o afeto exerce papel principal, muito mais importante do que um vínculo biológico ou civil. O afeto entre casais do mesmo sexo deve ser exteriorizado no seio familiar e ter a mesma proteção que o dos casais heterossexuais, pois na essência um tipo de afeto não difere do outro.

[4] http://www.lfg.com.br

Rodrigo Gonçalves de Oliveira, no artigo “Tentativa de regulamentação da união homoafetiva: discriminação nunca mais, o que importa agora é o afeto”, diz:

> O ser humano tem de entender que a sociedade evoluiu, que os valores mudaram, as famílias já não têm a mesma estrutura de tempos atrás. A família contemporânea tem como parâmetro principal o afeto e não mais a relação sexual. O homossexualismo tem de ser entendido como uma relação normal, possuindo como critério diferenciador apenas o fato de ser formada por pessoas do mesmo sexo.[5]

Desta forma, se a convivência duradoura, contínua, pública e pautada pelo afeto, estabelecida entre duas pessoas do mesmo sexo tem o intuito de constituir família, a mesma deve ser reconhecida como união estável homoafetiva.

Em seu voto no julgamento da ADI 3.300, que objetivava o reconhecimento pelo STF das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, o ministro Celso de Mello (2006) disse:

> [...] o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais [...][6]

O entendimento de alguns tribunais é de que, de fato, o pedido de reconhecimento da união homoafetiva é possível, pois inexiste no ordenamento jurídico vigente vedação explícita ao ajuizamento da mesma. Partindo da interpretação do art. 126, do Código de Processo Civil, que diz ser vedado ao magistrado deixar de julgar utilizando-se do argumento de lacuna na lei, os julgadores devem, sim, continuar julgando as ações relativas às uniões homoafetivas se pautando no uso da analogia e sempre respeitando os princípios constitucionais.

---

[5] http://www.lfg.com.br

[6] http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ADI3300.pdf

Os Tribunais que possuem entendimento no sentido de serem juridicamente impossíveis as uniões homoafetivas estão relegando à invisibilidade situações que, de fato, existem e que necessitam de proteção jurídica.

A CR/88 ao impor o respeito à dignidade da pessoa humana lançou o seu manto protetivo sobre todos os tipos de famílias, inclusive àquelas formadas por dois homens ou por duas mulheres. O disposto no art. 226 da CR/88, outorgou proteção às famílias plurais, esse é um artigo exemplificativo, o caput é cláusula geral de inclusão. Assim, ao fazer referência expressa à união estável entre um homem e uma mulher e às relações de um dos ascendentes com sua prole (família monoparental), não está proibindo a união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas apenas exemplificando alguns modelos de entidade familiar protegidos pelo dispositivo. Em momento algum a CR/88 fala que não existem entidades familiares formadas por homossexuais.

Desta forma, a exclusão de qualquer entidade que preencha os requisitos de estabilidade, afetividade e publicidade não deve ser admitida, pois estaria desrespeitando princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Adauto Suannes, em sua obra As uniões homossexuais e a Lei 9.278/96 (2002, p. 32), diz:

> Exigir a diferenciação de sexos no casal para haver a proteção do Estado, é fazer distinção odiosa, postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência da vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.

Diante de todo o exposto, questiona-se o porquê das uniões homoafetivas, pautadas na convivência pública, contínua e duradoura, mantidas pelo vínculo de afeto, não poderem receber a proteção que o Estado dá para todas as outras entidades familiares. Em vários artigos a CR/88 preconiza que as discriminações não devem perpetuar no ordenamento jurídico brasileiro. A título de exemplo tem-se o artigo 19 (BRASIL. Presidência da República, 1988), que prevê “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito

Federal e aos Municípios: [...]criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si."[7]

A Lei 11.340/06 (BRASIL. Presidência da República, 2006), popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, mostra, no parágrafo único do artigo 5°, que o legislador avançou no assunto, ao proteger todos os tipos de relação, vejamos:

> 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 dano moral ou patrimonial:
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. [8]

Avanços como este devem se fazer cada vez mais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, o Estado deve fazer valer o disposto na Carta Magna sobre dignidade da pessoa humana, igualdade, não-discriminação. Enfim, o legislador ao formular as normas deve se reger pelos princípios constitucionais e, não por um juízo interno de valor ou pelo preconceito de alguns membros da sociedade.

Nesse sentido, aqueles que lutam pelo reconhecimento das uniões homoafetivas objetivam a chancela do Estado e não da Igreja, desejam ter a segurança jurídica de que os efeitos surgidos destas uniões serão garantidos no futuro.

Assim, é impositivo o reconhecimento da união homoafetiva, pois a ausência de lei reguladora não quer dizer a ausência do direito, todos têm direito a tutela jurídica.

---

[7] http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/index.shtm
[8] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm

3.1 A união homoafetiva sob a égide dos princípios constitucionais

Será demonstrado abaixo que os princípios constitucionais dão guarida à união homoafetiva.

Robert Alexy (1997, p.84) diz “Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização.” Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2010, p.58) completa “Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios.”

Nessa linha de pensamento, Celso Antônio Bandeira de Melo (1980, p. 44) diz, em seu livro Elementos do Direito Administrativo, que

> violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...]

Assim, a não-obediência a um princípio ofende a todos os comandos normativos.

Dias (2010, p.60) leciona que “Os princípios constitucionais dispõem de primazia diante da lei, sendo a primeira regra a ser invocada em qualquer processo hermenêutico.”

Desde a Lei Maior imperial até a atual Constituição, o legislador constituinte tem demonstrado preocupação com o princípio da igualdade. A CR/88 (BRASIL. Presidência da República, 1988) diz em seu preâmbulo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...] [9]

[9] http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/index.shtm

O mesmo não tem força normativa mas serve para interpretação do disposto na Carta Magna.

Já com força normativa, tem-se no art. 1°, inciso III, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana. Fundamento este que é base da CR/88 e, mesmo assim, é explicitamente violado todos os dias quando o tema é direitos LGBT.

Sobre o desrespeito ao fundamento exposto no inc. III, da CR/88, Maria Berenice Dias (2000, p. 17) comenta:

> Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do individuo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal, não se podendo sub-dimensionar a eficácia jurídica da eleição da dignidade humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições de direitos servindo de fortalecimento a estigmas e causando sofrimento a muitos seres humanos.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é a base do Estado Democrático de Direito.

Segundo Daniel Sarmento (2000, p. 60) tal princípio

> representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Continua Sarmento (2000, p. 71) lecionando que:

> O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade da pessoa humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

Também, com força normativa cita-se o art.3, incisos I e IV, que dispõem serem objetivos da República (BRASIL. Presidência da República, 1988) “construir uma sociedade livre, justa e solidaria” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.[10] Mais uma vez, o que se percebe é que o Poder

[10] http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/index.shtm

Legislativo ao não legislar sobre o assunto nega direitos constitucionalmente assegurados a população homossexual.

Dias (2010, p.64) leciona que:

> A liberdade e a igualdade – correlacionadas entre si – foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

Em outra obra, de igual magnitude, Daniel Sarmento (2006, p.146) diz que “Liberdade não é só a ausência de constrangimentos externos por parte dos agentes, mas também é uma possibilidade de agir, fazer escolhas e de viver o real de acordo como a vida a apresenta.”

É nítido que a atual Constituição, ao instituir o regime democrático de direito, mostrou enorme preocupação em extirpar discriminações de qualquer tipo, dando especial atenção aos princípios da liberdade e da igualdade. Destarte, no âmbito do direito de família, esses princípios têm proteção constitucional.

Ademais, o principio da igualdade disposto no preâmbulo da CR/88 e no artigo 5°, caput (BRASIL. Presidência da República, 1988), consagra que

> Art. 5 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade [...][11]

A falta de legislação sobre a união entre pessoas do mesmo sexo é um desrespeito ao disposto nesse artigo e mostra para a sociedade que o Estado não está preservando o direito de todos os cidadãos.

O princípio da igualdade vincula o legislador e os intérpretes do direito. O juiz diante do caso concreto não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Deve, portanto, sanar situações discriminatórias, eivadas de preconceito.

Sarmento (2006, p.142) assevera que

[11] http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/index.shtm

> Contudo, entre a solene promessa constitucional e a crueza dos fatos medeia um abismo. Em que pese a generosidade do nosso projeto constitucional, o Brasil continua sendo um dos países mais desiguais de todo o mundo, e esta desigualdade possui um indisfarçável componente étnico-racial. Sem embargo, ao invés de simplesmente lamentarmos a falta de efetividade do texto magno, cumpre, nestas como em outras questões, empregar a Constituição como instrumento de luta em prol da emancipação efetiva dos negros. A Carta de 88 não é panacéia para o problema racial brasileiro, mas contém, sim, potencialidades transformadoras que ainda não foram plenamente mobilizadas.

Acerca do principio da igualdade San Tiago Dantas (1948, p.357) disse

> quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a quantidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstancias em que se produzem, ou conforme a repercussão que tem no interesse geral.

Assim, o legislador e o julgador devem seguir o principio da igualdade com rigor, sempre tratando de forma igualitária os iguais e de forma desigual os desiguais, para que desse modo as discriminações e injustiças sejam banidas da sociedade.

De acordo com Paulo Bonavides (1999, p.547)

> os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, provocando desta maneira uma sensível mudança na forma de interpretar a lei. Assim, o legislador ao criar as leis deve ter como base o disposto na Carta Magna.

Por todo o exposto, e, também, observando o que dispõe o §4 do art. 5, da CR/88, o disposto na Lei Maior no que concerne aos direitos e garantias fundamentais deve ter eficácia plena, independentemente de lei ordinária que regulamente sua aplicabilidade imediata.

Leciona Pedro Lenza (2010, p. 951) que:

> Parece, então, que a união homoafetiva, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1, III – regra-matriz dos direitos fundamentais), do direito à intimidade (art.5, X), da não discriminação, enquanto objetivo fundamental do Estado (art.3, IV), da igualdade em relação ao tratamento dado à união estável entre um homem e uma mulher (art.5, caput), deva 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.

3.2 A união homoafetiva sob a égide dos direitos humanos

Conforme pensamento de Glauber Moreno Tavalera (2004, p. 73), na área dos Direitos Humanos, a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas é crucial quando pondera sobre os direitos e deveres dos cidadãos. Em um de seus artigos, firma a capacidade de todo cidadão exercitar, gozar de seus direitos e liberdades, rechaçando as distinções de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, sejam elas de origem nacional ou social, sejam referentes à condição sócio-econômica ou qualquer outra forma de discriminação; bem como os do próprio Estado.

Em seu artigo 29, a Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948) diz que

> [...]Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nesta Declaração.[12]

Assim, tanto a Declaração dos Direitos Humanos quanto a CR/88 dispõem sobre o fato de que nem os cidadãos nem o próprio Estado podem violar direitos e deveres fundamentais com base em assuntos de cunho social, político ou de qualquer outra natureza, pois tais direitos fazem parte da esfera privada de cada cidadão.

Sérgio Resende Barros (2003, p.148) diz “O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana.”

Desta forma, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar passará a garantir a milhares de cidadãos brasileiros direitos básicos que até hoje lhes são negados. Cito, entre muitos, o recebimento de pensão por morte pelo parceiro sobrevivente, obtenção de pensão alimentícia em caso de separação, recebimento da herança em caso de morte de um dos conviventes. E, principalmente, tirá-los da marginalidade, da invisibilidade e tratá-los com respeito e dignidade, tratá-los como verdadeiros cidadãos.

[12]http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf

3.3 As propostas de lei sobre o tema

Dias (2010, p.195) leciona que “O repúdio social a segmentos marginalizados e excluídos acaba intimidando o legislador, que tem enorme resistência em chancelar leis que visem a proteger quem a sociedade rejeita.” Assim, não passaram de meros rascunhos várias propostas que tentaram assegurar direitos aos casais homoafetivos.

Exemplo do preconceito que leva o Legislativo a relegar propostas referentes ao tema é o projeto de lei 1151/95. Ele tem como objetivo legalizar a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, não visa dar status de casamento às uniões homossexuais. Esse projeto criado pela então deputada Marta Suplicy foi apresentado a Câmara Federal há mais ou menos 15 anos e, até à conclusão deste trabalho, ainda está parado no Congresso Nacional, pois os parlamentares evitam discutir sobre assunto tão polêmico, que pode vir a prejudicar suas aspirações político-pessoais.

O projeto sofreu uma modificação em 1996, tal modificação foi apresentada pelo então deputado e relator do projeto Roberto Jefferson.

Em seu artigo segundo o projeto discorre sobre o registro da união civil que deverá ser realizado nos Cartórios de Registro de Pessoas Naturais mediante a apresentação da documentação requerida, vejamos:

> **Art. 2o.** A parceria civil registrada constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais na forma que segue.
> § 1o. Os interessados comparecerão perante os Oficiais de Registro Civil, apresentando os seguintes documentos:
> I.- Declaração de serem solteiros, viúvos, ou divorciados;
> II. - prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente;
> III. - instrumento público do contrato de parceria civil.
> § 2o. Após a lavratura do contrato a parceria civil deve ser registrada em livro próprio no Registro Civil de Pessoas Naturais.
> § 3o. O estado civil dos contratantes não pode ser alterado na vigência do contrato de parceria civil registrada. [13]

Enquanto o Poder Legislativo só adia a solução para a questão, o Poder Judiciário tenta dar o amparo jurídico a que os casais homoafetivos têm direito. Assim, no dia 7 de dezembro de 2010, o Tribunal de Justiça de Alagoas

[13] http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=16329

publicou a resolução n 22 que garante às pessoas do mesmo sexo que mantém sociedade de fato ou que convivem afetivamente, o direito de registrar contratos e documentos referentes à constituição da relação jurídica nos cartórios notariais ou de registro. Para tanto, devem ser observados os requisitos da publicidade e notoriedade da relação afetiva, bem como da durabilidade e da continuidade.

Outros estados brasileiros, como Pernambuco, Santa Catarina, São Paulo, Rio de Janeiro e Maranhão, já criaram resoluções semelhantes à de Alagoas. O Tribunal de Justiça de Pernambuco, por exemplo, editou provimento dizendo que os cartórios do estado devem fornecer qualquer escritura pública que diga respeito à união estável entre pessoas do mesmo sexo.

No mesmo sentido, a corregedoria-geral do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul baixou um provimento trazendo regras para o reconhecimento nos cartórios das uniões homoafetivas. Os cartórios de notas e de registros devem lavrar escritura pública de declaração de convivência de união homoafetiva.

Voltando ao projeto de lei, os artigos 10 a 12 discorrem sobre os benefícios previdenciários, após o registro do contrato o companheiro passará a ser considerado dependente no Regime Geral da Previdência Social, vejamos:

> **Art. 10.** Registrado o contrato de parceria civil de que trata esta Lei, o parceiro será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado. Parágrafo único. A extinção do contrato de parceria implica o cancelamento da inscrição a que se refere o caput deste artigo.
> **Art. 11.** O parceiro que comprove a parceria civil registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, I, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. [14]

Desde a criação do PL avanços aconteceram acerca dos benefícios previdenciários. Em junho de 2000 foi criada a instrução normativa INSS/DC n 25 que estabeleceu procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao(à) companheiro(a) homossexual. Posteriormente, em dezembro de 2010, foi publicada uma portaria determinando que o

[14] http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=16329

Ministério da Fazenda torne definitiva a regra que reconhece que os benefícios previdenciários a dependentes não pode excluir companheiros que vivam em união homoafetiva.

A aprovação da Lei da Parceria Civil Registrada, atualmente, não significaria um progresso, mas de certa forma um retrocesso. Assim, representantes do movimento LGBT, “criaram” o Projeto de Lei 4.914/2009, apresentado à Câmara Federal, em março de 2009. A proposta objetiva incluir um artigo ao Código Civil (1.727-A), que permitirá aplicar às uniões de pessoas do mesmo sexo os dispositivos referentes à união estável, com exceção da regra que admite sua conversão em casamento.

Tal proposta tem a finalidade de consagrar em lei o que vem sendo assegurado pelo Poder Judiciário há alguns anos. Obviamente, esta não é a solução que melhor acolhe os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, mas, pelo menos, acabará com histórica omissão que gera insegurança e impõe o árduo caminho da via judicial para o reconhecimento de direitos aos homossexuais.

Com objetivo parecido, em setembro de 2003 o então senador Sérgio Cabral enviou proposta de emenda constitucional nº70, cujo objetivo era alterar o §3º, do artigo 226, da CR/88. O dispositivo passaria a ter a seguinte redação: "§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, a lei facilitará a sua conversão em casamento quando existente entre o homem e a mulher."

Tal emenda tinha a justificativa de que não se pode negar a proteção jurídica do Estado às pessoas que vivem união homoafetiva. Infelizmente, tal proposta foi retirada pelo autor no ano de 2006.

O governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral Filho, propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 132, cujo objetivo é a equiparação da união homoafetiva à prevista no artigo 1.723 do CC/02. Após, o Advogado Geral da União deu parecer concordando parcialmente com o pedido, discordando somente que a decisão não poderá atingir todo território nacional. Em julho de 2009 foi convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4277. Em maio do corrente ano a ação foi julgada pelo STF, em decisão unânime, por 10 votos (só não votou o Ministro Toffoli

que estava impedido de votar), reconheceu a união homoafetiva, equiparando-a a união estável heterossexual.

Já, no ano de 2007, o deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) apresentou o projeto de lei 674/2007 - Estatuto das famílias, que definia em seu artigo 68 que:

> Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Infelizmente, depois de causar polêmica na Câmara, os deputados resolveram tirar todas as referências às uniões homoafetivas do projeto de lei referente ao Estatuto das famílias.

O recente eleito deputado Jean Wyllys, em seu debate de estréia na Câmara dos Deputados, disse que lutará pelos direitos LGBT. O deputado pretende aprovar a PEC do casamento civil entre homossexuais, para apresentar a PEC precisará de um certo número de assinaturas, resta saber se encontrará apoio em um ambiente tão conservador e auto-protetor.

Isto posto, a única conclusão alcançada, por enquanto, é que o Poder Legislativo e a sociedade preferem ignorar ou julgar como imoral os direitos de milhões de brasileiros, que tem de recorrer ao Poder Judiciário para ter assegurados direitos que deveriam estar legalizados, pois de acordo com a CR/88 “todos são iguais perante a lei”.

3.4 Efeitos jurídicos

A partir do momento que a união homoafetiva for legalizada surgirão algumas conseqüências jurídicas, notadamente no direito de família. O que se busca é a equiparação da união homoafetiva à união estável. Assim, todos os efeitos gerados pela segunda, também serão, pela primeira.

Alimentos

A partir de uma aplicação analógica do artigo 1.724 do Código Civil, é possível a concessão de alimentos nas uniões homoafetivas. Assim, após o termino da união, um dos companheiros, se for o caso, deverá pagar pensão alimentícia ao outro, observando sempre o binômio necessidade x possibilidade.

Partilha de Bens

Como na adoção, a partilha de bens também seguirá o disposto no ordenamento jurídico para os casais que vivem em união estável. Assim, o art. 1.725 do Código Civil (BRASIL. Presidência da República, 2002) dispõe que "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens."[15]

Direitos sucessórios

No que tange aos direitos sucessórios, aplicar-se ia o disposto no art. 1.790 do Código Civil (BRASIL. Presidência da República, 2002), *in verbis*:

> Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
> II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
> III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
> IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.[16]

É um artigo, no entanto, que não trata igualitariamente os companheiros, tendo em vista que somente são protegidos os bens adquiridos onerosamente na constância da união. Mas, de qualquer forma, é uma proteção.

Assim, doutrinadores e juristas tecem algumas críticas ao legislador que não igualou totalmente os companheiros aos cônjuges e com isso diminuiu a proteção alcançada pelo instituto da união estável. Outro exemplo dessa

[15] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm
[16] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

desigualdade é o fato de que o cônjuge supérstite, na falta de ascendentes e descendentes, tem direito a totalidade da herança, já o companheiro concorrerá, ainda, com os parentes até o 4° grau.

Desta forma, o ideal seria a criação de dispositivos que, de forma concreta, igualem os direitos dos companheiros, sejam eles homossexuais ou não, aos daqueles protegidos pelo casamento.

Direitos previdenciários

Já é pacífico o entendimento de que o companheiro homoafetivo tem direito à concessão dos direitos previdenciários. O INSS divulgou recentemente uma portaria que garante tal direito aos casais homoafetivos.

4 AVANÇOS DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Há alguns anos, o Judiciário, nas esparsas vezes que reconhecia a existência da união homoafetiva, dava a elas status patrimonial, tratando-as como sociedades de fato. O assunto era tratado nas varas cíveis, seguindo as normas do direito das obrigações.

Porém, em 1999 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) definiu que tais relações deveriam ser tratadas nas varas de família, vejamos:

> Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (Relator: Breno Moreira Mussi)[17]

O TJRS mostra-se pioneiro nas decisões jurisprudenciais que dizem respeito à união entre pessoas do mesmo sexo, isso porque, em 2001 proferiu a primeira decisão onde se reconhecia a união entre iguais como entidade familiar, vejamos a decisão:

> União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos , são realidades que o judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na Constancia do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (Relator: José Carlos Teixeira Giorgis)[18]

Maria Berenice Dias (2010, p.201) leciona, em seu livro Manual de Direito das Famílias, que

> Apesar de focos de resistência em alguns Estados, vêm se consolidando conquistas nas diversas justiças, instâncias e tribunais de todos os Estados. Não só a justiça estadual, também a justiça federal assegura direitos no âmbito do direito das famílias, direitos

[17] http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=1
[18] http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=1

> sucessórios, previdenciários e trabalhistas. As decisões já se contam às centenas.

No entanto, as decisões dos tribunais superiores é que servem de base para os tribunais estaduais, assim cada decisão positiva decretada em um dos tribunais superiores é de extrema importância para o avanço jurisprudencial do tema.

Dias (2010, p.202), na obra citada acima, assevera que

> O Superior Tribunal Eleitoral, ao estender a inelegibilidade a parceira do mesmo sexo, atestou a existência de uma união estável homossexual. O STJ reconheceu a possibilidade jurídica da ação declaratória de união homoafetiva, sob o fundamento de que não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

Vejamos:

> Processo civil. Ação declaratória de união homoafetiva. Princípio da identidade física do juiz. Ofensa não caracterizada ao artigo 132, do CPC. Possibilidade jurídica do pedido. Artigos 1º da lei 9.278/96 e 1.723 e 1.724 do código civil. Alegação de lacuna legislativa. Possibilidade de emprego da analogia como método integrativo. (Relator ministro Antônio de Pádua Ribeiro)

Desta forma, a quarta turma do STJ entendeu que inexiste vedação explícita no ordenamento que enseja a impossibilidade jurídica do pedido.

Assim, diante do silêncio do Poder Legislativo, é a jurisprudência a mais significante ferramenta para assegurar aos homossexuais o exercício da cidadania.

4.1 Decisões jurisprudenciais

Em face da lacuna do ordenamento jurídico vigente, cabe ao magistrado proteger juridicamente as situações oriundas de relações homoafetivas. Abaixo estão dispostas algumas decisões jurisprudenciais contendo avanços de vários Estados acerca de direitos LGBT.

> Apelação cível. União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade.É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem

> feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (Relator: Maria Berenice Dias.)[19]

> Apelação cível. Ação declaratória de reconhecimento de união homoafetiva. Direito à sucessão. Imóvel adquirido pelas companheiras em partes iguais. Sentença parcialmente procedente. Reconhecimento da sociedade de como união homoafetiva e da parcela de apenas 20,62% do imóvel adquirido pelo casal na constância da união. Pedido da autora relativo à herança julgado improcedente. Pedido contraposto dos réus, irmãos da falecida, pela fixação de taxa de ocupação julgado improcedente. Reforma do decisum. Óbito ocorrido na vigência da Lei 8.971/94 que deve ser aplicada analogicamente ao caso vertente, sob pena de violação da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Parcela de 50% do único imóvel do casal que já integrava o patrimônio da autora, eis que esta figura RGI com, o co-proprietária do referido bem. Direito da autora à totalidade da herança deixada por sua companheira, que não deixou ascendentes nem descendentes, representada pela outra metade do imóvel (50%), na forma do art. 2º, III do antecitado diploma legal. Aplicação das regras da união estável às relações homoafetivas, mormente quando as conviventes se uniram como entidade familiar e não como meras sócias. Lacuna na lei que deve ser dirimida a luz dos princípios gerais e do direito comparado. Impossibilidade de dar tratamento diferenciado entre união heterossexual e união homossexual, eis que a própria Constituição veda expressamente a segregação da pessoa humana por motivo sexo, origem, raça, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. Precedentes jurisprudenciais do Tribunal Gaúcho e do STJ nesse mesmo sentido. Apelos conhecidos. Desprovimento do apelo dos réus, dando-se provimento ao apelo da parte autora. (Relator Des. Ferdinaldo Nascimento).[20]

ADOÇÃO CONJUNTA

O tema da adoção conjunta entre pessoas do mesmo sexo traz, também, varias jurisprudências contendo significantes avanços.

> Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas do mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando

[19] http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/356.pdf
[20] http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=1

> a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime. (Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos) [21]

Posteriormente, o STJ confirmou essa decisão do TJRS, e confirmou que para a configuração da família não importa a orientação sexual e, sim, o afeto existente. Assim, várias jurisprudências estão se formando acerca do tema.

> Apelação cível. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. Possibilidade. Recurso provido. A omissão legal não significa inexistência de direito, tampouco quer dizer que as uniões homoafetivas não merecem a tutela jurídica adequada, inclusive no que tange ao direito de adotar, motivo pelo qual não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de adoção. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família, de modo que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana. Sendo possível conceder aos casais formados por pessoas do mesmo sexo tratamento igualitário ao conferido às uniões estáveis entre heterossexuais, não há que se falar em impossibilidade de adoção por casais homossexuais, ainda mais quando nem o eca tampouco o código civil trazem qualquer restrição quanto ao sexo, ao estado civil ou à orientação sexual do adotante. Assim, na ausência de impedimentos, deve prevalecer o princípio consagrado pelo referido estatuto, que admite a adoção quando se funda em motivos legítimos e apresenta reais vantagens ao adotando. (Relator: Maria Helena Gargaglione Póvoas).[22]

> Apelação cível. Habilitação para adoção adotante homossexual limitação de idade do adotando. Ausência de previsão legal. Recurso desprovido. A adoção é um ato que envolve a criação de vínculos afetivos, onde pais e filhos se adotam na nova relação, independentemente da orientação sexual dos adotantes. (Relator Des. Costa Barros).[23]

O ordenamento jurídico brasileiro não proíbe nem permite a adoção conjunta entre casais que vivem em união homoafetiva. Diante disso, na hipótese de lacuna na lei, o juiz deve julgar de acordo com o disposto no artigo

[21] http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/389.pdf
[22] http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?page=1&&idJurisAssunto=2&idJurisSubAssunto=3
[23] http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?page=1&&idJurisAssunto=2&idJurisSubAssunto=3

4°, da Lei de Introdução ao Código Civil e, também, observando o que é melhor para a criança.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

No que concerne ao direito Previdenciário, este é outro ramo do Direito que esta alcançando avanços positivos no que diz respeito aos direitos gays. Contando, inclusive, com recente portaria do INSS reconhecendo, definitivamente, a pensão em uniões homoafetivas.

> Ação ordinária - reconhecimento de direito ao recebimento de benefício previdenciário - contrato firmado com entidade de previdência privada - união homoafetiva comprovada - tentativa de inclusão do companheiro como dependente - inércia da contratada - ausência de previsão contratual que vede a possibilidade do segurado possuir um companheiro ou companheira - vedação que caso existisse seria nula de pleno direito - prática discriminatória que não é aceita no ordenamento jurídico brasileiro - interpretação contratual restritiva de direitos do contratante - frustração indevida de suas expectativas - obrigação de pagar a pensão previdenciária decorrente da morte do companheiro que deve ser decretada pelo poder judiciário. - comprovada a existência de união estável homoafetiva, bem como a dependência entre os companheiros e o caráter de entidade familiar externado na relação, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente o direito de receber benefícios previdenciários decorrentes de plano de previdência privada. Tolher o companheiro sobrevivente do recebimento do benefício previdenciário ensejaria o enriquecimento sem causa da entidade de previdência privada, que permitia quando da celebração do contrato que o segurado possuísse companheiro e ainda garantia, que este seria beneficiário do plano quando algum sinistro ocorresse, portanto, o fato de tal companheiro ser do mesmo sexo do contratante (união homoafetiva) jamais enseja um desequilíbrio nos cálculos atuariais a impedir o pagamento pleiteado, prejuízos esses, os quais sequer foram comprovados nos autos. Negaram provimento ao recurso. (Relator Des. Unias Silva).[24]

Assim, Maria Berenice Dias (2010, p.202) diz que

> O tema chegou ao STJ no ano de 2005, quando foi admitida a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica, mediante a assertiva de que a relação homoafetiva gera direitos analogicamente à união estável.

Após, vários foram os julgados que seguiram o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, vejamos alguns deles:

[24] http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/94.pdf

> Ação ordinária - união homoafetiva - analogia com a união estável protegida pela constituição federal - princípio da igualdade (não-discriminação) e da dignidade da pessoa humana - reconhecimento da relação de dependência de um parceiro em relação ao outro, para todos os fins de direito - requisitos preenchidos - pedido procedente. - à união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - o art. 226, da constituição federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual carta política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - a lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (Relator Desa. Heloisa Combat). [25]

> Plano de saúde - prestação de serviços médicos - obrigação de fazer consistente na pretensão de incluir companheiro que manteve relacionamento homossexual semelhante à união estável reconhecida entre homem e mulher. Admissibilidade sob pena de ferimento ao princípio da isonomia e da liberdade sexual prevista no art.5º, caput, 3º, i, da constituição federal. Jurisprudência do STJ. Procedência bem determinada. Recurso improvido. (Relator des. Maia da cunha). [26]

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Avanços estão sendo dados também quando o tema é direito real de habitação.

> Agravo de instrumento. Civil e processual civil. Relação homoafetiva. Tutela antecipada. Cabimento. Requisitos presentes. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Direito real de habitação assegurado ao suposto convivente. Modificação da decisão a quo. A concessão da tutela antecipada, prevista no art. 273 do CPC, exige prova inequívoca e verossimilhança da alegação, conjugados com receio fundado de dano irreparável ou de difícil reparação. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feições de família. A marginalização dessas relações constitui afronta aos direitos humanos, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. No caso concreto dos autos, as provas acostadas aos autos demonstram, nesta fase recursal, indícios da existência da suposta união homoafetiva, o que se torna imperiosa a modificação da decisão a quo, assegurando ao

[25] http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/211.pdf
[26] http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/210.pdf

> agravante, até a decisão final da ação declaratória tombada sob o nº 200910600216, o direito real de habitação no imóvel em que residia com o seu suposto companheiro, já falecido. Recurso conhecido e provido. (Relator Des.ª Suzana Maria Carvalho Oliveira).[27]

DIREITO DO COMPANHEIRO ESTRANGEIRO

No que se refere à concessão de visto de permanência ao parceiro estrangeiro que vive em união homoafetiva com brasileiro, o Conselho Nacional de Imigração publicou em fevereiro de 2008 a resolução normativa número 77, que assegura tal concessão sem a distinção quanto à orientação sexual dos parceiros.

UNIÃO HOMOAFETIVA NO MUNDO

Com relação às uniões homoafetivas no mundo, alguns países estão mais avançados que outros. Por exemplo, a suprema corte da África do Sul julgou inconstitucional que se proibisse o casamento gay. Já a Argentina foi o primeiro país da América do Sul a aprovar uma lei que reconhece a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

O México, também, já promulgou lei que regulamenta o casamento gay na capital mexicana.

Portugal, não fica atrás, promulgou em 17 de maio de 2010 diploma que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, desde então já foram realizados mais de 220 casamentos entre homossexuais no país.

O Canadá é outro país que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Desde 2005 o ato é legal em todo o território canadense.

Já, a Bolívia e o Equador são exemplos de países que proibiram constitucionalmente o casamento entre homossexuais.

Assim, observa-se no Direito Comparado uma forte tendência ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

[27] http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=30

DECISÕES CONTRÁRIAS

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu na Ap. Cível nº *1.0702.04.182123-3/001 que:*

> Entidade familiar. União estável. Pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento. Vedação constitucional. Dependência previdenciária. Pensão por morte. Impossibilidade. - a constituição da república não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas as respectivas definições do art.226. - a consagração do companheirismo como forma de dependência previdenciária atende os princípios da entidade familiar, revelada por união estável, não se admitindo pensão para pessoa do mesmo sexo, em consideração de união homossexual. (*Relator des. Ernane Fidélis)*[28]

Nessa mesma linha de pensamento, o Tribunal Justiça de Santa Catarina também decidiu de forma negativa ao tema, vejamos:

> Agravo de instrumento. Ação cautelar preparatória inominada. União homoafetiva. Reconhecimento de união estável. Divisão do patrimônio. Direito das obrigações. Competência. Vara cível. Decisão cassada. Recurso provido.
> "A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações [...] Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei **N**. 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família" (Relator Min. Fernando Carioni).[29]

No brilhante entendimento de Maria Berenice Dias (2010, p. 104):

> Além de atender ao direito das partes, as decisões judiciais têm outro significado. Existe a tendência de aceitar o que o Poder Judiciário referenda como certo. Assim, no momento em que a justiça consolida o entendimento de ver as ditas relações como vínculos afetivos, isso certamente em muito contribuirá para amenizar a aversão a homossexualidade. Essa talvez seja a função- verdadeira missão- dos juízes: buscar de forma corajosa um resultado justo. Com isso, a

[28] http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=ementa&palavrasConsulta=Entidade+familiar.+Uni%E3o+est%E1vel.+Pessoas+do+mesmo+sexo.+Reconhecimento.+Veda%E7%E3o+constitucional.&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=01%2F06%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=50176&pesquisar=Pesquisar

[29] http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=1

> jurisprudência acaba estabelecendo pautas de conduta de caráter geral.

Assim, merecem aplausos os juízes que em todo o país estão tomando atitudes positivas acerca do tema exposto e, com isso, estão contribuindo para o avanço jurisprudencial.

4.1.1 Decisão proferida pelo STF

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4277 os Ministros do STF reconheceram a união homoafetiva como entidade familiar e a equipararam à união estável heterossexual.

Em seu voto, o ilustre ministro Celso de Melo, disse:

> Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, *agora mais do que nunca*, que ninguém, *absolutamente ninguém*, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. [...]Essa afirmação, *mais* do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários *ou não*, que integram a comunhão nacional.[30]

Aduz ainda que:

> Busca-se, *com o acolhimento* da postulação deduzida pelo autor, a consecução de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos e instituições, estimula a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, pois decisões – *como esta que ora é proferida* pelo Supremo Tribunal Federal – que põem termo *a injustas divisões*, fundadas em preconceitos inaceitáveis e que não mais resistem ao espírito do tempo, possuem a virtude de congregar aqueles que reverenciam os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.[31]

No que diz respeito ao § 3º do art. 226 da CR/88 ser ou não norma de inclusão, assevera que:

> *De outro lado*, Senhor Presidente, convencem-me, *inteiramente*, as razões *excelentemente* expostas pelo eminente Relator, no ponto *em que supera* a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal *impediria* o acolhimento do pedido. [...] *Nessa perspectiva*, Senhor Presidente, entendo que a extensão, *às uniões homoafetivas*, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto *justifica-se e legitima-se* pela direta incidência, *dentre outros*, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da

[30] http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=179350&caixaBusca=N
[31] http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=179350&caixaBusca=N

> dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra *o direito à busca da felicidade*, os quais configuram, numa *estrita* dimensão que privilegia *o sentido de inclusão* decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir *suporte legitimador* à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero *entidade familiar*.[32]

No que tange à omissão do Legislativo, o ilustre ministro diz em seu voto que:

> O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, *no que se refere* à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro *de submissão* de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, *gravemente*, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.[33]

Continuando seu voto, acrescenta que:

> [...]a qualificação da união estável entre pessoas *do* mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos, representará o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por *tal razão*, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais. [...] Com efeito, torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para efeito de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto.

Já finalizando suas razões, o eminente ministro se manifesta a respeito da omissão do Estado perante o presente tema, vejamos:

> Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. [...][34]

---

[32] http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=179350&caixaBusca=N
[33] http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=179350&caixaBusca=N
[34] http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=179350&caixaBusca=N

Ao final, o ministro Celso de Melo votou pela procedência da ação constitucional em questão, com efeito vinculante, no sentido de declarar obrigatório o reconhecimento, como entidade familiar, da união homoafetiva, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a configuração da união estável heterossexual e, ainda, reconhecer que os casais homossexuais têm os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais que vivem em união estável.

CONCLUSÃO

A sociedade, apesar de ter progredido bastante nos últimos cinquenta anos, ainda rejeita, com nitidez, o direito à livre orientação sexual. Marginaliza tudo aquilo que se afasta do padrão convencional.

Comprovado ficou que as uniões homoafetivas estão amparadas pelos princípios constitucionais, que proíbem todo tipo de discriminações injustas. Assim, a não- regulamentação da questão ataca frontalmente a Carta Magna.

Notou-se que o Poder Judiciário, diante da omissão do Poder Legislativo, está tentando diminuir o efeito devastador da não- regulamentação da questão ao julgar positivamente várias lides, dando proteção estatal àqueles que vivem em união homoafetiva. Recentemente, o STF reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e equiparou a união homoafetiva à união estável heterossexual. Tal decisão torna efetivo o princípio da igualdade, conferindo primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana, e rompe com paradigmas históricos e culturais

Diante de todo o exposto acima se conclui que a união homoafetiva, que possui as características da publicidade, da estabilidade, da mútua assistência, pautada no afeto, com o objetivo de constituir família, deve ser equiparada à união estável.

Em uma ultima referência à brilhante Maria Berenice Dias (2011, p.03), a autora em seu artigo “As uniões homoafetivas frente a Constituição Federal”, diz:

> A Justiça não é cega nem surda. Também não pode ser muda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social, os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam e coragem para dizer o Direito em consonância com a Justiça.[35]

Conclui-se, assim, ser impositivo que o Poder Legislativo siga os passos do Poder Judiciário e equipare a união homoafetiva à união estável entre homem e mulher.

[35]http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/as_uni%F5es_homoafetivas_frente_a_constitui%E7%E3o_federal_-_i.pdf

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AZEVEDO**,** Álvaro Villaça. **União Estável**, artigo publicado na Revista do Advogado n° 58, AASP, São Paulo, março/2000.

BARROS, Sérgio Resende. **Direitos humanos da família:** principais e operacionais. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principiais-e-operacionais.cont> Acesso em 20 de fev de 2011.

BAY, Jerfferson Brenno Bezerra. **O reconhecimento da união estável homossexual.** 2009. 72 f. Monografia. Universidade Potiguar. Natal. 2009.

BEVILÁQUA. Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1976.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o novo código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 23 out. 2008.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942. Institui a lei de introdução ao código civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm> Acesso em 01 de março de 2011.

BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 820475** RJ, 4 turma. Relator: Antonio de Pádua Ribeiro. Julgado em 02/09/2008.

CARGNIN, Juliana Ribeiro. **Aspectos destacados da união homoafetiva e seus efeitos jurídicos.** 2008. 105 f. Monografia. Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão. 2008.

DANTAS, San Tiago. **Igualdade perante a lei e due process of Law:** contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Revista Forense, v.116, Rio de Janeiro, 1948.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual, o Preconceito e a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 2ª ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões Homossexuais - efeitos jurídicos.** São Paulo: Método, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p.951, Ed.Saraiva, 14 edição, 2010.

LOPES, Germana Etges. **A união homossexual como entidade familiar no direito brasileiro.** 2006. 61 f. Monografia. Centro universitário Ritter dos Reis. Canoas. 2006.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apelação 78200/2009, 2ª Câmara Cível. Relatora Maria Helena Gargaglione Póvoas. Julgado em 28/04/2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. RT 1980.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível *1.0702.04.182123-3/001. Relator. Ernane Fidélis.Publicado em 29/05/2008.*

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível 0024.07.776452-0/001(1). Relator Unias Silva. Julgado em 23/09/2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível 1.0024.06.930324-6/001. Relatora Heloisa Combat. Julgado em 22 de maio de 2007.

NETTO, Paulo Luiz. **Entidades Familiares Constitucionalizadas:** para além do numerus clausus. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania - o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação cível 0648257-5, 12ª Câmara Cível. Relator Costa Barros. Publicado em 22/06/2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível. Relator: Breno Moreira Mussi. Julgado em 17/06/1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70012836755, Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em 21/12/2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70013801592, 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05.04.2006.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Civel 0007309-38.2003.8.19.0204, 19ª Câmara Cível. Relator: Des. Ferdinaldo Nascimento. Julgado em 28.09.2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento nº 2008.029260-7. Relator: Min. Fernando Carioni. Julgado em 18/02/2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível 4859264900. Relator Maia da Cunha. Julgado em 01.02.2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. Agravo de instrumento 2009207507, 1ª Câmara Cível. Relatora Suzana Maria Carvalho Oliveira. Publicado em 16/11/2009.

SUANNES, Adauto. **As Uniões Homossexuais e a Lei 9.278/96**. COAD. Ed. Especial out/nov. 1999.

TALAVERA, Glauber Moreno. **União Civil entre Pessoas do mesmo Sexo.** 1ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php> Acesso em 15 de jan de 2011.

Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/pt/homoafetividade.dept Acesso em 17 de março de 2011.