

**ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA LEGAL A UNIÃO
HOMOAFETIVA**

*CRITICAL ANALYSIS FROM THE LEGAL PERSPECTIVE THE
HOMOAFETIVE UNION*

**Edigelson Pereira da Rocha
Suely Rodrigues Pereira
Maria Fernanda Soares Fonseca
Ronilson Ferreira Freitas**

Faculdades Integradas do Norte de Minas - FUNORTE
edigelsonpr2012@hotmail.com, suelyrpereira@yahoo.com.br,
mfernanda_cambuy@hotmail.com, ronnypharmacia@gmail.com

RESUMO

Este artigo tem como finalidade realizar uma análise crítica sob a perspectiva legal da união homoafetiva e para atingir esse objetivo realizou-se uma pesquisa com procedimentos bibliográficos, exploratórios e qualitativo, desenvolvidos a partir de materiais já elaborados, constituídos principalmente de livros, artigos científicos escritos por autores renomados e pela Constituição da República Federativa do Brasil, com uma leitura interpretativa na qual se procura conferir significado de maior dimensão aos resultados alcançados com a leitura analítica. Demonstrados por meio de uma interpretação à luz dos princípios constitucionais, sobre tudo, o princípio da igualdade e o princípio da dignidade humana e conjuntamente com o artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fica evidente o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar. Comprovado que as uniões homoafetivas estão amparadas pelos princípios constitucionais, que proíbem todo tipo de discriminação e analisando os argumentos contidos nesse artigo fica claro que as uniões homoafetivas, já legalizadas e protegidas pelo Estado como entidade familiar, cumprem os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e afetividade, sendo inquestionável o direito deste grupo constituir sua família.

Palavras-chave: União Homoafetiva; Legalidade; União Estável.

ABSTRACT

This article aims to perform a critical analysis from the legal perspective of the homoafetive union and to achieve this objective a research was carried out with bibliographic, exploratory and qualitative procedures, developed from materials already elaborated, consisting mainly of books, written scientific articles By renowned authors and by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, with an interpretative reading in which it seeks to give a greater meaning to the results achieved with the analytical reading. Demonstrated through an interpretation in the light of constitutional principles, especially the principle of equality and the principle of human dignity, and together with article 226 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, it is evident the recognition of stable homoafetive union as Family entity. Proof

that homoaffective unions are protected by constitutional principles, which prohibit all types of discrimination and analyzing the arguments contained in this article, it is clear that homoafetive unions, already legalized and protected by the State as a family entity, fulfill the duties of mutual assistance in a A true stable relationship characterized by love and affection, and the right of this group to constitute his family is unquestionable.

Keywords: Homosexual Union; Legality; Stable Union.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade a relação homossexual já existia; na Grécia e Roma da Antiguidade era comum a relação entre um homem mais velho com um adolescente, este teria o papel de absorver as virtudes e conhecimentos filosóficos daquele, adotando sempre uma posição passiva. O portador do conhecimento tinha como missão educar o jovem, onde tudo era aceito pela família e sociedade (RODRIGUES, 2004).

Nesta mesma linha cultural, no teatro era comum a demonstração do homossexualismo nas apresentações teatrais: “existiam manifestações homossexuais nas representações teatrais, em que os papéis femininos eram representados por homens transvestidos de mulheres ou usando máscaras com feições femininas” (DIAS, 2000, p. 24 e 25).

Entretanto saindo da era grega e romana, passando pela Idade Média, deparamos com um modelo de família diferente do qual a sociedade estava acostumada, onde o casamento religioso era imposto pela Igreja Católica. Este não mais visto como uma união somente de duas pessoas heterossexuais, mas como uma espécie de sacramento, com um único objetivo de procriação. Daí constitui a família pelos princípios religiosos, tendo como base um homem (pai) e uma mulher (mãe), estes com a obrigação de preparar seus filhos para viverem em sociedade (DIAS, 2001).

Sobre o contexto, expõe Wald:

Durante a Idade Média, as relações de família se regem exclusivamente pelo direito canônico, visto que, do século X ao século XV, o casamento religioso é o único conhecido. [...] Na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado (WALD, 2004, p. 13).

Faz necessária esta breve passagem pela história, para salientar que o homossexualismo fez presente na sociedade desde os tempos antigos e que na atualidade não é diferente, porém, este grupo requer seus direitos de cidadão que estão elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), defendendo que são iguais perante a constituição e buscando a legalização da união entre eles como família, com direitos e deveres iguais a família tradicional.

Neste contexto, ao analisar o conceito vivido por estes casais, depara-se que são idênticos ao que a CRFB/88 preza aos casais heterossexuais. E com base nos direitos fundamentais, que estão previstos em várias passagens na CRFB/88, mas principalmente, nos primeiros artigos contem a materialização dos direitos humanos do Brasil, e com base em dois princípios da igualdade e da dignidade humana, esta pesquisa irá defender a legalidade da união homoafetiva.

O princípio da igualdade encontra-se no artigo 5º Caput, e inciso I, da CRFB/88 onde nos diz que todos somos iguais perante a lei sem distinção. Ainda no artigo 3º,

inciso IV da CRFB/88, verifica-se que é vedada qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que neste sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Deste modo, nota-se que ao se aplicar o princípio da igualdade da pessoa humana, não existe discriminação ao reconhecer a união homoafetiva como legal. E seu reconhecimento seria uma forma de diminuir o alto índice de discriminação contra os homossexuais (BRASIL, 1988).

E outro princípio utilizado para conseguir tal feito é o da dignidade da pessoa humana, onde a responsabilidade é do Estado de proteger as minorias discriminadas, “promovendo essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território”, contido na Constituição Federal Brasileira de 1988 (DIAS, 2009, p. 85).

Sobre a dignidade da pessoa humana, Sarlet relata que tal princípio busca como responsável o Estado a proteger todos contra futuras discriminações, sendo sexuais ou qualquer outra que possa atingir a imagem do ser humano.

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2011, p. 13).

Com um tema tão conflituoso, relevante se faz pesquisar e demonstrar a sociedade que todos são amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro, que visa sempre o bem-estar social independente de sua orientação sexual e através destes dois princípios basilares da CRFB/88, defender o direito dos casais homoafetivos de constituir uma família com direitos iguais ao da família tradicional.

Deve-se compreender que com o passar do tempo a sociedade vem alterando seu meio social, criando modelos de famílias nunca visto nas civilizações antigas como: a família monoparental e a família formada por união estável, esta encontra-se no artigo 226, § 3 da CRFB/88 e também no artigo 1723 do Código Civil de 2002, e aquela consta sua proteção no artigo 226, § 4 da CRFB/88.

Estas mudanças constantes precisam e devem ser acompanhadas, desde que promova uma evolução positiva na sociedade. A CRFB/88 é flexível, e conforme surge novos acontecimentos na sociedade ela vai se adequando. Sendo assim, este trabalho torna-se relevante para demonstrar a sociedade que a união entre pessoas do mesmo sexo é algo protegido por nosso ordenamento jurídico, que ao invés de marginalizar e discriminar, sempre busca adaptar aos novos conceitos de família.

Dessa forma o objetivo deste estudo foi realizar uma análise crítica sob a perspectiva legal da união homoafetiva.

METODOLOGIA

Para atingir os objetivos propostos, foi realizada uma pesquisa com procedimentos bibliográficos, exploratória de natureza qualitativa (GIL, 2008). A pesquisa bibliográfica foi desenvolvida a partir de materiais já elaborados, constituídos principalmente de livros, artigos científicos, CRFB/88 e as leis vigentes no Brasil. Esse tipo de pesquisa será indicado a fim de proporcionar melhor visão do problema e torná-

lo mais específico, possibilitando a construção de hipóteses e assumindo um caráter de estudo exploratório, tendo como objetivo principal o aprimoramento de idéias ou a descoberta de intuições (GODOY, 1995, p. 58).

Segundo Gil (1999) a pesquisa qualitativa é voltada para auxiliar os pesquisadores a compreenderem pessoas e seus contextos sociais, culturais e institucionais e a pesquisa exploratória segundo Selltiz (1965), busca descobrir ideias e intuições, na tentativa de adquirir maior familiaridade com o fenômeno pesquisado.

Os artigos e livros foram selecionados com base na temática em análise, no intuito de observar a importância da legalidade da união homoafetiva. Foram utilizados artigos que discutem a possibilidade da união homoafetiva, além da legislação brasileira, bem como os princípios que norteia essa união: princípio da dignidade humana e princípio da igualdade. Após a obtenção do material, realizar-se-á uma leitura exploratória das obras bibliográficas, como o objetivo de verificar quais os conteúdos dos artigos consultados terão relação com a pesquisa.

Finalmente, efetuou-se a leitura interpretativa na qual buscou conferir significado de maior dimensão aos resultados alcançados com a leitura analítica. Para isso, a análise foi realizada pela ligação dos resultados com conhecimentos de origem, em teorias baseadas nas evidências, e de pesquisas empíricas.

DESENVOLVIMENTO

Princípio da igualdade a favor da união homoafetiva

Os princípios constitucionais são reconhecidos como alicerce normativo, sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, provocando uma mudança na forma de interpretar a lei, sendo que o legislador ao criar as leis deve ter como base o disposto na CRFB/88 (BONAVIDES, 1999).

O princípio da igualdade encontra-se elencado no artigo 5º da CRFB/88, onde relata que todos são iguais perante a lei, nos seguintes termos:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

Observa-se que é vedado qualquer tipo de discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que dessa forma ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Assim entende que não reconhecendo a união homoafetiva, seria um viés para o aumento da discriminação e violação de direitos fundamentais (BARROSO, 2007).

E ainda no artigo 3º, inciso IV, da CRFB/88:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de ordem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Neste artigo com seu respectivo inciso, demonstra que o Estado tem o dever e a responsabilidade de promover a igualdade de todos, sem preconceito ou qualquer outra forma de discriminação. Defende o livre arbítrio de escolha de cada ser humano, pois as pessoas são diferentes entre inúmeras características, inclusive na sua orientação sexual.

O princípio da igualdade atua em duas vertentes: na lei, destinada ao legislador, onde este ao elaborar as leis, normas e atos normativos não poderá fazer nenhuma discriminação; e perante a lei, pois quando for aplicada a lei pelo poder judiciário e executivo, estes não poderão fazer nenhum tipo de discriminação (SIMÃO, 2009).

No Brasil as relações homoafetivas carecem de atenção do Estado, pois o aumento de homossexuais é grande comparado com algumas décadas atrás. No entanto este grupo que é considerado minoria precisa de uma maior atenção, com intuito de diminuir ou até mesmo erradicar com o preconceito que a sociedade mantém em relação aos homossexuais, principalmente referente aos que desejam constituir família a luz deste princípio (SARMENTO, 2011).

Em meio a constantes transformações sociais, a questão das relações homoafetivas tornou-se um assunto debatido pelos juristas e principalmente pela sociedade, onde está começando a agir tentando entender o homossexualismo, e enxergando esta opção sexual com menos preconceito. Assim as uniões homoafetivas começam a usufruir de uma atenção especial de certos tribunais brasileiros, que em face de um processo lento e duradouro entendem que alguns direitos inerentes somente aos casais heterossexuais possam ser favoráveis aos casais homoafetivos, isso graças à evolução da sociedade (DIAS, 2005).

Um dos papéis mais importante do princípio da igualdade é impedir que se negue aos integrantes de um grupo a possibilidade de usufruir algum direito, devido ao preconceito em relação ao seu modo de vida (SARMENTO, 2011).

Com o reconhecimento do princípio da igualdade aos casais homoafetivos através do Poder Judiciário, visa diminuir o preconceito que as famílias homoafetivas são atingidas diariamente, bem como a violência que atualmente está estampada em todos os noticiários brasileiros (homofobia), que ferem frontalmente os direitos fundamentais à igualdade e de respeito à diferença (DIAS, 2009)

Por força do princípio da igualdade há o dever de não discriminar, isto é, a Constituição Federal Brasileira de 1988 proíbe qualquer tratamento discriminatório e diferenciado como: categorias de pessoas ou tipos de famílias, visando prejudicá-las, pois todos os benefícios jurídicos são concedidos a qualquer pessoa, não podendo ser negados sem justificativa plausível (SANTOS, 2006).

O autor Araújo descreve sua opinião sobre o assunto da seguinte maneira:

A Constituição da República instituiu o princípio da igualdade como um de seus pilares estruturais. Por outras palavras, aponta que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como do aplicador da lei. No mais das vezes a questão da igualdade é tratada sob o vértice da máxima aristotélica que preconiza o tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade (ARAÚJO, 2006, p. 131).

Desta forma o legislador e julgador devem seguir o princípio da igualdade com rigor, sempre tratando de forma igualitária os iguais e de forma desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades, para que as discriminações e injustiças sejam banidas da sociedade.

Araújo fortalece seu entendimento acerca do princípio da igualdade evidenciando que certos grupos precisam de uma proteção, ele esclarece nesse trecho de seu livro:

Na disciplina do princípio da igualdade, o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas (ARAÚJO, 2006, p. 134).

Com o surgir da necessidade de acomodar todas as pessoas em patamar de igualdade e de condições perante os bens considerados essenciais a vida, em algumas ocasiões é necessário o favorecimento de determinadas pessoas em face de outras. Assim, as pessoas ou grupos que se encontrarem em posição de inferioridade, no caso do presente artigo os casais homoafetivos poderão se valer da discriminação positiva para poderem se igualar a determinados fatos ou situações. Efetivando o princípio da igualdade material aos casos concretos.

A união homoafetiva e o princípio da dignidade humana

Ao analisar o princípio da dignidade humana e sua origem de maneira exata, faz necessário demonstrar os avanços, frutos da dor e do sofrimento moral, como tortura, massacres e violência; em meio a estes conflitos nasceu à consciência de criar novas regras de respeito ao ser humano para ter uma vida digna perante a sociedade, principalmente para as minorias que inclusive, entra a classe dos homossexuais que continuam a ser marginalizados pela sociedade (FACHIN, 1996).

Conforme afirma Dias:

O princípio norteador da Constituição, que baliza o sistema jurídico, é o que consagra o respeito à dignidade humana. O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado de igualdade e da liberdade, estampado já no seu preâmbulo. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (DIAS, 2007, p. 183).

Como se pode perceber a evolução social não é acompanhada corretamente pelo ordenamento jurídico brasileiro. Embora exista uma lei que regulamenta a união homoafetiva, ainda são poucos os casos de união legal. Essa é à situação que a família homoafetiva vem sofrendo durante muito tempo devido ao preconceito da sociedade, simplesmente pelo fato de ser diferente o seu jeito de amar e por não adquirir características semelhantes aos da família tradicional, que por obrigação cultural devem ser constituídas por um homem e uma mulher (DIAS, 2007).

Reconhecer as uniões homoafetivas dentro do âmbito de família é mais do que uma questão constitucional, trata-se de uma postura ética, pois ao contrário do que pensa a maioria da sociedade, considerar uma relação afetiva entre duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, não vai transformar a família e muito menos incentivar a prática homossexual. Apenas deixará de ser considerado clandestino e marginalizado, passando a ter um maior número de pessoas assumindo a sua sexualidade (DIAS, 2009).

O princípio da dignidade humana se encontra no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88 estabelecendo que todos são merecedores de uma proteção da sua dignidade, pelo simples fato de serem humanos.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

A dignidade de uma pessoa tem valor universal, independente das diversas formas culturais dos povos. Todo ser humano tem sua individualidade física, intelectual, psicológica, mas ao mesmo tempo em um conjunto é detentora de igual dignidade (DALLARI, 2002).

Sarlet retrata bem sucintamente, o direito a dignidade da pessoa:

Um indivíduo, pelo só fato de integrar o gênero humano, já é detentor de dignidade. Esta é qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes (SARLET, 2001, p.60).

O autor Sarlet (2001) define este princípio como um bem, onde o ser humano ao ser distinto e individual faz-se merecedor do mesmo respeito e consideração do Estado e da sociedade, pois os direitos fundamentais garantem ao homem uma vida digna, sem discriminações para que este tenha uma vida saudável no meio social.

Seguindo nessa linha de raciocínio, depara-se, qual seja a conduta do homem, o direito à sua dignidade não é atingido, por que não existe maior ou menor dignidade. Assim acontece nas uniões homoafetivas, casais do mesmo sexo tendo seu direito negado por discriminação, sendo que sua dignidade não é menor que a de outro ser humano (SARLET, 2001).

Nota-se que o poder que o homem tem de escolher seu modo de viver, reconhecendo na dignidade pessoal a prerrogativa de qualquer pessoa em ser respeitada como humano, de não sofrer em sua existência (a vida, o corpo e a saúde), e de viver em um âmbito existencial próprio, sem medo de ser diferente (LARENZ, 1978).

O ser humano não pode ser prejudicado por querer viver em um modelo de família diferente do tradicional, sendo que as características de família são mantidas e respeitadas por estas novas entidades familiares, que surgem em nosso país ao longo da história, mas só não eram reconhecidas como um modelo de família pelo ordenamento jurídico brasileiro. Porém houve um grande avanço quando foram reconhecidas pelo Estado dois novos modelos de família, a constituída por união estável e a família monoparental (DINIZ, 2002).

No artigo 226, § 3º da CRFB/88 esclarece sobre a família formada por união estável:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

E no parágrafo 4º da família monoparental formada por um dos pais ou descendente: “§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988).

Ambas são modelos novos de família que já conseguiram a proteção do Estado, tendo igualdade de direitos e deveres que até então eram detentores apenas os modelos de família tradicional.

O legislador usou-se de outro valor jurídico para determinar estes novos modelos de família: o afeto. Neste sentido a Constituição Federal Brasileira de 1988 privilegiou a afetividade como valor jurídico determinando que a família monoparental e as formadas por uniões estáveis detêm de iguais direitos que a família tradicional (DIAS, 2009).

Não obstante ainda ao falar sobre união estável, são encontradas no artigo 1723 do Código Civil de 2002, as características para ser considerado como uma família formada por união estável: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 1988).

Ao interpretar esse artigo do Código Civil de 2002 percebe-se que a união estável bem como a união homoafetiva detêm das mesmas características e objetivos, com a única diferença desta ser composta por duas pessoas do mesmo sexo. No entanto, com o reconhecimento destes novos moldes de família, as uniões homoafetivas passaram a ser cogitadas como um modelo de família a ser regularizado como entidade familiar, o que até então era descartada pelo meio social. Os requisitos ditos pela CRFB/88 para determinar como entidade familiar, o afeto, amor, respeito e comunhão de vida, são todos mantidos nas uniões homoafetivas. Assim ao consagrar a afetividade como valor jurídico as uniões homoafetivas ganharam espaço para constituir sua família nos moldes legais (BARROSO, 2011).

Este reconhecimento apresenta uma evolução onde os casais homossexuais poderão constituir sua família, sem medo de ser discriminados perante a sociedade e com a proteção do Estado, deixam de ser um grupo marginalizado, passando a viver dignamente como outro ser humano (DIAS, 2009).

Após este reconhecimento de direito aos casais homoafetivos para poderem unir civilmente constituindo uma família, automaticamente outros direitos passam a ser usufruídos por eles, como: a adoção, direitos previdenciários, de herança, alimentos, dentre outros.

CASOS JULGADOS A FAVOR DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Há muitos anos o Poder Judiciário reconhecia a existência da união homoafetiva como status patrimonial, sendo o assunto tratado na área cível, seguindo as normas do direito de obrigações. Mas, em 1999 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fez migrar para as Varas de Família as ações envolvendo as uniões homossexuais (DIAS, 2010).

Vejam os agravos providos pelo relator Breno Moreira Mussi:

RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (Agravo de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível,

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999 (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 1999).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se mostra pioneiro ao reconhecimento das uniões homoafetivas, no ano de 2000 este tribunal admitindo essas uniões como entidade familiar por analogia a união estável, desencadeou uma ação para que outros estados como: Minas Gerais, Goiás, Rio Grande do Norte, Ceará, Rondônia, São Paulo, Rio de Janeiro, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Bahia, Maranhão, Santa Catarina, Alagoas e Pernambuco também reconhecessem em decisões similares o mesmo entendimento que o TJRS. Além deste avanço foram concedidos direitos sucessórios ao parceiro sobrevivente (DIAS, 2010).

Segue a ementa da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na Constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros (TJRS, AC 70001388982, 7ª C. Cív., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/03/2001) (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2001).

Como essa proteção é recente, a sociedade ainda tem que acostumar com famílias formadas por mesmo sexo, mas devem compreender que estão asseguradas pelo ordenamento jurídico brasileiro e que o Estado vai garantir a proteção deste novo modelo de família (BARROSO, 2007).

Passados vários anos, e com a precariedade de julgar a favor dos casais homoafetivos, em 2011 com analogia a união estável o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecido no Brasil como entidade familiar. Através de um julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/DF e pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, esta apresentada pelo governador do Rio de Janeiro e aquela pela Procuradoria-Geral da República, que foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) o reconhecimento as uniões estáveis homoafetivas todos os direitos conferidos as uniões estáveis entre um casal heterossexual.

Assim, os princípios da igualdade e da dignidade humana, têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre os diferentes modelos de família existente na sociedade brasileira, justificando o reconhecimento da união homoafetiva através da afetividade, equiparando-se como união estável e capacitando-a como entidade familiar, conforme julgado *in verbis*:

Ementa:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E

SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa”, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente,

o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR” E FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

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

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ).

Estas duas ações foram julgadas procedentes por unanimidade. Ao analisar esta decisão percebe-se que a razão dos votos acima tem por inferência no princípio da dignidade da pessoa humana, como fonte decisiva para aprovação da união homoafetiva, pois o direito à preferência sexual e a autonomia privada do uso da

sexualidade, é protegido pelo princípio ativamente como garantidor do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo (PINTO, 2012).

Com essa decisão do Supremo Tribunal Federal, demonstra perante a sociedade a legalidade da união homoafetiva, para que esta crie uma tolerância em relação às famílias homoafetivas, pois estes casais são conhecidos como uma entidade familiar e tem a proteção da lei, porém será necessário mais do que o reconhecimento como entidade familiar para este novo modelo de formação familiar, o Estado como protetor desta minoria tem o dever de promover a paz e a harmonia social.

Mesmo com a existência desta normatização em maio de 2013 através do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o casamento homoafetivo tem a efetivação dos direitos da pessoa humana.

O Conselho Nacional de Justiça é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, criado em 2004. No ano de 2013 sancionou uma resolução que proporciona aos casais homoafetivos o reconhecimento de seu casamento civilmente.

A Resolução Nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 14/05/2013, dispõe sobre a celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. (RESOLUÇÃO Nº 175, CNJ)

Em seu texto consta explícito que é “vedado às autoridade competentes negar a habilitação, celebração ou conversão de união estável em casamento civil entre pessoas do mesmo sexo”, sendo que ocorrendo “a recusa o ofendido tem o dever de contatar a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para tomar providências cabíveis”. Este é o teor dos dois primeiros artigos deste ato normativo, e o terceiro artigo trata da vigência de seus dispositivos.

A resolução referida foi fundamentada com base nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, onde o Supremo Tribunal Federal “reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo”, e também nos julgamentos em que o estado do Rio Grande do Sul decidia a sentença a favor dos direitos dos casais homoafetivos, que ali entrara com ação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das constantes mudanças no meio social, algumas pessoas ainda têm uma nítida defensiva ao direito inerente à livre orientação sexual, marginalizando e discriminando tudo que afasta do padrão convencional. Não existe mais espaço para essa antiga visão da família patriarcal, com papéis bem definidos, constituída pelo casamento heterossexual.

Comprovado que as uniões homoafetivas estão amparadas pelos princípios constitucionais, que proíbem todo tipo de discriminação e analisando os argumentos contidos nesse artigo fica claro que as uniões homoafetiva, já legalizadas e protegidas pelo Estado como entidade familiar, cumprem os deveres de assistência mútua, em um

verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e afetividade, sendo inquestionável o direito deste grupo de constituir sua família.

O reconhecimento destes direitos possibilita que os casais formados por pessoas do mesmo sexo saia da ilegalidade além de estender a outros direitos decorrentes do direito de família, como: direitos sucessórios, direito a alimentos, à adoção e previdenciários por ambos os companheiros.

Este grande feito conseguido pelos homossexuais para ganhar um pouco de espaço e respeito em meio a tanto sofrimento passado ao longo dos anos, não acaba somente neste reconhecimento do casamento civil.

A vitória chegou para estes casais homoafetivos, mas o preconceito distribuído pelo homem ainda continua a assombrar muitos homossexuais. Com este feito o Estado necessita demonstrar ainda mais o seu dever de proteção aos grupos considerados minorias, para poder exterminar de vez com o preconceito destilado pela sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador. n. 16, 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 23 de Setembro de 2016.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 296.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro**. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 de Novembro de 2016.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de Novembro de 2016

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução 175/2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 25 de Setembro de 2016.

DALLARI, D. de A. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna. 2002.

DIAS, M. B. **Manual de Direitos das Famílias**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 62 p. 2009.

_____. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 24 e 25, 2000.

_____. **Homossexualidade: a lei e os avanços**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_673\)17__homossexualidade__a_lei_e_os_avancos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_673)17__homossexualidade__a_lei_e_os_avancos.pdf)>. Acesso em: 26 de Setembro de 2016.

_____. **União homossexual: aspectos sociais e jurídicos.** Disponível em: <
http://www.direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Maria_berenice/Uniaohomo.pdf >.
Acesso em: 26 de Setembro de 2016.

_____. **Direito fundamental à homoafetividade.** Disponível em: <
http://berencedias.com.br/uploads/24_direito_fundamental_%E0_homoafetividade.pdf
>. Acesso em 26 de Setembro de 2016.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 25ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2010.

FACHIN, L. E. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. **Revista dos Tribunais.** n. 732, v. 47, p. 53, 1996.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 5ª edição, São Paulo: Atlas, 1999

GODOY, A. S. **Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades.** São Paulo, p. 58, 1995.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, C. A. B. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade: Fator de diferenciação elencados pela lei.** São Paulo: Malheiros, 2002.

PINTO, P. M. **Notas sobre o Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade no Direito Português.** In: SARLET, I. W. A Constituição Concretizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

NADER, P. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.,** 2ª ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 3, 2008.

RODRIGUES, H. **O amor entre iguais.** Editora Mythos Engenharia. 240 p. 2004.

SARLET, I. W. **A Constituição Concretizada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9 Edição. Revista Atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p.73, 2011.

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

SELLTIZ, C.; WRIGHTSMAN, L. S.; COOK, S. W. **Métodos de pesquisa das relações sociais.** São Paulo: Herder, 1965.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4277 DF.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-diretade-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 25 de Setembro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 132 RJ.** Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-dedescumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>. Acesso em: 25 de Setembro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Relator vota pela equiparação da união homoafetiva estável à entidade familiar. Notícias STF**, Brasília, DF, 04 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178787>>. Acesso em: 25 de Setembro de 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Relações Homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo.** Agravo de Instrumento nº 599075496. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Breno Moreira Mussi. Julgado em 17 de Junho de 1999. Diário da Justiça, Rio Grande do Sul, 23 jul 1999. <https://jus.com.br/artigos/20299/o-grande-avanco-dos-direitos-dos-homossexuais-reconhecimento-da-uniao-homoafetiva>. Acesso em: 20 de Setembro de 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/2001. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/23171221/pg-153-diario-de-justica-do-estado-do-para-djpa-de-17-11-2010>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2016.

VENOSA, S. de S. **Direito civil: Direito de família.** Homoafetividade e o Direito. 5ª edição. São Paulo: Atlas, p.4, 2005.

WALD, A. **O novo direito de família.** 15ª edição rev. atualizada e ampliada pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o novo código civil. (lei 10.406 de 10-1-2002), com a colaboração da professora Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva 2004.

Recebido para publicação em 6 de setembro 2016
Aceito para publicação em 22 de dezembro de 2016