



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADA  
Campus Jacarezinho

---

LUCIANO MARCELO DIAS QUEIROZ

A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E AS LACUNAS NA  
LEGISLAÇÃO: fator de exclusão social, uma  
responsabilidade do Estado

LUCIANO MARCELO DIAS QUEIROZ

A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E AS LACUNAS NA  
LEGISLAÇÃO: fator de exclusão social, uma  
responsabilidade do Estado

Dissertação apresentada ao Programa de  
Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de  
Ciências Sociais Aplicadas – Campus de  
Jacarezinho - Universidade Estadual do Norte  
do Paraná como requisito final para obtenção  
do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Hildegard Taggesell  
Giostri.

LUCIANO MARCELO DIAS QUEIROZ

A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E AS LACUNAS NA  
LEGISLAÇÃO: fator de exclusão social, uma  
responsabilidade do Estado

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Paraná – UENP, conforme a linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade: questões críticas.

Jacarezinho, 09 de Novembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Professora Dr<sup>a</sup> Hildegard Taggesell  
Presidente da Banca

Professor Dr Antônio Carlos de Souza  
Membro Titular

Professora Dr<sup>a</sup> Valéria Silva Galdino Cardin  
Membro Titular

Dedico este trabalho a Deus, pela fé que tenho e por me dar forças para o cumprimento desta missão, bem como à minha família e amigos que de uma forma ou outra sempre desejaram a minha vitória.

## AGRADECIMENTOS

A Deus por mais esta oportunidade de seguir meu caminho acadêmico, pois sem Ele jamais teria êxito.

A minha família, em especial minha esposa Milene pelo amor e companheirismo que juntos compartilhamos nesta caminhada e ao meu filho Lucas que foi um bálsamo de alegria para que eu não fraquejasse.

A minha mãe Celda e minha vó Olívia, por todos os esforços não mensurados que dispensaram à mim ao longo da vida.

À Professora Orientadora Dr<sup>a</sup>. Hildegar Taggesell Giostri, que não apenas orientou, mas sim, muito além disso, ajudou e compreendeu todas as dificuldades que surgiram no decorrer da elaboração do trabalho.

Todos os demais professores deste Curso que me ajudaram na obtenção de conhecimentos e a alcançar este objetivo por mim tão almejado.

Aos colegas de turma pelo tempo que juntos compartilhamos durante este Programa de Mestrado.

A todos, que de uma forma ou outra colaboraram na conquista desta vitória.

Meu eterno e sincero agradecimento!

Eu não troco a justiça pela soberba. Eu não deixo o direito pela força. Eu não esqueço a fraternidade pela tolerância. Eu não substituo a fé pela superstição, a realidade pelo ídolo.

Rui Barbosa

QUEIROZ, Luciano Marcelo Dias. **A Família Homoafetiva e as Lacunas na Legislação**: fator de exclusão social, uma responsabilidade do Estado. Jacarezinho 2012. Dissertação. UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

## RESUMO

O presente trabalho realiza um estudo sobre a família homoafetiva e as lacunas na legislação brasileira, fato que acaba por gerar um fator de exclusão social, pois em decorrência disso, não raras vezes, falta o amparo estatal devido a este arranjo familiar, o qual mesmo gerando polêmica em termos éticos, religiosos e/ou morais, todavia representa uma realidade presente e incontestável no meio social contemporâneo, trazendo desdobramentos jurídicos tais como, reconhecimento de vínculo matrimonial afetivo nos moldes do direito de família, pensão alimentícia, partilha de bens, filiação (principalmente a adotiva), sucessão, direitos reais sobre bens imóveis, responsabilidade civil perante terceiros, dentre outros. Com efeito, na busca por uma proteção estatal eficaz, e diante da inércia do Poder Legiferante, o Judiciário, por meio do chamado *ativismo judicial*, vem agindo e decidindo os casos concretos que lhe são submetidos, conforme julgados carreados ao longo do texto. No entanto, tal posicionamento vem causando celeuma, uma vez que, como dito, na falta de regulamentação expressa, as análises ficam demasiadamente submetidas ao crivo subjetivo dos julgadores, que se vêem, muitas vezes, obrigados, em razão da citada lacuna na legislação (Constitucional e Infraconstitucional), a se ampararem não em preceitos jurídicos, mas em critérios morais, éticos e religiosos, que servem, exatamente, como ponto nodal de divergências ideológicas acerca da homossexualidade, e, por conseguinte, em julgados heterogêneos, desassemelhados, nos quais casos análogos vinham sendo decididos de maneiras divergentes por nossos tribunais. Em paralelo, correntes doutrinárias e parlamentares discordam acerca da legitimidade desta *interferência* de um Poder na esfera de outro, ou seja, questiona-se: não estaria o Judiciário criando normas e, com isso, ferindo o Princípio Constitucional da Separação dos Poderes? Por conseguinte, conclui-se que a única forma indubitável e inquestionável de concessão de direitos às famílias homoafetivas seria por meio de uma atuação efetiva e sem omissão do Poder Legislativo, assim como este age diante de outros fatos sociais que necessitam de modificações concretas em nível constitucional e/ou infraconstitucional, no intuito de amparar e legitimar de forma plena toda e qualquer seara da população, independentemente de se tratar de minorias ou de majorias.

Palavras-chave: família homoafetiva. novos arranjos familiares. lacuna legislativa. ativismo judicial. separação dos poderes. dignidade humana.

QUEIROZ, Luciano Marcelo Dias. **The Homo Affective Family and Gaps in Legislation:** social exclusion factor a State responsibility. Jacarezinho 2012. Dissertation. UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná (North of Paraná University).

## ABSTRACT

This dissertation makes a study on homo affective family and gaps in Brazilian law, a fact that ends generating a social exclusion factor, as a result of that, not seldom, the proper state support is missing to these family arrangements, which may generate controversy in ethical, religious and / or moral subject, but they are in a present and uncontested reality in contemporary social environment, bringing legal developments such as affective recognition of the marriage bond along the lines of family law, child support, sharing goods, parenthood (especially adoptive), succession, real rights in real estate property, civil responsibilities about others, and so on. Indeed, the search for an effective state support, and face to the inertia of the Legislative power, the Judiciary, through the *judicial activism*, has been acting and deciding actual cases brought to them, as judged adduced throughout the text. However, this position has been causing a conflict, as said, the lack of express provision, the analyzes are too subjective subjected to the judges' scrutiny, who are often forced, because of that gap in the legislation (constitutional and infra), to sustain not legal precepts, but on moral, ethical and religious criteria, that is exactly, as a nodal point of ideological differences about homosexuality, and, therefore, judged in heterogeneous, different, in extremely similar cases had been decided in divergent ways by our courts. Parallel, doctrinal and parliamentary current disagree about the legitimacy of this *interference* of a Power in another's sphere, in other words, the question is: would not the judiciary be creating patterns, and thereby injuring the Constitutional Principle of Separation of Powers? Therefore, it concludes that the only way undoubted and unquestionable of power concession to homo affective families would be through an activeness way and without omission of the Legislature, as it acts in front of other social facts that need concrete changes in constitutional and / or infra level, in order to sustain and legitimize in a fully way the whole population, regardless of whether they are minorities or majorities.

Keywords: homo affective family. new family arrangements. legislative gap. judicial activism. separation of Powers. human dignity.

## LISTA DE SIGLAS

AC – Apelação Cível  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
BNDES – Banco Nacional do desenvolvimento Social  
CCJ – Comissão de Constituição e Justiça  
CF – Constituição Federal  
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil  
EC – Emenda Constitucional  
ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente  
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística  
IDEF - Instituto Interdisciplinar de Direito de Família  
IN – Instrução Normativa  
INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social  
LC – Lei Complementar  
LGBT - Lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros  
LICC - Lei de Introdução ao Código Civil  
PACS - Pacto Civil de Solidariedade  
PEC – Projeto de Emenda Constitucional  
PT – Partido dos Trabalhadores  
RE – Recurso Extraordinário  
REsp – Recurso Especial  
STF – Supremo Tribunal Federal  
TJ – Tribunal de Justiça  
TRF - Tribunal Regional Federal  
TRT – Tribunal Regional do Trabalho  
UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância

## SUMÁRIO

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUÇÃO .....                                                                                 | 10  |
| 1 DO DIREITO DE FAMÍLIA.....                                                                     | 13  |
| 1.1 Os Aspectos Conceituais da Instituição Familiar.....                                         | 13  |
| 1.2 A Evolução Histórica da Família.....                                                         | 17  |
| 1.3 A Tutela da Instituição Familiar no Ordenamento Jurídico Brasileiro .....                    | 23  |
| 1.4 A Concepção de Família diante das Famílias compostas por Pares Homossexuais.....             | 25  |
| 2 A HOMOSSEXUALIDADE E A HOMOAFETIVIDADE .....                                                   | 29  |
| 2.1 A Conceituação da homossexualidade .....                                                     | 29  |
| 2.2 Evolução Histórica da Homossexualidade .....                                                 | 31  |
| 2.2 A homoafetividade no direito comparado .....                                                 | 44  |
| 2.4 O Reconhecimento dos Direitos Homoafetivos no Ordenamento Jurídico Brasileiro .....          | 51  |
| 3 A PROBLEMATIZAÇÃO DA TUTELA ESTATAL: DECISÕES JUDICIAIS X OMISSÃO LEGISLATIVA.....             | 58  |
| 3.1 As Relações Homoafetivas e a Tutela Estatal diante de casos concretos .....                  | 60  |
| 3.2 Medidas peculiares pertinentes à questão homoafetiva.....                                    | 68  |
| 4 DIREITOS HOMOAFETIVOS RECENTEMENTE ASSEGURADOS .....                                           | 75  |
| 4.1 A União Estável e a Parceria Civil.....                                                      | 76  |
| 4.2 O Instituto da Adoção frente à Homoafetividade .....                                         | 82  |
| 4.3 Os Direitos Previdenciários nas Relações Homoafetivas.....                                   | 86  |
| 4.4 Reconhecimento Jurídico para Mudança de Sexo e Utilização do Nome Social .....               | 93  |
| 5 A PEC Nº 3/2011 E A MANUTENÇÃO INSEGURANÇA JURÍDICA.....                                       | 98  |
| 5.1 A Justificação do Estado Democrático de Direito e o Princípio da Segurança Jurídica.....     | 100 |
| 5.2 A Importância do Direito Civil Constitucionalista nas Decisões Judiciais .....               | 107 |
| CONCLUSÃO.....                                                                                   | 115 |
| REFERÊNCIAS.....                                                                                 | 118 |
| ANEXOS .....                                                                                     | 125 |
| Anexo I – VETO AO PROJETO DE LEI Nº 294/05 .....                                                 | 125 |
| Anexo II – INTEGRA DA SENTENÇA JUDICIAL NEGANDO HABILITAÇÃO DE CASAMENTO DE PAR HOMOAFETIVO..... | 129 |

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 exsurge uma nova fase do Direito de Família, com especial relevância para o afeto. Corolário disso, é a gênese do *poliformismo* de arranjos familiares aptos, igualmente, a constituírem a célula mais importante e essencial da sociedade que é a família, por conseguinte, devendo, sem exceção, receberem “a especial proteção do Estado”.

Entretanto, dentre o rol de modalidades de família que pode ser observado no Artigo 226 da Constituição Brasileira, não consta a Família Homoafetiva, que pode até ser motivo de controvérsia em nível moral, ético, religioso, mas resta pacificada como uma realidade social, e que vem desencadeando cada vez mais desdobramentos no mundo jurídico, em termos, por exemplo, de reconhecimento matrimonial, pensão alimentícia, partilha de bens, filiação (principalmente a adotiva), sucessão, direitos reais sobre bens imóveis, responsabilidade civil perante terceiros, dentre outros.

Com efeito, na linha de pesquisa adotada no trabalho – Estado e Responsabilidade – fica claro que, diante da não inserção apontada, decorre uma ratificação da exclusão que, historicamente, esta minoria de indivíduos vem sofrendo na sociedade contemporânea.

Diante de tal situação, o tema do presente estudo – família homoafetiva e as lacunas da legislação: fator de exclusão social, uma responsabilidade do Estado – visa examinar as questões relacionadas à necessidade de que os novos arranjos familiares, principalmente, os formados por pares homoafetivos, possuem de ter seus direitos fundamentais assegurados, direitos esses pautados nos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, inicialmente, o primeiro capítulo trata da instituição familiar fazendo uma abordagem conceitual, histórica e legal, explanando os novos modelos familiares destacando a nova concepção da sociedade contemporânea ante as famílias homoafetivas. Na sequência, por meio do segundo capítulo, analisa-se a homossexualidade e seus aspectos, destacando a evolução histórica, o tratamento dispensado ao tema no direito comparado e o reconhecimento da homoafetividade no ordenamento jurídico brasileiro.

Por sua vez, no terceiro capítulo destaca-se a problematização que consiste em analisar, ante uma patente omissão legislativa, a legitimidade da tutela estatal efetivada por meio de decisões judiciais (ativismo judicial), assegurando aos pares homoafetivos direitos tais como: a união estável, a adoção por homossexuais, a garantia dos direitos previdenciários, o reconhecimento jurídico para mudança de sexo, a utilização do nome social em documentação laboral, etc, que estão, pormenorizadamente, observados no quarto capítulo. Tudo em face do vácuo existente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista, que de outra vertente exsurgem correntes doutrinárias asseverando que tal posicionamento do Judiciário estaria ferindo o Princípio Constitucional da Separação dos Poderes, e com isso ingerindo no Poder Legiferante, criando normas e regras então inexistentes, e até mesmo contrárias a dispositivos constitucionais, como por exemplo, no caso do artigo 226, § 3º, o qual traz expressamente a união estável como entidade familiar sob a formação do binômio “homem e mulher”.

Em seguida, no quinto capítulo o estudo se estende sobre a importância do direito civil constitucionalista, ressaltando a justificação do Estado Democrático de Direito e o Princípio da Segurança Jurídica, arrimos imperiosos para a pacificação social, em contraponto à incerteza jurídica que a aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal da PEC 03/2011, que dispõe sobre a possibilidade do Poder Legislativo sustar atos de outros Poderes (incluindo, *in casu*, o Judiciário) que extrapolem seus respectivos limites regulamentares. Note-se ainda, que essa proposição legislativa teve como um dos principais catalizadores o reconhecimento da possibilidade da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, fato que causou no Poder Legiferante a sensação de ingerência do Judiciário em sua esfera de atuação institucional.

Com efeito, na eventualidade da entrava em vigor do referido conteúdo constitucional, continuará imperando a indigitada insegurança jurídica acerca da tutela estatal direcionada aos arranjos homoafetivos, quiçá podendo afetar, inclusive amparos já conquistados, acarretando, por conseguinte, um caos normativo diante dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Por fim, conclui que para consolidar e assegurar de forma cabal a concessão da efetiva tutela estatal às famílias homoparentais, somente se dará por meio do devido processo legislativo, no objetivo ímpar de normatizar positivada e

expressamente os direitos pertinentes aos arranjos familiares em tela, de modo a garantir-lhes todo o arrimo indispensável à sua consolidação, bem como legitimar as decisões proferidas até o momento pelo Judiciário.

Complementando o trabalho constam dois anexos. O primeiro deles faz alusão e demonstra, em contraponto aos direitos homossexuais, numa clara e inegável demonstração da existência em nossa sociedade da exclusão e do preconceito a esses sujeitos de direito, que o Projeto de Lei que visou instituir do “dia do orgulho heterossexual” na cidade de São Paulo, só não entrou em vigor por força do veto elaborado pelo Poder Executivo.

No segundo, consta a íntegra de uma sentença judicial datada de junho de 2012 na qual se nega habilitação para o casamento de par homoafetivo, mesmo diante do posicionamento favorável do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, já que ambos não possuem efeitos vinculantes.

## 1 DO DIREITO DE FAMÍLIA

A família é a instituição civil que mais teve modificações legais ao longo da história, vez que nela se fundamenta a estabilidade e a sobrevivência da sociedade humana, o antigo modelo da família patriarcal não atende mais as perspectivas sociais na atualidade, ocorrendo uma evolução desta instituição para novas formas de relações familiares ocasionando uma ampliação da tutela constitucional.

Para acompanhar a diversidade familiar insurgiram-se no ordenamento jurídico princípios básicos como a liberdade, igualdade, solidariedade e afetividade para o atendimento das novas relações familiares, que possuem novas faces independentes da existência dos laços matrimoniais e da consanguinidade.

A tutela estatal da instituição familiar está prevista nos artigos 226 e seguintes, da Constituição Federal de 1988, sendo a afetividade um fundamento essencial na relação familiar.

### 1.1 Os Aspectos Conceituais da Instituição Familiar

O vocábulo família, “é de origem romana, *famulus*, que significa escravo. O termo originou-se, provavelmente da palavra *osca famel* (*servus*) que quer dizer escravo”. (LEITE, 2005, p. 23).

Glanz (2005, p. 18) reforça que a família:

[...] em grego antigo, era chamada de *epístion* [...], e é um grupo, formado por um casal e, em geral, com sua descendência<sup>1</sup>. Em outra passagem, o mesmo autor falando de *gens* (conjunto de famílias, o mesmo que *genus*), dá o verbo *gignere* e o substantivo *genitor*, com idéia de filiação.

Nesta vertente, De Plácido e Silva (2008, p. 599) explica que o termo família:

É geralmente tido, em sentido restrito, como a *sociedade conjugal*. Neste sentido, então, *família* compreende simplesmente os *cônjuges*

<sup>1</sup> COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**, livro II, A família, cap. I, Livraria Clássica, Lisboa, 10. ed. 1980, p. 47.

e sua *progênie*. E se constitui, desde logo, pelo *casamento*. Mas, em sentido lato, família quer significar tudo “conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade” (Clovis Beviláqua). Representa-se, pois, pela totalidade de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, ou seja, provindas do mesmo sangue correspondendo à *gens* dos romanos e ao *genos* dos gregos.

A definição estabelecida no direito romano clássico serve até hoje como base jurídica para nortear todo o arcabouço legal que ampara a instituição familiar, alicerçada nos laços de sangue estabelecidos pelo casamento.

Apesar da origem histórico-legal autoritária, recentemente a entidade familiar tem vários outros aspectos, em particular a afetividade.

Em consonância, Dias (2009, p. 80) assevera que:

[...] se faz necessário ter uma visão pluralista da família, abrigoando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que tem origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.

Ressalta-se que a família não possui uma conceituação uniforme, vez que ela varia conforme o prisma sob o qual está sendo analisada, ou seja, existem várias conceituações para o termo família, dependendo da transformação ocasionada pelo tempo e espaço.

A conceituação de família oferece, de plano, um paradoxo para a sua compreensão. O Código Civil não a define. Por outro lado, não existe identidade de conceitos para o Direito, para a Sociologia e para a Antropologia. Não bastasse ainda a flutuação de seu conceito, como todo fenômeno social, no tempo e no espaço, a extensão dessa compreensão difere nos diversos ramos do direito. (VENOSA, 2006, p. 1)

Passemos por uma breve compilação sobre os aspectos conceituais apresentados por alguns doutrinadores em Direito de Família, tendo em vista, o enfoque sob seus diversos aspectos.

Juridicamente, o conceito de família pode ser dividido em três classificações:

Para o mundo jurídico existem três significações fundamentais para vocábulo família: a amplíssima, a lata e a restrita: Na acepção amplíssima este termo compreende todas as pessoas que estiverem ligadas pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, de modo que chega a incluir estranhos. Um exemplo deste fato encontra-se no artigo 1.412, § 2º, do Código Civil, quando trata do direito real de uso e dispõe que “as necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico”. Outro exemplo repousa na Lei n. 8.112/90, o Estatuto dos Servidores Públicos da União, no seu artigo 2413, onde a família do funcionário não só abrange o cônjuge e os filhos, mas também todas as pessoas que vivam às suas expensas e constem de seu assentamento individual.

Na significação lata, considera-se família os cônjuges e sua prole e também os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins. Desta forma é concebida a família pelo Código Civil, quando trata das relações de parentesco.

Por fim, no sentido restrito, a família não só compreende o conjunto de pessoas unidas pelo vínculo do matrimônio e da filiação, em resumo, os cônjuges e os filhos, como preceitua o Código Civil nos artigos 1.567 e 1.716, pois também é considerada como família, pelo artigo 226, §4º da Constituição Federal, a monoparental ou unilinear. (SANTOS & SANTOS, 2008, p. 80)

Sociologicamente temos o entendimento de Glanz (2005, p.22):

Na antologia de MARTHA MINOW, (...). Na Parte Um vem: “imagens de família como céu, família como inferno”. Diz ela: parentescos fundados no amor tornam-se odiosos; relações biológicas perdem o sentido. Podem as famílias prover ajuda mútua, mas podem tornar-se infernos particulares, de saída difícil.

O autor acima, ainda, descreve um conceito antagônico de família:

STEPHEN M. CRETNEY, em seu excelente manual, após descrever a família como transmissora de valores e provedora de sustento, como instrumento de política estatal e como defesa contra esta, aponta a seguir uma visão contrastante: *A família como instrumento de opressão*. (GLANZ, 2005, p.22).

Venosa (2006, p. 9), explana a visão sociológica da família e a função reguladora do direito da seguinte forma:

Sob a perspectiva sociológica, família é uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos. Desse modo, como sociologicamente, a família é sem dúvida nenhuma uma instituição, o Direito como ciência social, assim a reconhece e a regulamenta.

Já Gama (2008, p. 3) reforça o respeito às diversidades culturais nacionais na consideração da entidade familiar:

Reconhecida como célula *mater* da sociedade, a família é objeto de preocupação mundial, posto que fundamental para a própria sobrevivência da espécie humana, bem como a organização e a manutenção da sociedade e, conseqüentemente, do Estado. Concomitantemente, a visão do organismo familiar deve sempre levar em consideração o caráter nacional do Direito de Família, diante das especificidades de cada país, as diversas culturas, civilizações, regimes políticos, sociais e econômicos, repercutindo diretamente nas relações familiares.

A família atual possui um conceito flexível baseado no afeto, que de acordo com Brito (*apud* Dias, 2009, p. 80), “deu ensejo à expressão ‘direito das famílias’, abarcando seus mais diversos arranjos, e trouxe, concomitantemente, uma série de repercussões de natureza patrimonial”.

Neste sentido, atualmente, pode-se definir família a partir de diversos aspectos: no sentido popular e nos dicionários significa um conjunto de pessoas que têm algum parentesco e que geralmente vivem na mesma residência. Nessa concepção, família também “pode ser pessoas do mesmo sangue, ascendência, linhagem ou admitidos por adoção”.

De acordo com o UNICEF (s/p, 2004), “família é entendida como uma instituição que visa à reprodução física e social de seus membros a partir de relações afetivo-sexuais entre os membros por consangüinidade de alianças”.

Já segundo o IBGE, “família consiste no conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, todos residentes da mesma casa” (FARIAS & MAIA, 2009, p. 58).

Enfim, o conceito de família pode variar conforme a época, local e necessidades culturais, físicas e/ou econômicas de determinada sociedade.

## 1.2 A Evolução Histórica da Família

O instituto familiar não possui um ditame consensual em relação à sua formação e evolução, somente alguns estudos demonstram fatos históricos e sociológicos que demarcam as primeiras formações familiares relacionadas ao parentesco e ao desenvolvimento da família.

Antes do anseio de se formar um grupo político-organizado, a família surgiu devido às necessidades de sobrevivência e de segurança. Este aspecto é fundamental na sua história, vez que, como sociedade natural, a família surgiu antes do Estado. Alguns pensadores defendem sua origem como fruto da própria natureza humana e outros dizem que é um ato de vontade humana.<sup>2</sup>

A espécie humana e a sociedade se confundem na história da evolução:

O homem sempre se organizou em sociedade, partindo da necessidade de relações para a sobrevivência da espécie e da segurança primordial para o seu desenvolvimento. Neste sentido, a sociedade se confunde com o próprio evoluir do homem, perdendo-se, portanto, nas origens da própria espécie humana. (BITTAR, 1993, p. 23)

Essencialmente patriarcal, na família romana, a questão do parentesco verificava-se a partir do contexto religioso por meio da perpetuação do culto aos antepassados, que muito contribuiu para a agregação na convivência ao lado do *pater familias*<sup>3</sup> na medida em que a passagem do culto deveria se realizar com a existência de um descendente. Assim, “juridicamente a sociedade familiar era uma associação religiosa e não uma associação natural”. (SILVA, 2009, p. 3).

No Direito Canônico as relações familiares passaram a ser legisladas pela Igreja:

Ao contrário do Direito Romano, que considerava o matrimônio apenas como uma união entre marido e mulher, situação de fato com efeitos jurídicos, a Igreja o via como um sacramento, orientado pelo

---

<sup>2</sup> BITTAR (1993, p. 25) esclarece que a vertente da sociedade natural é a que prevalece, mas não elimina a participação da vontade humana.

<sup>3</sup> Trata-se de um chefe de família e não apenas um pai biológico.

aspecto inovador do princípio da indissolubilidade do casamento, que passa a ser matéria eclesiástica, escapando da jurisdição do Estado. (GAMA, 2008, p.16).

A manutenção do culto religioso perseverou acima da afetividade nas relações familiares: “Por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, nas classes nobres o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica”. (VENOSA, 2006, p. 5).

A família romana é considerada pela doutrina pátria o espelho da família brasileira até a segunda metade do século XIX. O conservadorismo político das elites brasileiras e sua forte ligação com a Igreja Católica perpetuavam os costumes que eram contrários à modernização da entidade familiar. Assim, até há poucas décadas o conceito jurídico do *patrio poder* era indiscutível.

A religião, em geral, e os costumes, em particular, viam a família como meio de perpetuar vínculos religiosos e econômicos. Somente por meio do casamento os descendentes conseguiam se integrar ao meio social. De outra forma corriam sério risco de serem marginalizados. (VENOSA, 2002, p. 19)

O casamento passa a ser subordinado ao Estado somente após o evento da Reforma do Estado em relação à Igreja:

Com o decurso do tempo, em virtude de fatores diversos, inclusive a própria Reforma, os Estados puseram à margem o casamento religioso. O primeiro país a dar esse passo foi a Inglaterra, ao tempo de Cromwell. Tal ato é a primeira grande afirmação do direito do Estado no sentido de regular inteiramente o instituto. (MONTEIRO, 2004, p. 29).

Entretanto, a transformação da entidade familiar, somente, teve impulso, a partir da segunda metade do século XX, com a disseminação de novas ideias e ideologias, como os movimentos feministas, os protestos pacifistas, a invenção da pílula anticoncepcional e as grandes revoluções políticas.

A instituição familiar seguiu um longo e difícil caminho através dos tempos, conforme a evolução social, cultural política e econômica dos povos, para sofrer transformações até, finalmente, na era contemporânea culminar com sua nova concepção, devendo o Estado se adequar a ordenar a instituição familiar, ou seja, a

família passa a ser aceita como uma instituição tutelada pelo Estado que: “deve dirigir, constantemente, e com o máximo interesse a instituição ético-jurídica da família, centro da irradiação de toda a vida civil”. (SOARES, 2004, p. 91).

Nessa nova concepção o direito de família tem o enfoque da Constituição e do Código Civil de 2002, os quais integram a tutela estatal individualizada de seus membros.

Complementando este tópico, em se tratando da fase histórica da família, não poderíamos deixar de enfatizar Friedridch Engels, filósofo e sociólogo do século XIX, abordando sua obra *“A origem da família, da Propriedade Privada e do Estado”*, na qual utiliza como referencial teórico o antropólogo americano Lewis Henry Morgan (1818 / 1881).

Comenta, inicialmente, que até sua época a forma incontestável de conceito para a família era aquela trazida por Moisés, a qual se moldava sob o crivo patriarcal e, fora a aceitação da poligamia, asseverava-se ser o modelo ideal para a sociedade burguesa do século XIX, e porque não dizer, também para a sociedade ocidental contemporânea, “como se a família não tivesse tido evolução alguma através da história”. (ENGELS, 2012, p. 12).

Nesta linha, comenta que Morgan foi o primeiro a trazer uma ordem precisa na história da humanidade e, para isso, dicotomizou-a em três épocas principais: *estado selvagem, barbárie e civilização*, “de acordo com os progressos obtidos na produção dos meios de existência” (ENGELS, 2012, p. 23), tendo em vista que,

[...] a habilidade nessa produção desempenha um papel decisivo no grau de superioridade e domínio do homem sobre a natureza: o homem é de todos os seres, o único que logrou um domínio quase absoluto da produção de alimentos. Todas as grandes épocas de progresso da humanidade coincidem, de modo mais ou menos direto, com as épocas em que se ampliam as fontes de existência. (ENGELS apud MORGAN, 2012, p. 23)

Alicerçado no fato de que “a ordem social em que vivem os homens de determinada época ou determinado país está condicionada por duas espécies de produção: pelo grau de desenvolvimento do trabalho, de um lado, e da família, de outro” (ENGELS, 2012, p. 08), é que Morgan realizou um estudo mais apurado dos estágios acima mencionados.

Para ele, o *estado selvagem* foi o período em que predominou a apropriação de produtos da natureza já prontos a serem utilizados, e a produções artificiais seriam instrumentos a facilitar este extrativismo.

Na *barbárie*, surgem a criação de gado e a agricultura, incrementando a produção natural ou advinda da natureza, pelo labor humano.

A *civilização*, propriamente dita, se inaugura com a fundição do minério de ferro e a invenção da escrita. Nesta fase, o homem amplia seus conhecimentos em níveis técnicos para transformar e/ou melhor elaborar os produtos naturais, ou seja, é o período da indústria e da arte.

Segue percorrendo que, segundo Morgan, para cada um dos períodos epigrafados, corresponderia um modelo de família. Senão veja-se:

A *Consanguínea* seria o primeiro estágio de arranjo familiar, consistindo na exclusão de relações sexuais entre pais e filhos. Os grupos conjugais classificavam-se por gerações, ou seja, irmãos e irmãs são, necessariamente, marido e mulher revelando que as reproduções dos grupos familiares se davam por meio endógenos.

A chamada *Panaluana* excluía a relação sexual entre irmãos, migrando os enlances conjugais para os sobrinhos e primos, mantendo-se, de qualquer forma, dentro de um mesmo tronco parental (feminino). A partir desse modelo são instituídas o que Engels denominou de *gens*, ou seja:

[...] círculo fechado de parentes consanguíneos por linha feminina, que não se podem casar uns com os outros; e, a partir de então, este círculo fechado se consolida cada vez mais por meio de instituições comuns, de ordem social e religiosa, que o distingue das outras gens da mesma tribo. (ENGELS, 2012, p. 41).

O modelo de família dito por Morgan como *Panaluana*, tinha como principal característica a comunidade recíproca de maridos e mulheres, o que se pode denominar de família por grupos, relacionamento conjugal ou matrimônio por grupo.

Na interpretação de Engels, estes dois modelos corresponderiam, em tese, ao *estado selvagem* da humanidade.

O terceiro arranjo seria a família *sindiásmica*, quando se iniciam os enlances mais duradouros entre pares definidos. Muito embora ainda perdurasse o

matrimônio grupal, a poligamia e a infidelidade eram direitos dos homens, e exigia-se das mulheres o dever de fidelidade, sob pena de castigos cruéis para os casos de adultério feminino.

Nesta fase, o vínculo conjugal poderia ser dissolvido facilmente por qualquer uma das partes, no entanto, a responsabilidade e o direito sobre os filhos oriundos da relação dissolvida restavam incumbidos à mãe (poder matriarcal).

Devido à escassez de indivíduos do sexo feminino, este período foi marcado pelo surgimento do rapto de mulheres (das tribos inimigas) e pela compra de esposas.

Segundo Engels, a família *sindiásmica* é a passagem evolutiva que alicerçará o surgimento da *família monogâmica*, consistindo, assim, na transição do período anterior, dito *barbárie*, para a *civilização que*, por sua vez, tem arrimo na autoridade masculina e, como finalidade precípua, a geração de proles, cuja paternidade não pode ser questionada, uma vez que os filhos do marido serão herdeiros dos bens e posses do pai.

Na família monogâmica houve uma forte solidificação dos laços conjugais e, via de regra, só os homens poderiam rompê-lo. Prevaleceria como direito exclusivo do homem a infidelidade conjugal, entretanto, sem a permissão de introduzir outra mulher num mesmo lar. Quanto à esposa, exigia-se dela castidade e fidelidade rigorosa (para ter a maior probabilidade possível de que os filhos seriam, efetivamente, do marido).

Surge, assim, o primeiro modelo familiar “que não se baseava em condições naturais, mas econômica, e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente”. (ENGELS, 2012, p. 62).

Assim, no dizer de Engels:

A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravidão de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história. (ENGELS, 2012, p. 62)

Ainda, segundo Engels, em texto redigido em conjunto com Marx, “a primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos”. (ENGELS, 2012, p. 62).

E segue acrescentando:

O primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino. A monogamia foi um grande progresso histórico, mas ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que dura até os nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verificam às custas da dor e da repressão de outros. É a forma celular da sociedade civilizada, na qual já podemos estudar a natureza das contradições e dos antagonismos que atingem seu pleno desenvolvimento nessa sociedade.

No entanto, é de importância ímpar a conclusão de Morgan trazida por Engels:

[...] A única coisa que se pode responder é que a família deve progredir na medida em que progrida a sociedade, que deve modificar-se na medida em que a sociedade se modifique; com sucedeu até agora. A família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema. Tendo a família monogâmica melhorado a partir dos começos da civilização e, de uma maneira muito notável, nos tempos modernos, é lícito pelo menos supor que seja capaz de continuar seu aperfeiçoamento até que chegue à igualdade entre os dois sexos. Se, num futuro remoto, a família monogâmica não mais atender às exigências sociais, é impossível predizer a natureza da família que a sucederá. (ENGELS, 2012, p. 79)

Desta forma, a família é um instituto dinâmico que se amolda e se amoldará sempre aos momentos e aos meios históricos, culturais, temporais e físicos pelos quais determinada sociedade está(rá) passando, ou seja, conforme as necessidades do meio social será, também, o arranjo familiar que surgirá no intuito de atender tais necessidades.

### 1.3 A Tutela da Instituição Familiar no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Como marco na evolução do direito de família, a Constituição Brasileira de 1988, trouxe a proteção estatal para a instituição familiar, por meio da acolhida de seus princípios fundamentais e dos valores já contidos em sua essência e com a promulgação da Lei 10.406/02, o Novo Código Civil Brasileiro, inovaram em relação ao direito de família. (BITTAR FILHO, 2008, s/p).

Inova assim, a Constituição de 1988, ao retirar a expressão da antiga Carta (art. 175) de que só seria família a constituída pelo casamento. Assim sendo, a Magna Carta de 1988 e a Lei n. 9.278/96, art. 1º, e o Novo Código Civil, arts. 1.511, 1.513 e 1.723, vieram a reconhecer como *família* a decorrente de matrimônio (art. 226, §§ 1º e 2º, da CF/88) e como *entidade familiar* não só a oriunda de união estável como também a comunidade monoparental (CF, art. 226, §§ 3º e 4º) formada por qualquer dos pais e seus descendentes independentemente de existência de vínculo conjugal que a tenha originado. (DINIZ, 2004, p. 10)

Assim, surge uma nova concepção de família ampliada.

As profundas transformações ocorridas na sociedade no decorrer do século XX receberam a devida atenção no plano constitucional, tendo em vista a almejada e merecida proteção aos membros da família, como se verifica na consagração dos princípios da absoluta igualdade entre pessoas casadas, total isonomia entre os filhos, independentemente de sua origem, da proteção à união estável e à família monoparental. (MONTEIRO, 2004, p.11)

Novos modelos familiares são consagrados no ordenamento jurídico por meio do artigo 226 da Constituição Brasileira de 1988, que trata a família como base da sociedade, com especial proteção do Estado.

A Constituição vigente, de 5 de outubro de 1988, deu maior amplitude ao conceito de família, abrangendo a família havida fora do casamento, com origem na união estável entre o homem e a mulher, bem como aquela composta por um dos progenitores e sua descendência, ou seja, a família monoparental. (RODRIGUES, 2008, p. 4).

O princípio constitucional da dignidade da pessoa foi fundamental para a tutela dos direitos privados, se destacando os relativos às questões de família.

As Constituições da República Federativa do Brasil passaram a versar sobre matérias de direito privado, sendo que a Constituição de 1988 chegou ao ápice desse movimento, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e princípios que tutelam várias relações de direito privado, dentre os quais se destacam aqueles referentes às relações de família. (MONTEIRO, 2004, p.11).

Desse modo, a base da comunidade familiar moderna é o respeito à dignidade da pessoa humana, que visa a garantia ao pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros (CRFB/88, art. 227), favorecendo as formações familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo que tem o desejo de constituir bases familiares em comum como uma realidade vivida no presente contexto.

No entanto, expressamente, a Constituição Federal só reconhece a instituição familiar formada por pessoas de sexos diferentes, assim sendo, vigora atualmente, o argumento de que a sociedade formada entre pessoas do mesmo sexo seja uma sociedade civil e não uma entidade familiar.

Houve um avanço no que tange ao direito de família, por meio de uma nova concepção de sentimentos afetivos, fortalecendo uma nova visão de família diversificada, existindo “a tendência em tornar o grupo familiar cada vez menos organizado e hierarquizado, fundando-se cada vez mais na afeição mútua que estabelece plena comunhão de vida”. (DINIZ, 2004, p. 22).

Nestas novas relações familiares afetivas, a noção de família é ampliada para novas considerações: parental, nuclear, binucleares e homoafetiva.

Portanto, a evolução dos preceitos de direitos humanos e da noção de afeto nas relações familiares poderá contribuir para o reconhecimento das relações homoafetivas e seus desejos de constituírem uma família. Em alguns países, as relações conjugais ou o casamento homossexual é permitido de forma que os elementos possam constituir uma família para todos os fins de direito.

Constata-se que as famílias fundadas nos laços de afeto são consideradas no plano jurídico perfeitas, mesmo sem a prevalência ou noção de consanguinidade ou família biológica. Os juristas possuem um grande interesse em relação ao afeto nas relações familiares, pois existem grandes demandas de pleitos nos Tribunais.

#### **1.4 A Concepção de Família diante das Famílias compostas por Pares Homossexuais**

Pode-se entender família a partir de várias concepções, que estão sempre sendo modificadas. Assim, a família é uma instituição em constante mutação.

Atualmente a sociedade está amadurecendo no sentido de aceitação dos novos parâmetros familiares, contudo, ainda há muito a ser feito para a eliminação da discriminação e dos estigmas que norteiam a homoafetividade.

Na segunda metade do século passado intensificou-se ainda mais o processo dessas transformações, podendo ser mencionados alguns fatores que contribuíram para tais mudanças: o declínio do patriarcalismo, impulsionado pela revolução feminista; o desenvolvimento do saber científico adicionado ao fenômeno da globalização, e a redistribuição sexual no campo trabalhista, possibilitaram uma significativa alteração na própria concepção de família. A passagem para o novo milênio conduz a valores como o respeito à dignidade humana, à não-discriminação, à orientação sexual, mas transmite como valor mais significativo uma vitória: a família como o espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do afeto e, sobretudo, uma célula de formação do indivíduo e elemento que funda o próprio sujeito. Não é mais primordial um núcleo voltado para os interesses exclusivamente econômico e de procriação, onde sempre esteve presente a presumida supremacia masculina. (PEREIRA & DIAS, Maria Berenice, 2001, p. xiv).

A Igreja fez do casamento uma forma de propagar a fé cristã: “crescei e multiplicai-vos”. A infertilidade dos vínculos homossexuais levou os cristãos a repudiá-los, acabando por serem relegados à margem da sociedade. Por outro lado, se a impossibilidade da reprodução biológica por parceiros homossexuais fosse o único empecilho para não reconhecer as famílias homossexuais, poderia se dizer que as pessoas inférteis também não poderiam constituir uma família.

Contudo, nos últimos anos a sociedade tem se deparado com a formação de novas configurações domiciliares, mas a família ainda continua a exercer a função de proteção, e encontra-se também baseada na compreensão de sentimentos.

Tendo em vista, as funções de família, dentre as suas possíveis configurações, deve-se questionar: por que não considerar o casal homossexual como família? Será que este casal pode estar apto a exercer tais funções, como qualquer outro casal, exceto pela obrigação de procriação realizada de forma natural?

Em codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. A partir do momento que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como única base da sociedade, a definição da instituição familiar se tornou mais abrangente. O princípio do pluralismo das entidades familiares reconhece a possibilidade de novos arranjos familiares.

Assim, nem a Constituição, nem as leis infraconstitucionais ao tratarem do casamento (base para composição familiar) fazem qualquer referência ao sexo do casal. Portanto, o que impede a realização do casamento e a consequente formação da família homoafetiva é somente o preconceito.

O conceito legal de família trazido pela Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/2006) acabou por inserir no sistema jurídico as uniões homoafetivas, por meio de seu parágrafo único:

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:

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.

A nova definição legal da família brasileira se harmoniza com o conceito de casamento do art. 1.511<sup>4</sup> do Código Civil, não apenas deixando de fazer alusão à oposição de sexos, mas explicitando que a heterossexualidade não é condição para o casamento.

Assim, utilizando da hermenêutica construtiva e, por analogia, a inteligência dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da não-discriminação, pode-se reconhecer tanto o direito à orientação sexual, como ao da união homoafetiva, como entidade familiar.

---

<sup>4</sup> Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Em consonância, Maria Berenice Dias conclui:

[...] de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana e à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, [...], que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito<sup>5</sup>.

As novas configurações familiares surgem para colocar em xeque a concepção heterocêntrica de família como única, enfrentando fortes desafios. Vários são os preconceitos e dúvidas tidas pela sociedade em relação a essa nova forma de fazer família, conhecida por homoparentalidade<sup>6</sup> (relações de parentalidade exercidas por homens e mulheres homossexuais).

Ana Paula Uziel (*apud* FRARIAS & MAIA, 2009, p. 68), esclarece que a homoparentalidade está desvinculada da homossexualidade:

Homossexualidade refere-se ao exercício da sexualidade. Funções parentais não exigem o exercício da sexualidade. Seria o mesmo que usar esse critério para julgar a competência profissional de alguém, sua capacidade para gerenciar conflitos, seu gosto por comida, gênero de filme. São esferas distintas da vida, que se cruzam por uma contingência. A reprodução, muito atrelada à sexualidade, pode ser um dos fatores que dêem sentido à proximidade dessas duas esferas, bem como a conjugalidade, a afetividade. São aspectos comuns, como poderíamos encontrar se os buscássemos em qualquer outra relação.

Insta salientar que não se põe em debate a capacidade dos homossexuais no exercício da parentalidade, uma vez que inexiste diferenças no desenvolvimento psicológico, juntamente com aspectos voltados à adaptação social destas famílias quando comparadas com outras formas de arranjos familiares. No entanto, ainda se verifica dificuldades de aceitação das diferenças, mesmo estas fazendo parte da

---

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice, **Direito à Diferença**. Revista Jurídica Areópago da Faculdade Unifaimi, Ano I (2008), Edição nº 3.

<sup>6</sup> O termo homoparentalidade foi criado na França, em 1996, pela Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicos (APGL) e, de acordo com Mariana de Oliveira Farias, diz respeito à capacidade de pessoas com orientação sexual homossexual exercerem a paternidade. (FARIAS & MAIA, 2009, p. 68).

condição humana, vez que como um indivíduo não é igual a outro, uma família não pode ser igual à outra.

Neste sentido, esclarece Maria Berenice Dias:

Com a evolução dos costumes, a mudança dos valores, dos conceitos de moral e do pudor, o tema referente à opção sexual deixou de ser “assunto proibido” e hoje é enfrentado abertamente [...]. Ainda que a sociedade se considere heterossexual, 10% dela é formada por homossexuais. As culturas ocidentais contemporâneas estigmatizam aqueles que não têm preferências sexuais dentro de determinados padrões de estrita moralidade, relegando-os à marginalidade<sup>7</sup>.

O pleno exercício de cidadania confere aos homossexuais no exercício da parentalidade, o reconhecimento da entidade familiar homoafetiva com proteção jurídica do Estado, no âmbito do Direito de família.

Para Maria Berenice Dias:

[...] desimporta a identificação do sexo do par, se igual ou diferente, para se emprestarem efeitos jurídicos aos vínculos afetivos, no âmbito do Direito de Família. Atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, necessário que sejam conferidos direitos e impostas obrigações independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes. (Direito à Diferença. Revista Jurídica Areópago da Faculdade Unifaimi, Ano I (2008), Edição nº 3.

A sociedade ainda se atrela a atos de discriminação e exclusão, fazendo com que os que não se adaptam aos padrões aceitos pela maioria sejam rejeitados e tidos com afronta aos bons costumes, todavia, a luta pelo direito fortalece a caminhada, mesmo que lenta ou tímida, continue constante, para o reconhecimento da entidade familiar homoafetiva com direito à união estável, partilha de bens, pensão alimentícia, direitos previdenciários e adoção, como veremos em outro capítulo.

---

<sup>7</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual** – Aspectos Sociais e Jurídicos. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Magister, nº 4, p.5-6, Jan./Fev./Mar.2000).

## 2 A HOMOSSEXUALIDADE E A HOMOAFETIVIDADE

A homossexualidade é conhecida desde as civilizações remotas, já o termo homoafetividade foi mencionado pela Desembargadora Maria Berenice Dias com a finalidade de evitar uma conotação pejorativa relativa às relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, definindo que as uniões entre pares iguais é alicerçada na afetividade<sup>8</sup>.

A orientação sexual dos indivíduos homossexuais sempre foi tratada com discriminação, “como uma forma de comportamento sexual anômalo. Ao não aceitar esse comportamento diferenciado, a sociedade patriarcal excluiu-o e recriminou-o através das mais diferenciadas justificativas médicas, psicológicas, morais, religiosas e biológicas”. (NAHAS, 2006, p. 111).

### 2.1 A Conceituação da homossexualidade

A homossexualidade também chamada de “homossexualismo (do grego antigo *homos*, igual + latim *sexus* = sexo), refere-se ao atributo, característica ou qualidade de um ser, humano ou não, que sente atração física, estética e/ou emocional por outro ser do mesmo sexo<sup>9</sup>”.

De Plácido e Silva (2008, p. 687) descreve que a expressão homossexualidade pode se referir tanto à “atração” quanto à “manutenção” de relações sexuais entre indivíduos do mesmo sexo.

Para Maria Berenice Dias, a palavra “homossexualidade” pode ser compreendida da seguinte forma:

Exprime tanto a idéia de semelhante, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter, como também significa a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo. (DIAS, 2000, p. 31).

---

<sup>8</sup> Esse termo foi utilizado pela primeira vez, em 2000, na 1ª edição do livro União homoafetiva: o preconceito & a justiça.

<sup>9</sup> Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade>. Acesso: 02 jul 2012.

Historicamente, foram atribuídas diversas denominações para as relações entre pessoas do mesmo sexo, como pederastia, sodomia,<sup>10</sup> homossexualismo, homossexualidade, homoerótico e homoafetivo.

Na relação entre mulheres, são atribuídos os termos safismo e lesbianismo:

Safismo, que se origina de Sappho, poetisa grega, que tinha uma vida sexual irregular, se relacionando com as mulheres da ilha em que vivia, sendo esta ilha do Mar Egeu, chamada de Lesbos, de onde se retira o segundo termo, para designar a relação sexual entre mulheres, dando a denominação de lesbianismo. (BRANDÃO, 2002, p. 17).

O termo “homossexual” foi utilizado pela primeira vez em 1869, pelo médico húngaro Karoly Benkert, que usou o referido termo em uma carta enviada ao Ministério da Justiça da Alemanha do Norte, em defesa de homens homossexuais que estavam sendo perseguidos por questões políticas<sup>11</sup>.

Para Maria Berenice Dias (2000, p. 40), “a homossexualidade não tem origem na livre escolha, pois se houvesse esta opção, muitos optariam em não ser homossexual.”

Nesta vertente, Claudecy de Souza, também afirma que não há escolha na homossexualidade, o indivíduo apenas pode tentar controlar ou não o seu impulso sexual:

O indivíduo homossexual não faz opção por ser homossexual. Ele apenas é e não pode, ainda que queira, mudar isso. Ele pode sim, fazer uma opção no sentido de negar esse impulso e tentar viver como heterossexual. Mas isso tem um impacto negativo para o pleno desenvolvimento emocional do indivíduo. Trata-se de uma situação muito mais comum do que se imagina. O impulso sexual que um heterossexual tem por sua parceira é o mesmo que um homossexual tem por seu parceiro do mesmo sexo. O que muda é o objeto. (SOUZA, 2008, s/p).

Logo, não importa se a origem da homossexualidade é genética, psicológica ou comportamental, o que se deve analisar é que ninguém realiza uma escolha de orientação sexual que sabe que o levará a trilhar o caminho do preconceito.

---

<sup>10</sup> O termo “Sodomia” em referência a cidade bíblica de Sodoma, que foi destruída por Deus, devido à prática de pederastia de seus habitantes. (BRITO, 2000, 44).

<sup>11</sup> BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: RT, 2002, p. 15.

Com efeito, nenhuma pessoa escolhe ser homo, hétero ou bissexual: as pessoas simplesmente se descobrem de uma forma ou de outra. Não há “escolha”, mesmo porque, se opção houvesse, certamente as pessoas optariam pela orientação sexual mais fácil de ser vivida, qual seja aquela que não sofre com o preconceito social: a heterossexual. Em suma: sexualidade não se escolhe, se descobre. (VECCHIATTI, 2008, p. 106)

Enfim, a conceituação da homossexualidade, também, não tem importância diante da questão maior da homossexualidade que gira em torno do preconceito ou discriminação porque ela não é uma doença nem um transtorno psicológico, bastando que os homossexuais, como indivíduos sejam tratados com respeito, dignidade e igualdade.

## 2.2 Evolução Histórica da Homossexualidade

A homossexualidade não é uma realidade contemporânea, ela se encontra presente desde a época das civilizações antigas, tendo aceitabilidade como evolução da sexualidade e da virilidade.

A Antropologia, que é a ciência centrada no estudo do homem, indica que, nas sociedades pré-históricas, as relações entre pessoas do mesmo sexo eram consentidas e cumpriam função essencial no rito de passagem para o jovem na sua jornada em direção ao mundo adulto. Cada tribo tinha mitos e rituais próprios com relação à sexualidade. Algumas tribos, baseadas em seus costumes, ritualizavam a inseminação homossexual dos meninos. Quando chegavam os primeiros sinais de puberdade, o menino era submetido à penetração anal pelo tio materno, fornecendo-lhe dessa maneira o esperma que presumidamente o tornaria forte. Os meninos permaneciam nessa fase por cerca de três anos. (CHILETTO, 2007, p. 49).

Chiletto (2007, p. 49) ressalta que Spencer (1999, p. 20) em seus estudos, descobriu evidências sobre o amor homossexual em diversas civilizações antigas.

[...] o amor homossexual nas antigas civilizações da Suméria, Mesopotâmia e Egito era fundamental para a integridade do tecido social. Na China e na Índia da Antiguidade, assim como no Império

Islâmico, o amor pelo mesmo sexo era admitido, respeitado e honrado.

Na Grécia e na Roma antiga, as duas grandes civilizações da humanidade, a homossexualidade recebia o nome de pederastia e também era um meio utilizado para inserir os jovens na sociedade:

[...] o tipo de relação que incluía o sexo entre dois homens na Grécia antiga era chamada de pederastia e consistia em um ritual realizado por um homem mais velho que, por meio de sua experiência, visava iniciar um rapaz jovem na sociedade de maneira que ele se tornasse um cidadão, desenvolvendo mais habilidade para atuar na guerra e no meio político. O homem mais velho podia ter relações sexuais com o mais jovem, sendo que este assumia uma postura passiva e aquele, uma postura ativa na relação como um todo. Ao se tornar um homem sexualmente ativo, ainda que fosse por meio de uma postura passiva, o jovem era considerado inserido na sociedade. A relação terminava quando começavam a surgir os primeiros indícios de que o jovem estava se tornando um adulto, por meio do surgimento de pêlos nas pernas e no queixo (FARIAS & MAIA, 2009, p. 26).

A relação de pederastia, também, eram uma prática habitual entre os deuses, reis e heróis e sendo considerada uma característica da virilidade.

Na Grécia o casal masculino mais famoso da mitologia era formado por Zeus e Ganimede. Apolo, deus da beleza e da eterna juventude, além de seus incontáveis amores femininos, foi famoso também pelos inúmeros amores masculinos, raptando jovens efebos: Himeneu, Ciparisso, Carnus, Hipólito e outros. Conta a lenda que Hércules teria deflorado cinquenta virgens em apenas uma noite e tinha quatorze amantes masculinos, sendo que o mais notório era seu próprio sobrinho, Iolau. Na sociedade grega, o hábito mais usual referente à homossexualidade era o de senhores terem jovens rapazes, aos quais deviam ensinar os métodos do sexo, sendo muitas vezes indicados pela própria família para tal função. Em Roma, o famoso mito de Rômulo e Remo, os gêmeos fundadores de Roma que mamaram numa loba, pode ser interpretado como uma história de iniciação homossexual. Marte, o deus da guerra e pai de Rômulo e Remo, era o princípio masculino que dominava o pensamento e cultura romanos e estava associado à expansão indo-européia (uma caixa descoberta no local da antiga cidade latina de Palestrina-Prenestre mostra um Marte nu cercado de jovens, o que podia ser uma cena de iniciação). A sociedade romana separada rigidamente entre escravos e cidadãos tolerava relações entre escravos e seus senhores, podendo estes terem seus rapazes

preferidos. Entretanto, aos senhores era exigida o papel ativo da relação sexual. (CHILETTO, 2007, p. 50)

A prática homossexual, em Atenas, fazia parte da educação dos jovens, vez que acreditavam que tal prática promovia a absorção de sabedoria filosófica.

Para a educação dos jovens atenienses, esperava-se que os adolescentes aceitassem a amizade e os laços de amor com homens mais velhos. Só assim eles acreditavam que os meninos pudessem absorver as virtudes de um bom cidadão e a sabedoria da filosofia. (RODRIGUES, 2004, p. 38)

Em Esparta, também havia as relações entre pessoas do mesmo sexo, entretanto a pederastia para os espartanos eram mais frequente entre os membros do exército, com a finalidade de os tornarem mais fortes.

A relação entre pessoas do mesmo sexo teve lugar também em Esparta, porém com um sentido um pouco diferente da vista em Atenas. Além das relações de pederastia, eram estimuladas as relações entre os componentes do exército espartano e tinha por objetivo torná-lo mais forte. O que levava os comandantes do exército a estimular esse tipo de relação era o fato de acreditarem que um amante, além de lutar, jamais abandonaria outro amante no campo de batalha. O Batalhão Sagrado de Tebas, famoso por suas vitórias, era formado totalmente por pares homossexuais (TREVISAN, 2000, p.34).

Contudo, apesar da aceitação da pederastia nas sociedades gregas e romanas, só se admitia estas formas de relações entre homens livres com escravos ou homens jovens livres, não sendo admitidas as relações entre dois homens livres adultos.

Encontram-se, ainda, relatos da existência de homossexualidade em outras civilizações antigas.

Na Mesopotâmia a homossexualidade masculina e feminina estava inserida no *modus vivendi* em sociedade. Já no antigo Egito, embora os relatos sobre a prática da homossexualidade sejam raros, vários egiptólogos e historiadores admitem sua prática entre os Faraós. (TORRES, 2008, p. 15).

Na Idade Média a homossexualidade começou a ser reprimida, quando o Imperador Constantino se converteu ao Cristianismo, fazendo com que todo o Império Romano seguisse sua religião, iniciando assim uma perseguição aos homossexuais, sendo um período de intolerância devido à imposição da fé. Tal segregação se alicerçou basicamente no binômio infertilidade das relações homoafetivas e sacralização da família matrimonializada, uma vez que a indissolubilidade do casamento tornou-se um dogma principalmente para a religião católica.

Com a conversão de Constantino, o paganismo foi se fundindo à religião do imperador, e assim a homossexualidade foi colocada totalmente fora da lei e, às vezes, brutalmente punida. Mesmo assim, não obtiveram o efeito desejado de coibir um hábito cultivado a séculos. Eram freqüentes ainda os *xingamentos* usados pelos cidadãos romanos, como *paedicado* (sexo anal) e *irrumabo te* (felação). No ano 342 foi introduzida a pena de morte na fogueira para o comportamento homossexual passivo. (RODRIGUES, 2004, p. 39).

Neste período, inicia-se a marginalização da homossexualidade, que passa a ser considerada uma prática pecaminosa.

A Europa, do século IV até o Renascimento, testemunhou desumana perseguição aos homossexuais, tidos como graves pecadores, contrários aos propósitos divinos e co-responsáveis pelos males ocorridos no mundo, resultado da fúria de Deus, como a todos os sodomitas em geral. De fato percebe-se que desde o advento do cristianismo, os homossexuais convivem com a intolerância. O papel da religião foi a de aquiescer as relações heterossexuais dentro do matrimônio, qualificando a contracepção, o amor livre e a homossexualidade como comportamentos moralmente inaceitáveis, que desvirtua o importante sentido da sexualidade (CHILETTO, 2007).

Com a instituição da monogamia e da indissolubilidade do casamento, pela doutrina cristã sacralizando a família, em nome da moral religiosa, a homossexualidade começa a ser tratada como crime contra a moral religiosa.

Com isso, estabeleceu-se no período da Idade Média a perseguição aos homossexuais; na medida em que se condicionou a sexualidade à monogamia, a moral cristã passou a condenar a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo, erigindo tal comportamento à

categoria de crime praticado contra a moral religiosa. (TORRES, 2008, p. 18).

Com o número crescente de adeptos à nova religião, surgiram novas leis para coibir as práticas homossexuais. Em 533, Justiniano, justificando-se por meio do Cristianismo, estabeleceu normas severas para os prostitutos e qualquer tipo de prática em relações entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, o efeito dessas punições não foi como o desejado, criando-se novas leis no ano de 559.

Uma das maiores fontes recriminadoras das relações homossexuais foi a Bíblia, que já ensinava “que nenhum homem deverá ter relações com outro homem” e “se um homem tiver relações com outro homem, os dois deverão ser mortos por causa desse ato nojento; eles serão responsáveis pela sua própria morte” (Levítico, 18,22 e 20,13).

Consequência disso é o que dispõe, por exemplo, o cânon 1061 do Código de Direito Canônico acerca da validade do casamento religioso:

Cânon 1061 — O matrimónio válido entre baptizados diz-se somente rato, se não foi consumado; rato e consumado, se os cônjuges entre si realizaram de modo humano o acto conjugal de si apto para a geração da prole, ao qual por sua natureza, se ordena o matrimónio, e com o qual os cônjuges se tornam uma só carne<sup>12</sup>.

Segundo, ainda, a Igreja Católica, a expressão *os cônjuges entre si realizaram de modo humano o ato conjugal apto para a geração da prole*, consiste em três atos indissociáveis: *erectio* (ereção), *penetratio* (penetração), e *ejaculatio in vaginam* (ejaculação dentro da vagina). Fora desta concepção qualquer outra forma de relação sexual seria não humano e antinatural<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Disponível em: [http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici\\_po.pdf](http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf). Acesso em: 16 out 2012.

<sup>13</sup> Código de Direito Canônico. Notas e Comentários: Pe. JESUS S. HORTAL, S.J. Edições Loyola, 1983, p. 468.

Como em qualquer outra civilização, o Brasil também foi cenário da homossexualidade. Há registros de Pero de Magalhães de Gandâvo<sup>14</sup> de que na tribo Tupinambás, em 1576, havia a prática do lesbianismo:

Algumas índias se acham nestas partes e prometem castidade e assim não se casam, nem conhecem homem algum de nenhuma qualidade, nem o consentirão ainda que por isso as matem. Estas deixam todo o exercício de mulheres e imitam os homens e seguem seus ofícios como se não fossem mulheres, e cortam seus cabelos da mesma maneira que os machos e vão à guerra com seu arco e flechas e à caça: enfim, que andam sempre na companhia dos homens, e cada uma tem mulher que serve e que lhe faz de comer como se fossem casadas (TREVISAN, 2000, p. 36).

Mesmo com a separação entre a Igreja e o Estado, na Idade Moderna, a repressão contra a homossexualidade se mostrou cada vez mais crescente, baseada no Cristianismo enraizado no Judaísmo.

Sobre esse cenário histórico, Nietzsche *apud* OLIVEIRA disserta:

O cristianismo conseguiu transformar Eros e Afrodite – grandes poderes passíveis de idealização – em espíritos e gênios infernais, mediante os tormentos que fez surgir na consciência dos crentes quando há excitação sexual. Não é algo terrível transformar sensações regulares e necessárias em fonte de miséria interior, e assim pretender tornar a miséria interior, em cada pessoa, algo regular e necessário? [...] Por fim, essa demonização de Eros teve um desfecho de comédia: o “demônio” Eros veio tornar-se mais interessante, para as pessoas, do que todos os anjos e santos, graças ao murmúrio e sigilo da igreja nas coisas eróticas. Seu efeito, até em nossa época, foi tornar a história de amor o único verdadeiro interesse comum a todos os círculos – um exagero incompreensível para a Antiguidade, e que um dia dará lugar a risada. Toda a produção de nossos poetas e pensadores, da maior à mais insignificante, é mais caracterizada pela excessiva importância da história de amor que nela surge como história principal: por conta disso, talvez a posteridade julgue que em toda a herança da cultura cristã há algo de mesquinho e maluco”. (OLIVEIRA, 2011, p. 15)

Mais adiante, a expansão do capitalismo criou a competitividade que desfavorecia o relacionamento homossexual.

---

<sup>14</sup> No comentário do Padre Pero Correa, em 1551, encontramos os seguinte dizeres: “*Há cá mulheres que assim nas armas como em todas as outras coisas seguem o ofício de homens e têm outras mulheres com quem são casadas*”. (TREVISAN, 2000, p. 36)

Já no século XVII, o capitalismo expandiu-se, conseqüentemente isso acarretou a competitividade entre os homens, o que acabou por tornar mais tímido qualquer contato entre eles. Dessa forma, o amor entre pessoas do mesmo sexo passou a incomodar o sistema capitalista, tendo em vista que os homossexuais não poderiam gerar descendentes, isto é, não teriam como gerar mais consumidores. (VECCHIATTI, 2008, p. 52)

Nesta temática homossexualidade, o filósofo francês Michel Foucault dispõe que a sexualidade humana, desde a idade moderna, esteve subjugada sob o crivo da patologia, levando as ciências e a religião a atuarem na esfera de *prevenção, da cura e da normalização* dos indivíduos “afetados”, para conformar tais desvios de conduta aos padrões normais dominantes da heterossexualidade.

Assevera que a partir do século XVIII, houve uma disseminação de discussões e estudos sobre o sexo como “campo de exercício do poder”. Nessa linha, idealiza os chamados *dispositivos da sexualidade*, que se plasmam no fato de que os indivíduos eram levados a falar sobre sexo no intuito de se poder estabelecer um controle sobre este tema em nível sócio-governamental. Em suas palavras “[...] houve uma fermentação discursiva sobre a sexualidade, com uma proliferação de discursos sobre o sexo, tendo como função verificar e conhecer tanto as formas com os objetos de atividade e desejo sexual”. (FOUCAULT, 1999, p. 26).

E segue denotando:

Desde o século XVIII o sexo não cessou de provocar uma espécie de erotismo discursivo generalizado. E tais discursos sobre o sexo não se multiplicaram fora do poder ou contra ele, porém, lá onde ele se exercia e como meio para seu exercício; criaram-se em todo canto incitações a falar ; em toda parte ; dispositivos para ouvir e registrar, procedimentos para observar, interrogar e formular. Desenfurnaram-no e obrigam-no a uma existência discursiva. (FOUCAULT, 2012, p. 39)

Afirma com isso, instaurar-se uma incitação política, econômica e técnica, mas não como forma apenas de um estudo científico acerca da sexualidade, e sim no objetivo de se elaborar uma classificação / especificação da sexualidade com objetivo de domínio e poder.

Porém, observa que os discursos pregados à época visavam afastar da sociedade práticas sexuais que não se amoldavam aos limites da procriação,

portanto, tratavam de “proteger” a singularidade do “sexo tradicional” realizado entre masculino e feminino em fase adulta:

[...] cometer-se-ia um engano em ver nessa proliferação dos discursos um simples fenômeno quantitativo, [...] como se fosse indiferente o que neles se diz [...]. Pois essa colocação do sexo em discurso não estaria ordenada no sentido de afastar da realidade as formas de sexualidade insubmissas à economia estrita da reprodução (dizer não às atividades infecundas, banir os prazeres paralelos, reduzir ou excluir as práticas que não têm como finalidade a geração)? Através de tais discursos multiplicaram-se as condenações judiciais das perversões menores, anexou-se a irregularidade sexual à doença mental; da infância à velhice foi definida uma norma do desenvolvimento sexual e cuidadosamente caracterizados todos os desvios possíveis; organizaram-se controles pedagógicos e tratamentos médicos; em torno das mínimas fantasias os moralistas e, também e sobretudo, os médicos, trouxeram à balia todo o vocabulário enfático da abominação [...]. (FOUCAULT, 2012, p. 43)

Com efeito, os órgãos institucionalizados buscavam obter maiores detalhes e explicações pertinentes ao tema, chegando a citar que a igreja católica procurava confissões sobre a prática sexual de maneira pormenorizada: posições, gestos, toques, sensações, palavras, etc. Tudo com a finalidade ímpar de se conceber o “casal legítimo”, que por sua vez serviria de modelo a ser seguido pela sociedade, culminando que “o quarto dos pais era, portanto, a única forma legítima de se fazer sexo” (FOUCAULT, 1999, p. 9).

Seguindo o modelo idealizado, foi criada na cultura ocidental a “*scientia sexualis*”, que detinha os direitos de confissões e do falar sobre o sexo e a sexualidade humana, e tal assunto ao invés de ser ocultado, reprimido e negado, delineava-se nesta “ciência” um aspecto de revelação, de exposição, na busca por estabelecer uma relação de poder e domínio onde aquele que se expõe se subjugava diante de quem ouve e interpreta o discurso, o qual por sua vez tem o viés de dominar, condenar ou, em sendo o caso, redimir aquele que se mostra.

Em face dessa concepção, todo aquele que não se “enquadra” no modelo vislumbrado pelas instituições de poder, a qual almejava o sexo apenas para procriação e não ao prazer, sofreria alguma forma de exclusão: “[...] se o estéril insiste (no sexo), e se mostra demasiadamente, vira anormal: receberá este status e deverá pagar sanções” (FOUCAULT, 1999, p.24).

Assim, para as instituições de poder, batizadas por ele de *dispositivos*, as questões sexuais eram consideradas aceitas desde que estivessem delineadas no âmbito e na forma da família matrimonializada, dentro de um mesmo lar e com objetivo único de procriação. De outra vertente, observa-se que o sexo como forma de prazer exclusivamente deveria calar-se.

Foucault traz a assertiva que a sexualidade humana pode ser campo de elaborações, compreensões e estilizações de condutas e, nesta linha, ser explorado com seriedade e rigor, mas observa que o discurso sobre a repressão (da sexualidade), acaba por fazer existir e coexistir, discretamente o medo do ridículo ou do ‘peso histórico’ de se buscar a felicidade e o prazer de uma sexualidade considerada límpida e saudável (FOUCAULT, 1999, p. 12).

Em relação aos chamados *dispositivos* faz-se imperativo trazer seu respectivo conceito nos dizeres do próprio filósofo:

[...] um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre estes elementos. (FOUCAULT, 1999, p. 244).

Neste sentido, no que diz respeito ao dispositivo de sexualidade, a partir do século XVIII, Foucault comenta que ante forças contrárias, em face da demanda social existente, surge uma rede de dispositivos que dicotomizam e apartam o *normal* do *patológico*, a sexualidade *sadia* e a *doente*.

Complementando, nos dizeres de Deleuze:

[...] os dispositivos consistem num conjunto multilinear constituído de linhas de forças que possuem uma correlação de energias contrárias e que podem também apresentar rupturas, fissuras e subjetividades. (DELEUZE, 1990, pp. 151-161)

Segundo o mesmo autor, “vivemos em um dispositivo, nele agimos e, a partir disto, entra em nossa vida outro dispositivo que é o atual. Nossas vidas se resumem entre o que fomos (por um dispositivo anterior) e o que vamos nos tornando (por um dispositivo atual)”.

É imprescindível, mesmo que de forma bem abreviada, mencionar que as nominadas *linhas de fuga* idealizadas por Foucault, denotam todas as formas de prazer buscadas pelo ser humano, não possuindo, portanto, apenas conotação sexual.

Com fulcro neste segmento filosófico, considera que a luta pelos direitos homossexuais não configura um fim em si mesmo, haja vista que sua efetividade somente se dará por meio de atitudes e comportamentos concretos que reconheçam “esses sujeitos de direito” em nível social e não apenas no campo da legalidade positivada. Vejamos:

É necessário lutar para dar espaço aos estilos de vida homossexual, às escolhas de vida em que as relações com pessoas do mesmo sexo sejam importantes. Não basta tolerar dentro de um modo de vida mais geral a possibilidade de fazer amor com alguém do mesmo sexo, a título de componente ou de suplemento [...]. O fato de fazer amor com alguém do mesmo sexo pode muito naturalmente acarretar toda uma série de escolhas, toda uma série de outros valores e de opções para os quais ainda não há possibilidades reais. (FOUCAULT, 2004, p. 119)

Destarte, não resolveria confrontar os *dispositivos da sexualidade*, uma vez que, ao menos em tese, não produziria efeitos concretos, e, assim, os homossexuais deveriam buscar resolver seus conflitos (internos e externos) com fundamento não apenas na esfera afetiva/sexual, mas também, em outras formas de prazer, como por exemplo, na alimentação, no prazer de ser produtivo em termos profissionais e intelectuais, através da arte, da beleza, da religiosidade, dentre outros valores sociais.

Esse viés representaria uma vasta gama de possibilidades para se alcançar a felicidade e a realização pessoal em todos os seus termos, sem focar única e exclusivamente no fator sexualidade, isso tanto para homo quanto para heterossexuais.

Em suma, as demais *linhas de fuga* seriam utilizadas como uma forma de se colocar as questões sexuais, e, por que não o próprio ato sexual, o que ele denomina de *sexo rei*, num plano inferior e não como foco central da vida dos pares ou dos indivíduos homossexuais.

Nasce daí a chamada *economia política de uma vontade do saber* idealizada por Michel Foucault como sendo “mecanismos positivos, produtores de saber (o

direito, a medicina, a psicologia, etc.), multiplicadores de discursos, indutores de prazer e geradores de poder”. Com efeito, a homossexualidade seria corolário de um *dispositivo social* que a baliza, e, por conseguinte, a sexualidade seria vista como nascedouro à elaboração, à compreensão e à estilização de condutas sociais.

Desta forma, *desconstruir* ou *reprimir* a ideia e a liberdade sexual (controle dos prazeres) seria conceber e/ou admitir o sexo como mera idealização teórica e não como fato social e biológico inerentes ao ser humano.

Por fim, vale observar que Foucault se mostrava contrário aos movimentos pró-homoafetividade, em face da alta conotação política neles inserta em contraponto aos pequenos avanços sociais que realmente ocorrem, como por exemplo, se alcançar uma real diminuição do preconceito e da segregação para com os homossexuais, ou seja, almejava a valorização do caráter do indivíduo, abrangidos aí suas opções, prazeres, objetivos, projetos e reais possibilidades no contexto sócio-econômico-social.

Na Idade Contemporânea, especificadamente em 1869, com a idéia do médico húngaro Karoly Benkert<sup>15</sup>, a homossexualidade passou a ser considerada doença, anormal aos ditames da vida da pessoa humana, e posteriormente foi inserida na lista de classificação internacional de doenças (CID), bem como considerada uma perversão sexual que merecia tratamento médico<sup>16</sup>.

A medicina e a psicanálise, durante muito tempo, consideraram a homossexualidade como doença, tanto que era tratada por “homossexualismo” em que o sufixo “ismo” conferia a idéia de doença, sendo, dessa forma, tratado como tal. Em 1975, foi inserido na Classificação Internacional das Doenças – CID, como sendo um transtorno sexual. Em 1985, a Organização Mundial de Saúde – OMS –, publicou Circular, informando que o “homossexualismo” deixava de ser uma doença, passando a ser considerado um desajustamento comportamental. Mas foi em 1995, que o “homossexualismo” deixou de ser considerado um distúrbio psicossocial e conseqüentemente deixou de constar no CID, sendo substituído o sufixo “ismo” pelo sufixo “dade”, que passou a significar “modo de ser”. (DIAS, 2009, p. 52-53)

---

<sup>15</sup> DIAS (2009, p. 47)

<sup>16</sup> No século XIX, o amor entre iguais deixou de ser visto como um pecado e passou a ser encarado como doença a ser tratada. Dito de outra forma, consideravam a homoafetividade uma patologia. (VECCHIATTI, 2008, p. 59)

Com a insubmissão do Estado às regras da Igreja, a sociedade começou a aceitar as relações homoafetivas como opção e não mais como pecado, ocorrendo, então a descriminalização da orientação sexual.

Já na segunda metade do século XX, com a valorização da dignidade da pessoa humana, os novos arranjos familiares surgem como sujeitos inclusos no Direito das Famílias, tendo seus membros direito à liberdade e à igualdade, principalmente, conquistando o respeito de sua identidade.

O período pós-moderno, no qual se vive, vem contestando posturas negativas em relação à homossexualidade. Ou seja, cada vez mais atitudes como agressão, a falta de respeito, o preconceito estão sendo consideradas inaceitáveis. Aos poucos o movimento de liberação sexual começou a conquistar o seu espaço e sua voz, ouvida. Vale lembrar que a expressão *gay* – que acabou se transformando no termo de identificação de homossexuais, femininos e masculinos – está relacionada ao colorido, ao “ser”, ao “descobrir-se ser”. (DIAS, 2009, p. 43).

Diante do encorajamento e reivindicações de seus direitos, os homossexuais, travestis e transgêneros começaram a “sair do armário” em resposta a uma represália policial que alguns sofreram em 28 de junho de 1969, no bar *Stonewall In* em Nova York. A partir daí, em todos os anos subsequentes se comemora em 28 de junho o “Dia do Orgulho Gay” para a conscientização ao respeito à diversidade sexual.

Apenas em 1974, segundo Dias, é que a Associação Americana de Psiquiatria retirou a homossexualidade dos chamados “distúrbios mentais”:

A Medicina e a Psiquiatria trataram por muito tempo a homossexualidade como doença. A Classificação Internacional de Doenças – CID identificava o homossexualismo como um desvio ou transtorno sexual. Em 1974, sob pressão dos movimentos de gays e lésbicas, a *American Psychiatric Association* – APA retirou a homossexualidade da lista das doenças mentais. (DIAS, 2009, p. 53)

E em 1984, a Associação Brasileira de Psiquiatria aprovou uma resolução afirmando que o homossexualismo não implica prejuízo nas aptidões sociais ou vocacionais, nem no raciocínio, estabilidade e confiabilidade. O Conselho Federal de Medicina, em 1985, deixou de considerar o homossexualismo como desvio sexual, e no mesmo ano em revisão do CID (Código Internacional de Doenças), o

homossexualismo foi inserido no rol “Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais”, e em 1995 deixou de ser considerado como doença, perdendo o sufixo “ismo”, que foi substituído pelo sufixo “dade” (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 63).

Ainda se busca compreender a homossexualidade, principalmente, no tocante aos fatores psicológico, fisiológico e psiquiátrico. O que se sabe até o momento, é que a homossexualidade é considerada um fator genético, inerente ao homem, não surgindo também de manifestações do ambiente social e afetivo.

A Medicina, ao contrário do Direito, está amadurecendo e avançando as suas concepções relativas à homossexualidade, enquanto o Direito insiste na omissão de dar direitos a quem já os tem, encontrando dificuldades em se desvincular do preconceito e possibilitar dignidade a essas pessoas.

Outro ponto de relevância a ser observado em relação à homossexualidade são os desdobramentos econômicos dela oriundos, pois somente em meados dos anos 2000 que se começou a verificar, no Brasil, a potencialidade comercial do público homossexual, o qual possui, sem sombra de dúvidas, características diferenciadas em comparação ao denominado consumidor comum.

Entretanto, não foi possível aferir na presente pesquisa estudos acadêmicos mais aprofundados em nível nacional acerca do assunto, mas resta patente que estes consumidores têm ocupado cada vez mais espaço no mercado brasileiro, saindo da invisibilidade, ganhando considerável reconhecimento social e se firmando como uma atraente e sólida categoria de clientes, a qual por sua vez está cada vez mais exigente e definidora de padrões de consumo.

Segundo o *site* [expobusinesslgbt.com.br](http://expobusinesslgbt.com.br)<sup>17</sup>, 36% dos homossexuais pertencem a classe “A”, 47% à classe “B”, e, 16% à classe “C”; 57% tem nível universitário, enquanto, por exemplo, apenas 14% da população adulta do Estado de São Paulo possui esse nível de escolaridade; gastam 30% a mais em bens de consumo que os heterossexuais; Investem até 25% a mais em acabamento

---

<sup>17</sup> EXPOBUSINESSLGBT: Feira de negócios realizada anualmente no Brasil, reúne empresas e prestadores de serviços interessados em ingressar ou aprimorar os seus serviços no atendimento do público LGBT. O evento, que terá a sua segunda edição em agosto de 2012, é também uma importante oportunidade de networking aos profissionais interessados neste promissor mercado. A primeira edição da feira, realizada com grande sucesso em São Paulo, em julho de 2011, foi um divisor de águas para a efetiva profissionalização deste segmento de mercado no Brasil.

(construção civil) do que um casal heterossexual; 3,4 milhões de pessoas foram à Parada Gay de São Paulo em 2008, por sinal, a maior do mundo<sup>18</sup>.

Isto demonstra a força do chamado “Pink Money”, dinheiro advindo do público multicolorido, ou seja, dos homossexuais.

## 2.2 A homoafetividade no direito comparado

Para Maria Berenice Dias, o reconhecimento da homossexualidade, com enfoque no ordenamento jurídico mundial, pode ser classificado em quatro modelos, a saber:

- 1) O chamado modelo expandido, que adota políticas de não discriminação, descriminaliza condutas, institui ações afirmativas e apóia organizações de homossexuais. (Este modelo é encontrado em países como a Holanda, a Dinamarca, Suécia e Noruega, Groelândia e Islândia).
- 2) O modelo intermediário abrange a descriminalização e proíbe medidas discriminatórias, sem apontar iniciativas positivas, como ocorre na França, Austrália e em alguns Estados americanos, como New York e New Jersey.
- 3) Num grau inferior estão os ordenamentos que simplesmente impedem a criminalização, não articulando, no entanto, qualquer medida eficaz de proteção aos direitos fundamentais dos homossexuais.
- 4) Já nos países islâmicos, a homossexualidade é reconhecida como crime, podendo ser punida com a pena de morte.(DIAS, 2012, s/p).

Percebe-se, claramente, que os direitos homoafetivos possuem diferentes enfoques desde a criminalização, discriminação e a tutela jurisprudencial nos ordenamentos jurídicos, sendo que as variações de aceitabilidade, bem como a legislação dos diversos países, dependem dos costumes e da cultura de cada povo.

A questão homossexual conhece desde a criminalização à quase completa tutela de seus interesses pelos vários ordenamentos jurídicos mundo afora. No Afeganistão, existem leis penais contra a sodomia: o infrator será punido com pena de morte, lançado de um penhasco ou enterrado vivo sob uma parede de concreto. Na Bélgica, por outro lado, os homossexuais desfrutam praticamente de

<sup>18</sup> Disponível em: [http://expobusinesslgbt.com.br/publico\\_lgbt.html](http://expobusinesslgbt.com.br/publico_lgbt.html). Acesso em: 17 out 2012.

todos os direitos conferidos aos cônjuges de um casamento tradicional: podem casar-se, receber benefícios previdenciários e tributários, podem somar rendas para financiamentos e possuem direitos sucessórios bem definidos. (VARGAS, 2012, s/p).

A Resolução de 01.10.1981<sup>19</sup>, do Conselho da Europa decidiu que os seus países membros empreendessem campanhas favoráveis à igualdade de direitos entre as uniões afetivas, independentemente da orientação sexual de seus pares.

A despeito do tão abominado *apartheid*, em 1996, a África do Sul, foi o pioneiro mundial na defesa da orientação sexual, como tutela constitucional fundamental, coibindo qualquer tipo de discriminação em razão da tendência sexual<sup>20</sup>.

Em Israel, sabe-se que desde 1992, a Lei de Igual Oportunidade de Emprego veda a discriminação do empregado homossexual no mercado de trabalho<sup>21</sup>.

Os países do Norte Europeu configuram como liberais as iniciativas políticas contra a discriminação, e dão ênfase à tutela jurídica em defesa dos direitos homoafetivos. Na Dinamarca, foi onde ocorreu o primeiro reconhecimento de um registro contratual de união homoafetiva<sup>22</sup>.

Assim, Dinamarca, Noruega, Suécia, Groenlândia, Islândia, Portugal, Hungria e Alemanha são países onde as uniões homossexuais já conquistaram amparo legal. Na Holanda, na Bélgica, na Espanha e no Canadá, o casamento entre pessoas do mesmo sexo possui o mesmo estatuto do casamento civil entre heterossexuais, enquanto Estados Unidos e França vêm sendo palco de fortes debates acerca da mudança do entendimento legal do casamento de uma forma a contemplar também casais homossexuais. Apenas na Holanda e na Espanha já é possível a um casal de gays ou de lésbicas adotar crianças, com ambos os integrantes reconhecidos como pais/mães. Buenos Aires, desde julho de 2003, tornou-se a primeira cidade da América Latina a reconhecer estatuto legal de uniões homossexuais ainda que o alcance desse reconhecimento restrinja-se a seguro-

<sup>19</sup> VARGAS. Fábio de Oliveira. A união homoafetiva no direito comparado. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15873-15874-1-PB.htm> Acesso em: 26 mai. 2012, p. 2.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Marina. **Casamento gay e adoção entre pessoas do mesmo sexo em diversas partes do mundo**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/infograficos/casamento-adocao-gay/> Acesso em: 26 mai. 2012.

<sup>21</sup> VARGAS. Fábio de Oliveira. Ibid., p. 2.

<sup>22</sup> Ibid.

saúde, curatela e crédito conjunto para financiamentos. (MELLO, 2005, p. 51-52).

Não obstante a Dinamarca, em 1989, ser o país pioneiro em admitir o casamento entre pares homoafetivos, assegurando-lhes todos os benefícios sociais, todavia, excetuou, deste rol, a possibilidade de adoção de crianças<sup>23</sup>.

Ressalte-se que os países que seguiram a linha de vanguarda jurídica dinamarquesa, na questão de concessão de direitos jurídicos e sociais aos homossexuais, foram, primeiramente, a Noruega (1993), a Suécia (1994), a Islândia (1996) e a Finlândia (2001)<sup>24</sup>.

A Noruega autorizou o registro oficial da união de pares homoafetivos, proporcionando-lhes, aproximadamente, quase todos os direitos dos parceiros heteroafetivos, ou seja, eles têm o direito ao compartilhamento do poder familiar, entretanto continuou expressamente proibida a adoção de crianças, o que somente, no ano de 2002, foi autorizada<sup>25</sup>.

A Suécia, desde janeiro de 2005, reconhece a *paternariat*, que oficializa uniões entre homossexuais, *desde a* promulgação da Lei de Parceria Registrada<sup>26</sup>, que, nos moldes da Noruega, também não permitia a adoção conjunta ou individualmente de crianças, sendo que, a partir do ano de 2003, a adoção por casais homossexuais passou a ser autorizada.

Na Islândia, desde o ano de 1996, com o registro da parceria, ficou permitido, automaticamente, aos parceiros, o compartilhamento da autoridade parental, nos casos em que já houvesse a guarda anterior ao registro de parceria, prevendo,

---

<sup>23</sup> FARINELLI, Marta Regina ; MENDES, Sara Lemos de Melo. **ADOÇÃO POR HOMOAFETIVOS**. Disponível em: <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/SSR/article/viewFile/9/74>. Acesso em: 26 mai. 2012.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. **ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS**: uma abordagem jurídica e psicológica. Disponível em: [http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_10005.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf). Acesso em: 28 mai. 2012, p. 29.

<sup>26</sup> “O Estado não autoriza o casamento, mas somente o registro de uma união civil”. (DIAS, Maria Berenice. *Famílias Homoafetivas*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 26 maio, 2012, p. 1).

porém, no caso de dissolução, a cessação da guarda compartilhada, retornando para o pai biológico a guarda individual de seu filho<sup>27</sup>.

A Província da British Columbia, no Canadá, no ano de 1997, aceitou a possibilidade de homossexuais adquirirem a tutela e a adoção de crianças<sup>28</sup>.

Nos países nórdicos, a Bélgica (2002) e a Holanda (2001), já admitem o casamento de pessoas de mesmo sexo, sendo que neste último já há dispositivo legal que permite a adoção conjunta, desde que se trate de crianças holandesas<sup>29</sup>.

Em junho de 2001, entrou em vigor, também na Bélgica, uma lei que já havia sido aprovada em 1998, permitindo a união de pessoas do mesmo sexo, passando a permitir, primeiramente, o casamento civil aos pares homoafetivos nacionais e, no ano de 2004, passou tal lei a vigorar, igualmente, para estrangeiros. Tal lei propõe aos homossexuais os mesmos direitos dos heterossexuais em relação à herança e ao patrimônio, mas não autoriza a adoção de crianças<sup>30</sup>.

A Holanda, que figura como um país vanguardista em legislações liberais, teve aprovada pelo seu Parlamento, em de setembro de 2000, uma lei autorizando o casamento entre homossexuais, incluindo o direito ao divórcio e a adoção de filhos. Entretanto, para a adoção conjunta, os requerentes devem ser casados e ter coabitação de pelo menos três anos, havendo possibilidade de adoção individual. Já a concessão automática de pátrio poder à outra parceira, no que diz respeito a crianças nascidas durante o casamento ou de parceria lésbica, este tema ainda está em discussão. (BRANDÃO, 2002, p. 55)

Na Finlândia, uma lei aprovada em setembro de 2001, que entrou em vigor em março de 2002, legalizou a união homoafetiva, concedendo diversos direitos, porém não permitiu a adoção de crianças e nem o uso do sobrenome do parceiro<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. Ibid., p. 29-30.

<sup>28</sup> LAVRATTI, Viviane. **A união homossexual no âmbito da atual concepção de família**. Porto Alegre: Monografia (graduação em Direito) – PUC-RS, 2002, p. 58.

<sup>29</sup> YANAGUI, Viviane Brito. **União homossexual – necessidade de reconhecimento legal das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo no Brasil**. Brasília: Monografia (especialização em Direito Legislativo) – UNILEGIS e UFMS, 2005, p. 8.

<sup>30</sup> Ibid., p. 8-9.

<sup>31</sup> 86 DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o Preconceito & a Justiça**. 3. ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 46. 87.

Em dezembro de 2000, a Alemanha, aprovou uma lei, que começou a vigorar em agosto de 2001, concedendo direitos e deveres semelhantes aos pares homoafetivos àqueles dos heteroafetivos, como o direito de herança, de uso do sobrenome do parceiro, patrimônio comum, seguros de saúde ou desemprego, além do direito de uma pequena tutela sobre os filhos de seus pares que viessem a ser trazidos para a relação, mas a adoção de crianças não obteve permissão juntamente com os direitos fiscais<sup>32</sup>.

Em Portugal, foi aprovada, em 2001, a Lei das Uniões de Fato, reconhecendo aos homoafetivos os mesmos direitos dos heteroafetivos, como a união de fato para os casais que vivem juntos há dois anos ou mais, direitos fiscais, dentre outros, todavia, não reconheceu o direito à adoção de crianças<sup>33</sup>.

Na França, em 1999, uma alteração no Código Civil regulou o Pacto Civil de Solidariedade (PACS)<sup>34</sup>, que é um instrumento contratual<sup>35</sup> levado a registro cartorial e é utilizado como opção ao casamento civil para determinar os direitos e deveres a serem observados na vida comum do casal homossexual, tanto na relação mútua, quanto na relação com terceiros.

Na Espanha, diversas comunidades autônomas, como a Catalunha (1998), Aragão (1999), Navarra (2000) e Valencia (2001) possuem dispositivos legais versando sobre união de fato e estendendo seus efeitos protetivos à união homoafetiva<sup>36</sup>. Em 21 de janeiro de 2005, foi aprovado o projeto de lei nº 121/00018, pelo Gabinete do Primeiro-ministro José Luíz Rodríguez Zapatero, que dividindo opiniões na Espanha, principalmente com clamor desfavorável por parte da Igreja, foi aprovado pelo Congresso em junho de 2005, modificando o Código Civil

---

<sup>32</sup> PINTO, Carlos Frederico Hymalak. **As perspectivas jurídicas das relações homossexuais**. Porto Alegre: Editora Unisinos, série produção discente, 2000, p. 95.

<sup>33</sup> COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. Ibid., p.31.

<sup>34</sup> DIAS, Maria Berenice. Ibid., p. 46. 87.

<sup>35</sup> Contrato celebrado entre dois maiores de sexo diferente ou do mesmo sexo.

<sup>36</sup> Cita-se, como exemplo, o art. 1º da lei 04/2002 do Principado das Astúrias: “A presente lei tem por objeto estabelecer um conjunto de medidas que contribuam para garantir o princípio da não-discriminação na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico do Principado das Astúrias, de maneira que ninguém seja discriminado em razão do grupo familiar de que faça parte, tenha este sua origem na filiação, no matrimônio ou na união estável de duas pessoas que convivam em relação de afetividade análoga à conjugal, independentemente do seu sexo.”

espanhol, permitindo aos casais homossexuais o direito ao casamento e à adoção conjunta<sup>37</sup>.

Em dezembro de 2004, na Grã-Bretanha começou a vigorar uma lei que permite uma “associação civil”, aos casais heterossexuais e homossexuais, sendo que no ano de 2002 foi autorizado o direito de adoção por casais homossexuais.

Na Hungria as legislações têm sofrido mudanças para permitir que pares homoafetivos adotem crianças<sup>38</sup>.

Já a Rússia em contraposição, desde 2002, tentou por meio de três propostas recriminar a homossexualidade, mas mesmo estas não sendo aprovadas, o país ainda não possui legislação a favor, e nem contra, os direitos homoafetivos. De igual modo se encontram a Ucrânia, a Moldávia e a Macedônia<sup>39</sup>.

A oficialização da união homossexual foi autorizada pelo Parlamento Neozelandês em dezembro de 2004, prevendo os mesmos direitos dos casais heterossexuais, no entanto só há possibilidade de casamento oficial entre casais heterossexuais<sup>40</sup>.

O México se tornou o primeiro país da América Latina a permitir o casamento entre homossexuais, mas ainda não celebrou nenhuma cerimônia<sup>41</sup>, ao contrário da Argentina (Buenos Aires), que aprovou em dezembro de 2002, uma lei para regular a união civil entre casais homo ou heterossexuais, ocorrendo, então a primeira união civil entre homossexuais da América Latina em julho de 2003, entretanto, a regulamentação não prevê direitos sucessórios, nem previdenciários, nem a possibilidade de adoção.

---

<sup>37</sup> VARGAS. Fábio de Oliveira. Ibid., p.2.

<sup>38</sup> COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. Ibid., p.33.

<sup>39</sup> Homossexualidade na Europa. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade\\_na\\_Europa](http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade_na_Europa). Acesso em: 31 mai. 2012.

<sup>40</sup> ARAUJO, Francisco Assis De . **A legitimação da parceria homoafetiva**: uma síntese crítica, histórica, jurídica e psicológica para um estado laico. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-legitimacao-da-parceria-homoafetiva-uma-sintese-critica-historica-juridica-e-psicologica-para-um-estado-laico/33009/Acesso> em: 28 mai.2012.

<sup>41</sup> Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,argentina-celebra-1-casamento-homossexual-da-america-latina,488051,0.htm>. Acesso em: 29 mai. 2012.

Os Estados Americanos, contrários ao reconhecimento da união matrimonial entre homossexuais, aprovaram, em setembro de 1996, uma lei em defesa do casamento, negando o reconhecimento federal a casamento de pessoas do mesmo sexo, não admitindo que os Estados aceitem esta espécie normatizada em outras localidades.

Apesar desse diploma legal, ocorreu, nos Estados Unidos, um tratamento diferenciado em relação às uniões homossexuais, enquanto alguns Estados conservadores, de posição contrária, vedam a sua oficialização, outros liberais, por sua vez, possibilitam a regulamentação do casamento entre homossexuais por meio de suas Supremas Cortes. Algumas cidades, entre elas São Francisco (1991), Nova York (1993) e Washington (2010) reconhecem, a casais homossexuais, alguns direitos relativos ao patrimônio, seguro saúde e outros. O Estado de Massachusetts, no ano de 2004 autorizou o casamento entre casais homossexuais<sup>42</sup>. O Havaí, o Alaska e Vermont reconhecem a união homoafetiva com a concessão aos homossexuais de direitos semelhantes aos dos heterossexuais<sup>43</sup>. No Estado da Califórnia, em janeiro de 2002, entrou em vigor uma lei que autoriza o registro da parceria homoafetiva, assegurando direitos semelhantes ao casamento heteroafetivo, podendo, inclusive ser adotado o filho do parceiro<sup>44</sup>. A Flórida, em contraposição, tem proibido expressamente a adoção por homossexual. A adoção não possui tratamento igualitário, sendo, a requerimento, deferida<sup>45</sup> em alguns Estados, enquanto em outros não é concedida. Caso seja feito um requerimento, pode ser deferido, mas não há um posicionamento único.

O Tribunal da Pensilvânia teve uma decisão inédita, assegurando o direito a alimentos a uma lésbica que teve pentagêmeos por meio de inseminação artificial após ter sido abandonada por sua companheira. Frise-se que a esta decisão

---

<sup>42</sup> Massachusetts Supreme Judicial Court. *Goodridge, et al. v. Department of Public Health, et al.*, 18 November 2003.

<sup>43</sup> LAVRATTI, Viviane. *Ibid*, p. 58.

<sup>44</sup> . *Ibid*, p. 58.

<sup>45</sup> Deferem-se as adoções, baseando-se no interesse do menor com alteração na certidão de nascimento, constando o nome de duas mães ou dois pais.

baseada em uma obrigação alimentar, apesar de não se tratar de mãe biológica ou adotiva<sup>46</sup>.

Países conservadores como a Grécia e a Irlanda consideram a homossexualidade como um ilícito penal. Nos países de origem muçulmana, ou islâmica, também não existe tolerância à homossexualidade, sendo esta reprimida com a pena de morte<sup>47</sup>.

Vários países em posição intermediária, que não possuem legislação específica, têm discutido algumas iniciativas de lei no Poder Legislativo, tendo os direitos homoafetivos conseguido tutela por meio de decisões judiciais, como ocorreu, por exemplo, no Brasil, na Eslovênia, na República Tcheca, na Austrália, na Nova Zelândia e na maioria dos Estados Americanos, como já foi citado<sup>48</sup>.

## **2.4 O Reconhecimento dos Direitos Homoafetivos no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

No Brasil, a homossexualidade não é tida como crime, mas é tratada com indiferença pelo ordenamento jurídico positivado, pois não há lei específica tutelando seus direitos, como também, não existe proibição expressa a respeito. O reconhecimento e a tutela jurisdicional têm sido aplicados e efetivados por meio de decisões esparsas, nas searas administrativa e judicial.

Acerca dessa abordagem colacionam-se os dizeres de OLIVEIRA:

O Brasil vem avançando na conquista dos direitos dos homossexuais. Contudo, isso não ocorre pela implementação de políticas públicas bem sucedidas ou por leis que garantam o exercício de direitos básicos para qualquer cidadão. Tais conquistas são obtidas pelo engajamento e a mobilização de milhões de pessoas em todo país que lutam no dia a dia para fazer valer os direitos fundamentais a todos outorgados pela Constituição Federal, independentemente, da sexualidade escolhida para viver sua intimidade. (OLIVEIRA, 2011, p. 13).

---

<sup>46</sup> VARGAS. Fábio de Oliveira. Ibid., p.2.

<sup>47</sup> COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. Ibid., p.33.

<sup>48</sup> COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. Ibid., p.33.

As normas internacionais que são recepcionadas por nosso ordenamento jurídico, de acordo com o disposto no § 2º do art. 5º da CRFB/88, possuem aplicabilidade imediata, ou seja, os direitos e garantias contidos nas normas, nos princípios e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, devem ser integrantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, o Brasil, como país signatário da Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto de San José, deve acolher o princípio do respeito à dignidade humana, como também o princípio da igualdade, coibindo qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos.

O texto constitucional brasileiro assegura os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sendo que no art. 3º da CRFB/88 e seus incisos tem-se a proteção da dignidade humana, buscando uma sociedade livre, solidária e justa. Busca, ainda, erradicar a marginalização de todos os brasileiros, promovendo-lhes o bem-estar, sem que haja preconceito de raça, origem, cor, idade, sexo e quaisquer outras formas de discriminação, sendo que o direito à intimidade é garantido pelo art. 5º, X da CRFB/88.

Já o princípio da igualdade vem expresso na CRFB/88, em seus artigos 3º, IV; 5º, I e 7º, XXX.

Logo, fica bem definida a impossibilidade de tratamento diferenciado em função de orientação sexual. Todavia, observa-se uma resistência por parte de certos segmentos sociais que, contrário aos direitos homoafetivos, e diante da falta de providências legislativas, forçam os indivíduos a se socorrerem buscando os tribunais.

O Código Civil de 1916<sup>49</sup>, não reconhecia a união estável, pois apenas o casamento civil era reconhecido como entidade familiar, somente com a

---

<sup>49</sup> O Código Civil de 1916 só reconheceu a família originada do casamento. Já o novo Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 11/01/2003, dá à união estável os mesmos direitos do casamento, porém, só se for entre pessoas de sexo diferentes. Continuou o silêncio em relação à união de pessoas de mesmo sexo, o que não se justifica, visto que as legislações do mundo inteiro vêm regulamentando a parceria homoafetiva e a própria jurisprudência brasileira vem reconhecendo sua existência, ora como sociedade de fato (direito obrigacional), ora como união estável (direito de família).

Constituição de 1988, por meio de seu art. 226<sup>50</sup>, a união estável foi finalmente reconhecida como entidade familiar, protegida pelo Estado, criando um novo conceito de família, baseada em três princípios: afeto, solidariedade e cooperação.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.723, e seguintes introduz o mesmo significado de união estável e seus requisitos; contudo, há uma omissão em relação à legislação anterior, no tocante à revogação ou não das leis anteriores.

Logo, o reconhecimento da união homoafetiva, pode ser inserido, analogicamente, com o reconhecimento da união estável, vez que ambas são uniões entre pessoas baseadas no vínculo de afeto, distinguindo-se apenas pela diversidade de sexos das partes envolvidas, muito embora não conste expressamente desta maneira, nem na Constituição, nem no Código Civil.

O Brasil tem apresentado algumas iniciativas legislativas, porém, os entraves sociais e políticos acabam por entravar o êxito de que se efetive a consagração da positivação dos direitos homoafetivos.

Nessa busca regulatória, temos a iniciativa da ex-Deputada Federal Marta Suplicy que, em 1995, apresentou a proposta de Emenda à Constituição nº 139/95, prevendo a alteração dos artigos 3º e 7º da CRFB/88, com o intuito de que fosse proibida no Brasil a discriminação contra os pares homoafetivos. Entretanto, essa proposta foi arquivada em fevereiro de 1999.

Para a regulamentação da união civil entre pessoas do mesmo sexo, a ex-Deputada Marta Suplicy, também apresentou o Projeto de Lei nº 1151/95, porém este Projeto não admite a adoção de crianças por pares homoafetivos. O Deputado Roberto Jefferson, apresentou um projeto substitutivo<sup>51</sup> (10/12/1996) que obteve o

---

<sup>50</sup> A CRFB/88, em seu art. 226, § 3º, prevê como entidade familiar a união entre homem e mulher, conferindo *status* de entidade familiar à união estável e às famílias monoparentais, porém não consagrou expressamente aos pares homoafetivos essa tutela. Desse modo, perpetua o casamento, com a previsão da conversão da união estável em casamento. Maria Berenice Dias ressalta que: “ao fixar a diferença de sexo para deferimento de proteção estatal à entidade familiar, o art. 226, § 3º da CF/88 feriu o princípio da igualdade”. (DIAS, Maria Berenice. *Famílias Homoafetivas*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 26 mai. 2012).

<sup>51</sup> O substitutivo adotado teve o nome “união civil” substituído para “parceria civil registrada”, a fim de que não fosse confundido com o casamento. Determina apenas a elaboração de um contrato escrito, que poderá ser levado a registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, para dar garantia pessoal e patrimonial à relação homoafetiva, porém não autoriza o uso do sobrenome do parceiro, nem a alteração do estado civil, portanto, não há constituição de uma família propriamente dita.

parecer favorável da Comissão Especial do Congresso, mas até a presente data não foi votado<sup>52</sup>.

Notadamente, por não haver vedação constitucional explícita, surgem no país, leis<sup>53</sup> orgânicas municipais e alterações nas constituições estaduais, com o objetivo de proibir a discriminação gerada pela orientação sexual.

Débora Vanessa Caús Brandão entende que: “somente uma emenda constitucional tem competência para estender os mesmos direitos já conferidos às famílias e entidades familiares às parcerias homossexuais”. (BRANDÃO, 2002, p. 87).

Essa hipótese defendida, por Brandão pode ser dispensável<sup>54</sup> no entendimento da magistrada Maria Berenice Dias, que conclui que a lacuna legislativa pode ser superada por meio de interpretação analógica, fundamentada nos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que são as verdadeiras bases do sistema jurídico nacional:

Ao constatar-se essa paradoxal realidade, cabe indagar se uma lei poderia violar a si mesma, principalmente em se tratando de regras de assento constitucional (...). Uma norma só formalmente constitucional pode ser nula se desrespeitar, em medida insuportável, os postulados fundamentais da justiça. Segundo esse entendimento, a consagração da dignidade da pessoa humana tem o

---

<sup>52</sup> Esse Projeto foi retirado da pauta do Plenário desde 31/05/2001 por decisão de seus líderes. (Disponível em: [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=16329](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=16329). Acesso em: 17 mar. 2012.)

<sup>53</sup> A Lei Orgânica Municipal n.º 35 9791/2000, de Juiz de Fora/MG, garantiu aos pares homoafetivos o direito de se manifestarem em locais públicos. Alfenas, Viçosa, João Molevade, Belo Horizonte e várias outras cidades do Brasil, também possuem legislações semelhantes. Em São Paulo, a Lei Estadual nº 10.948, em 05/11/2001, penaliza a discriminação em virtude de orientação sexual.

<sup>54</sup> “Não se faz necessária a alteração da Constituição Federal, nem sequer o advento de lei para que se comece a respeitar a livre orientação sexual e visualizar seus diversos aspectos, desde a possibilidade de adoção até as questões decorrentes do transexualismo. Deve o direito conhecer e reconhecer a visibilidade que o movimento ‘saindo do armário’ vem emprestando ao amor que cada vez mais tem deixado de ter vergonha de dizer seu nome. De forma destemida e corajosa, a Justiça precisa ver que os relacionamentos homoafetivos não merecem tratamento diverso do que se outorga aos demais vínculos afetivos, pois configuram uma família e, por isso, estão ao abrigo das leis que regulam o casamento e a união estável. Não se trata de uma sociedade de fato, mas de uma sociedade de afeto, a ser enlaçada pelo Direito de Família, e não relegada ao Direito Obrigacional, que é estranho a direitos e deveres que têm a afetividade como origem, tais como direito a alimentos, direito sucessório, pensão previdenciária, etc.”. (DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 26 mar. 2012, p. 72).

condão de subtrair a eficácia de qualquer regra que a infirme, ainda que ela se encontre no bojo da própria Constituição . (DIAS, 2012, s/ p)

A interpretação por analogia possui vários doutrinadores adeptos, além de Dias. Senão, veja-se:

[...] essa interpretação é sustentada ainda por Luiz Edson Facchin e Adauto Suannes. Nesses casos deve ser usada a analogia à união estável, conforme preceitua o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, não havendo necessidade primordial de alteração da CF/88 para que a Justiça encare as relações homoafetivas como entidade familiar, dando-lhe a proteção merecida. Para ela, o art. 226, § 3º da CF/88 deve ser desconsiderado em relação aos pares homoafetivos, uma vez que é inconstitucional por ferir o princípio da dignidade humana e o princípio da igualdade. (DIAS, 2012, p. 1)

Os direitos homoafetivos sobre questões relativas à criança e ao adolescente podem, por analogia, ser fundamentados por meio do art. 6º<sup>55</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que praticamente reitera o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Observa-se que o ECA não faz cerceamentos quanto ao estado civil dos adotantes<sup>56</sup>, não define expressamente família substituta (Art. 28), tendo o § 3º estabelecido como requisito a ser considerado na apreciação do pedido, além do grau de parentesco, a relação de afinidade ou de afetividade, desse modo não há proibição expressa para a adoção por homossexuais, vez que a adoção deve ser deferida com base no art. 43 do referido Estatuto: “A adoção deverá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Desse modo, a inclusão familiar deve ser favorável à criança, não se definindo a modalidade de instituição familiar, o que basta é o bem estar que a ela terá no novo ambiente: “o ambiente familiar adequado é o ambiente acolhedor, no

---

<sup>55</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 6º “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

<sup>56</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

qual as pessoas envolvidas revelam-se emocionalmente entrosadas e, sobretudo, dispostas a oferecer o melhor abrigo possível ao adotando, com espírito de sua inclusão”. (FERREIRA & CARVALHO, 2002, p. 21).

A primeira inovação legislativa, acerca da garantia dos direitos homoafetivos, veio por meio da Lei nº 11.340/06, denominada Lei Maria da Penha que pode ter aplicabilidade em qualquer relação íntima afetiva, independentemente da orientação, sexual na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação, conforme previsto no artigo 5º, inciso III e parágrafo único. *In verbis*:

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:

[...]

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.** (grifo nosso)

Esta Lei inovou o conceito de família<sup>57</sup> no ordenamento jurídico brasileiro, o legislativo, finalmente, editou uma lei reconhecendo situações fáticas, estendendo a sua eficácia às relações homoafetivas do gênero feminino, ao incluir no dispositivo acima citado que as relações independem de orientação sexual. Enfim, a evolução da sociedade clama para que o direito acompanhe o momento social. Se não há positividade jurídica, o Direito não pode ficar inerte em relação aos fatos sociais que surgem e pleiteiam decisões judiciais nos casos concretos. Se o Direito de Família não pode atender a demanda, deve-se buscar nos princípios constitucionais os informadores do Direito na busca da resolução das lides. Segundo Berenice Dias:

---

<sup>57</sup> Diga-se de passagem, que a Lei Maria da Penha, alinhada com a Constituição Federal Brasileira, com a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e mais a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, além de alterar os Códigos de Processo Penal, Penal e a Lei de Execução Penal, inovou de certa forma o conceito legal de família no Brasil. (ALVES, Fabrício da Mota. A Lei Maria da Penha e a União Homoafetiva. 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=413>. Acesso em: 26 mai. 2012).

Ainda quando o direito se encontra envolto em uma auréola de preconceito, o juiz não pode ter medo de fazer justiça. A função judicial é assegurar direitos, e não bani-los pelo simples fato de determinadas posturas se afastarem do que se convencionou chamar de “normal”. Vivenciar uma situação não prevista em lei não significa viver à margem da lei, ser desprovido de direito, nada vedando o acesso à Justiça e a busca da tutela jurídica. (DIAS, 2012, p. 2).

A jurisprudência regulamenta as relações homoafetivas, em face da eliminação do preconceito e da discriminação: “A lei não acolhe razões que tem por fundamento o preconceito e a discriminação, portanto o que a lei não proíbe não pode o intérprete inovar”. (DIAS, 2012, p. 240-241).

A questão da jurisprudência sobre a homossexualidade, como instrumento regulador dos fatos sociais, é explanada pela advogada e presidente do Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF, Marilene Silveira Guimarães:

A boa doutrina e a moderna jurisprudência, consoante os dispositivos constitucionais, procuram evitar qualquer forma de marginalização do ser humano, seja pela orientação sexual, pela raça, pelo gênero, pela idade, pela condição financeira. Todo um contingente de operadores do direito tem inoculado em si o germe da constante revisão do direito posto frente à evolução do fato social. Trata-se de reformadores sensíveis à realidade, despojados de preconceito e prenhes de sentimento de justiça e respeito ao semelhante. No entanto, a sociedade não é composta apenas de reformadores. Boa parte dos operadores do direito também são conservadores e pretendem, equivocadamente, regulamentar sentimentos. Iludem-se narcisicamente, pensando que ao aprisionar o fato social estarão estabelecendo o rumo da história da humanidade. (GUIMARÃES, 2011, p. 150).

As decisões jurisprudenciais para assegurar os direitos das relações homoafetivas são inúmeras no ordenamento jurídico brasileiro, como veremos em capítulo específico mais adiante.

### 3 A PROBLEMATIZAÇÃO DA TUTELA ESTATAL: DECISÕES JUDICIAIS X OMISSÃO LEGISLATIVA

De acordo com o que se vem tentando demonstrar, ao longo da explanação, é de se concluir que nasce, por meio do advento da Constituição Federal de 1988, uma nova fase do Direito de Família, com fulcro no *poliformismo* de arranjos, mas igualmente aptos a constituir a célula mais importante e essencial da sociedade que é a família, devendo receber todos eles, sem exceção, “a especial proteção do Estado”.

Nesta linha, o conceito de família ao longo dos anos mudou seu objeto, passando de uma entidade institucionalizada e estritamente matrimonial, de procriação e economia básica (transmissão de patrimônio e circulação de riquezas), para uma entidade instrumental, que visa o alcance da felicidade por seus indivíduos, representada esta felicidade, pela realização profissional, econômica e pessoal, pautando-se, para tanto, na isonomia e na dignidade da pessoa humana.

Tais preceitos, como já dito, têm sua gênese no neoconstitucionalismo decorrente da Carta Federal de 1988, e, neste contexto, se pode dizer que a família hoje se funda e se manifesta por meio do afeto, sentimento que se tornou um valor ou um bem jurídico, elevado à categoria de Princípio Geral de Direito, e que, inegavelmente, deve ser tutelado pelo Estado Democrático de Direito.

Em síntese, diante da gama de direitos positivos que tutelam o Direito de Família, depreende-se que o Instituto Familiar volta a cumprir seu objetivo, sua finalidade prática, que nada mais é que efetivar a família como meio eficaz de socialização, produzindo indivíduos preparados cultural, econômica e profissionalmente, para gerarem benefícios não só para um núcleo familiar restrito, mas também, para a sociedade como um todo.

No entanto, dentre o rol de modalidades de família que pode ser observado no Artigo 226 da Constituição Brasileira, não consta a Família Homoafetiva, que pode até ser motivo de controvérsia em nível moral, ético, religioso, mas resta pacificada como uma realidade social, e que vem desencadeando cada vez mais desdobramentos no mundo jurídico, em termos, por exemplo, de reconhecimento matrimonial, pensão alimentícia, partilha de bens, filiação (principalmente a adotiva),

sucessão, direitos reais sobre bens imóveis, responsabilidade civil perante terceiros, dentre outros.

E é sob o prisma de não haver uma regulamentação expressa sobre o tema que casos concretos ficam demasiadamente submetidos ao crivo subjetivo dos julgadores, que se vêem, muitas vezes, obrigados, em razão da lacuna da legislação (Constitucional e Infraconstitucional), a se amparar não em preceitos jurídicos, mas em critérios morais, éticos e religiosos, que servem, exatamente, como ponto de divergências ideológicas acerca da homossexualidade, e, por conseguinte, em julgados heterogêneos, desassemelhados, nos quais casos extremamente análogos são decididos de maneiras divergentes por nossos tribunais. Situações estas que acabam por gerar danos não só aos indivíduos envolvidos, mas, também, a terceiros.

Por assim dizer, o Estado não pode deixar de agir, omitindo-se diante de situação concreta, que só será pacificada quando houver uma legislação a contento que, expressa e efetivamente, reconheça a família homoafetiva como entidade familiar de forma plena, constitucional e infraconstitucionalmente, com suas pertinentes consequências jurídicas, evitando que seus indivíduos tenham de recorrer a instrumentos administrativos, como, por exemplo, escrituras públicas ou termos de convenções particulares, para firmar um compromisso entre as partes conviventes. Ou, ainda, o Judiciário, único Poder que lhes resta para efetivar seus direitos. Tudo na busca por uma forma de amparo, de uma tutela jurisdicional que resguarde os envolvidos e lhes dê um mínimo de segurança jurídica, nos moldes do Direito de Família.

E mais, ao legislar sobre tema ainda tão controverso, o Estado estará, sem dúvida alguma, favorecendo e procedendo a inclusão social e jurídica destes “cidadãos de direito”, pacificando de vez a problemática questão que ainda paira no ar.

Mesmo quando se visa amparar tais situações, não se faz nos dispositivos legais fundados no Direito de Família e Sucessórios, especificamente, mas, sim, há de fundamentar-se no Princípio de Dignidade Humana e no da Isonomia, quando, na realidade, as relações a serem tuteladas amoldam-se às famílias heterossexuais, estas sim, reconhecidas pelo ordenamento jurisdicional com espeque no Direito Familiar e das Sucessões.

Em suma, muito embora, os operadores do Direito venham tentando suprir esta responsabilidade estatal ou a falta dela, por meio de julgados cada vez mais favoráveis às uniões homoafetivas, nossos legisladores não podem continuar fugindo de suas funções precípuas, perpetrando, desta forma, uma omissão, no mínimo, irresponsável do Estado.

### **3.1 As Relações Homoafetivas e a Tutela Estatal diante de casos concretos**

O pluralismo familiar focado na Carta Magna não deixa que se negue às famílias homafetivas a dignidade protetora do Ordenamento Jurídico, quando comparadas aos núcleos, ditos “tradicionais”, formados por pares heterossexuais.

No entanto, é de fácil conotação que esta isonomia não vem sendo aplicada a contento, ao menos, de parte de nossos legisladores,

Nessa linha, bem observa Torres:

Com o advento da pós-modernidade, ou como pretendem alguns da hipermodernidade, encontra-se o legislador pátrio diante da urgente, necessária e impostergável tarefa de positivar comportamentos decorrentes de novas posturas sociais e, por conseguinte, em reconhecer como cidadãos “novos sujeitos de direito”, que obtiveram sua ascensão com o advento do século XXI. (TORRES, 2010, s/p)

E segue dizendo:

Enquanto isso não ocorre, cabe ao Poder Judiciário a árdua tarefa de efetivar esses direitos sob o prisma da alternatividade, já que a inércia do Poder Legislativo, não pode servir de fundamento para se afastar da apreciação de nossos tribunais a pretensão desses “novos sujeitos de direito”, que até então viviam no entorno de uma sociedade cuja principal característica é a totalidade, ou seja, em não reconhecer o outro, o fora da totalidade ou o diferente, aquele subsumido na totalidade, pelo simples fato de não se adequarem em seus arquétipos.(TORRES, 2010, s/p)

Nesse sentido, o Judiciário vem tentando cumprir seu papel ao tutelar, pontualmente, os casos concretos que lhes são submetidos, como, por exemplo, nos julgados acerca da possibilidade de adoção e de união homoafetiva: STJ, Resp. 889.852/RS, julgado em 27/04/2010; e, respectivamente, STF: ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4277/DF.

Porém, tais situações não se resolvem tão pacificamente assim, pois em razão de decisões que dizem respeito aos homossexuais, bem como outras matérias de naturezas polêmicas (ex.: aborto de fetos anencéfalos), surgem duras críticas ao Poder Judiciário, no sentido de ponderar uma possível invasão do campo legislativo, e, portanto, ferindo o Princípio da Separação dos Poderes.

Com efeito, vale ressaltar a existência de questionamentos sobre estas decisões como veremos a seguir, no intuito de sopesar os chamados limites da jurisdição constitucional, conforme se depreende de artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 17, jan./jun.2011, de autoria do Dr. George Marmelstein, buscando demonstrar que a Corte Maior teria sucumbido aos “limites semânticos da constituição” (STRECK, 2011), “reescrevendo o texto da Constituição sem legitimidade para tanto” (DOUGLAS, 2011) ou “criando um direito até então inexistente” (ARRUDA, 2011).

Haja vista que seguindo nesta esteira de pensamento, teria que haver uma revisão textual da Carta Magna, a qual, em simetria com as regras infraconstitucionais, legitimasse as uniões homoafetivas, entenda-se dos direitos homoafetivos em geral, mas cabendo tal incumbência ao Congresso Nacional, e não ao Judiciário.

A argumentação desse grupo de juristas tem por esboço que o ativismo judicial aplicado em demasia, como ocorrido em relação às uniões homoafetivas, fragiliza o processo democrático popular. Senão, veja-se:

[...] não cabe ao Poder Judiciário “colmatar lacunas” do constituinte (nem do originário nem do derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela” (uma verdadeira “Constituição B”), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que “indevidamente” – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? “Chame-se o Judiciário [...]. Ou “criemos um princípio”, que “valerá” mais que a Constituição...! (STRECK, OLIVEIRA & BARRETO, 2011, 2009, p.81)

E seguindo, de acordo com os mesmos autores, se tal situação continuar a valer, provocará: “[...] uma instabilidade institucional pela fissura provocada no texto da Constituição através de um protagonismo da Corte Constitucional, gerando uma

espécie de mal-estar institucional gravíssimo”. (STRECK, OLIVEIRA & BARRETO, 2011, 2009, p. 80).

Para Ives Gandra Martins, “à luz da denominada ‘interpretação conforme’, estão conformando a Constituição Federal à sua imagem e semelhança, e não àquela que o povo desenhou por meio de seus representantes” (MARTINS, 2011, s/p).

Segundo a atual concepção hermenêutica, resta patente que o Judiciário, guardião da Constituição, vem reconfigurando, no bom sentido, o Princípio da Separação dos Poderes, participando mais ativamente das concretizações dos mandamentos constitucionais, imputando comandos diretos ao poder público independentemente de lei, por exemplo, no posicionamento sobre o nepotismo (STF, ADC nº 12, RE nº 579951), ou imputando obrigação de atendimento em creches e pré-escolas (STF, RE nº 410715), e até mesmo, regulamentando matéria na omissão do legislador. Mas, então, cabe indagar: O Judiciário pode *regulamentar*, mas pode *criar* ou decidir *na ausência de normatização expressa*, ou mesmo *contrário a ela quando existente* (artigo 226, § 3º da Constituição)?

A situação se plasma pela vasta gama de direitos fundamentais inseridos na Carta Federal, e não poucos deles são redigidos de forma vaga e aberta. Corolário disso é o aumento considerável de casos concretos, principalmente de cunho social (eutanásia, aborto de fetos anencéfalos etc.) e também das minorias, negros, homossexuais, religiosos, e demais grupos desabastados sócio-economicamente, em razão da pouca expressão política que possuem, os quais buscam abrigo no Poder Judiciário.

No epicentro desta celeuma fica a questão: qual o limite dos juízes em fazer valer a Constituição, e em quais situações seriam legítimas as suas respectivas atuações?

Vale observar que a discussão sobre os direitos dos homossexuais vem desde as deliberações que levaram à a composição do texto constitucional de 1988, mais especificamente acerca do artigo 226, § 3º da Carta Magna. Para tanto, valemo-nos do estudo proferido pelo juiz federal e doutor pela Universidade de Coimbra, George Marmelstein, que de maneira pertinente ao tema ensina que:

A Constituição Federal surgiu de um debate intenso na sociedade brasileira. [...] não se pode negar que vários setores da sociedade

tiveram voz na assembléia constituinte e muitos assuntos polêmicos foram debatidos abertamente.

Grupos de defesa dos direitos dos homossexuais também estiveram presentes [...] embora, até onde sei, não houvesse deputados constituintes confessadamente homossexuais. Os partidos de esquerda assumiram, na prática, a bandeira de luta dos gays [...].

[...] é possível verificar que a principal reivindicação dos grupos de defesa dos interesses dos homossexuais era a inclusão, no texto constitucional, de forma expressa, da proibição de discriminação por motivo de orientação sexual.

[...] percebe-se que vários deputados constituintes eram claramente preconceituosos [...] e estavam dispostos a barrar qualquer tipo de proposta tendente a conceder direitos a esse grupo.

Alguns discursos, se fossem pronunciados nos dias de hoje, certamente seriam enquadrados como homofóbicos, de tão carregados de preconceito contra as minorias sexuais.

Para alguns deputados constituintes a inclusão da proibição de discriminação por orientação sexual iria estimular a libidinagem, a imoralidade e a devassidão, introduzindo “maus costumes, entre nós, que só serviriam para perverter a ordem pública os bons costumes e a moral”, além de expor “a sociedade a exageros” e ridicularizar instituições. (MARMELSTEIN, ano 2011, p. 233)

Para consubstanciar sua pesquisa, Marmelstein trouxe, na íntegra, a transcrição de alguns discursos proferidos à época.

No Rio de Janeiro e em várias outras partes do Brasil, vemos homossexuais vestidos e pintados como mulher. É uma liberdade, mas que fiquem por lá. Ainda assim, não se muda sua origem masculina, a não ser que façam uma operação. No início, no nascimento, foram registrados como homens. Quanto à esta parte, não estamos discutindo se essas pessoas andam aos grupos – homens homossexuais, mulheres lésbicas, etc. Esse é um problema de cada um. O que estou discutindo é que não se dever colocar no texto da nossa Constituição essa aberração. (FERREIRA, 1987, p. 34)

#### Discurso do Deputado Antônio Jesus na Assembléia Constituinte:

Quando Vossa Excelência estava falando sobre os homossexuais, lembramos que, lamentavelmente, a Câmara Municipal de Salvador, como se sabe – isto foi noticiado pelos jornais – reconheceu, há pouco tempo, um grupo de gays como de utilidade pública. Agora vejam bem, Srs. Constituintes, para onde se está caminhando! Se pelo menos aquela casa legislativa se preocupasse em criar um centro de recuperação ou de reintegração dos homossexuais á sociedade eu estaria de acordo, pois, sem dúvida, isto seria um benefício e uma proteção para eles. Mas, simplesmente legalizar

suas atitudes, acredito que é uma distorção da realidade! [...] (JESUS, ano 1987, p. 87)

Obviamente que houve constituintes, como já dito, defensores da causa homoafetiva. Cita-se como um dos principais deles o Deputado Paulo Bisol, que assim se pronunciou:

Iniciando a apreciação das observações feitas a respeito do Relatório, quero tomar uma questão lógica como o primeiro problema a ser resolvido. Não basta levantar uma questão; é preciso que ela comporte uma decisão lógica, uma modificação lógica. Vou dar um exemplo: orientação sexual. A palavra está ali, objetivamente, e tem esse sentido, isto é, já está popularizada no sentido de que não se faça discriminação quanto aos homossexuais. Os homossexuais são uma minoria na sociedade brasileira. O artigo visa proibir as discriminações que prejudiquem as minorias. Tenho aqui um pequeno livro de ética, escrito por William Froukema, norte americano e professor na Universidade de Michigan. Neste livro há esta frase – porque a ética também tem obrigação de ser lógica: ‘Um juízo particular vincula essencialmente o juízo geral. De modo que não se pode considerar justificado um juízo particular, a menos que se aceite o juízo geral implicado, e vice-versa’. [...] Se, por exemplo, estou dizendo que é proibida a discriminação sobre sexo, não posso retirar a proibição da discriminação sobre a orientação sexual, pois isso já está implicado no juízo geral.[...] Acho que está faltando – digo isso com humildade - um pouco de lógica no raciocínio, está faltando um pouco de aprofundamento. Mas, repito, se apresentarem um emenda honesta, dizendo que a lei permitirá a discriminação dos homossexuais, e se ela passar na votação, eu a acrescentarei. Só que vou registrar que não foi por minha culpa, é claro – não vou carregar perante a História esta responsabilidade (BISOL, 1987, p.79).

Nessa linha, diante dos acalorados embates retóricos, acima transcritos, não se pode olvidar que a defesa dos direitos homoafetivos, conforme temos hoje, é fruto das mudanças que tornaram a sociedade brasileira mais tolerante com a causa em questão. Com efeito, nem na mais longínqua imaginação dos Constituintes de 1988, 24 anos após a promulgação da Constituição, a sociedade, ao menos a ocidental, defenderia de forma tão acirrada a tutela dos direitos homoafetivos.

Insta salientar, que só no Brasil, segundo dados da ONG Gay Lawyers, estima-se que 10% (dez por cento) dos brasileiros é homossexual, ou seja, aproximadamente 18 milhões de pessoas. Isso representa uma população maior que a do Estado do Paraná.

Dessa considerável população exsurgem questões de ordem práticas como bem assinaladas por Marmelstein:

Pessoas casadas ou vivendo em união estável heteroaferiva recebem do estado vários direitos que não são estendidos a pessoas solteiras e, até então, não eram estendidos a casais homoaferivos. A possibilidade de deduções no imposto de renda é maior; há o direito de recebimento de pensão de morte quando houver falecimento de um dos cônjuges; o plano de saúde familiar é mais barato; em caso de morte, a transmissão dos bens para o cônjuge sobrevivente é mais fácil; no direito administrativo o servidor público pode acompanhar seu cônjuge ou companheiro em caso de transferência *ex officio*, bem como obter licença para tratamento de saúde do companheiro/cônjuge e assim por diante. Há, naturalmente, em contrapartida, os ônus e deveres próprios de uma relação familiar, inclusive de índole patrimonial, como o dever de prestar alimentos ao dependente em caso de separação, comunhão dos bens adquiridos pelo casal e as demais responsabilidades próprias de uma relação familiar. Vale ressaltar que, muito antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, essas questões já vinham sendo decididas pelas instâncias ordinárias da justiça brasileira [...] (MARMELESTEIN, 2011, p. 241).

Diante dessa situação entendem aqueles favoráveis à intervenção do Judiciário nas questões aventadas, que na omissão do legislativo esses “sujeitos de direito” não podem continuar à margem do ordenamento jurídico, como se não existissem no mundo real, e tão somente se tratasse de uma situação teórico-doutrinária. Corroborando esta idéia extraem-se algumas posições do corpo do julgado do Recurso Especial nº 1.1833.378/RS, da lavra do Superior Tribunal de Justiça, no qual se concede a possibilidade do casamento homoaferivo:

[...] não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. [...] O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a “especial proteção do Estado”, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoaferivos possuem os mesmos núcleos

axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

E segue com o mesmo raciocínio:

Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º, do art. 226, da Constituição Federal).

Ao final, o Relator do mencionado Recurso Especial nº 1.1833.378/RS, Ministro Luis Felipe Salomão, adentra na questão legislativa com os seguintes dizeres:

Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre tendo em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias [...].

Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

Todavia, para evidenciar ainda mais as peculiaridades que permeiam o assunto, a iniciativa do Judiciário em decidir questões de tal natureza não era entendimento pacífico, inclusive, na própria Corte Suprema:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não admitir, em sede de fiscalização normativa abstrata, o exame de constitucionalidade de uma norma constitucional originária, como o é aquela inscrita no § 3º do art. 226 da Constituição: “- A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna, ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a

guarda da Constituição' (artigo 102, *caput*), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.- Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. (TARTUCE, 2006, s/p.)

Outro ponto interessante que vale ser abordado, e que ratifica toda a controvérsia que tange os direitos homossexuais, é que em pesquisa realizada pelo instituto IBOPE Inteligência, foi apurado que 55% (cinquenta e cinco por cento) da população brasileira é contra a decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a possibilidade da união entre pares homoafetivos:

Uma pesquisa do Ibope Inteligência divulgada nesta quinta-feira mostra que 55% dos brasileiros são contrários à decisão do STF (Supremo Tribunal Federal) que reconheceu a união de casais do mesmo sexo. O estudo, realizado entre os dias 14 e 18 de julho, identifica que as pessoas menos incomodadas com o tema são as mulheres, os mais jovens, os mais escolarizados e as classes mais altas. Sobre a decisão do STF, 63% dos homens e 48% das mulheres são contra. Entre os jovens de 16 a 24 anos, 60% são favoráveis, enquanto 73% dos maiores de 50 anos são contrários. Considerando a escolaridade, 68% das pessoas com a quarta série do fundamental são contra a decisão, enquanto apenas 40% da população com nível superior compartilha a opinião. Nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, 60% são contra. Já no Sul a proporção cai para 54% e, no Sudeste, 51%. Questionados se aprovam a adoção de crianças por casais do mesmo sexo, a proporção de pessoas contrárias é a mesma dos que não querem a união gay: 55%. Apesar da maioria contrária à união gay, a pesquisa revela que o brasileiro, de modo geral, é tolerante com homossexuais em seu cotidiano. Perguntados se se afastariam de um amigo caso ele revelasse ser homossexual, 73% disseram que não. A maioria também aprova totalmente que gays trabalhem no serviço público, como policiais (59%), professores (61%) ou médicos (67%). "Os dados mostram que, de uma maneira geral, o brasileiro não tem restrições em lidar com homossexuais no seu dia a dia, tais como profissionais ou amigos que se assumam homossexuais. Mas ainda se mostra resistente a medidas que possam denotar algum tipo de apoio da sociedade a essa questão, como o caso da institucionalização da união estável ou o direito à adoção de

crianças", afirma Laure Castelnau, diretora do Ibope Inteligência. A pesquisa ouviu 2.002 pessoas com mais de 16 anos em 142 municípios do país. A margem de erro é de dois pontos percentuais. (IBOPE INTELIGÊNCIA, 2012, s/p)

Talvez seja este um dos motivos que levam o nosso Legislativo a tardar em se pronunciar a respeito, tendo em vista, que como já enfatizado em capítulo anterior, vários projetos de lei ou de emendas à Constituição encontram-se sem andamento no Congresso Nacional.

### **3.2 Medidas peculiares pertinentes à questão homoafetiva**

Buscando demonstrar toda a resistência à concessão dos direitos homoafetivos, ao menos na esfera legiferante, foi aprovado dia 02 de agosto de 2011, o Projeto de Lei nº 294/2005, pela Câmara Municipal da cidade de São Paulo, que criaria o “Dia do Orgulho Heterossexual”, o que deve ter um impacto respeitável, haja vista que o Município de São Paulo possui potencial demográfico/econômico maior que muitos Estados da Federação. *In verbis*:

PROJETO DE LEI 01-0294/2005 do Vereador Carlos Apolinario (PDT) “Institui, no Município de São Paulo o Dia do Orgulho Heterossexual, e dá outras providências. A CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO decreta: Art. 1º - Fica instituído, no Município de São Paulo, o Dia do Orgulho Heterossexual, que será comemorado, anualmente, no 3º (terceiro) Domingo de Dezembro de cada Ano. Art. 2º - A data instituída por esta lei passará a constar do Calendário Oficial do Município de São Paulo. Art. 3º - O Executivo envidará esforços no sentido de divulgar a data instituída por esta lei, objetivando conscientizar e estimular a população a resguardar a moral e os bons costumes. Art. 4º - As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário. Art. 5º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. SALA DAS SESSÕES, Às Comissões competentes.”

E, a seguir, vem a Justificativa que, pelo seu conteúdo, entende-se ser pertinente a sua anexação:

## JUSTIFICATIVA PL 0294/2005

Um dos direitos mais importantes do ser humano é o livre arbítrio que abrange: escolha da profissão, lugar do domicílio, o estado civil e até mesmo suas preferências sexuais.

Entretanto os homossexuais se dizendo discriminados ou perseguidos estão tentando aprovar leis que na realidade concedem a eles verdadeiros privilégios.

Como cristão aprendi a respeitar a todas as pessoas, até porque não sou juiz do comportamento sexual de ninguém. Cada ser humano pode fazer do seu corpo aquilo que bem entender, neste sentido aprendi a respeitar os homossexuais e as lésbicas, porém não posso concordar com a apologia ao homossexualismo.

Há pessoas que tem preferências sexuais fora dos padrões normais da sociedade, o que indubitavelmente está assegurado na Constituição Brasileira, mas poderiam manter seus relacionamentos dentro da discrição que norteia o convívio social.

Está não é a pratica que vem sendo adotada, pois, preferem fazer estardalhaços em locais públicos, na internet, nos meios de comunicação e até em panfletos com objetivo de divulgar o homossexualismo, como se está opção implicasse em algum privilégio.

Os homossexuais dizem que são discriminados pela sociedade, quando na verdade são eles que discriminam aqueles que não concordam com suas opções sexuais.

Pergunto: É normal duas pessoas do mesmo sexo se beijarem em locais público ou na televisão?

Será que os homossexuais entendem como direito à liberdade, dois bigodudos entrarem em um restaurante e ficarem se beijando sem respeitar os demais clientes daquele estabelecimento?

Eles deveriam ter um comportamento adequado a nossa sociedade e deixar os beijos e afetos para os lugares reservados ou suas casas.

Acontece que os homossexuais não se satisfazem com o anonimato e para chamarem atenção começam a exigir direitos que se quer os heteros têm; se comportam de forma inadequada e muitas vezes agredem verbalmente aqueles que não concordam com suas idéias e depois querem que a sociedade aceite este comportamento.

Sou casado há 32 anos, nem por isso me acho no direito de ficar beijando excessivamente minha esposa em público para com isso demonstrar o carinho que tenho por ela. Quando os homossexuais aprenderem a respeitar a sociedade que é composta pelos seus pais, irmãos, familiares e amigos com certeza a sociedade também irá respeitá-los, pois aqueles que querem respeito devem agir de forma respeitosa.

Propomos assim, o projeto de lei, que, no âmbito do Município de São Paulo, se oficialize esta data como símbolo da luta pelo ORGULHO DE SER HOMEM E O ORGULHO DE SER MULHER.

Pelas razões expostas solicitamos aos meus pares que aprovelem esta proposição, de modo a instituir, como o DIA MUNICIPAL DO ORGULHO HETERO, todo 3º (terceiro) DOMINGO DE DEZEMBRO DE CADA ANO. VEREADOR CARLOS APOLINÁRIO - LIDER DO PDT.

No entanto, mesmo com a aprovação pelo Plenário do Legislativo Municipal, o projeto não entrou em vigor, pois foi vetado pelo Prefeito Gilberto Kassab, sob a fundamentação de inconstitucionalidade. (ANEXO I)

Outro caso, no mínimo interessante, e que está *sub judice* no Supremo Tribunal Federal, diz respeito à existência de união homoafetiva concomitante com união estável heterossexual. O Tribunal de Justiça de Sergipe se pronunciou no sentido contrário à possibilidade de reconhecimento, com fulcro numa declaração judicial firmada pelo casal. O STF, admitindo a controvérsia fática que paira sobre o tema, reconheceu a existência de repercussão geral na questão, mais especificamente acerca de delinear possível rateio de pensão por morte entre *companheiro e companheira* supérstite de um mesmo falecido.

Ainda sobre questões de cunho prático que assentam e atingem frontalmente direitos de indivíduos homossexuais, segue transcrição de Projeto de Lei que estabelece não ser crime o fato de que um templo religioso venha a impedir presença de homossexual em seus cultos.

De autoria do Deputado Washington Reis (PMDB-RJ) a proposição estabelece não ser crime a recusa de clérigos, em celebrar, nos seus templos, casamentos em desacordo com suas crenças, bem como a não aceitação da permanência de indivíduos homossexuais em seus cultos, com a argumentação “de que essa prática é descrita ‘como conduta em desacordo com suas crenças’, garantindo às organizações religiosas ‘o direito de liberdade de manifestação’.”

PROJETO de LEI Nº 1411, de 2011

(Do Sr. Washington Reis)

Acrescenta parágrafo ao art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, passa a vigorar acrescido do seguinte § 5º:

“Art. 20 .....

§ 5º O caput deste artigo não se aplica:

I – à manifestação do pensamento decorrente de ato de fé, que em razão da liberdade religiosa não obriga qualquer organização religiosa a efetuar casamento religioso em desacordo com suas crenças;

II – à prática do exercício de culto religioso, sendo livre e opcional, não configurando discriminação a recusa de organizações religiosas na permanência de cidadãos que violem seus valores, doutrinas, crenças e liturgias.”

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

#### JUSTIFICAÇÃO

O princípio da liberdade de consciência e de crença se encontra esculpido no inciso VI do art. 5º da Constituição Federal, qual seja: *é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias*; O princípio da liberdade se encontra no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, do Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Trata-se de cláusula pétrea inscrita no inciso IV, § 4º, do art. 60, da Carta Magna, não podendo ser atingido por emenda. Balizados nesse contexto, deve-se a devida atenção ao fato da prática homossexual ser descrita em muitas doutrinas religiosas como uma conduta em desacordo com suas crenças. Em razão disso, pelos fundamentos anteriormente expostos, deve-se assistir a tais organizações religiosas o direito de liberdade de manifestação.

Não obstante o direito que assiste as minorias, na legítima promoção do combate de toda e qualquer forma de discriminação, há que se fazê-lo sem infringir outros direitos e garantias constitucionais e sem prejudicar princípios igualmente constitucionais. Aliás, a promoção de uma sociedade sem discriminação é dever de todos os cidadãos, conforme inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, pelo que constitui objetivos fundamentais da República brasileira *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Assim, promova-se a alteração proposta a fim de excetuar do disposto no art. 20 da Lei nº 7.716/1989, as manifestações decorrentes da liberdade de consciência e de crença. Sala das Sessões, em de maio de 2011. Deputado WASHINGTON REIS

Com efeito, resta claro que o embate dentro da esfera legislativa entre favoráveis e desfavoráveis à concessão de direitos aos indivíduos e/ou aos pares homoafetivos está longe de chegar a um ponto comum.

Ocorre, porém, que sem esta regulamentação expressa, surgem decisões judiciais no caminho oposto, mesmo que concordando com o mérito do STF e do STJ, negam, por exemplo, pedido de casamento homoafetivo com a justificativa de ferimento aos ditames do Código Civil atinentes à matéria:

05/jul/2012

Duas pessoas do mesmo sexo que solicitaram habilitação para casamento em cartório de Registro Civil tiveram seu pedido indeferido pela juíza Sirlei Martins da Costa, titular da 1ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia. Para a magistrada, o casamento homoafetivo somente seria possível se ocorresse uma mudança na legislação brasileira, pois o ordenamento jurídico atual não dá respaldo a este procedimento, apesar do Supremo Tribunal Federal (STF) ter decidido, por unanimidade, que a união homoafetiva é uma entidade familiar. Em sua decisão, Sirlei Martins analisa se, após o

reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, também é possível o casamento entre elas.

A julgadora toma como base o artigo 226 da Constituição Federal (A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração) e o artigo 1.514 do Código Civil (O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados). A partir dessa legislação, a juíza afirma que “verifica-se que todas as formas de família têm especial proteção do Estado, sendo o casamento (família matrimonial) apenas uma das diversas formas de constituição de entidade familiar, ao lado da união estável, família monoparental, anaparental e união homoafetiva. Portanto, a legislação civil não permite chegar à conclusão de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo seja permitido no Brasil, pois não se pode confundir as diversas formas de constituição familiar”.

Apesar de entender, mesmo antes da apreciação do STF, que a Constituição Federal permitia o reconhecimento desse modelo de entidade familiar, Sirlei Martins afirma que “não pode o Judiciário ignorar a expressa previsão legal quanto aos requisitos para o casamento, em interpretação *ultra legem* (além do que prevê a lei), sob pena de avançar às funções do Poder Legislativo, que possui instrumentos democráticos e de legitimidade próprios para a criação ou modificação de regras”.

A magistrada afirma que, “como cidadã e operadora do Direito, sou a favor da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, desde que respeitados os trâmites democráticos impostos pelo Estado de Direito que a sociedade brasileira se submete. O tema deve ser debatido pelo Congresso Brasileiro. Certamente, um dia, a lei poderá se alterada, mas isto deve ser feito pelo Legislativo. A situação ora tratada não se refere à interpretação legislativa, logo não vejo como o Judiciário poderia autorizar o casamento sem ofensa ao princípio da separação dos poderes”, finaliza. (Texto: Ricardo Santana – Centro de Comunicação Social do TJGO)

Note-se, então, que os fundamentos legais que arrimam a sentença acima têm pertinência, até mesmo porque a própria magistrada afirma ser simpática à causa homoafetiva, mas que tem por dever de ofício se ater aos comandos normativos vigentes, sob pena da decisão ser *ultra legem*, ou seja, fora da lei. (ANEXO II)

Para tanto, fazemos uso novamente da observação do Dr. Lênio Streck:

Portanto, voltamos ao problema fundamental da questão que passa ao largo das discussões jurídicas empreendidas nessa seara, ou seja, que tipo de democracia queremos? Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos, absolutamente a favor

da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal.

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador do direito, o segundo, contingencial). (STRECK 2011, p. 79).

E continua a explanação:

Explicando melhor: em um regime democrático, como bem afirma Ronald Dworkin [...], é preciso fazer uma distinção entre preferências pessoais e questões de foro de princípio. O Judiciário pode intervir – e deve – sempre que estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a este Poder exarar decisões que manifestem preferências de pessoas de seus membros ou de uma parcela da sociedade (DWOKIN, 200,006). Isto se deve a um motivo bastante simples: a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário. [...] Ou seja, a decisão deve ser construída no contexto de uma sociedade dialogal, em que o Poder Judiciário tem sua função que não consiste em legislar. Em suma, uma questão como essa, justamente pela importância da qual está revestida, não pode ser resolvida por determinação de um Tribunal. É necessário que haja uma discussão mais ampla, que envolva todos os seguimentos da sociedade, cujo *locus* adequado encontra-se demarcado nos meios democráticos de decisão (leia-se Congresso Nacional – expressão nossa).

O autor assenta por fim que:

Veja-se que um dos argumentos utilizados, ao menos no plano retórico (para a utilização do ativismo judicial – colocação nossa), é o de o Judiciário dever assegurar a união estável (portanto casamento) de casais homossexuais, porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de “condições políticas” para tal, elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: uma democracia representativa. Cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais). O fato do Judiciário – via constitucional – efetuar “correções” à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões “legiferantes”. Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer “antipáticas” aos olhos da comunidade jurídica. [...] Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador.

Destarte, mesmo que as fontes de direito utilizadas pelos julgadores sejam legítimas, e diferentes daquelas que norteiam os operadores do processo legislativo, e devendo, portanto, prevalecer perante a vontade do legislador quando fundadas na tutela de direitos fundamentais de minorias, o Legislativo não pode ficar omissos ante a falta de legislação específica que reconheça e tutele os direitos homoafetivos de forma plena e incontestável nos moldes heterossexuais, abarcando todas as formas de arranjos necessários a uma comunhão de vida estável e duradoura, lhes conferindo um caráter de família para todos os fins constitucionais, sem que tais indivíduos precisem recorrer ao Judiciário, tantas vezes, na prática, inacessível para muitos, pelas mais variadas razões (financeira, falta de esclarecimento sobre o assunto, exposição pessoal, envolvimento de terceiros etc.).

Vale lembrar, nos dizeres de OLIVEIRA, que:

O Poder Legislativo, ao qual é atribuído, de modo sucinto, a função de valorar conflitos de interesses em sociedade e apresentar soluções, mediante edição de atos normativos de caráter geral e abstrato, não pode se manter à margem do problema. O Poder Executivo é o executor das normas de que defluem os direitos. O Poder Judiciário deve preservar o ordenamento jurídico quando lesado aplicando a Constituição e as leis, garantindo o exercício dos direitos em consonância com os valores encampados, notadamente os direitos fundamentais. A sintonia dos poderes é que assegura o pleno exercício de todos os direitos. (OLIVEIRA, 2011, p. 7).

Enquanto isso não ocorrer, perdurará o preconceito, a marginalização, a intolerância e a negligência em detrimento das respectivas garantias fundamentais aplicáveis.

#### 4. DIREITOS HOMOAFETIVOS RECENTEMENTE ASSEGURADOS

O juiz deve atender aos fins sociais a que a lei se destina e às exigências do bem comum, conforme está estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC – Decreto-lei 4657/42), portanto, as decisões dos magistrados, além de serem justas, devem ser interpretadas de modo que reflitam os intuitos do sistema jurídico nacional. Ainda, o mesmo diploma legal<sup>58</sup> como base da aplicação das leis, informa que o juiz deve “decidir o caso conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, consoante a letra do artigo 4º<sup>59</sup>.

Desse modo, a regulamentação das uniões homoafetivas tem a sua possibilidade efetivada por meio de interpretação analógica do artigo 226, §3º da Constituição Federal, e integrando o dispositivo legal à realidade social, ou seja, os operadores do Direito utilizam os direitos fundamentais analogicamente para o atendimento dos anseios sociais<sup>60</sup>.

Historicamente, conforme mencionado, já se tinha conhecimento das relações homoafetivas, haja vista que em Roma se aceitava este tipo de relacionamento entre os homens livres e escravos, como também relações de homens livres heterossexuais com meninos. (DUBY & ARIÉS, 2009).

Maria Berenice Dias ressalta que esta aceitabilidade começou a se repudiada pela Igreja, quando esta começou a marginalizar as uniões que contrariavam seus mandamentos:

É, simplesmente, uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem se interessa, pois quando se buscam causas parece que se está atrás de um remédio ou de um tratamento para encontrar a cura de algum mal. A infertilidade do vínculo homossexual foi repudiada pela Igreja, o que colocou essas uniões à margem da sociedade. Claro que a forma de demonstrar reprovação

---

<sup>58</sup> Artigo 5º da LICC (Decreto-lei 4657/42): “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

<sup>59</sup> Artigo 4º da LICC (Decreto-lei 4657/42): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

<sup>60</sup> “as vontades populares acabam por levar a efeito uma interpretação da Constituição” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. edição. São Paulo: Ed Celso Bastos, 2002, p.141).

a tudo o que desagrada à maioria conservadora é a condenação à invisibilidade. Assim, restam as uniões homossexuais marginalizadas e excluídas do sistema jurídico. (DIAS, 2005, p. 191).

A realidade atual demonstra que a homossexualidade tem se tornado cada vez mais presente nos relacionamentos sociais, desse modo, independentemente de ser considerada uma questão biológica, hereditária ou simplesmente uma opção sexual, o enfoque da homossexualidade está sendo visto sob o prisma da condição humana e o seu direito inalienável de dignidade, portanto, preconiza-se tanto, o direito a liberdade sexual, como o direito a livre orientação sexual, pois “todo ser humano tem o direito de *exigir respeito ao livre exercício da sexualidade*”. (DIAS, 2005, p. 193).

#### 4.1 A União Estável e a Parceria Civil

Conforme já visto, a família atual possui novos perfis, não refletindo mais tão somente o retrato imagem da família matrimonializada e patriarcal. A hierarquia, a obediência e o formalismo que antes caracterizavam a família foram sobrepostos pelos aspectos da igualdade e respeito entre todos os membros, assim, as uniões atuais são estimuladas pelo afeto, em preferência aos laços de sangue ou compromissos.

A ocorrência da liberação familiar que não fica mais subjugada à sociedade desobriga as pessoas a reprimir seus sentimentos, sendo o afeto e o amor, para Fernandinho Martins, a chave do relacionamento:

O que é uma família hoje? Formas de relacionamento novas resultam em arranjos inéditos, o que significa que a partir de agora o afeto vale muito mais do que laços burocráticos. A possibilidade de escolher as pessoas com quem se quer viver – a chamada “nova família” – abre um leque variado de combinações possíveis em que o amor parece ser a chave do relacionamento. (MARTINS, 2002, p. 1).

Nesta vertente, Jane Justina Maschio explana claramente o novo paradigma familiar:

A liberação sexual, sem dúvida, em muito contribuiu para a formação desse novo perfil de família. Não há mais necessidade do casamento

para uma vida sexual plena. [...] O objetivo dessa união não é mais a geração de filhos, mas o amor, o afeto, o prazer sexual. Ora, se a base da constituição da família deixou de ser a procriação, a geração de filhos, para se concentrar na troca de afeto, de amor, é natural que mudanças ocorressem na composição dessas famílias. Se biologicamente é impossível duas pessoas do mesmo sexo gerarem filhos, agora, como o novo paradigma para a formação da família – o amor, em vez da prole – os “casais” não necessariamente precisam ser formados por pessoas de sexo diferentes. (MASHIO, 2008, s/p).

A família moderna constitucionalmente protegida e com fundamento basilar no afeto não suporta mais as discriminações passadas:

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, está-se à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza de proteção constitucional, nada justificando que se desqualifique o reconhecimento dela, pois o só fato dos conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais. (DIAS, 1999, p. 88).

Essa liberdade familiar, em face da escolha traduz a realidade de uniões homoafetivas baseadas no afeto, como fato inegável no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, este não possui amparo legal para tutelar estas uniões<sup>61</sup>.

O Código Civil de 2002<sup>62</sup> apenas reconhece juridicamente casamento realizado entre homem e mulher, sob o prisma individual da pessoa<sup>63</sup>. A CRFB/88

<sup>61</sup> “O que se encontra é a realidade dos fatos, impondo-se ao Direito, que não evoluiu em tal ritmo”. (MASHIO, Jane Justina. **A Adoção por casais homossexuais**. p.1. In: Jus Navegandi, ano6, n. 55, ar. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=276>. Acesso em: 12 mar.2008).

<sup>62</sup> “No tocante ao Código Civil de 2002, a união homoafetiva ainda está no plano do não-reconhecimento, pois não houve a inclusão legislativa expressa. Tal lacuna pode ser compreendida, observando-se, em certa medida, os problemas de atualização de um texto legal que começou a ser pensado na década de 70, para, somente agora, ter sua aprovação verificada. As discussões acerca do tema da não-discriminação por orientação sexual no campo do Direito de Família ganhou mais visibilidade só recentemente, nos anos 90, o que talvez explique a sua ausência nas discussões do projeto do Código Civil”. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**. Aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 81).

<sup>63</sup> “A lei brasileira estabelece, que quando do nascimento da pessoa, sua identidade sexual seja identificada, através do registro civil do nascimento. E dessa forma, o Estado determina quem nasce homem e quem nasce mulher, impondo à pessoa sua situação jurídica”. (THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. *União homossexual: reflexões jurídicas*. Jus Navegandi. Teresina, ano7, n. 64. abr. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3930>. Acesso em 12 mai.2008).

também não regula a respeito de uniões homoafetivas, vez que o § 5º, do art. 226, trata os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, aqueles exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Assim sendo, juridicamente, não existe a possibilidade de existência de união entre homossexuais, ficando as relações homoafetivas dependentes de tutela estatal por meio de manifestações do Poder Judiciário.

Por sua vez, fundamentado, nos art. 3º, inciso IV e art. 5º, §§1º e 2º, assim como no art. 226, § 3º, todos da Constituição Federal e ainda, no art. 1.726 do Código Civil, o Judiciário tem realizado o ativismo judicial, para regulamentar as relações homoafetivas.

A omissão legislativa na regulamentação de normas para o reconhecimento da parceria civil homoafetiva de modo a garantir a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união, nos arranjos familiares do artigo 226 da Constituição Federal, visando à proteção dos direitos, em especial, à propriedade, à partilha de bens (meação), à sucessão e outros, cuja falta tantos transtornos fáticos e legais vem causando aos envolvidos, vem sendo deferida pelo Poder Judiciário devido à necessidade de decidir sobre fatos concretos, presentes nas relações sociais.

Neste diapasão, as uniões homoafetivas já foram reconhecidas pela Suprema Corte por meio dos julgados da ADPF nº 132-RJ e da ADI n. 4277-DF, nas quais o Ministro Ayres Britto foi Relator, conferindo a interpretação do art. 1.723 do Código Civil, sob a égide constitucional, para permitir o reconhecimento de uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo.

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 a 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. (ADF 132-RJ e ADI 4277-DF, Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julg, em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG. 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011).

Este julgamento foi um marco histórico para as relações homoafetivas, a partir de então, vários tribunais o usam como escopo básico em suas fundamentações.

O entendimento consoante do Superior Tribunal de Justiça pode ser expresso por meio do Recurso Especial nº 1.183.378, oriundo do Rio Grande do Sul:

Rio Grande do Sul - Direito de família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002, interpretação conforme a Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, 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". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e

é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contra majoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido. (STJ, REsp. 1.183.378 - RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011).

O Superior Tribunal de Justiça, diante da lacuna legislativa, também, se pronunciou favoravelmente diante da possibilidade do pedido de Ação Declaratória de União Estável, vez que inexistente vedação jurídica para esta demanda.

Rio de Janeiro - 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. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp. 820.475/RJ, 4ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, j. 02/09/2008). Nesta vertente, vários Tribunais Estaduais<sup>64</sup> têm-se pronunciado favoravelmente a fim de

<sup>64</sup> **Tocantins - Palmas** - Conversão de união estável em casamento. (TO, Autos nº 5003849-43.2011.827.2729, 3ª Vara de Família e Sucessões, Juiz de Direito Adonias Barbosa da Silva, j. 23/04/2012).

**Rio de Janeiro** - 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 4-277/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 estabelecida 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

garantir, diante da omissão legislativa, os direitos fundamentais dos cidadãos que se encontram a mercê de fatos reais, sem a devida normatização para dirimir seus conflitos, desse modo, percebe-se que as decisões do Judiciário, nos entes federativos, se comungam em face da proteção a todos temos direito, não permitindo que indivíduos fiquem vulneráveis a situações cotidianas, reflexo de transformações sociais, garantindo aos pares homoafetivos direitos resultantes dessa união, como por exemplo, direitos patrimoniais, de posse e sucessórios.

## 4.2 O Instituto da Adoção frente à Homoafetividade

A possibilidade de adoção por homossexuais tem originado polêmicas e posicionamentos controvertidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Constatam-se posicionamentos favoráveis e outros contrários. Dentre os favoráveis encontra-se o Parecer do deputado federal do PT, Marcos Rolim:

Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o

---

habilitação *in casu*, forçoso é de concluir que merece reforma a decisão monocrática, convertendo-se a união estável caracterizada nos autos em casamento. Provimento do recurso. (TJRJ, AC 0007252-35.21012.8.19.0000, 8ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Francisco, j. 17/04/2012).

**São Paulo - Guarulhos** - Pedido de conversão de união estável em casamento. (SP, Proc. nº 224.01.2011.081916-6, Juíza Substituta Rafaela de Melo Rolemberg, j. 07/02/2012).

São Paulo – Santos – Conversão de união estável em casamento. (SP, Proc. nº 2371/2011, 2ª Vara da Família e Sucessões, j. 12/12/2011).

**Distrito Federal - Brasília** - Pedido de reconhecimento de união estável, seguido de conversão para casamento civil. (TJDF, 5ª Vara de Família, Proc. nº 2011.01.1.145424-4, Juiz de Direito Subst. Josmar Gomes de Oliveira j. 30/08/2011).

**São Paulo - Limeira** - Pedido de conversão de união estável em casamento. (SP, Proc. 3587/09, Juiz de Direito Mario Sergio Menezes, j. 30/08/2011).

**São Paulo - Franco da Rocha** - Pedido de conversão de união estável em casamento. (SP, Proc. nº indisponível, Juiz de Direito Fernando Dominguez Guiguet Leal, j. 19/08/2011).

**São Paulo - Dracena** - Pedido de conversão de união estável em casamento. (SP, Protocolo nº 363/11, Juiz de Direito Bruno Machado Miano, j. 04/08/2011).

**Pernambuco - Recife** - Pedido de conversão de união estável homoafetiva em casamento. (PE, 1ª Vara de Família e Registro Civil, Juiz de Direito Clécio Bezerra e Silva, j. 02/08/2011).

suficiente para dizer: - "Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais?" Ora, tenham a santa paciência. O que todas as crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas foram espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas. Por óbvio, aqueles que as maltrataram por surras e suplícios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; que as deixaram sem terem o que comer ou o que beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive, quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - "que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?". (ROLIM, 2003, s/p)

Os defensores da adoção por homossexuais ressaltam que a prioridade deve ser elencada no melhor interesse do menor<sup>65</sup>.

O que impedirá, pois, o acolhimento do pedido de colocação em família substituta será, na verdade, o comportamento desajustado do homossexual, jamais a sua homossexualidade. Assim, se ele cuidar e educar a criança dentro dos padrões aceitos pela sociedade brasileira, a sua homossexualidade não poderá servir de pretexto para o juiz indeferir a adoção (e tampouco a guarda ou a tutela) pleiteada. (SILVA, 1996, p. 4)

A inadmissibilidade da adoção de crianças por casais homossexuais, só vem em prejuízo do menor, principalmente quanto ao aspecto patrimonial, já que, sendo filho, passa a ter todos os direitos pertinentes à filiação, à guarda, aos alimentos e sucessórios, que ao invés de tal direito dizer respeito a duas pessoas, existirá apenas em relação ao adotante.

A falta de regulamentação da adoção por homossexuais no Brasil, por lei resulta na realização da prestação jurisdicional sobre o caso concreto, pelo judiciário, por meio de construções jurisprudenciais a esse respeito.

---

<sup>65</sup> "A inadmissibilidade da adoção de crianças por casais homossexuais, só vem em prejuízo do menor, principalmente quanto ao aspecto patrimonial, já que, sendo filho, passa a ter todos os direitos pertinentes à filiação, guarda, alimentos e sucessórios". (GOBBO, Edileuza, *apud* FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 97).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou, favoravelmente, negando um Recurso Extraordinário que pretendia limitar a adoção de crianças, promovido pelo Ministério Público do Paraná, que não aceitou a decisão do tribunal *a quo*:

Paraná - Recurso extraordinário - razões - descompasso com o acórdão impugnado - negativa de seguimento. 1. Contra a sentença proferida pelo Juízo, houve a interposição de recurso somente pelos autores. Pleitearam a reforma do decidido a fim de que fosse afastada a limitação imposta quanto ao sexo e à idade das crianças a serem adotadas. A apelação foi provida, declarando-se terem os recorrentes direito a adotarem crianças de ambos os sexos e menores de 10 anos. Eis o teor da emenda contida à folha 257: [...] 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculo biológico, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento. 2. Há flagrante descompasso entre o que foi decidido pela Corte de origem e as razões do recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná. O Tribunal local limitou-se a apreciar a questão relativa à idade e ao sexo das crianças a serem adotadas. No extraordinário, o recorrente aponta violado o artigo 226 da Constituição Federal, alegando a impossibilidade de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo, questão não debatida pela Corte de origem. 3. Nego seguimento ao extraordinário. 4. Publiquem. (STF, RE 615.261, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/08/2010).

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de julgamento, visando o bem estar dos menores, e de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em um Recurso Especial, proveniente do Rio Grande do Sul, prolatou parecer favorável à adoção de crianças por homossexuais:

Rio Grande do Sul - Menores. Adoção. União homoafetiva. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos

registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles. (STJ, REsp. 889.852-RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010).

A habilitação conjunta é outro fato presente em vários Tribunais de Justiça que se manifestam conjuntamente favoráveis.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> **São Paulo** – Apelação - Habilitação conjunta em cadastro de adoção, por requerentes que vivem em união homoafetiva - Habilitação separada de cada uma delas - Decisão extra petita - Inocorrência - Acolhimento parcial da pretensão - Cabimento, entretanto da habilitação conjunta, como pedido - Previsão constitucional exemplificada de constituições familiares (artigo 226) - Legislador constitucional que, ao usar o termo "também", em seu parágrafo quarto, não afasta a proteção de outras unidades familiares - O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher não excluiu o reconhecimento de outras uniões - Ausência de previsão legal expressa, a ser suprido pela aplicação da analogia e pelos princípios gerais de direito, dentre os quais os da igualdade e da dignidade humana (art. 4º da LICC) - Conviventes com boas condições objetivas e subjetivas para adoção - Avaliações técnicas uníssonas a indicar aptidão ao exercício do poder familiar - Habilitação separada que não representaria a realidade de vida das crianças - Provimento do recurso, com rejeição da matéria preliminar. (TJSP, AC 990.10.222399-0, Rel. Maria Olívia Alves, j. 22/11/2010).

**Rio de Janeiro** - 1 VIJ - Cartório da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, Proc. nº 0310216-90.2010.8.19.0001, p.29/09/2010.

Rio de Janeiro - Rio de Janeiro - 1ª Vara Regional da Infância, da Juventude e do Idoso, Proc. 2008.202.028145-9, Juíza de Direito Mônica Labuto Fragoso Machado, j. 03/11/2009.

### 4.3 Os Direitos Previdenciários nas Relações Homoafetivas

Os benefícios previdenciários, como a pensão por morte, para o companheiro homossexual supérstite são objeto de requerimentos por via judicial<sup>67</sup>. A Lei nº 8213/91, em seu artigo 16,<sup>68</sup> dispõe a respeito da classe dos dependentes do

---

**Rio de Janeiro** – Rio de Janeiro - Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, Proc. 0446684-32.2008.8.19.0001, j. 25.09.2009.

**São Paulo** - Apelação Cível - Requerimento em conjunto de habilitação no Cadastro de Pretendentes à Adoção - Decisão que excluiu a co-apelante do pólo ativo da ação, tendo em vista já constar a mesma do Cadastro Nacional de Adoção - Descabimento - Possibilidade da permanência de ambas as peticionárias no pleito, uma vez que tal pedido não anula o anterior nem se lhe contrapõe - Aplicação do disposto no Provimento 05/05 do TJ/SP, mesmo que o cadastro anterior tenha sido feito em outro Estado, de acordo com a Resolução 54/08 do CNJ. Apelação provida. (TJSP, AC 178.178-0/6-00, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. 27/07/2009).

**Paraná** – Curitiba – Habilitação para a adoção. Proc. 2007.000475-0, Juíza de Direito Maria Lúcia de Paula Espíndola, j. 20/04/2009.

**Paraná** - Apelação cível. Adoção por casal homoafetivo. Sentença terminativa. Questão de mérito e não de condição da ação. Habilitação deferida. Limitação quanto ao sexo e à identidade dos adotandos em razão da orientação sexual dos adotantes. Inadmissível. Ausência de previsão legal. Apelo conhecido e provido. 1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento. (TJPR, AC 529.976-1, Rel. Juiz Conv. D'Artagnan Cerpa Sá, j. 11/03/2009).

<sup>67</sup> “Em 2000, o Ministério Público Federal ajuizou uma ação civil pública junto à 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre requerendo que o INSS reconhecesse o direito previdenciário do companheiro homossexual. A juíza titular da Vara Federal deferiu imediatamente o pedido, expedindo uma liminar obrigando o INSS a conceder tais benefícios. A abrangência da decisão é nacional, beneficiando casais homossexuais em qualquer parte do Brasil. O INSS recorreu da decisão, tanto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, como diretamente ao Supremo Tribunal Federal, não obtendo sucesso na tentativa de suspender a decisão. Posteriormente, o julgamento do mérito confirmou os termos da liminar (manteve o direito dos homossexuais), tendo havido apelação por parte do INSS. A apelação também foi favorável aos homossexuais e o INSS interpôs recurso especial e recurso extraordinário, ainda pendentes de julgamento junto ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Para cumprir a ordem judicial, o INSS regulamentou por meio de instrução normativa a maneira como o companheiro homossexual deve comprovar essa união. Atualmente essa regulamentação encontra-se nos artigos 30; 52, §4º; 271 e 292 da Instrução Normativa do INSS nº 20, de 10 de outubro de 2007, que, sempre se referindo à ação judicial que originou a obrigação, prevê o benefício de pensão por morte e auxílio-reclusão, referente a óbitos ou prisões ocorridas a partir de 5 de abril de 1991, exigindo-se apenas a comprovação de vida em comum”. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos\\_LGBT\\_no\\_Brasil](http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_LGBT_no_Brasil). acesso em: 24 mai. 2012.

<sup>68</sup> Artigo 16 da Lei 8.213/91: “São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; [...] § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida, e a das demais deve ser comprovada”.

beneficiário, que tem direito a receber a pensão do INSS no caso de morte do segurado. A concessão desses benefícios para o caso de companheiro tem como requisito a comprovação de relação de convivência, ou seja, comprovação de existência de união estável, sendo a dependência econômica presumida para esta classe de dependentes.

Todavia, estes requerimentos frequentemente têm sido determinados improcedentes quando se trata de benefício para companheiro homossexual supérstite, devido ao entendimento de ausência de legislação específica para fundamentar a questão ou, equivocadamente,<sup>69</sup> se sugere a necessidade de comprovação de dependência econômica.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> Reforça-se que para esta classe (cônjuges ou companheiros), a questão da dependência econômica é presumida.

<sup>70</sup> A Justiça Federal já firmou Jurisprudência tendo em vista que não há necessidade de comprovação de condição de dependente, vez que as relações de companheirismo hetero ou homossexuais devem ser tratadas com isonomia:

**TRF 4ª Região - Rio Grande do Sul** - Administrativo. Servidor civil. Companheira. Inscrição como dependente e beneficiária da requerente. Possibilidade. 1. Em nome do primado da igualdade inserto nos artigos 3.º, IV e 5.º da Magna Carta, são reconhecidos aos companheiros homossexuais os mesmos direitos ordinariamente concedidos aos parceiros de sexos diversos, inclusive na órbita estatutária. 2. A fim de que corretamente observado este princípio e conferido tratamento isonômico aos parceiros homossexuais, também as mesmas exigências feitas em relação aos companheiros heterossexuais - no que se refere à comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais - devem ser consideradas impingidas à união entre pessoas do mesmo sexo, a fim de que surtam os efeitos próprios da configuração de uma relação estável, constituindo afronta ao princípio da legalidade a adoção de postura diversa. 3. Comprovada a conveniência pública, contínua e duradoura da união estabelecida entre a requerente e sua companheira, impõe-se o reconhecimento da possibilidade de inscrição desta como dependente da servidora pública, no intuito de que passe a figurar como sua beneficiária, para que, como tal, usufrua dos direitos atinentes a essa condição, equiparada por analogia à união estável. (TRF 4ª Região, Apel. Reex. 2005.71.00.043395-2, 3ª T., Rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva, j. 05/04/2011).

**TRF 2ª Região - Rio de Janeiro** - Agravo de instrumento. Antecipação de tutela. Relação homoafetiva. Inscrição dependente junto ao INSS e ao plano de saúde. O pronunciamento judicial ora impugnado encontra-se assentado em recentes entendimentos adotados por nossos Tribunais, bem como em farta documentação trazida aos autos a denotar a presunção de relação afetiva entre servidora autárquica e sua companheira. Precedentes (TRF 2ª Região, AG 2010.02.01.005006-2, 7ª T. Esp., Rel. Des. Fed. Sérgio Feltrin Correa, j. 15/09/2010).

**TRF 1ª Região - Distrito Federal** - Previdenciário. Designação de dependência para fins previdenciários. Companheira do mesmo sexo. Possibilidade. Relação de fato comprovada por vasto acervo probatório. Pedido procedente. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. 1. A possibilidade de se compreender como juridicamente admissível a relação de dependência previdenciária entre pessoas do mesmo sexo, em interpretação à legislação previdenciária, tanto do RGPS, quanto do regime jurídico único, já integra a orientação jurisprudencial vigente. Precedentes: RESP 395904/RS, processo 2001/0189742-2, 6ª turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, Rel. : Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 06.02.2006, p. 365; AC nº 316346, processo nº 20025101500478-3/RJ, 4ª turma do TRF/2ª região, Rel.: Desembargador Federal Fernando Marques, DJU de 24.06.2004, p. 216; TRF/1ª região. AC 2002.38.00.043831-2/MG. Rel. Des. Federal Neusa Maria Alves. DJ de 19.01.2007 p. 25). 2. Com escopo de comprovar o vínculo e a relação de dependência, a ora apelada colacionou aos autos os seguintes documentos, dentre outros: A) inclusão da companheira lenivone Maria Pires como dependente na fundação ASSEFAZ (fls. 49); b)

residência em comum (fls. 56 e 62); c) estabelecimento da condição de beneficiária em contrato de seguro de vida (fls. 64); d) custeio de despesas com saúde (fls. 63); e) reconhecimento público de convivência e relação homossexual (fls. 93); f) diversos testemunhos acerca da íntima relação existente entre as autoras e de vida em comum, a partir de 1987 (fls. 117/146); g) registros fotográficos diversos, em ambientes e datas distintas, evidenciando a relação de intimidade narrada na petição inicial (fls. 147/170); h) cartas recíprocas retratando a natureza da relação íntima existente entre as autoras (fls. 171/343); i) escritura pública declaratória de união estável, formalizada em 2.004 (fls. 344). 3. A relação de dependência para fins previdenciários, determinante para eventual pensão por morte, possui natureza continuada e caráter substitutivo, destinando-se a suprir, de forma integral ou parcial, a falta daquele que provia as necessidades de subsistência, seja em razão de uma relação civil formal, quando a dependência econômica se presume (cônjuges, filhos), seja em razão de uma relação de fato, mas fundada nas mesmas razões que ensejam a proteção previdenciária, hipótese em que deve ser efetivamente demonstrada. 4. Realidade evidenciada nos autos, encontrando-se devidamente comprovadas as circunstâncias relativas à relação fática determinante da dependência previdenciária, caracterizada por uma relação de companheirismo, embora entre pessoas de mesmo sexo. 5. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF 1ª Região, AC 2005.34.00.037051-7, 2ª T., Rel. Juiz Federal Conv. Itelmar Raydan Evangelista, j. 07/04/2010).

**TRF 4ª Região - Santa Catarina** - Administrativo. Servidor público. União homossexual. Realidade fática. Dependência econômica evidenciada. Direito de habilitação de companheiro. Princípios constitucionais de igualdade. Artigos 3º, IV, e 5º da CF/1988. A Carta Política de 1988 assegura o princípio da igualdade à luz do comando dos seus artigos 3º, inciso IV, e 5º, que afastam discriminação. Daí decorre a imprescindibilidade de o direito acolher regras que alcancem as modificações que ocorrem na sociedade, nas relações entre pessoas. Comprovada de forma suficiente a sociedade de fato, é de ser reconhecido o direito de o autor habilitar seu companheiro como dependente para o fim de concessão de direitos daí derivados. (TRF 4ª Região, AC 2005.72.00.010829-0/SC, 4ª T., Rel. Juiz Fed. Alexandre Gonçalves Lippel, j. 24/06/2009).

**TRF 3ª Região - São Paulo** - Direito constitucional. Direito previdenciário. Agravo de instrumento. Benefício previdenciário. Relação homoafetiva. Servidora pública federal. Inscrição de companheira como dependente. Possibilidade. Constituição federal. Art. 226, § 3º. Arts. 3º, IV e 5º, I. Art. 4º LICC. Lei 8.112/90 e IN 25/2000. 1. A norma contida no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, que trata da proteção do Estado à união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, certamente não deve ser interpretada de forma isolada, conquanto a regra fundante, quanto à vedação de qualquer forma de discriminação, encontra-se inscrita no artigo 3º, inciso IV, que estabelece constituir um dos objetivos fundamentais da República brasileira a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, compreendendo, esta última expressão, espectro lato o bastante para abarcar a proibição de se discriminar com base na orientação sexual da pessoa. 2. Consagra, ainda, a Lei Fundamental, o princípio da igualdade, traduzido na primeira parte da norma contida no caput do artigo 5º, ao asseverar que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: I - homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta Constituição". 3. Sendo vedada qualquer forma de discriminação, proibida a distinção de qualquer natureza, claro está que as pessoas não podem ser alvo de tratamento desigual, em decorrência da orientação sexual que adotarem. 4. Aliás, o direito como produto cultural e fenômeno social é dinâmico e deve acompanhar as mudanças verificadas no seio da sociedade, preenchendo as lacunas do ordenamento jurídico, por meio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, e aplicando a lei segundo os fins sociais colimados. 5. Assim sendo, caracterizado o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo resultando na chamada união homoafetiva, cabe a adequação da situação fática perante o ordenamento jurídico, devendo ser estendido às relações homossexuais o mesmo tratamento dispensado nos casos de relações heterossexuais, pois a opção sexual não pode ser usada como fator de discriminação. 6. Ademais, o artigo 217 da Lei 8.112/90 não faz distinção entre o relacionamento heterossexual ou homoafetivo, não restringindo os benefícios previdenciários a homem e mulher. Referido dispositivo limita-se, apenas, a prever como beneficiários das pensões o companheiro ou companheira designada que comprove união estável como entidade familiar, sem qualquer vedação expressa que estes sejam do mesmo sexo. 7. Por analogia, é possível invocar e aplicar a Instrução Normativa 25/2000, expedida, pelo Sistema Geral da Previdência Social, que estabelece procedimentos a serem adotados para deferimento de benefício previdenciário ao companheiro ou à companheira homossexuais, sendo certo que, em obediência ao princípio da isonomia, aplica-se, da mesma forma, aos servidores

públicos federais. 8. É jurídica a pretensão de indicar companheira como dependente para fins de recebimento de benefício previdenciário, pois, ninguém pode ser discriminado em razão de sua opção sexual, gerando a relação homoafetiva direitos análogos ao da união estável. 9. Agravo a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, AI 2005.03.00.066650-2/SP, 2ª T., Rel. Juiz Convocado Valdeci Dos Santos, j. 03/03/2009).

**TRF 1ª Região – Distrito Federal** - Apelação Cível em Mandado de Segurança 2005.34.00.013248-1-DF, Rel. Des. Federal Souza Prudente, j. 07/03/2008.

**TRF 4ª Região - Rio Grande do Sul** - Servidor público. Relação homoafetiva. Reconhecimento de companheira como beneficiária. A interpretação que vêm sendo consolidada pelos nossos Tribunais defende a ótica de que não se deve ignorar os princípios norteadores da Lei Maior, que consagram a igualdade em seu artigos 3.º, IV e 5.º em detrimento da discriminação preconceituosa. (TRF 4ª Região, AI 2006.04.00.011594-2-RS, Rel. Des. Vânia Hack De Almeida, j. 12/06/2006).

**TRF 4ª Região - Santa Catarina** - Administrativo. Servidor público. União estável. Homossexual. Art. 217, I, C, da lei n. 8.112/90. Designação. Ausência. Dependência econômica comprovada. 1. Entender que os homossexuais estariam excluídos da "união estável", vez que esta se verificaria somente entre um homem e uma mulher, significaria a exclusão do reconhecimento da convivência entre homossexuais em ótica evidentemente divorciada da realidade e em dissonância com os preceitos constitucionais. 2. À míngua do ato formal de designação de dependente, prevista no art. 217, I, "C", Lei nº 8.112/90, não pode a Administração Pública rejeitar pleito de concessão de pensão temporária fundado apenas na dependência econômica do servidor falecido devidamente comprovada. Isto porque a designação constitui mera formalidade em que o designante dá notícia à Administração da eleição do designando como seu dependente, passando ele a auferir, desde já, os direitos e vantagens atinentes a esta qualidade. Precedentes do STJ. (TRF 4ª Região, AC 200172000061190/SC, 3ª T., Rel. Des. Luiz Carlos De Castro Lugon, j. 21/09/2004).

**TRF 4ª Região - Rio Grande do Sul** - Constitucional e processo civil. Plano de saúde de natureza privada. Inscrição de companheiro homossexual na condição de dependente. Possibilidade. Princípio constitucional da isonomia. Direito à saúde. Verossimilhança. Risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Demonstrados os requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela, deve ser reformada a decisão que indeferiu a liminar. Agravo de instrumento conhecido e provido, prejudicado o agravo regimental. (TRF 4ª Região, AI 2003.04.01.040978-7, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, p. 28/04/2004).

**TRF 5ª Região – Rio Grande do Norte** - Previdenciário. Constitucional. Civil e processual civil. Pensão estatutária. Morte de companheiro homossexual servidor público federal. Carência da ação. Impossibilidade jurídica do pedido. Inexistência. Integração por analogia. Vedação legal. Inocorrência. Reconhecimento do direito no regime geral da previdência. Princípios da igualdade e da liberdade individual. Proibição constitucional de distinção em razão do sexo. Comprovação de dependência econômica e vida em comum. Deferimento. I. A inexistência de norma que regule situação fática socialmente reconhecida, mas que não encontra previsão legal no ordenamento, não se faz bastante para extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, que, apenas, se caracterizaria na hipótese de expressa vedação da legislação ao deferimento da pretensão do litigante. II. É reconhecido pela doutrina o fato de que os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformações por que passa a sociedade, de modo que cabe ao juiz, diante de controvérsias às quais falte a norma específica que se lhes aplique, buscar a integração entre direito e realidade, amparando-se nos princípios gerais do direito, e mormente, como é o caso, fazendo uso do método da analogia, evitando, assim, o *non liquet*. III. A legislação previdenciária aplicável aos servidores públicos, regida pela Lei nº 8.112/90, prevê a concessão de pensão por morte ao cônjuge, companheiro do *de cujus*, sem qualquer vedação expressa a que estes sejam do mesmo sexo. IV. O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, esgrimido pela autarquia apelante como norma proibitiva ao reconhecimento do direito à pensão em comento, cuida especificamente da família e das relações de casamento, não visando a regular matéria previdenciária que é tratada em capítulo próprio da *lex mater*. V. A Constituição Federal erigiu o princípio da igualdade com postulado fundamental, com aplicação específica em relação a proteção referente a discriminações quanto ao gênero, consoante o disposto nos artigos 3ª, inciso IV, 5º, inciso I, e 7º, inciso XXX, todos da Carta Magna, sendo, por isso, vedadas distinções de qualquer natureza, em razão da opção sexual do indivíduo. VI. O reconhecimento do direito à pensão previdenciária para companheiro(a) de homossexual, no Regime Geral da Previdência Social, consubstanciado na Instrução Normativa nº 25, de 07 de junho de 2000, editada pelo INSS, pode ser utilizada, por analogia, para a concessão de tal benefício aos servidores públicos federais, em homenagem ao princípio da isonomia. VII. Exhaustivamente comprovada pelo

promovente, inclusive através de prova documental, a sua dependência econômica em relação ao *de cujus*, consequência direta do desfazimento de atividade comercial própria, em face do projeto de vida em comum, também cabalmente demonstrado. VIII. Preenchidas pelo autor, diversas das exigências constantes da instrução normativa mencionada, e sendo-lhe vedado materializar os demais itens, por obstrução do próprio poder público, que não admitiria a sua inscrição como dependente do *de cujus*, para efeitos fiscais e de dependência econômica, na ficha cadastral do órgão patronal, é de lhe ser concedido o direito à pensão requerida. IX. A implantação do benefício deve ser retroativa à data do óbito, nos termos do artigo 215, da Lei nº 8.112/90, sendo mantidos os juros de mora à taxa de 0,5 % (meio por cento), a partir da citação, e os honorários em 10% (dez por cento) do valor da condenação. X. Apelação e remessa improvidas.” (grifou-se) (TRF 5ª Região, AC 2000.05.00.057989-2/RN, 1ª T., Rel. Juíza Margarida Cantarelli, p. 13/03/2002).

**TRF 4ª Região - Rio Grande do Sul** - Administrativo. Constitucional, civil e processual civil - Justiça Federal. Justiça do Trabalho. Competência. Ausência de intervenção do Ministério Público. Nulidade. Inocorrência. Aplicação do art. 273 do CPC na sentença. Mera irregularidade. União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento. Impossibilidade. Vedação do § 3º do art. 226, da Constituição Federal. Inclusão como dependente em plano de saúde. Viabilidade. Princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, e da dignidade humana. Art. 273 do CPC. Efetividade à decisão judicial. Caução. Dispensa. 1. Rejeitada a preliminar de incompetência da Justiça Federal para o feito, pois a inicial fala em ação declaratória de união estável, mas, na verdade, seu objeto principal é uma providência condenatória, qual seja, a inclusão de dependente em plano de saúde. Ademais, a presença da CEF no pólo passivo não deixa dúvidas sobre a competência da Justiça Federal. 2. A Justiça do Trabalho não é competente para processar e julgar o feito, pois a discussão dos autos não está ligada ao vínculo de emprego, e sim à aplicação das regras referentes ao sistema de Seguridade, a relação segurado-aposentado do plano de saúde, mantido pelos réus. 3. A ausência de intervenção do Ministério Público no feito não é causa de sua nulidade, pois os autores são plenamente capazes e não há pedido específico de declaração de *união estável*, embora tenha sido assim nominada a ação; ausentes, portanto, as hipóteses dos arts. 82 e 84 do CPC. 4. O fato do juízo monocrático ter proferido decisão conjunta - de mérito e sobre o pedido de antecipação de tutela - não implica na nulidade da sentença, constituindo mera irregularidade, que ademais não causou prejuízo às rés. 5. Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de *união estável* entre os autores, pois, pelo teor do § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a *união* em relação a pessoas do mesmo sexo. 6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na Funcef, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (feminino e masculino), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação. 7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica. 8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais. 9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade. 10. Havendo comprovada necessidade de dar-se imediato cumprimento à decisão judicial justifica-se a concessão de tutela antecipada, principalmente quando há reexame necessário ou quando há recurso com efeito suspensivo. Preenchidos os requisitos para a concessão da medida antecipatória, autoriza-se o imediato cumprimento da decisão. No caso em análise, estão presentes ambos os requisitos: a verossimilhança é verificada pelos próprios fundamentos da decisão; o risco de dano de difícil reparação está caracterizado pelo fato de que os autores, portadores do vírus HIV, já começam a desenvolver algumas das chamadas *doenças oportunistas*, sendo evidente a necessidade de usufruírem dos benefícios do plano de saúde.

Na prática, o que se tem visto é que a Justiça do Trabalho de Minas Gerais tem se baseado no critério da dependência econômica e no critério da existência de coabitação homossexual, por período superior a 5 (cinco) anos, para fundamentar suas decisões:

Minas Gerais - União homossexual - benefício previdenciário. A existência de relação homossexual entre o segurado e o beneficiário da previdência social não é fator determinante para o reconhecimento da condição de dependente nos termos da Lei 6858/80, segundo a qual a condição de dependente se estabelece em razão da vinculação econômica entre aquele e o segurado. Por outro lado, ainda que inexistente, atualmente, a possibilidade do casamento entre homossexuais, a Instrução Normativa INSS/DC N. 25, de 7 de junho de 2000, não padece de inconstitucionalidade quando prevê a "concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual". Os critérios da dependência econômica ou da coabitação adotados pela gestora de sistema de Previdência Complementar - cujas normas prevêm explicitamente: "quaisquer pessoas que vivam comprovada e justificadamente sob a dependência econômica do contribuinte" (art. 7º, BS) ou o companheiro ou a companheira de contribuinte "desde que comprovada a coabitação em regime marital por lapso de tempo superior a 05 anos consecutivos" (art. 9º, PBS) - não encontra, portanto, óbice jurídico. Assim, quer seja pelo critério da dependência econômica que se presume ante o seu reconhecimento pelo INSS, quer seja pelo critério da existência de coabitação homossexual entre o recorrente e o "de cujus" (ex-empregador), por período muito superior a 5 (cinco) anos, o primeiro faz jus aos créditos de aposentadoria por invalidez não recebidos em vida, por se tratar de direitos decorrentes da relação de emprego (art. 1º, 6858/80). (TRT 3ª Região, RO 00641-2005-012-03-00-0, 2ª T., Juiz Rel. Antônio G. de Vasconcelos, j. 28/03/2006).

Logo, estas decisões além de cometerem violação do artigo 16, inciso I da Lei 8213 de 1991, ainda se contrapõem ao princípio da igualdade preconizado na CRFB/88. Tais óbices, que entravam os direitos homoafetivos, são fundamentados em posições de legalistas contrárias, as quais argumentam que no texto

---

Ademais, para os autores o tempo é crucial, mais que nunca, o viver e o lutar por suas vidas. O Estado, ao monopolizar o poder jurisdicional, deve oferecer às partes uma solução expedita e eficaz, deve impulsionar a sua atividade, ter mecanismos processuais adequados, para que seja garantida a utilidade da prestação jurisdicional. 11. Dispensados os autores do pagamento de caução (§ 3º do art. 273 do CPC), cuja exigência depende do prudente arbítrio do juiz e cuja dispensa não impede que os autores, se vencidos, respondam pelos danos causados pela medida antecipatória. No caso dos autos, devem ser dispensados os autores da caução, face à evidente ausência de condições, tanto de saúde quanto financeiras, já que são beneficiados pela Assistência Judiciária Gratuita e, certamente, não são poucas as suas despesas com a doença. 12. Apelações improvidas. (TRF 4ª Região, AC 96.04.55333-0/RS, Rel. Juíza Marga Barth Tessler, j. 20/08/1998).

constitucional somente existe a previsão normativa da União Estável entre homem e mulher, não estando inserida a proteção legal do relacionamento homoafetivo. Entretanto, estas argumentações podem ser refutadas com base em vários artigos da CRFB/88, como também, por meio dos objetivos da República<sup>71</sup>.

Surge, então, a possibilidade de se recorrer ao Judiciário para a solução dos casos concretos, pois as decisões administrativas preliminares estão contaminadas por preconceitos e/ou omissões legislativas e já se presencia nos tribunais brasileiros a edição de jurisprudências favoráveis à concessão da pensão, por morte, para companheiro homoafetivo.

O Recurso Especial do Estado de Pernambuco motivou o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça em relação aos direitos previdenciários de casais homossexuais:

Pernambuco - Processual civil. Recurso especial. Acórdão com fundamento constitucional e infraconstitucional. Não-interposição de extraordinário. Incidência da súmula n. 126/STJ. Fundamento adotado pela origem não combatido na integralidade pelo especial. Súmula n. 283 do STF, por analogia. 1. Os fundamentos exarados pelo aresto combatido guardam amparo não só na legislação federal infraconstitucional, mas também na própria Constituição da República, os quais, se revertidos, seriam capazes de alterar a solução da questão. Contudo, não foi interposto recurso extraordinário, motivo pelo qual incide, no caso, a Súmula n. 126/STJ. 2. O Tribunal de origem entendeu pela necessidade de observância da Instrução Normativa INSS/DC n. 25/2000 (por força de decisão judicial em Ação Civil Pública), que dita procedimentos a serem observados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homoafetiva, o que deve ser observado na espécie. Este argumento não foi objeto de debates no especial, sendo que constitui fundamento suficiente para a manutenção do acórdão recorrido, o que atrai a aplicação da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal, por analogia. 3. Recurso Especial não conhecido. (STJ, REsp. 1.259.122, Proc. 2011/0130042-0, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18/08/2011).

Em relação à concessão de direito previdenciários no setor público, nota-se que no âmbito federal, por ausência de regulamentação própria, esses direitos são pleiteados por via judicial. No que diz respeito ao âmbito estadual e municipal já

---

<sup>71</sup> O artigo 3º da CRFB/88 estabelece os objetivos da República: “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

existem algumas legislações específicas regulamentando a concessão, independentemente da orientação sexual<sup>72</sup>.

Algumas empresas estatais também reconhecem a concessão deste benefício em seus planos de previdência privada, como a Petrobras, a Radiobras, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e o BNDES.

#### **4.4 Reconhecimento Jurídico para Mudança de Sexo e Utilização do Nome Social**

Os direitos da Comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros), no Brasil, tem prosperado em face do combate ativo à discriminação por orientação sexual, haja vista os vários reconhecimentos conquistados, tais como as uniões homossexuais, os direitos previdenciários, a adoção e, ainda, o reconhecimento jurídico da mudança de sexo e a utilização do nome social. Apesar da legislação não acompanhar esta evolução, ou até mesmo sofrer entraves políticos, por outro lado observa-se o avanço das decisões judiciais como garantia fundamental na conquista dos direitos homoafetivos.

Nesta seara, tem-se as decisões judiciais de alguns Estados brasileiros, os quais autorizam a alteração de nome no registro de nascimento, sem a cirurgia de mudança de sexo<sup>73</sup>, todavia, alguns tribunais se negam a conceder a autorização

---

<sup>72</sup> O reconhecimento dos direitos previdenciários dos companheiros homossexuais de servidores públicos federais depende de decisão judicial específica, não havendo lei ou ordem judicial genérica que garanta seu reconhecimento a todos, independentemente de ação judicial. A jurisprudência, contudo, tem reconhecido tais direitos. No âmbito do regime previdenciário próprio dos servidores estaduais e municipais, nos últimos anos várias leis foram aprovadas garantindo igualdade de benefícios entre companheiros independentemente de oposição de sexo. Entre os estados e municípios que já reconhecem esses direitos (alguns devido à mudança na lei específica, outros em decorrência de normas administrativas estabelecidas pelo próprio poder executivo), pode-se citar os estados de São Paulo e Paraná e os municípios de Recife, Rio de Janeiro, Pelotas, João Pessoa, Belo Horizonte, Porto Alegre e Fortaleza. No estado do Rio de Janeiro, a lei foi aprovada, mas o Tribunal de Justiça considerou-a inconstitucional (por vício de iniciativa, ou seja, deveria ter sido proposta pelo governador). Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos\\_LGBT\\_no\\_Brasil](http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_LGBT_no_Brasil). acesso em: 24 mai. 2012.

<sup>73</sup> Rio Grande do Sul - Apelação. Retificação de registro civil. Transexualismo. Travestismo. Alteração de prenome independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização. Direito à identidade pessoal e à dignidade. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do

para mudança de nome no registro civil, se não houver também a alteração do sexo<sup>74</sup>.

Outrossim, com a intervenção cirúrgica, o pedido judicial para pretensão de alteração de nome e sexo fica mais contundente diante do interesse de agir, face à nova condição<sup>75</sup>.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem se pronunciado favorável à pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, diante da nova identidade construída por meio cirúrgico:

Minas Gerais - Registro público. Mudança de sexo. Exame de matéria constitucional. Impossibilidade de exame na via do recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211/STJ. Registro civil. Alteração do prenome e do sexo. Decisão judicial. Averbação. Livro cartorário. 1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional. 2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte *a quo*. 3. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC. 4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é

---

nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. Deram provimento. (TJRS, AC 70030504070, 8ª C. Cív. Rel. Des. Rui Portanova, j. 29/10/2009).

<sup>74</sup> Rio Grande do Sul - Apelação cível. Ação de retificação de registro de nascimento quanto ao nome e sexo da autora. Transexualismo. Ausência de cirurgia de redesignação sexual. Inviabilidade da alteração do registro, uma vez não prevista cirurgia para mudança de sexo, nem mesmo de prova robusta acerca da abrangência do transtorno sexual. Voto vencido. Apelação parcialmente provida. (TJRS, AC 70042797167, 7ª C. Cív., Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 14/12/2011).  
São Paulo - Retificação de registro civil. Pedido realizado por transexual. Alteração de prenome e sexo. Interessado ainda não submetido à cirurgia de sexo. Falta de interesse de agir. Carência da ação reconhecida. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, AC 0003073-19.2009.8.26.0663, Ac. 5008893, 7ª C. Dor. Priv., Rel. Des. Elcio Trujillo, j. 16/03/2011).

<sup>75</sup> Rio Grande do Sul - Pedido de alteração de registro de nascimento em relação ao sexo. Transexualismo. Implementação de quase todas etapas (tratamento psiquiátrico e intervenções cirúrgicas para retirada de órgãos). Descompasso do assento de nascimento com a sua aparência física e psíquica. Retificação para evitar situações de constrangimento público. Possibilidade diante do caso concreto. Averbação da mudança de sexo em decorrência de decisão judicial. Referência na expedição de certidões. É possível a alteração do registro de nascimento relativamente ao sexo em virtude do implemento de quase todas as etapas de redesignação sexual, aguardando o interessado apenas a possibilidade de realizar a neofaloplastia. Recurso provido, por maioria. (TJRS, AC 70019900513, 8ª C. Cív., Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 13/12/2007).

conhecido no meio em que vive. 5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. 6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial. 7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (STJ, REsp 737.993/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10/11/2009). São Paulo - Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. - Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. - Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana. - A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. - Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente. - Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para

a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. - Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73. - Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. - Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna. - De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. (STJ , REsp 1.008.398/SP, Rel. Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi, j. 15/10/2009).

Rio Grande do Sul - Mudança de sexo. Averbção no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a

vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 678.933/RS, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22/03/2007).

Em 2001, por meio de uma ação proposta pelo Ministério Público Federal, em Porto Alegre, a Justiça Federal determinou ao Sistema Único de Saúde (SUS) a obrigação de custear as operações de mudança de sexo, sendo incluído este procedimento na tabela do SUS, para que o Ministério da Saúde viesse, a partir de então, custear as operações de mudança de sexo.

Entretanto, alteração dos transexuais, no registro civil, independentemente da realização cirúrgica para a mudança de sexo, foi objeto da ADIN<sup>76</sup>, ingressada pela Procuradoria Geral da República no STF em julho de 2009.

Já a utilização do nome social<sup>77</sup> foi regulamentada, primeiramente, na área educacional e, posteriormente, por Conselhos Profissionais de Classe por meio de atos normativos autorizativos que asseguram o direito ao uso do nome social adotado por travestis e transexuais, ou seja, terão eles, em seus registros, a inclusão do nome social pelo qual se identificam e são identificadas pela sociedade, todavia, o nome social não será incluso em documentos oficiais, tais como declarações, certidões, histórico escolar, certificado e diploma, nos quais constará o nome do registro civil, sendo que o nome social só poderá ser aceito por via judicial<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade é um instrumento utilizado no chamado controle direto da constitucionalidade das leis e atos normativos, exercido perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro, esta ação foi regulamentada pela Lei 9.868/99 de 10/11/1999 e, por meio dela “se intenta suspender os efeitos de lei ou ato normativo incompatível com a Constituição”. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. rev e atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2008, p. 26).

<sup>77</sup> “Nome social é o nome pelo qual pessoas com transtorno de identidade de gênero (transexuais e travestis) preferem ser chamadas cotidianamente, em contraste com o nome oficialmente registrado que não reflete sua identidade de gênero”. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos\\_LGBT\\_no\\_Brasil](http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_LGBT_no_Brasil). acesso em: 24 mai. 2012.

<sup>78</sup> Rio Grande do Sul - Registro civil. Transexualidade. Prenome. Alteração. Possibilidade. Apelido público e notório. O fato de o recorrente ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. Diante das condições peculiares, nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário à situação vexatória ou de ridículo. Ademais, tratando-se de um apelido público

## 5. A PEC Nº 3/2011 E A MANUTENÇÃO INSEGURANÇA JURÍDICA

A aferição da realidade social em confronto com o direito positivado omisso acarreta a necessidade de o judiciário exercer o ativismo judicial,<sup>79</sup> a fim de dar uma resposta às questões que se apresentam, em número cada vez maior, diante da dinâmica e da diversidade das relações sociais.

Com efeito, os legisladores, na finalidade de adequar o direito positivado, lançam determinadas propostas (reformas), inclusive constitucionais, que afetam diretamente a população.

Todavia, questiona-se se essas reformas constitucionais não prejudicarão os direitos fundamentais, base de sustentação do ordenamento civil constitucionalista, ou se não acarretarão a insegurança jurídica diante das mudanças, afetando a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, configurando uma incerteza jurídica diante dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Em suma, os pares homossexuais, diante da lacuna legislativa positivada que paira sobre os direitos homoafetivos, não raramente buscam amparo no Poder Judiciário para terem efetivada sua respectiva tutela jurisdicional. Por sua vez, o Poder Judiciário faz uso do chamado *ativismo judicial*, também nominado por alguns autores como *protagonismo judicial*, para dirimirem as questões postas em face da lacuna legislativa, já enfatizada. Daí, se embasam discussões acerca da ingerência, ou não, de um Poder em outro, *in casu*, do Poder Judiciário na esfera Legislativa.

Nesta linha de pensamento, foi aprovada em data de 25 de Março de 2012, pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, a Proposta de Emenda à Constituição - PEC nº 03/2011, de autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), a qual tem por objeto a alteração da redação do inciso V, do artigo 49, da

---

e notório justificada está a alteração. Inteligência dos arts. 56 e 58 da Lei n. 6015/73 e da Lei n. 9708/98. Recurso provido." (TJRS, AC 70001010784, 7ª C. Cív., Rel. Des. Luis Felipe Brasil Santos, j. 14/06/2000).

<sup>79</sup> O ativismo judicial expressa a idéia de que a decantada imparcialidade ou isenção, que caracterizaria não só a atividade judicial como o Estado e as leis, no regime político liberal não impede a realização dos objetivos e valores exigidos pela sociedade em determinado momento histórico, daí se exigindo também dos juízes, no julgamento das causas, que não percam de vista tais objetivos e valores, como, por exemplo, os princípios e as tarefas fundamentais constantes do título I da Constituição de 1988. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. rev e atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2008, p. 158)

Constituição, que passará a facultar ao Poder Legislativo sustar atos, agora também, do Poder Judiciário, caso este extrapole seus limites legais, quando, por exemplo, inferir em matéria típica da esfera legislativa. Senão, veja-se:

A PEC (Proposta de Emenda à Constituição) do deputado Nazareno Fonteles (PT-PI) visa deixar claro que o Congresso Nacional pode derrubar normas que “excedam o poder regulamentar” ou “limites da delegação legislativa”. O texto ainda precisa tramitar em uma comissão especial e, se aprovado, ser submetido ao plenário. Se superar todos esses passos, precisa ainda da aprovação do Senado e da presidente Dilma Rousseff. O relator da proposta na CCJ, Nelson Marchezan (PSDB-RS), diz que a idéia é lidar com atividades “atípicas” da Justiça, o que não afetaria questões “estritamente jurisdicionais, como sentenças. A sugestão tem sido apoiada principalmente pela bancada evangélica, depois de o Supremo tomar decisões que contrariam preceitos religiosos. Essa é uma reação, após seguidas decisões do STF classificadas como “ativismo judicial”, como a interrupção da gravidez de bebês anencéfalos e a união estável entre pessoas do mesmo sexo. (SAVARESE, 2012, s/p).

Destarte, a referida PEC autoriza os parlamentares a sustar atos normativos do Poder Judiciário, ou seja, a alteração constitucional proposta altera o inciso V do artigo 49 da Constituição, prevendo a substituição da expressão “Poder Executivo” por “outros Poderes que excedam o poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”, permitindo que o Congresso Nacional realize, também, controle dos atos do Poder Judiciário.

Outrossim, verifica-se uma incerteza jurídica em relação ao princípio da segurança jurídica e da coisa julgada, porque o Poder Legislativo poderá sustar os atos normativos do Poder Judiciário<sup>80</sup>.

A garantia da independência e harmonia dos poderes, prevista no art. 2º da CRFB/88, seria mantida, mas, por outro lado, pode haver um fortalecimento do Poder Legislativo, em face dos outros poderes.

---

<sup>80</sup> Questiona-se aqui se o controle a ser realizado pelo Legislativo com a aprovação da PEC 3/2011 respeitará de igual modo o disposto no inciso XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”); e o art. 6º, da LICC, art. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Ressalte-se, a esse respeito, o pensamento de Gabriel Velloso:

A flagrante inconstitucionalidade da proposta que permite ao Poder Legislativo suspender atos do Poder Judiciário é patente, assim como a confissão de que o deputado não se sente à vontade em um regime democrático, onde um sistema de freios e contrapesos permite que a democracia seja exercida pela convivência harmônica entre os três poderes. (VELLOSO, 2012, s/p)

A análise dessa questão se torna mais acirrada diante dos efeitos que tal proposta possa ocasionar no mundo jurídico, fazendo-nos rever a justificação<sup>81</sup> do Estado de Direito, a segurança jurídica, o ativismo judicial e o novo ordenamento civil constitucionalista.

Desta forma, uma vez aprovada a PEC Nº 03/2011, mesmo diante do todo o esforço operacionado pelo Judiciário, no intuito de fazer valer os direitos dos pares homoafetivos, estes passarão a encontrar óbices talvez intransponíveis, e tudo voltará a pairar no âmbito de leis positivas, decorrentes da falta de iniciativa do legislativo em deliberar sobre o assunto.

### **5.1 A Justificação do Estado Democrático de Direito e o Princípio da Segurança Jurídica**

O Estado é conhecido desde a Antiguidade Clássica até a atualidade, mas sua acepção se transforma de acordo com o período e os paradigmas sociais vigentes, todavia, historicamente, foi considerado como mantenedor da ordem política da sociedade,

Para Bastos (2004, p. 41): “O Estado é a mais complexa das organizações criadas pelo homem. Pode-se até mesmo dizer que ele é sinal de um alto estágio de civilização”.

---

<sup>81</sup> Essa justificação é ofertada por Rosseau, que afirma a necessidade do estabelecimento de convenções, por meio de um pacto que reflita a vontade da maioria, como garantia do bem estar social, em detrimento dos interesses particulares.

O Estado politicamente organizado desempenha funções juridicamente ordenadas para o atendimento das relações institucionais<sup>82</sup>, caracterizando, assim, as formas de governo.

Governo é o conjunto das funções pelas quais, no Estado, é assegurada pela ordem jurídica. Este elemento estatal apresenta-se sob várias modalidades, quanto à sua origem, natureza e composição, do que resultam as diversas *formas de governo*. (MALUF, 1998, p. 175) (Sem grifos no original).

A organização do Estado moderno visa não apenas fazer vigorar a vontade popular por meio de representantes eleitos, mas também por representantes institucionalizados, a fim de compor, em conjunto, a organização estatal setorializada em poderes autônomos e independentes.

Trata-se de uma democracia fundada na divisão do poder em três órgãos diferentes: Legislativo, Executivo e Judiciário, mas com o reconhecimento de diversos outros poderes da sociedade [...] enfim, tudo aquilo que possa representar a expressão dos diversos segmentos da vontade popular. São esses interesses setorializados que, no seu conjunto, acabam por traduzir a predominância de uma vontade única, que é a vontade popular. (BASTOS, 2004, p. 140).

Após a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, o Estado brasileiro é definido como um Estado Democrático de Direito<sup>83</sup>, preconizando uma consonância entre Democracia e Estado de Direito, denominada de Estado Constitucional<sup>84</sup>.

Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. [...] O

<sup>82</sup> DALLARI (2003, p. 23) transcreve que: “A organização das instituições que atuam o poder soberano do Estado e as relações entre aquelas instituições fornecem a caracterização das formas de governo”.

<sup>83</sup> Este novo Estado evolucionista é definido como: “Estado Democrático de Direito ou Estado Neoliberal”. (BASTOS, 2004, p. 176).

<sup>84</sup> “Não deixa, porém, de ser significativo que esta expressão – Estado Constitucional – tenha merecido decisivo acolhimento apenas na juspublicística mais recente”. (CANOTILHO, 2003, p. 92).

Estado de direito constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.

No âmbito da era contemporânea, o Estado Democrático de Direito apresenta as seguintes características:

- a) império da lei: lei como expressão da vontade geral;
- b) divisão dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário;
- c) legalidade da administração, atuação segundo a lei e suficiente controle judicial;
- d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material. (DIAZ *apud* LEAL, 2001, p. 210).

A caracterização do governo democrático possui novas premissas<sup>85</sup> e preconiza o respeito aos direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos. “Portanto, democracia, nada mais é do que, a mobilização da vontade popular feita com respeito aos direitos individuais”. (BASTOS, 2004, p. 140)

Estabelece-se aqui a relação entre a organização e função estatal na promoção dos direitos fundamentais.

[...] o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização

---

<sup>85</sup> Abbagnano ressalta os fundamentos das novas premissas da democracia que possuem uma face humanista: A política que tem em vista o homem, em oposição às políticas que o vêem como instrumento, determinado seus objetivos (Bobbio). Na qualidade de política antimachiavélica, a democracia foi primeiramente antiabsolutista e, depois, antitotalitária: mas, sempre, ao menos tendencialmente, humanista. Por isso, o desenvolvimento da democracia moderna caracteriza-se por uma crescente consciência antropológica até o século XX, quando a democracia começa a apresentar um caráter novo em relação ao passado: a universalidade do conceito de homem e da sua participação política. Em outras palavras, na democracia do século XX o conceito de povo (do qual, anteriormente, haviam sido excluídas determinadas parcelas: escravos, mulheres, arraia miúda, proletariado) compreende todos os homens chamados a se expressarem politicamente através do sufrágio universal. Tal atitude parte do reconhecimento dos chamados direitos humanos, que devem ser reivindicados, buscados e realizados em sentido universal, conforme se vê ao longo de toda a Idade Moderna, por isso denominada “era dos direitos” (Bobbio). E, ao menos em linha de princípio, pertence à modernidade o novo conceito de democracia, que poderia, portanto, ser considerada a política fundada nos direitos humanos, cuja tomada de consciência determina o ritmo do desenvolvimento da própria democracia. Esta, de fato, vai-se afirmando através do reconhecimento dos direitos humanos: primeiramente dos direitos civis, perante o Estado absolutista; depois, dos direitos *políticos* no âmbito do Estado de direito; a seguir, dos direitos *sociais* por meio do Estado Social; finalmente, dos direitos *coletivos* através de estruturas supranacionais. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.277).

estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 29).

Todavia, a garantia a esses direitos fundamentais fundamenta-se na obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito, como solidez das relações jurídicas.

Em sua noção mais comum a segurança jurídica abrange a garantia da estabilidade e permanência das relações jurídicas, bem como a não surpresa do particular, pelo que vai associar-se a uma série de garantias com sede constitucional, como a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, bem como a irretroatividade das leis e a modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado (art. 27 da Lei 9868/99). (MIRAGEM, 2011, p. 249).

No entendimento de Canotilho, o princípio da segurança jurídica, em seu sentido amplo (objetivo e subjetivo), pode ser visto do seguinte modo:

O indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. (CANOTILHO, 2001, p. 256)

Portanto, a concretização da segurança jurídica pode ocorrer abstratamente por intermédio da atividade legislativa, de modo concreto por meio dos atos da Administração ou por decisões do aplicador do direito.

A segurança pode ser analisada sob o aspecto antropológico<sup>86</sup> do homem que busca a previsibilidade e confiança para conduzir sua vida de modo pacífico, diante das relações sociais que oscilam com as mudanças culturais e temporais, ou seja, procuram amenizar suas inquietudes diante de incertezas sociais.

---

<sup>86</sup> PÉREZ LUÑO. La Seguridad Jurídica. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 11.

*La seguridad, una de las principales aspiraciones humanas, sólo puede entenderse tomando em consideración la dimensión humana que se puede definir como la pretensión de todo sujeto de saber a qué atenerse em sus relaciones com los demás. Cuando a la seguridad la adjetivamos de "jurídica", estamos pensando en la idoneidad del Derecho para lograr esse saber a qué atenerse. (NOVOA, 2000, p. 20).*

Moreira Neto (2001, p. 81) salienta que: “Essa necessidade de segurança tem raízes instintivas, sendo elemento de precedência lógica na formação e organização social”.

O papel do Estado é fundamental no anseio social pela segurança jurídica: “O Estado pode ser justificado em virtude da segurança jurídica que estabelece em razão de sua organização e da execução dos fins a que se propõe”. (BASTOS, 2004, p. 60).

As relações estabelecidas devem possuir solidez, baseada na segurança jurídica, independentemente da mudança de sua base legal, conforme o entendimento de José Afonso da Silva:

A segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido restrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu<sup>87</sup>.

Notadamente, deve-se garantir a busca de segurança jurídica e a certeza do direito, como elementos indispensáveis para a concretização da Justiça e da paz social.

---

<sup>87</sup> José Afonso da Silva, em “Constituição e Segurança Jurídica”, artigo que compõe a obra coletiva “Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada”, coordenação de Cármen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 17.

A segurança se traduz objetivamente (Direito objetivo *a priori*), através das normas e instituições do sistema jurídico (como a *norma agendi* dos romanos). Já a certeza do direito (como um *posterius* se forma intelectivamente nos destinatários destas normas e instituições (a *facultas agendi*, embora esta analogia não seja completa). [...] Desta forma, a Segurança objetiva das leis dá ao cidadão a Certeza subjetiva das ações justas, segundo o Direito. (SOUZA, 1996, p. 27).

O Poder Judiciário, diante da inércia do Legislativo, deve efetivar os direitos fundamentais sonegados, modificando a realidade por meio do resgate da dignidade da pessoa, proporcionando a verdadeira justiça de inclusão social:

Este é o poder de verdadeira inclusão social pela prestação jurisdicional transformadora da realidade. Um ativismo do juiz é justificado quando constatadas falhas na efetivação de direitos fundamentais e diante da inércia dos demais agentes transformadores, autorizando ato jurisdicional que proteja o direito transindividual. A contemporaneidade inverteu conceitos, ao considerar agora a instituição judiciária como prioritária e instituidora de direitos fundamentais. Essa inversão possibilitou que o conflito fomentasse atitudes dos agentes sociais, analisando as circunstâncias que oprimem o cidadão e agindo pela verdadeira inclusão social através da prestação jurisdicional, consolidando a função judiciária como guardião das promessas constitucionais. O Poder Judiciário, concebido antes como meramente punitivo, passa de poder instituído à função instituidora e construtiva de um novo projeto de vida ao cidadão. (GARAPON *apud* CIENA, 2008, p. 99).

A lacuna existente no ordenamento jurídico não pode perpetuar os anseios dos cidadãos na busca de soluções a respeito de fatos concretos que ocorrem na esfera social. A sociedade avança, muda seus valores, está em constante transformação, e não pode ficar à mercê da demora existente no processo legislativo para a edição de uma norma reguladora, seja pelo processo em si, seja pela extensa pauta de deliberações existente e/ou pelas prioridades elencadas para aprovação no Congresso Nacional. Assim sendo, o indivíduo para atender suas expectativas procura a Justiça,<sup>88</sup> como único instrumento para a efetivação de seus direitos fundamentais. A atuação peculiar do Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel fundamental diante da omissão legislativa. A Corte Superior tem atuado na

---

<sup>88</sup> De acordo com o art. 4º da LICC, o judiciário assume a atipicidade funcional para solucionar lides em caso de omissão no ordenamento jurídico.

defesa dos direitos individuais fazendo valer os princípios constitucionais fundamentais na observância das questões apresentadas.

A Constituição Federal de 1988 favoreceu a ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, ao introduzir o Estado Democrático de Direito e assegurar os direitos e princípios fundamentais, direcionando ao Judiciário, assuntos de relevância fundamental para a vida da nação. O grande desafio que se estabelece aqui é a busca pela concretização desses direitos. Nesse caso, havendo a colisão de uma norma, ainda que essa seja constitucional, com um princípio constitucional, irá prevalecer o princípio constitucional, pois são os princípios constitucionais que servem de essência para elaboração das normas. Ou seja, as normas constitucionais não são intocáveis, diferentemente dos princípios. Dito de outra forma, as normas constitucionais podem ser modificadas por processo legislativo ordinário, os princípios não. Isso quer dizer que é possível julgar normas constitucionais, inconstitucionais, caso violem os princípios constitucionais. (DIAS, 2009, p. 111)

Contudo, algumas decisões do STF têm gerado controvérsias,<sup>89</sup> fazendo com que representantes do Poder Legislativo se sentissem invadidos e/ou diminuídos na sua função privativa.

Segundo notícia da agência da Câmara e do site do deputado, Fonteles entende que o Supremo Tribunal Federal interfere no funcionamento do Congresso "quando interpreta certas leis". Argumenta que estamos caminhando para um modelo de "ditadura do Judiciário". [...] Discorrer e defender o ativismo judicial seria dar demasiada importância aos argumentos do deputado, que remanescem no obscurantismo de três séculos atrás. (VELLOSO, 2012, s/p)

Assim, a certeza do direito vem dar uma resposta diante da lacuna da lei, na resolução de casos concretos, reconhecendo direitos que não se encontram positivados, vez que o Estado de Direito deve proteger as relações tornando-as válidas e eficazes, fornecendo ao cidadão a segurança jurídica, ou seja, as normas omissas ou controvertidas devem ser resolvidas pelo Poder Judiciário que possui competência e representa o Estado, sendo defeso a este, após a coisa julgada, desfazer os atos decisórios, sob o risco de prejudicar as relações jurídicas firmadas, ocasionando a insegurança jurídica e a desordem social.

---

<sup>89</sup> Classificadas como "ativismo judicial", como a interrupção da gravidez de bebês anencéfalos e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

No entanto, com essa movimentação do Legislativo frente aos atos comissivos do Judiciário, antes que reste pacificado de maneira definitiva a situação das famílias homoafetivas, tal questão continuará frágil no seio da sociedade brasileira.

## 5.2 A Importância do Direito Civil Constitucionalista nas Decisões Judiciais

A separação dos poderes, já preconizada historicamente<sup>90</sup> como característica fundamental do Estado Democrático de Direito, atualmente possui conceitos bem definidos, com seus Órgãos sistematizados em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, desempenhando suas funções governamentais específicas denominadas típicas e outras atípicas, estas últimas são secundárias, enquanto as outras são preponderantes.

Todavia, a independência e harmonia entre os poderes são relativas em face das funções desempenhadas, devido ao controle existente do mecanismo de freios e contrapesos para a promoção do equilíbrio, que para Pinto Ferreira corresponde ao “suporte das liberdades”. (FERREIRA, 1978, p. 97).

O estabelecimento dos limites do exercício das funções pode ser alterado para a promoção do equilíbrio, a fim de que não se fique a mercê de um poder que esteja sendo omissos ou excedendo suas funções, desse modo, quando o legislativo

---

<sup>90</sup> Desde a Antiguidade grega, com Aristóteles, foi assinalado o inconveniente da concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, por ser injusta e perigosa, mas também pela impossibilidade de que uma só pessoa possa conhecer todas as necessidades dos governados e dar atendimento a elas. Mais tarde, no século XIV, o tema foi retomado por Marsílio de Pádua na obra *Defensor Pacis*, aparecendo também, com grande relevo no *Príncipe*, de Maquiavel, publicado em 1513. Depois desses antecedentes teóricos, e já mais próximo dos criadores da Constituição dos Estados Unidos da América, o mesmo tema foi objeto de minuciosas considerações na obra do teórico inglês, John Locke, que em seu *Segundo Tratado sobre o governo*, de 1690, afirma a existência de quatro Poderes diferentes no Estado, que são o Executivo, exercido pelo rei com as limitações estabelecidas pelo Parlamento e pelas normas costumeiras tradicionais; o Legislativo, exercido pelo Parlamento; prerrogativa, também exercida pelo rei e consistente no poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras; e o Poder Federativo, que consiste no poder de decisão sobre a guerra e a paz, também confiado ao rei. Esses antecedentes podem ter tido algum peso, mas foi sem dúvida, Montesquieu o autor que exerceu maior influência sobre os criadores da Constituição dos Estados Unidos da América, para que adotassem a separação dos Poderes como requisito essencial do bom governo. É importante observar que, além de proporem um tipo de governo que, por sua configuração, impedisse a concentração dos poderes políticos nas mãos de uma só pessoa ou num só órgão, ressaltaram a importância de um Judiciário também independente, o que levou a uma separação de poderes de forma tripartida. DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 263.

é omissa, outros poderes figuram para representá-lo, como por exemplo, a função atípica legisladora do executivo por meio de medidas provisórias, ou o poder judiciário como limitador de ações inconstitucionais<sup>91</sup> e ativista constitucional nos casos de omissão de atuação do executivo e/ou legislativo.

Um dos mecanismos utilizados pelo judiciário no exercício do ativismo constitucional é a aplicação da “norma geral inclusiva”, que tem como característica regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica<sup>92</sup>.

Assim, a hermenêutica do ordenamento civil é realizada à luz da Constituição quando não há previsão infralegal para situações que necessitam de proteção jurídica.

Por outro lado, é preciso não esquecer que segundo a perspectiva metodológica de aplicação direta da Constituição às relações intersubjetivas, no que se convencionou denominar ‘direito civil-constitucional’, a normativa constitucional, mediante aplicação direta dos princípios e valores antes referidos, determina o *inter* interpretativo das normas de direito privado – bem como a colmatação de suas lacunas –, tendo em vista o princípio de solidariedade que transformou, completamente o direito privado vigente anteriormente, de cunho marcadamente individualístico. No Estado democrático e social de Direito, as relações jurídicas privadas ‘perderam o caráter estritamente privatista e inserem-se no contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo-se em vista, em última instância, no ordenamento constitucional. Seguindo-se estes raciocínios hermenêuticos, o da especificidade da interpretação normativa civil à luz da Constituição, cumpre verificar se por que a norma constitucional não previu outras formas de entidades familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, sendo imprescindível, neste caso, a via emendacional para garantir proteção jurídica às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ou se, ao contrário, tendo-se em vista a similitude das situações estariam estas uniões abrangidas pela

<sup>91</sup> Controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Legislativo - O exemplo de controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Legislativo não poderia ser outro senão o mais importante: o controle da constitucionalidade das leis produzidas pelo Legislativo. Aqui o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica (Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição – art. 102, *caput*), exerce o *controle de correção*, determinando inclusive a suspensão da execução de lei inconstitucional. O controle da constitucionalidade experimenta importante incremento com a Carta de 1988, através da previsão do *controle concentrado* (via de ação) de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, ação direta de inconstitucionalidade – ADIN – e a ação declaratória de constitucionalidade – ADECON; § 1º, a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF; art. 103, § 2º, ADIN por omissão).

<sup>92</sup> E. Zietelman, Lücken im Recht, (1903) e D. Donati. Il problema delle ordinamento giuridico (1910), *apud* N. Bobbio. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, (1950). Brasília - São Paulo: Ed. UNB-Polis, 1989, p. 132-134.

expressão constitucional 'entidade familiar'. Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. -1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, 'impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família'. Assim sendo, embora tenha ampliado seu prestígio constitucional a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, 'deixa de ter valo intrínseco como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, na medida em que se constitua em seu núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes. (MORAES, 2000, p. 89-112).

A aplicação de princípios constitucionais fundamentais, no caso concreto diante da inexistência de dispositivos legais em normas específicas, tem sido aceita por diversos doutrinadores e juristas, surgindo uma nova concepção do positivismo, classificada pela doutrina de póspositivismo<sup>93</sup>, submetendo o texto da lei "a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei". (MARINONI, 2006, p. 51).

Essa nova concepção póspositivista fundada em princípios, vem atender aos anseios da manutenção da segurança jurídica, que se enfraquecia diante das incertezas ocasionadas pela mutabilidade constante do direito positivado, efetivadas por meio de alterações e/ou edições de novas diplomas legais

O excesso de positivismo, que vê no sistema legal inexauríveis soluções para todas as hipóteses da vida legal, onde a lei tudo prevê e tudo dispõe, é a maior fonte de instabilidade e precariedade das normas do direito legislado, propagando e contaminando de forma igualmente corrosiva a ordem jurídica do país de que todos temos sido testemunhas, nas últimas décadas. Algo que Rawls já identificou como sendo a causa da crise do Direito nas sociedades

---

<sup>93</sup> Os juristas de alguns países, notadamente da Espanha e do Brasil, apelidam como pós-positivismo uma opção teórica que considera que o direito depende da moral, tanto no momento de reconhecimento de sua validade como no momento de sua aplicação. Nessa visão os princípios constitucionais, tais como a dignidade humana, o bem-estar de todos ou a igualdade, influenciariam a aplicação das leis e demais normas concretas. Essa visão do direito é inspirada em obras de filósofos do direito como Robert Alexy e Ronald Dworkin (apesar de eles não utilizarem o termo pós-positivismo). Alguns preferem denominar essa visão do direito "moralismo" ou neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/P%C3%B3s-positivismo>. Acesso em: 12 de mai, 2012.

contemporâneas. Criticando em 1916, essa tendência que só muito tempo mais tarde iria se materializar entre nós, Farias Brito nos fez uma sábia advertência. Ele já reclamava que era por isso, que em nosso país ‘as leis se fazem e desfazem com tanta facilidade. Tudo se reforma, tudo se modifica a todo momento, e cada governo que vem, quer ter, em todos os ramos da administração, um sistema novo de leis’. E com precisão cirúrgica, concluía: ‘A primeira consequência que daí resulta é que o sentimento de justiça pouco a pouco vai se apagando e por fim termina extinguindo-se de todo na consciência do povo. E isto é muito natural e lógico, porque se o Direito é coisa que se faz e refaz com tanta facilidade, a verdade é que isto de justiça não passa de uma palavra vã. Nem há inconveniente nenhum em violar a lei, porque o que é justo hoje, pode muito bem ser injusto amanhã’. (ALVES & DELGADO, 2002, p. 29-31).

O Código Civil, instituído por meio da Lei nº 10.406/02, positivou vários princípios que anteriormente não possuíam expressão significativa no ordenamento jurídico. Logo, a posição privatista, individual e patrimonialista do antigo Código Civil foi suprido pela nova visão estabelecida pelo atual diploma, o qual preconiza a coletividade, a boa-fé e, principalmente, a dignidade. Como consequência, houve a preponderância do indivíduo em relação à proteção patrimonial.

Assim que foi publicado, respeitáveis doutrinadores alegaram que o Código Civil já nascera velho, antiquado e desatualizado. Pura dialética sem fundamentação jurídica. É óbvio que a comissão elaboradora do anteprojeto o adequou às novas contingências e se alguns temas não foram introduzidos na disciplina civilista é porque não careciam. Desta forma, institutos como “barriga de aluguel”, união afetiva de homossexuais, detalhamento na disciplina do uso do corpo humano, biogenética e outros assuntos não estão propositada e acertadamente disciplinados pelo Código Civil por vários motivos, dentre os mais importantes, podemos citar o não aprofundamento do debate e a instabilidade das posições da sociedade, afinal são temas polêmicos que pressupõem maior discussão e consolidação de entendimento antes de eventual legislação. Assim, bem se posicionou a comissão elaboradora do anteprojeto do Código Civil, conforme se percebe da exposição de motivos. (PEREIRA, 2012, s/p).

Evidencia-se que o Código Civil de 2002, pode ser qualificado doutrinariamente como o Código do juiz:

[...] haja vista que contém inúmeras cláusulas abertas, isto é, normas de conteúdo impreciso, vago e indeterminado, impondo ao Estado-

Juiz uma maior liberdade para a solução da novel casuística, inclusive facultando o uso de conceitos metajurídicos na aplicação da norma ao caso concreto – o que representa, a meu juízo, um avanço estupendo, na medida em que abre o sistema jurídico civil ao mundo moderno, diante da mutabilidade do Direito, inserido numa sociedade plural, massificada e complexa. (NETO, 2005, s/p).

O Novo Código Civil surgiu flexibilizando as demandas das relações sociais, pois a evolução social é dinâmica, e não seria justo e sábio introduzir, no ordenamento, dispositivos rígidos que resultariam na instabilidade jurídica diante da diversidade das relações sociais.

O *animus* desse novo código reside justamente no combate a essa instabilidade. Não que se esteja no projeto a defender a chamada 'escola do direito livre' encabeçada por Kantorowicz, nem mesmo o movimento muito na atualidade do chamado "direito alternativo". Mas a flexibilidade na interpretação das normas permitirá que o direito se modernize, sem que haja necessidade de se estar, a cada instante, alterando os textos legais. [...] Tenho em repetidas ocasiões externado a importância que a Hermenêutica Jurídica terá nos tempos que se avizinham, principalmente em função da velocidade das grandes transformações sociais e políticas. As leis não poderiam deixar de ser expressas em termos gerais, fixando regras, consolidando princípios, estabelecendo normas, em linguagem mais clara e precisa possível. Todavia seria absolutamente impossível que descessem a minúcias, daí a imperiosa necessidade do intérprete de entender a relação entre o texto abstrato da lei e o caso concreto entre a norma jurídica e o fato social. Fixar o sentido verdadeiro da norma positiva e logo depois o respectivo alcance e sua extensão, extraíndo da norma o que nela se contém, determinando seu sentido e alcance. A interpretação não deve ser confundida com a Hermenêutica, sendo a primeira a aplicação da segunda que fixa os princípios. Carlos Maximiliano, em seu livro, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, classifica a Hermenêutica como a teoria científica da arte de interpretar. (ALVES & DELGADO, 2002, p. 29-31).

Assim, tem-se observado que o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, como conquista do Estado Democrático de Direito para assegurar os direitos e liberdades.

Os princípios fundamentais, inscritos na ordem constitucional, impuseram a necessária reformulação de toda normativa infraconstitucional, entre elas a vetusta codificação civil que se abre para recepcionar os princípios e valores constitucionais, tendo renovado o sentido de vários de seus artigos ao mesmo tempo em que foram derogados outros tantos sob o império dos novos valores

e máximas constitucionais, sobretudo a incidência do princípio da igualdade e da própria norma de isonomia familiar, tanto na filiação (art.227, § 6º, da CF/88) quanto na conjugalidade (art. 226, § 5º, da CF/88), assim como a proteção de outras formas de organização familiar que não somente o casamento (art. 226, § 3º, da CF/88). A essa incidência e permanente penetração do direito constitucional sobre matéria infraconstitucional dá-se o fenômeno hermenêutico da constitucionalização do direito civil. (GIRARDI, 2005, p. 37).

Os fundamentos da República Brasileira, valores essenciais de nosso sistema jurídico, especialmente, a dignidade da pessoa humana, são princípios norteadores do Novo Direito Civil, possibilitando a integral tutela da pessoa humana, seja ela individual, seja como membro de uma entidade familiar.

O fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações familiares não significa ter o direito de família migrado para o direito público; devendo-se ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito do próprio direito civil, aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição, por si só merecedora de tutela privilegiada, como queria o Código Civil, em favor de uma proteção funcionalizada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes, como quer o texto constitucional. (TEPEDINO, 1999, p. 20).

Nesta mesma vertente principiológica, temos o princípio da isonomia ou igualdade, traduzido também no art. 5º, *caput*, da CRFB/88: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, que, incorporado aos demais princípios, fundamenta o Direito Civil Constitucional.

Em relação ao princípio da igualdade, o direito oferece tratamento diferenciado na busca do equilíbrio das relações sociais, ou seja, a lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais.

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as

peessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e de qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos. (SILVA, 2004, p. 223).

Outra questão de tratamento desigual relaciona-se à discriminação por meio da orientação sexual<sup>94</sup>, tema focal deste trabalho.

De fato, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo de pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação. Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para que dirigir seu desejo ou sua conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará discriminação; todavia se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os diferentes tratamentos, neste contexto, têm sua razão de ser no sexo de Paulo (igual o de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Paulo). (RIOS, 2001, p. 72-73).

A adaptação do ordenamento diante do novo Código Civil estabelece num sistema de regras flexíveis que não se deixam esmorecer com o decorrer do tempo, tendo em vista a possibilidade de sua aplicação, por intermédio dos ditames constitucionais. Neste entendimento Delgado (2003, p. 395) afirma: “a técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos gerais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo”.

Já, Tepedino (2003, p. 15), critica o sistema de Cláusulas Gerais, apontando que:

---

<sup>94</sup> No centro de toda a vida privada se encontra a autodeterminação sexual, vale dizer, a liberdade de cada um viver a sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio, a sua identidade sexual, que engloba a temática do homossexualismo, do intersexualismo e do transexualismo, bem assim da livre escolha de seus parceiros e da oportunidade de manter com eles, consentidamente, relações sexuais. (LEITE SAMPAIO, José Adércio. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1988, p. 277).

[...] gera *desconfiança, insegurança e incerteza*, tornando árduo o trabalho da jurisprudência. Em codificações anteriores, exemplos do Direito Comparado, tendo em vista o alto grau de discricionariedade atribuído ao aplicador da norma, muitas vezes, as Cláusulas Gerais tornaram-se letra morta ou dependiam de uma construção doutrinária capaz de lhe atribuir um conteúdo mais objetivo.

Todavia, existe a possibilidade de se evitar subjetivismo, condicionando a aplicação das Cláusulas Gerais à normatividade constitucional, evitando-se, assim, a discricionariedade judicial que está limitada pelas normas constitucionais. Todavia, tal discricionariedade encontra limites impostos pela normatividade constitucional.

Deste modo, levando-se em consideração os limites constitucionais para a interpretação e aplicação das cláusulas gerais e, atentos ao fato de que um sistema mais aberto contribui para a ocorrência de soluções mais justas e corretas, no caso concreto, deve-se concluir pela perfeita compatibilidade dessa nova técnica legislativa com a Constituição Federal e com as exigências sociais da contemporaneidade.

## CONCLUSÃO

No contexto do que foi exposto na pesquisa nota-se, claramente, que as modificações sociais perpetradas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, e que se tornaram mais incisivas no final dos anos 1990 e início deste século, trouxeram implicações diretas sobre modelos de arranjos familiares que até então não detinham a “especial proteção do Estado”, como ocorria com a família matrimonializada. Dentre eles, encontram-se as famílias monoparentais, as anaparentais e a união estável entre homem e mulher.

Com essa maior liberdade de expressão, de atitudes e de opções ideológicas, houve também uma maior aceitação social em relação à homossexualidade, passando a ser vista não como algo marginalizado, mas sim, como um *fato social* e, por sua vez, esses “sujeitos de direito” vêm ocupando seu espaço e, exigindo, com toda a legitimidade, o merecido respeito da sociedade contemporânea.

Conforme mencionado, o número de homossexuais no Brasil beira, hoje, a casa dos 18 milhões de indivíduos e, por conseguinte, é grande também a quantidade de pares homoafetivos presentes na comunidade. Consequentemente, os respectivos desdobramentos jurídicos decorrentes dessas parcerias são cada vez mais patentes, como por exemplo, em questões da partilha de bens (na dissolução da sociedade afetiva), nos direitos hereditários, na filiação, nas questões previdenciárias, na inclusão do companheiro homossexual em plano de saúde ou como dependente no Imposto de Renda, dentre outras situações.

Ocorre, porém, que em virtude da sua não inclusão expressa no rol do artigo 226, da Constituição Federal que trata especificamente do direito de família, esses moldes e cada um dos membros que os compõem, quando defrontados em alguma das situações supra, são tratados como sociedade de fato e não conjugal (sujeitos e direitos particularizados de cada um deles – cada um por si) e não necessariamente como célula familiar unificada, ou seja, são dicotomizados e impedidos por vezes de serem reconhecidos como parentes ou consortes, de fato ou de direito

Para tanto, mesmo sendo uma realidade incontestável, os pares homoafetivos, para conseguirem ver efetivados seus direitos fundamentais, via de regra, têm que recorrer ao Judiciário, o qual, fazendo uso do chamado *ativismo judicial*, busca suprir a omissão legislativa, no intuito de conceder a estes cidadãos a

tutela do Estado. Nasce aí a celeuma de que, ao menos em tese, estaria o Poder Judiciário interferindo em seara legislativa e, ainda que em justíssimo mérito, ferindo o Princípio da Separação dos Poderes.

Nesta linha, uma corrente de juristas defende, tecnicamente falando, que a forma correta de promover e assegurar a plenitude dos direitos homoafetivos seria por meio do processo legislativo, assim como ocorrido em Portugal e na Espanha. Inferem que seria até mesmo precária esta contemplação, vez que a insegurança jurídica desse grupo social continua a imperar, tendo em vista que o Judiciário pode “mudar seu entendimento” sobre o assunto, pois na ausência de uma legislação expressa sobre o tema, o subjetivismo do julgador pode ganhar contornos contrários aos interesses da causa homoafetiva por motivos de cunho estrita e meramente pessoal (éticos, religiosos, morais, dentre outros), e assim, continuaria instável a situação jurídica desta minoria de sujeitos de direito.

Diante da mencionada atitude comissiva do Judiciário (ativismo judicial), o Legislativo, se sentindo diminuído em suas funções precípua, logrou buscar instrumentos que lhe permitissem coibir tais ações. Com efeito, foi aprovada, por unanimidade, pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, o Projeto de Emenda Constitucional nº 03/2011, o qual tem por objetivo alterar a redação do inciso V, do Artigo 49, da Constituição Federal, possibilitando ao Congresso Nacional sustar atos de outros Poderes, incluído aí o Judiciário, que “exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”.

Ocorre, porém, mesmo que de forma tácita, é conhecido que um dos motivos que catalisaram a edição desta Proposição (PEC nº 03/2011) foi, exatamente, a “legalização” pelo Supremo Tribunal Federal, das uniões homoafetivas (outro motivo foi o aborto de fetos anencéfalos).

Assim, caso o projeto se transforme em Emenda Constitucional, entrando efetivamente em vigor, poderá a causa homoafetiva perder o único *locus* que, via de regra, até o momento lhe dá amparo, que é o Judiciário.

Desta feita, o que realmente tem que haver é a resolução desta situação por parte de nossos Legisladores, de forma a legitimar as decisões até aqui proferidas pelo Judiciário, regulamentando, em sua plenitude, os direitos dos pares homoafetivos nos moldes das famílias convencionais, evitando assim que ocorra

qualquer tipo de segregação no momento de praticar atos que são normais a todos os outros indivíduos, tais como casar, pleitear um benefício previdenciário, incluir o companheiro num plano de saúde, sem que tenham que enfrentar toda a burocracia de um processo judicial. Pois, este, como bem o sabem os operadores do Direito, em especial tratando-se de um caso inserto de peculiaridades, como costumam ser todos aqueles que envolvem questões de direito de família, em especial os quais expõem a subjetividade e a intimidade das partes e até mesmo de terceiros, não raras vezes, acabam por desestimular o indivíduo em tentar concretizar a constituição e/ou a declaração de um direito que lhe é pertinente.

Destarte, haverá sempre a obrigatoriedade de se focar a valorização e a dignidade da pessoa humana, deixando de lado quaisquer outros possíveis interesses correlatos que possam vir a permear os Poderes inerentes à questão (Legislativo e Judiciário), na busca única e exclusiva de prestar a devida proteção jurídica aos indivíduos envolvidos, uma vez que, sem sombra de dúvidas, formam uma minoria carente da tutela estatal.

Nesta linha, conclui-se que o Legislativo pátrio deva agir efetivamente, com responsabilidade e sem omissão, assim como o faz diante de outros fatos sociais que necessitam de modificações concretas em nível constitucional e/ou infraconstitucional, no intuito de amparar e legitimar de forma plena toda e qualquer seara da população, independentemente de se tratar de minorias ou de majorias, pois isto significa fazer justiça, em um Estado que se diz democrático e de direito.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALVES, Jones Figueiredo e DELGADO, Mario Luiz. **Novo Código Civil**, Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Confrontado com o Código Civil de 1916. São Paulo: Editora Método, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

**BÍBLIA SAGRADA**. Edição com notas para jovens. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2002.

BISOL, Paulo. **Discurso na comissão de soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher** (Assembléia Constituinte – Atas de Comissões). Senado Federal: Brasília, 1987.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **A evolução da instituição familiar no direito brasileiro**. Disponível em: <http://orbita.starmedia.com/jurifran/ajfam.html>. Acesso em: 08 de maio de 2008.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: aspectos Jurídicos**. São Paulo: RT, 2002.

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

BRASIL. Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Dispõe sobre Guarda Compartilhada, altera os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 25 jul.1991 republicado em 14 ago. 1998.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 16 jul.1990.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 25 jul.1991 republicado em 14 ago. 1998.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos**. São Paulo: LTr, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 256.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CIENA, Fabiana Polican. **O poder do judiciário na efetivação do direito fundamental à educação**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2008.

CHILETTO, Maria Cláudia Cairo. **Uniões homoafetivas**: uma nova concepção de família na perspectiva do direito civil-constitucional. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade de Campos, Centro Universitário Fluminense, Fundação Cultural de Campos, Campos dos Goytacazes, 2007.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**, livro II, A família, cap. I, Livraria Clássica, Lisboa, 10. ed. 1980.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, José Augusto. **O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988**. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In ALVIM, Arruda; CESAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DELEUZE, G. **Que és um dispositivo?** Michel Foucault in Deleuze (org). Barcelona: Gedisa, 1990.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. Volume 5, São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto**. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFam, 1999.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **União Homoafetiva**: o preconceito & a justiça. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Homossexualismo: a lei e os avanços**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 26 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. **Uniões Homoafetivas**: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. In: Site Maria Berenice Dias. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 16 Abr.2012.

\_\_\_\_\_. **União Homossexual**: o preconceito e a justiça. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 16 Abr.2012.

\_\_\_\_\_. **União homossexual**. Aspectos sociais e jurídicos. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 26 mai. 2012.

DUBY, George; ARIÉS, Philippe. **História da vida privada, do Império Romano ao ano mil**. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia da Letras, 2009.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade e do Estado**. Ed. Centauro: São Paulo, 2012.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. Volume 2., 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1978.

FERREIRA, Marcia Porto & CARVALHO, Sônia Regina. **1º Guia de adoção de crianças e adolescentes do Brasil**. Novos caminhos, dificuldades e possíveis soluções. São Paulo: Winners editorial, 2002.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. Volume 1- A vontade de saber. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

\_\_\_\_\_. **O triunfo social do prazer sexual: uma conversa com Michel Foucault**. In M.B.de Motta (org), Ética, sexualidade, política: ditos e escritos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade 1: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de Direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas 2008.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas Filiação e Afeto – A possibilidade Jurídica da Adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GLANZ, Semy. **A família mutante, sociologia e direito comparado: inclusive o novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Homossexualidade: Discussões Jurídicas e Psicológicas**. Curitiba: Juruá, 2001.

IBOPE INTELIGÊNCIA. **União estável entre homossexuais**. Disponível em: <http://www.media.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/07/28/casamentogay.pdf>. Acesso em 19 mai. 2012.

JESUS, Antônio. **Discurso na comissão de soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher** (Assembléia Constituinte – Atas de Comissões). Senado Federal: Brasília, 1987.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, R. G. **Teoria do Estado**: cidadania e poder político na modernidade. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. (volume I)

MARMELSTEIN, George. **Jurisprudência Arco-Íris**. Comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas. Revista de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan/jun. 2011.

MARTINS, Fernandinho. **Pais fora do comum**. p. 1. In: Mix Brasil. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/mixbrasil/cultura/especial/pai/pai.shl>. Acesso em: 20 Out.2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Constituição “conforme” o STF**. Disponível em: <http://www.veritatis.com.br/inicio/blog/1092-a-constituicao-qconforme-o-stf->. Acesso em 14 abr. 2012.

MASCHIO, Jane Justina. **A adoção por casais homossexuais**. In: Jus Navegandi, ano6, n. 55, ar. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=276>. Acesso em: 12 mar.2008.

MELLO, Luiz. **Novas Famílias**: Conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Ed. Garamond Ltda, 2005.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. De acordo com o Novo Código Civil Lei n. 10.406, de 10/01/2002, atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: Uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, v. 1, n. 1, p. 89-112, jan./mar., 2000. [598150] SEN CAM MJU STJ STF.

MOREIRA FILHO, Francisco Carlos. **Conceituando a homossexualidade**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1645>. Acesso em: 02 jul. de 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual** – proteção constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, p. 111

NETO, Hora João. **Os princípios do novo Código Civil e o direito das obrigações**. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 9, n. 681, 17 de mai. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6737>> Acesso em 25 fev. 2012.

NOVOA, César Garcia. **El principio de seguridad jurídica em matéria tributária**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

OLIVEIRA Regis Fernandes de. **HOMOSSEXUALIDADE: Uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Rafael Vasconcelos de Araujo. Gabriel. **Função Social da Empresa**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/perfil/exibir/96927/Rafael-Vasconcellos-de-Araujo-Pereira>. Acesso em: 11 de mai. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Prefácio à Primeira Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PÉREZ LUÑO. **La Seguridad Jurídica**. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 11.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de Família. Volume 6, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Humberto. **O amor entre os iguais**. 1. ed. São Paulo: 2004.

ROLIM, Marcos. **Casais Homossexuais e Adoção**. 2002, p. 1. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>. Acesso em: 18. mai. 2003.

SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. **Família monoparental brasileira**. In: Revista Jurídica, v. 10, nº 92, out/2008 a jan/2009, Brasília: Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos, Presidência da República.

SAVARESE, Maurício. **Câmara cogita interferir no Judiciário porque perdeu força, dizem analistas**. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2012/04/27/camara-cogita-interferir-no-judiciario-porque-perdeu-forca-dizem-analistas.htm>. Acesso em: 10 de mai, 2012.

SILVA. Glaucia Cristina Archangelo da. **Novos parâmetros familiares: a necessidade de um novo olhar do judiciário**. São Paulo: *Juris Plenum* Ouro nº 10 novembro, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **A Família Substituta**. A Adoção em *Terre des Hommes*. Curitiba: *Terre des Hommes*. Ano VIII – n.º 86/87. 26. Ago.1996.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SOARES, Orlando. **Direito de Família**. De acordo com o novo Código Civil (lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002). 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência** – Um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr, 1996.

SOUZA, Claudecy de. **Homossexualidade**. Disponível em: <http://pailegal.net/psisex.asp>. Acesso em 15 jun. 2008.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade**: uma história. Tradução de Rubem Mauro Machado, 2ª ed., Rio de Janeiro: Record, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Homoafetividade - União entre pessoas do mesmo sexo – qualificação como entidade familiar**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/verjur.asp?art=171>. Acesso em 20 abr. 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. In A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. RJ-SP: Renovar, 2. ed., 2003.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Record, 2000.

TORRES, Aimberê Francisco. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à adoção por parceiros do mesmo sexo**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2008.

\_\_\_\_\_. **Os novos “sujeitos de direito” e a nova família**. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/?artigos&autor=Aimber%C3%A9%20Francisco%20Torres>. Acesso em 20 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à adoção por parceiros do mesmo sexo**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho 2008.

VARGAS, Fabio de Oliveira. **A união afetiva no direito comparado**. Disponível em: <http://www.mgm.org.br/portal/modules.php?name=News&file=print&sid=153>. Acesso em: 24 mai. 2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da Homoafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

VELLOSO, Gabriel. **PEC 3/2011 é inconstitucional e diminui Judiciário**. Disponível em: <http://www.datajus.com.br/?q=noticia/pec-32011-inconstitucional-e-diminui-judici-rio>. Acesso em: 10 de mai, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Novo código civil**: texto comparado: código civil de 2002, código civil de 1916. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**: direito de família. 6. ed. (Coleção Direito Civil, v 6). São Paulo: Atlas, 2006.

**ANEXOS****Anexo I – VETO AO PROJETO DE LEI Nº 294/05****RAZÕES DE VETO**  
**Projeto de Lei nº 294/05**

Ofício ATL nº 105, de 30 de agosto de 2011

Ref.: OF-SGP23 nº 2701/2011

Senhor Presidente

Por meio do ofício acima referenciado, ao qual ora me reporto, Vossa Excelência encaminhou à sanção cópia autêntica do Projeto de Lei nº 294/05, de autoria do Vereador Carlos Apolinário, aprovado na sessão de 2 de agosto do corrente ano, que objetiva dispor sobre a instituição do “Dia Municipal do Orgulho Heterossexual”.

De acordo com o teor da propositura, o “Dia Municipal do Orgulho Heterossexual”, a ser anualmente comemorado no 3º domingo do mês de dezembro, integrará o “Calendário Oficial de Datas e Eventos do Município de São Paulo”, devendo o Poder Executivo envidar esforços no sentido de divulgar a data com o objetivo de “conscientizar e estimular a população a resguardar a moral e os bons costumes” (artigos 1º e 2º). Contudo, considerando que, à vista das conclusões alcançadas no parecer expendido pela Procuradoria Geral do Município, acolhida pela Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos, e na manifestação da Secretaria Municipal de Participação e Parceria, conforme restará adiante explicitado, o conteúdo da propositura é materialmente inconstitucional e ilegal, bem como contraria o interesse público, vejo-me na contingência de, com fundamento no artigo 42, § 1º, da Lei Orgânica do Município, vetar totalmente o texto assim aprovado.

Referido projeto de lei, cujo artigo 1º parece tão somente instituir e acrescentar mais uma data comemorativa ao Calendário de Eventos da Cidade de São Paulo, o que seria plenamente legítimo, na realidade não se reveste da simplicidade que aparenta ostentar, circunstância que, por certo, explica a sua enorme repercussão, majoritariamente negativa, no Brasil e até mesmo na imprensa internacional, como é o caso, só para exemplificar, das revistas “Forbes” e “Newsday”, que destacaram a inusitada criação do “Straight Pride Day” em seus respectivos sites, consoante noticiado no Portal da “Folha.com” em 2 de agosto de 2011.

Em princípio, poder-se-ia argumentar que, se a Cidade de São Paulo comemora, como tantas outras no Brasil e no mundo, o “Dia do Orgulho Gay” (Homossexual), então, sob o pálio de uma isonomia meramente formal, seria legítimo que ela igualmente comemorasse o “Dia do Orgulho Heterossexual”, pois dessa forma todas as preferências, orientações ou tendências sexuais estariam

contempladas pelo legislador no aludido Calendário, confirmando a vocação democrática e pluralista desta terra paulistana.

Essa não é, todavia, a isonomia de tratamento que o comando contido no artigo 2º do indigitado texto pareceu querer por evidência, na medida em que ali está prescrito que, vale a pena repetir, o Poder Executivo Municipal “envidará esforços no sentido de divulgar a data instituída por esta lei, objetivando conscientizar e estimular a população resguardar a moral e os bons costumes”. Como se vê, o dispositivo expressamente patenteia que o “Dia do Orgulho Heterossexual”, cuja comemoração anual dar-se-á na semana do natal, estará associado ao resguardo da moral e dos bons costumes. Logo, não é necessário fazer grande esforço interpretativo para ler, nas entrelinhas do pretendido preceito, que apenas e tão só a heterossexualidade deve ser associada à moral e aos bons costumes, indicando, ao revés, que a homossexualidade seria avessa a essa moral e a esses bons costumes. Aliás, o texto da “justificativa” que acompanhou o projeto de lei por ocasião de sua apresentação descreve, em vários trechos, condutas atribuídas aos homossexuais, todas impregnadas de sentimentos de intolerância com conotação homofóbica.

Consequentemente, sob essa perspectiva, caso o Município de São Paulo, por qualquer de seus órgãos, viesse a dar cumprimento ao mencionado artigo 2º, daí resultaria a inequívoca mensagem à população em geral no sentido de que a homossexualidade seria “um modo de ser” supostamente contrário à moral e aos bons costumes, com isso violando princípios basilares e objetivos fundamentais constitucionalmente agasalhados, dentre eles o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana, o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o da redução das desigualdades sociais, o da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e “quaisquer outras formas de discriminação”, e o da prevalência dos direitos humanos (Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 1º, incisos II e III, artigo 3º, incisos I, III e IV, e artigo 4º, inciso II).

Mas não é só. A essa desconformidade da proposta legislativa com a Carta Magna Brasileira, por si só suficiente para impedir a sua conversão em lei, soma-se o fato de que ela também não está de acordo com o interesse público. Com efeito, sob a aparência de promover o “orgulho da heterossexualidade” - e aqui se deve observar que não faz sentido algum “ter” ou “comemorar” o orgulho de pertencer a uma maioria que não sofre qualquer tipo de discriminação - a carta de lei vinda à sanção mal disfarça o preconceito contra a homossexualidade, associada, por inferência (artigo 2º) e consoante se colhe de sua “justificativa”, à falta de moral e de bons costumes. Assim, ao invés de promover o entendimento das diferenças e, pois, a paz social, função maior da Política, o projeto de lei milita a serviço do confronto e do preconceito, razão primeira da sua contrariedade ao interesse público.

Acerca do tema, lapidar e percutiente é a abordagem realizada pelo jurista MARCOS ZILLI, Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP e Coordenador da “Coleção Fórum de Direitos Humanos”, no artigo intitulado “A criação do Dia do Orgulho Hétero Incentiva a homofobia? - Tolerar, verbo transitivo”, publicado na seção “Tendências/Debates” do

Jornal Folha de S. Paulo, edição do dia 13 de agosto de 2011, do qual, por pertinente e oportuno, ora se transcreve o seguinte trecho:

“A expressão “orgulho” (“pride”), estreitamente associada à luta pela conquista da cidadania plena da chamada comunidade LGBT, representa o contraponto do sentimento de “vergonha”, que sempre pautou o tratamento opressivo dado à orientação e à identidade sexual diversa do padrão socialmente aceito. Afinal, tais comportamentos evocavam a noção de defeito, de modo que deveriam permanecer ocultos diante do vexame familiar e social que provocavam. A dignidade humana, como se sabe, é patrimônio que não está restrito a grupos específicos. No entanto, são justamente as minorias que mais se ressentem do exercício pleno de seus direitos, já que as sociedades tendem a ditar o seu ritmo à luz de uma maioria. Fixa-se, então, um padrão comum, e a ele se agrega o qualificativo da normalidade. A situação se agrava quando a minoria não é percebida como uma projeção natural da diversidade e da pluralidade humana, mas como um desvio a ser menosprezado, esquecido ou corrigido. É nesse momento que se abrem as portas para o exercício diário da intolerância e da violência. A destinação de datas relacionadas com as minorias é apenas uma das ferramentas disponíveis no vasto terreno da luta pela efetividade dos direitos humanos. Em realidade, elas possuem valor meramente simbólico, já que o objetivo é o de chamar a atenção do grupo social em favor de quem é, diariamente, esquecido no exercício de seus direitos. Busca-se promover a conscientização de que a dignidade humana não é monopólio restrito à maioria. Vem daí a consagração dos dias “da Mulher”, “da Consciência Negra” e “do Índio”. Nessa perspectiva, a reserva de uma data especial para a celebração do orgulho dos heterossexuais se mostra desnecessária, uma vez que não há discriminação por tal condição. Não são associados à doença ou ao pecado, tampouco são alvo de perseguições no trabalho, nas escolas ou em outros ambientes sociais. A união heterossexual, por sua vez, é totalmente amparada pelo Estado e pelo Direito. Além disso, a iniciativa legislativa propicia uma leitura perigosa, capaz de desvirtuar a própria dinâmica dos direitos humanos. Com efeito, ao acentuar o vínculo já consolidado entre “orgulho” e o “padrão socialmente aceito”, a lei cria dificuldades para que se elimine o estigma da “vergonha” que persegue o movimento oposto. Afinal, vergonha não emerge do que se mostra normal, mas, sim, do que se qualifica como anormal. Em verdade, a energia criativa do legislador deveria ser canalizada em prol de políticas públicas eficientes para o processo de consolidação da respeitabilidade integral dos direitos humanos. A questão é especialmente urgente em uma cidade onde são recorrentes os atos de violência racial, étnica, religiosa, de gênero e de orientação sexual. Experiências frutíferas poderiam ser alcançadas nos bancos escolares públicos. Leis que se mostrassem preocupadas com a formação de crianças desprovidas de quaisquer preconceitos já seriam muito bem-vindas. Afinal, na base da educação dos direitos humanos repousa o valor-fonte da tolerância. É chegada a hora de aceitarmos tudo o que não se apresente como espelho.”

Por derradeiro, impende ressaltar que as políticas públicas encampadas pelo Município de São Paulo inserem-se no atual contexto nacional e internacional de reconhecimento e garantia dos direitos das denominadas minorias ou grupos em situação de vulnerabilidade social (mulheres, negros, nordestinos, crianças, pessoas com deficiência física, comunidade LGBT, idosos, pessoas em situação de rua e outros), em perfeita harmonia, aliás, com o disposto no artigo 2º, “caput” e inciso VIII,

da Lei Orgânica da nossa Cidade, segundo o qual a organização do Município observará, dentre outros princípios e diretrizes, a garantia de acesso, a todos, de modo justo e igual, sem distinção de origem, raça, sexo, “orientação sexual”, cor, idade, condição econômica, religião “ou qualquer outra discriminação”, aos bens, serviços e condições de vida indispensáveis a uma existência digna. Por óbvio, para o alcance desse desiderato, no caso dessas minorias, faz-se necessário lançar mão da figura da “discriminação positiva”, calcada na opção aristotélica de isonomia, qual seja, tratamento igual entre os iguais e desigual entre os desiguais.

Com esse propósito, cabe destacar, pela pertinência com o assunto aqui enfocado, as políticas públicas voltadas à específica proteção do segmento de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT, como a adoção, dentre outras, das seguintes medidas: a) criação da Secretaria Municipal de Participação e Parceria, cuja Coordenadoria de Assuntos de Diversidade Sexual - CADS tem por atribuição atender as necessidades específicas de referido segmento, visando a promoção da sua cidadania e o combate a todas as formas de discriminação e de preconceito; b) instituição do Conselho Municipal de Atenção à Diversidade Sexual, órgão colegiado, de caráter consultivo, composto por membros da sociedade civil e Poder Público Municipal, com competência para propor o desenvolvimento de atividades que contribuam para a efetiva integração cultural, econômica, social e política do segmento LGBT; c) edição do Decreto nº 51.180, de 14 de janeiro de 2010, dispondo sobre a inclusão e uso do nome social de pessoas travestis e transexuais nos registros municipais relativos a serviços públicos prestados no âmbito da Administração Direta e Indireta; e d) envio, à Câmara Municipal, do Projeto de Lei nº 359/07, estabelecendo medidas destinadas ao combate de toda e qualquer forma de discriminação por orientação sexual no Município de São Paulo.

Por conseguinte, claro está que o projeto de lei em relevo, mormente em face do seu conteúdo discriminatório, efetivamente não se coaduna com as ações governamentais que vêm sendo implementadas no âmbito da Administração Pública do Município de São Paulo, direcionadas ao bem comum e à paz social.

Nessas condições, assentadas e explicitadas as razões de inconstitucionalidade, de ilegalidade e de contrariedade ao interesse público que me impedem de sancionar a iniciativa assim aprovada, devolvo o assunto ao reexame dessa Colenda Casa de Leis.

Na oportunidade, renovo a Vossa Excelência meus protestos de apreço e consideração.

GILBERTO KASSAB  
Prefeito Municipal

Ao Excelentíssimo Senhor  
JOSÉ POLICE NETO  
Digníssimo Presidente da Câmara Municipal de São Paulo

Anexo II – INTEGRA DA SENTENÇA JUDICIAL NEGANDO HABILITAÇÃO DE CASAMENTO DE PAR HOMOAFETIVO.

|                                                                                   |                                                              |
|-----------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|
|  | <p>COMARCA DE GOIÂNIA<br/>1ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|

SENTENÇA:

Trata-se de **HABILITAÇÃO PARA CASAMENTO** promovida pelos senhores NNN e MMM perante o Cartório do 2º Registro Civil e Tabelionato de Notas da Comarca de Goiânia.

O Ministério Público impugnou o pedido e os autos vieram conclusos após distribuição para uma das Varas de Família e Sucessões, por ordem do Diretor do Foro.

**Decido.**

O ponto nodal da questão *sub judice* é a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Na condição de juíza de Vara de Família, apreciei diversos pedidos de reconhecimento de união homoafetiva, mesmo antes da matéria ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, e sempre entendi que a Constituição Federal permitia o reconhecimento desse modelo de entidade familiar.

Não há dúvida de que a Carta Magna elencou alguns modelos de entidades familiares, mas não o fez de forma exaustiva e nem poderia fazê-lo diante da mobilidade social própria das transformações culturais de cada época.

Nenhuma pessoa nega que é entidade familiar o arranjo formado por uma avó e dois netos, ou dois irmãos e o filho de um deles (sobrinho do outro) e tantos outros arranjos ou “comunidades” - para usar a palavra empregada pelo constituinte - que surgem a partir das relações humanas.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, ajuizada naquela Corte em

25.02.2008, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, cujo trâmite foi coligado à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.227, apresentada à Excelsa Corte em 02.07.2009, pela Procuradoria-Geral da República, decidiu, por unanimidade, que a união homoafetiva é uma entidade familiar.

O voto do Ministro Aires Britto, ademais da questão jurídica, analisada com a sapiência própria de um integrante da mais alta Corte do País, é de uma beleza espantosa, além da coerência interpretativa, é claro.

Questão que surgiu após referido julgamento é a que trata este procedimento: **após o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, também é possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo?**

Os que defendem esta possibilidade, passaram a fazê-lo sob o pálio da isonomia, pois se a legislação vigente permite o casamento proveniente de uniões heteroafetivas, não haveria motivos para impedir a mesma formalidade em relação às uniões homoafetivas, pois ambas são entidades familiares. Nesse diapasão, já se posicionou a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão que não goza de efeito vinculante:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. *Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.*

2. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.*

3. *Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, 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". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.*

4. *O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de*

*proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.*

*5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.*

*7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.*

*8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.*

*9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.*

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido. (REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012). (grifei)

Apesar da interpretação não vinculante do Superior Tribunal de Justiça, entendo que as demais entidades familiares, inclusive as uniões homoafetivas, e o casamento **são institutos diversos**, todos protegidos pela Norma Ápice de nosso ordenamento posto, mas não podem ser confundidos. Dispõe o art. 226 da Constituição Federal:

*"A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração."*

O art. 1.514 do Código Civil prevê:

*"O casamento se realiza no momento em que o **homem e a mulher** manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados."* (grifei)

Da legislação acima, verifica-se que todas as formas de família tem especial proteção do Estado, **sendo o casamento (família matrimonial) APENAS uma das diversas formas de constituição de entidade familiar, ao lado da união estável, família monoparental, anaparental e união homoafetiva**<sup>95</sup>.

Portanto, a legislação civil não permite chegar à conclusão de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo seja permitido no Brasil, pois não se pode confundir as diversas formas de constituição familiar.

**Data maxima venia** aos que pensam diferente, mas sob autorização do princípio da sociedade aberta de interpretação da Constituição, não pode o Judiciário ignorar a expressa previsão legal quanto aos requisitos para o casamento, em interpretação **ultra legem**, sob pena avançar às funções do Poder Legislativo que possui instrumentos democráticos e de legitimidade próprios para a criação ou modificação de regras.

Enfim, o casamento entre pessoas do mesmo sexo somente seria possível por meio da alteração legislativa, como, aliás, já ocorreu em Países da Europa, em alguns Estados Americanos e, entre os sul americanos, na Argentina. Em todos estes Países, a alteração legislativa envolveu amplo debate e foi noticiada na imprensa internacional: "O Parlamento acabou de aprovar a proposta do Governo que legaliza os casamentos homossexuais"; "Após 14 horas de debate, Senado da Argentina aprova casamento gay".

<sup>95</sup> <<http://jusvi.com/artigos/39460/1>>. Acesso em 01/06/2012.

Em nenhum desses países, o casamento entre pessoas do mesmo sexo passou a ser possível por decisão judicial. Caso contrário, estar-se-ia permitindo decisões manipulativas aditivas de garantia em controle concreto de constitucionalidade, o que não é possível, conforme posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal que, inclusive, nega possibilidade jurídica às sentenças manipulativas a pretexto de evitar uma atividade de “legislação positiva” ao Judiciário<sup>96</sup>.

Particularmente, como cidadã e operadora do Direito, sou a favor da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, como tantos outros cidadãos também são, desde que respeitados os trâmites democráticos impostos pelo Estado de Direito que a sociedade brasileira se submete.

O tema deve ser debatido pelo Congresso Brasileiro. Certamente, um dia, a lei poderá se alterada, mas isto deve ser feito pelo Legislativo. A situação ora tratada não se refere à interpretação legislativa, logo não vejo como o Judiciário poderia autorizar o casamento sem ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Posto isso, deixo de acolher o parecer ministerial porque está equivocado, a meu ver, mas **INDEFIRO** o pedido de casamento por falta de respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Devolvam os autos ao Cartório do 2º Registro Civil e Tabelionato de Notas da Comarca de Goiânia.

Goiânia, 01 de Junho de 2012.

**SIRLEI MARTINS DA COSTA**

Juíza de Direito

---

<sup>96</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional – Tomo I**. Editora Juspodivm, 2011. Página 510.