



**Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais – FAJS**

**Curso de Direito**

**SARA RONS LAMOR PINHEIRO SILVA**

**ANÁLISE HERMENÊUTICA SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL  
HOMOAFETIVA**

Brasília

2011

**SARA RONS LAMOR PINHEIRO SILVA**

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA**

Monografia apresentada para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, sob orientação do professor *Msc. Danilo Porfírio*.

Brasília

2011

**SARA RONS LAMOR PINHEIRO SILVA**

**UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA**

Monografia apresentada para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, sob orientação do professor *Msc. Danilo Porfírio*.

Brasília, 14 de outubro de 2011

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Danilo Porfírio

---

Prof.  
Avaliador

---

Prof.  
Avaliador

*Dedico aos meus familiares pelo apoio incondicional em minhas decisões e pelos valores morais a mim transmitidos.*

*Em especial aos meus amados avôs/pais, Núbia e Hermenegildo, que me criaram e dedicaram amor incondicional. O que fizeram por mim não esquecerei jamais.*

*A minha mãe, Vânia, pelo exemplo de profissional e mulher.*

*Ao meu amado Marcelo pela paciência e dedicação.*

*A minha irmã, Talita, pela amizade. E aos meus amigos queridos, companheiros de toda uma vida, pelos conselhos.*

*Agradeço ao meu professor Danilo Porfírio, pelas  
valiosas lições a mim oferecidas, jurídicas e sociais.*

*“Quanto mais sei, sei que nada sei.”*

Sócrates

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. O trabalho tem como objetivo conceituar a família moderna, demonstrando que o afeto se tornou a base familiar. Neste passo, analisar o relatório e o voto do Ministro Relator, embasado pelos princípios constitucionais, e evidenciar a importância da decisão e sua repercussão nos âmbitos jurídico e social.

Nesta linha, será necessário um estudo da evolução do conceito da família moderna, dos princípios constitucionais legitimadores de tal evolução e do direito como integralidade comprovando que o reconhecimento das uniões homoafetivas é o resultado de estudos jurídicos dotados de seriedade ao longo dos anos.

Por fim, restará demonstrado que para que os direitos homoafetivos sejam elencados o melhor seria que o poder legislativo sancione-se lei sobre os tais direitos. A Constituição basta para o reconhecimento das entidades familiares homoafetivas, mas é necessária lei que elenque os direitos advindos dessas entidades.

**Palavras-chave:** família; afetividade, união estável; homoafetividade; princípios e lei.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	<b>9</b>
<b>1 Natureza e tradição jurídica das formas de união afetivas</b> .....	<b>11</b>
1.1 A família tradicional .....	11
1.2 Do novo conceito familiar .....	14
1.3 Das famílias constitucionais e das famílias não-constitucionais .....	18
1.4 Da origem do termo “homoafetividade” vinculada ao conceito de família moderna .....	22
<b>2 Da homoafetividade</b> .....	<b>26</b>
2.1 Dos motivos determinantes da exclusão das relações .....	26
2.2 Da lacuna legislativa. Do direito como integralidade e sua função da interpretação da Constituição .....	30
2.3 Da não-extrapolação de competência na interpretação da Constituição. Da teoria dos direitos enumerados e não-enumerados .....	35
2.4 Do liberalismo igualitário .....	38
2.5 Da dignidade da pessoa humana como princípio basilar da autodeterminação sexual .....	43
<b>3 A decisão do Supremo Tribunal Federal</b> .....	<b>46</b>
3.1 Da progressiva superação do preconceito .....	47
3.2 O papel do judiciário na evolução dos direitos homoafetivos .....	53
3.3 Do voto do ministro relator Ayres Britto .....	57
3.4 Dos efeitos jurídicos da decisão .....	62
3.5 Dos efeitos na sociedade jurídica e civil .....	68
<b>Conclusão</b> .....	<b>72</b>
<b>Referências</b> .....	<b>74</b>



## INTRODUÇÃO

O que se pretende analisar durante o presente trabalho monográfico é o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Tal análise será possível através do estudo da evolução do conceito da família moderna, os princípios legitimadores de tal evolução e a consequente decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares no mesmo regime jurídico aplicado as uniões estáveis homoafetivas.

Para tanto, inicialmente, no primeiro capítulo será analisada a transformação do conceito da família tradicional, formada exclusivamente pelo casamento, para o novo conceito de família, constituída estritamente pela afeição e pela liberdade de escolha de seus membros. Assim, será possível delinear como as uniões entre pessoas do mesmo sexo podem sim ser consideradas entidades familiares.

Em tópico específico do primeiro capítulo será analisada a história da analogia “homoafetividade” vinculando o seu conceito com o caráter afetivo da família moderna.

Em seguida, no segundo capítulo, serão observados os motivos usados como excludentes dos direitos homoafetivos pelos que negam seu caráter de entidades familiares em contraponto com o liberalismo, a teoria dos direitos enumerados e não enumerados e a historicidade, equidade e integralidade segundo Ronald Dworkin.

Especificamente um dos tópicos do segundo capítulo tratará do dever do judiciário de apreciar as controvérsias que lhe são apresentadas, sem negar

jurisdição ao argumento de ausência de legislação específica, utilizando-se da interpretação segundo o direito como integralidade, em que, os princípios constitucionais são basilares para a apreciação dessas causas e o reconhecimento das entidades familiares homoafetivas.

Diante dos conceitos preliminares já delineados, passaremos ao terceiro capítulo, no qual o foco será estritamente a decisão do Supremo Tribunal Federal, assim como seus efeitos práticos jurídicos e sociais.

A problemática se mostra com o fato de que a decisão não substitui uma lei específica, já que a decisão do Supremo Tribunal Federal vincula unicamente o Poder Judiciário e a administração.

Em face dos pontos acima citados será possível verificar que a decisão de reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas foi um avanço, mas como as relações estáveis heterossexuais, passará por vários obstáculos até alcançar sua plena aplicação.

## 1. NATUREZA E TRADIÇÃO JURÍDICA DAS FORMAS DE UNIÃO AFETIVAS

O vocábulo família possui diversos sentidos e pode ser ampliado ou reduzido de acordo com os critérios adotados pela lei (sucessório, alimentar, da autoridade, fiscal, previdenciário), pelos caracteres da família (biológico, psicológico, econômico, religioso, político, jurídico), pelas acepções do termo e pelas espécies de família.<sup>1</sup>A dificuldade em definir família reside nas várias transformações que esta instituição social vem sofrendo através da história.

O presente estudo se faz necessário a melhor compreensão do conceito de família moderna que será abordada ao longo do desenvolvimento. Portanto, nessa primeira fase serão analisados os aspectos históricos da evolução da família moderna e seu reflexo na discussão sobre os relacionamentos homoafetivos.

### 1.1 A FAMÍLIA TRADICIONAL

Hoje a família pode ser constituída de forma solene ou não, desde que haja afeto entre seus membros. Mas, nem sempre foi assim. Durante muitos anos só recebia este conceito aquela formada pelo casamento e pelos filhos que nasciam dessa relação.

Nesse sentido restrito, a família era um grupo de pessoas compostas de pais e filhos apresentando certa unidade de relações jurídicas, tendo uma comunidade de nome, domicílio e nacionalidade, fortemente unida pela identidade de interesses e fins morais e materiais, monogamicamente organizado sobre a

---

1 CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. pp. 3.

autoridade de um chefe.<sup>2</sup> Neste conceito, não se valoriza afeto, mas o enquadramento aos vínculos dogmáticos e morais defendidos, sobretudo, pela religião.

Isso se justifica pela forte e sempre presente influência da Igreja no Estado, levando nosso legislador a assumir uma postura de parcimônia quando o assunto fosse relacionado a família. Notadamente, resquícios do direito romano em solo brasileiro, no qual predominaram as preocupações de ordem moral, com acento fortemente patriarcal, monogâmico e heterossexual<sup>3</sup>

Assim, o casamento foi erigido ao status de sacramento da Igreja, no qual o princípio é “o que Deus une o homem não separa”, realçando-se a indissolubilidade do vínculo matrimonial.<sup>4</sup> Só se terminava o vínculo matrimonial pela morte ou por anulação.

Tanto assim é que o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, apesar de falar em divórcio para referir-se ao término da sociedade conjugal, deixava claro que ele não dissolvia o vínculo matrimonial.<sup>5</sup> A sociedade matrimonial podia ser desfeita, ou seja, a igreja permitia a separação de corpos, não permitindo, contudo, o fim do vínculo matrimonial. Esta é uma das inúmeras provas da valoração do vínculo matrimonial. Justamente, por isso, com a entrada em vigor da CF/34 o divórcio, outrora regulado pelo Decreto, recebeu o nome jurídico de desquite, o que realmente era muito mais apropriado já que o instituto regulava apenas os efeitos secundários da dissolução da sociedade conjugal, mantendo inalterado o vínculo matrimonial. Não existia família sem casamento. Nesta linha, o Código Civil Brasileiro

---

2 CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009 p. 13.

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 15-16.

4 MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Direito de Família no Novo Código Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002. pp. 272.

5 Idem.

de 1916 não garantia nenhum direito as pessoas que viviam em relações não matrominizadas (art. 229).

Diante dessa rigidez, casais cujos casamentos haviam terminado ou estabeleciam uniões concubinárias, porém mantidas à margem da lei e da aceitação da sociedade, ou casavam-se no exterior, e com esses expedientes amenizavam a situação social decorrente daquela união.

A norma jurídica visava reprimir as famílias “ilícitas”. Eram consideradas “ilícitas” no modelo único no qual girava a proteção jurisdicional familiar, ou seja, aquelas que não haviam sido constituídas pelo casamento.

Em sentido amplo, o casamento pode ser entendido como uma união socialmente sancionada entre pessoas físicas que têm como propósito constituir família mediante comunhão de vida.<sup>6</sup> É o ato pelo qual um homem e uma mulher se unem, de acordo com as formalidades legais, mediante deveres mútuos, como a assunção pelo homem e pela mulher da condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família, o acréscimo por qualquer um dos nubentes do sobrenome do outro, imposição aos cônjuges dos deveres de fidelidade recíproca, de vida em comum no domicílio conjugal e de mútua assistência, no sentido espiritual, econômico e moral.

Contudo, a típica família brasileira – patriarcal, matrimonializada e hierarquizada – não escapou ao impacto da modernidade. Sua estrutura foi afetada e modificada por fenômenos que vão da urbanização e da industrialização, passando pelas revoluções tecnológicas, o movimento feminista, os

---

6 LUZ. Valdemar P. da. **Manual de Direito da Família**. São Paulo: Manole, 2009. pp. 7.

anticoncepcionais e a diminuição da interferência da Igreja, até a instituição do divórcio no Brasil, em 1977. Tudo isso gerou novas espécies de família.<sup>7</sup>

## 1.2 DO NOVO CONCEITO FAMILIAR.

Atualmente a Constituição brasileira reconhece outras entidades familiares além da família patriarcal consuetudinária ou nuclear, constituída do casal e dos filhos. São elas a união estável sem casamento e a união monoparental, em que um dos pais convive com seus filhos. A família, em outras palavras, ganhou novas acepções, não se originando exclusivamente do casamento e nem visando em primeiro lugar o patrimônio, mas a afetividade e a realização pessoal de seus membros.<sup>8</sup> Neste contexto, o aspecto relativo ao casal é um dos que, se não o que, mais sofreu mudanças na organização familiar.

No caput do art. 226 da Constituição Federal de 1988<sup>9</sup> ocorreu a mais significativa transformação, no tocante ao âmbito de vigência a tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu nas constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-1969), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer entidade familiar independentemente da sua forma de constituição.<sup>10</sup>

---

7 JENCZAK, Dionízo. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. pp. 89

8 JENCZAK, Dionízo. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. pp.90

<sup>9</sup> Art. 226 da CF: “ A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”

10MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Direito de Família no Novo Código Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002. pp. 272.

Luc Ferry sublinha que, na evolução da sociedade, e especialmente na dimensão contemporânea de queda dos ideais, a família se transformou, mas permanece ainda uma referência das mais estáveis dos valores individuais. A família paterna vitoriana - sobre a qual Freud fundou sua interpretação edípica<sup>11</sup> - cedeu. Essa família fundada no princípio de conservação e de transmissão do patrimônio deixou lugar a uma família baseada numa escolha por amor<sup>12</sup>, de afeto.

A afetividade é a grande *ratio*<sup>13</sup> do direito de família, porque muda radicalmente o conceito de família, que era submetida ao formalismo do vínculo reafirmado perante a autoridade. A partir de 1988 a afeição é que passa a ser importante, não a forma. Nesse contexto, a afeição surge como base da união estável. Está é mais um dos efeitos da aplicação da liberdade no conceito da formação de uma família. Trata-se da liberdade de afeiçoar-se um ser ao outro.

Atualmente, o afeto é um valor conducente ao reconhecimento da família matrimonial e da entidade familiar, constituindo não só um direito fundamental (individual e social) da pessoa de afeiçoar-se a alguém, como também um direito à integridade, aliado ao dever de ser leal e solidário. E, além disso, vedado está a qualquer pessoa jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado, a interferência na comunhão de vida instituída pela família (CC, art. 1.513).<sup>14</sup>

---

11Freud viveu na época vitoriana e tinha, por modelo, a família estruturada pelo pai, mãe e filhos.

12ANÁLISE DO PROJETO DAS FAMÍLIAS DE LUC-FERRY. Disponível em: <<http://www.jorgeforbes.com.br/>> Acesso em: 1 set. 2011.

13*Ratio* é aquele princípio segundo o qual o fundamento básico do casamento, da vida conjugal e do companheirismo é a *afeição* entre os cônjuges ou conviventes e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida, sendo a ruptura da união estável, separação (extrajudicial ou judicial) e o divórcio (CF, art. 226, § 6º; CC, arts. 1.511 e 1.571 a 1.582) uma decorrência da extinção da *affectio*, uma vez que a comunhão espiritual e material de vida entre marido e mulher ou entre conviventes não pode ser mantida ou reconstituída.

14 JENCZAK, Dionízo. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. pp. 91

A liberdade do núcleo familiar deve ser entendida como “*liberdade do sujeito de constituir a família segundo a própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade*”.<sup>15</sup>

A família aparece então como o lugar de exercício da liberdade mesma do sujeito, na escolha do objeto de amor, e na decisão de se oferecer como garantia de bem estar a um outro a quem - quando muito - ele está ligado apenas por cromossomos. O exercício da minha liberdade passa exatamente pela aceitação do outro como afirmação da minha singularidade. Em outros termos, a família não é a expressão da intimidade enquanto reduto do privado mais narcísico, mas é o lugar mesmo do exercício do mais íntimo revelado pela aceitação da intrusão do outro. É esse quadro, compartilhado pelas sociedades ocidentais em geral, que deve ser mobilizado por uma ação política congruente com um mundo contemporâneo desprovido de transcendências.<sup>16</sup>

Isso implica uma inversão da relação da política e do indivíduo: o interesse geral não exige mais o sacrifício do interesse particular, mas surge da própria inscrição do indivíduo no laço social: a política se coloca a serviço da "família", entendida agora como lugar onde possa se manifestar a singularidade irreduzível de cada um.<sup>17</sup> Trata-se da família moderna.

Além da efetividade como elemento determinante e fundador de um novo núcleo familiar, pode-se invocar a ostentabilidade e a estabilidade: a ostentabilidade pressupõe uma entidade familiar reconhecida pela sociedade como tal, que assim se

---

15JENCZAK, Dionízo. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 90.

16ANÁLISE DO PROJETO DAS FAMÍLIAS DE LUC-FERRY. Disponível em: <<http://www.jorgeforbes.com.br/>>. Acesso em: 1 set. 2011.

17 Id. ibidem.



apresente publicamente; já a estabilidade implica a comunhão de vida e, simultaneamente, exclui relacionamentos casuais, sem compromisso.<sup>18</sup>

Em sentido restrito a *família* (CF, art. 226, §§ 1º e 2º<sup>19</sup>) passa a ser o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, art. 1.567 e 1.716), e *entidade familiar* a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§ 3º e 4º<sup>20</sup>, da Constituição Federal, independentemente de existir o vínculo conjugal, que a originou.<sup>21</sup>

Este novo enfoque familiar é denominado por Maria Helena Diniz de pluralismo familiar, uma vez que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares.<sup>22</sup>

Reforçando o reconhecimento no ordenamento da pluralidade de famílias existentes em nossa sociedade, vale destacar a contribuição do campo da Psicanálise. Para os indivíduos, integrantes dessas famílias, o reconhecimento das diferenças é fundamental para a identidade, autoestima e dignidade, atributos que integram a personalidade e os direitos a ela relacionados. Por sua vez, cada família também tem uma identidade própria que deve encontrar pertinência numa

---

18 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerusclausus*. In: CUNHA, Rodrigo da Pereira. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito – Família e Cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pp. 91.

<sup>19</sup> Art. 226, §1º e 2º “§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração; § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.”

<sup>20</sup> Art. 226, § 3º e 4º “§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

<sup>21</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Código das Famílias Comentado**. Belo Horizonte: 2010. pp. 326.

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil**. Belo Horizonte: Método, 2005. pp. 21.

determinada forma de constituição familiar (a família constituída pelo casamento, ou pela união estável, heterossexual ou homoafetiva).<sup>23</sup>

Desta forma, na perspectiva da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, a família não se resumia à constituída pelo casamento, ainda antes da Constituição, porque não estavam delimitados pelo modelo legal, entendido como um entre outros.<sup>24</sup>

Por fim, na modernidade, tanto no campo sociológico, psicológico e legislativo, muito embora ainda possamos enxergar algum ranço preconceituoso, já é possível aceitarmos a família como um conjunto de indivíduos unidos por laços afetivos.<sup>25</sup>

### 1.3 DAS FAMÍLIAS CONSTITUCIONAIS E DAS FAMÍLIAS NÃO-CONSTITUCIONAIS

Pode-se detalhar as unidades de vivência encontradas na experiência brasileira como: a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos; b) para andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e adotivos, ou somente com filhos adotivos; c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos, ou apenas adotivos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos, ou apenas

---

23 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Código das Famílias Comentado**. Belo Horizonte: 2010. pp. 748.

24 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerusclausus*, In: CUNHA, Rodrigo da Pereira. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito – Família e Cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pp. 90.

25 DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 265.

adotivos (comunidade monoparental); g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefia, como no caso de grupo de irmãos, após o falecimento e abandono dos pais; h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade; i) uniões concubinária com ou sem filhos (quando houver o impedimento para se casar de um ou de ambos companheiros); j) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, sem laços de filiação natural ou adotiva; k) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual.<sup>26</sup>

Embora todas sejam constituídas pelos laços da afetividade, padrão de constituição da família moderna, nem todas estão inseridas no texto constitucional de 1988.

Indiscutivelmente as hipóteses “a” até “f” estão previstas na Constituição Federal, nos três tipos de entidades familiar, restando dúvida somente em relação a tutela constitucional das hipóteses “g” até “k”.

É o que Paulo Luiz Netto Lôbo chama de família constitucional e família não constitucional, sendo a primeira as mencionadas na constituição, ou seja, as instituídas pelo casamento, união estável e monoparental; enquanto a segunda são as demais não lembradas na constituição, podendo ser incluídas as formadas entre pessoas mesmo sexo.<sup>27</sup>

---

26 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*, In: CUNHA, Rodrigo da Pereira. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito** – Família e Cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Pág 88.

27 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 15.

Isso porque, a Constituição Federal, apesar de ter procurado organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual.<sup>28</sup>

Como consequência natural, também não faz menção às uniões homoafetivas. O Código Civil, por sua vez, ao disciplinar o tema da união estável, seguiu a mesma linha.<sup>29</sup>

Sendo assim, impõem-se algumas indagações, dentre as quais: a) a Constituição considera legítima a discriminação das pessoas em função de sua orientação sexual? b) a referência feita à união estável entre homem e mulher significa uma proibição da extensão de tal regime jurídico às uniões homoafetivas? c) inexistindo a vedação constitucional referida na alínea anterior, cumpre determinar, ainda assim, qual regime jurídico deve ser aplicado às uniões homoafetivas: (i) o das sociedades de fato; ou (ii) o da união estável.<sup>30</sup>

As duas primeiras indagações serão respondidas ainda neste tópico. Porém a terceira indagação, referente qual regime jurídico deve ser aplicado às uniões homoafetivas, merece um estudo mais singularizado, sendo objeto de discussão no terceiro capítulo deste trabalho, momento em que será tratada a omissão legislativa ao regime jurídico das uniões homoafetivas e a interpretação constitucional segundo a teoria dos direitos enumerados e não enumerados<sup>31</sup> e do direito integrativo como fonte de interpretação constitucional<sup>32</sup>, ambas de Dworkin,

---

28 BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais:** o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

29 Idem.

30 BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais:** o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

31 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 30.

32 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 425.

bem assim como a decisão que reconheceu o caráter de união estável as relações homoafetivas.

Para que as demais questões sejam respondidas alguns pontos devem ser analisados.

Primeiramente, a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma “*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”.<sup>33</sup>

O art. 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” e “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. O caput do art. 5º reafirma que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”.<sup>34</sup>

Nesta linha, num Estado Democrático de Direito, numa sociedade fraterna, pluralista, livre, solidária, justa, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação, que tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, e que proclama a igualdade como preceito fundamental, não se pode rejeitar, violentar ou perseguir seres humanos

---

33 BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais:** o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

34 BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais:** o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

que assumem uma insuperável orientação sexual que não é da maioria das pessoas.<sup>35</sup>

Corroborando com tal entendimento, em um importante e paradigmático julgamento, o STF, ao analisar o HC 82.424-2/RS<sup>36</sup>, firmou entendimento de que o gênero humano é único, mas o conceito jurídico de racismo é aquele segundo o qual uma pessoa é discriminada por questões histórico-político-sociais. Logo, sendo o racismo um conceito que abarca a discriminações histórico-político-sociais então a homofobia se enquadra perfeitamente neste conceito, donde não há nenhum simplismo na equiparação da discriminação homofóbica à discriminação por cor da pele, por analogia<sup>37</sup>, sendo ambas desprezadas pela Constituição Federal.

Assim, resta claro que a Constituição considera ilegítima a discriminação das pessoas em função de sua orientação sexual, assim como qualquer outro tipo de discriminação.

Da mesma forma, é certo que a referência a *homem* e *mulher* não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito (art. 226 da CF) nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção.<sup>38</sup>

Extraír desse preceito tal conseqüência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de *inclusão*. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar

---

35 FERNANDES, Taís Ribeiro. **Uniões Homossexuais** – efeitos jurídicos. São Paulo: Método, 2004. p. 49

36 STF, HC 82.424-2/RS – caso Ellwanger – Liberdade de Expressão x Dignidade da Pessoa Humana. Por 8 votos a 3, o STF determinou o recolhimento de livro que estava na 29ª edição com conteúdo racista.

37 DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 511.

38 BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento.<sup>39</sup>

Pode-se concluir que, a referência feita à união estável entre homem e mulher não significa uma proibição da extensão de tal regime jurídico às uniões homoafetivas. A homoafetividade não é objeto de repúdio constitucional, ainda que não tenha sido expressamente observada.

#### **1.4 DA ORIGEM DO TERMO “HOMOAFETIVIDADE” VINCULADA AO CONCEITO DE FAMÍLIA MODERNA**

A homoafetividade caracteriza-se pelo sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo. A expressão amor romântico não constitui redundância, mas necessária diferenciação do mesmo para amor fraterno, que se sente por familiares e amigos íntimos. Tecnicamente, pode ser definida como a atração erótico-afetiva que se sente por uma pessoa do mesmo sexo. Da mesma forma, heterossexualidade caracteriza-se pelo sentimento de amor romântico que se sente por pessoas de sexo diverso, sendo assim, igualmente, a atração erótico-afetiva que se sente por uma pessoa de sexo diverso.<sup>40</sup>

No princípio, chamavam-se sodomia as relações de pessoas do mesmo sexo. Seguiu-se a expressão homossexualismo, que foi afastada por significar "desvio ou transtorno sexual". O sufixo "ismo" utilizado para identificar doença foi substituído por "dade", que quer dizer "um modo de ser". Assim, surgiu a palavra

---

39 Idem.

40 VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade** – da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008. pp. 84.

homossexualidade, que, na Classificação Mundial das Doenças – CID, passou a nominar: "transtorno da preferência sexual".<sup>41</sup>

Maria Berenice Dias, buscando subtrair o teor sexual dos relacionamentos interpessoais, criou o neologismo homoafetividade, para realçar que o aspecto relevante dos relacionamentos não é de ordem sexual. A tônica é a afetividade, e o afeto independe do sexo do par.<sup>42</sup>

Trata-se de uma referência a base do conceito das famílias modernas, o afeto. A afetividade, hoje, e todos proclamam e enfatizam tal circunstância, é a razão principal, o fundamento, a base do reconhecimento jurídico das entidades familiares.<sup>43</sup>

Segundo Maria Berenice, se a realidade social impôs o enlaçamento das relações afetivas pelo Direito de Família e a moderna doutrina e a mais vanguardista jurisprudência definem a família pela só presença de um vínculo de afeto, devem ser reconhecidas duas espécies de relacionamento interpessoal: as relações heteroafetivas e as relações homoafetivas.<sup>44</sup>

Este novo conceito familiar fundado no afeto foi consagrado na Constituição Federal de 1988, que, como visto, não legitima a discriminação das pessoas em função de sua orientação sexual, tampouco exclui da extensão do regime jurídico da união estável a união homoafetiva.

---

41 DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 21.

42 DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva — o preconceito e a justiça**. Belo Horizonte: Método, 2009. pp. 22.

43 FERNANDES, Taís Ribeiro. **Uniões Homossexuais – efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004. pp. 51.

44 DIAS, Maria Berenice. **Uniões Homoafetivas – uma omissão injustificável**. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais. pp. 27.



Assim, o neologismo homoafetiva vem demonstrar o caráter afetivo das relações entre pessoas do mesmo sexo. O mesmo caráter que baseia qualquer relação familiar.

Nesta linha, a eminente escritora pondera que:

Amor não tem sexo. Esta, ainda que pareça ser uma afirmativa chocante, é absolutamente verdadeira. O amor não tem sexo, não tem idade, não tem cor, não tem fronteiras, não tem limites. O amor não tem nada disso, mas tem tudo. Corresponde ao sonho de felicidade de todos, tanto que existe uma parcela de felicidade que só se realiza no outro. Ninguém é feliz sozinho. Como diz a música, é impossível ser feliz sozinho, sem ter alguém para amar. Essa realidade começou a adquirir tamanha visibilidade, que o amor passou a ter relevância jurídica e acabou ingressando no ordenamento jurídico.

Por fim, se o afeto tornou-se um princípio jurídico norteador de todas as relações jurídicas do direito de família, e se ele pode estar presente também nas relações entre pessoas do mesmo sexo, por isso o neologismo homoafetividade, é de perguntar porquê essa relações amorosas não poderiam ser consideradas entidades familiares.<sup>45</sup>Tal questionamento será analisado ao longo do próximo capítulo.

---

45 DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp.197

## 2. DA HOMOAFETIVIDADE

Não há consenso acerca das razões que determinam a orientação sexual dos indivíduos. Existem estudos dotados de seriedade científica que certificam que a orientação sexual é decorrente de fatores genéticos<sup>46</sup>. Segundo outros estudos, igualmente sérios, os fatores determinantes seriam sociais. Não é importante tomar partido nesse debate. Deve-se destacar, ademais, que o fato do homossexualismo não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos.<sup>47</sup>

Neste capítulo, será analisado os motivos arguidos ao longo desse anos como justificadores da exclusão das relações homoafetivas, assim como a omissão legislativa e a possibilidade de interpretação da Constituição Federal segundo o direito integrativo sem que sejam extrapolados os limites do Poder Judiciário.

### 2.1 DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA EXCLUSÃO DAS RELAÇÕES

Hoje afigura-se como uma realidade as uniões entre pessoas do mesmo sexo no seio da sociedade brasileira. Neste sentido, inequívoco o dever do Estado de resguardar a personalidade humana, seu desenvolvimento e os direitos inerentes a ela, sendo intolerável que o Poder Público corrobore ou permita o preconceito, não

---

<sup>46</sup>Em estudo realizado nos EUA, chegou-se aos seguintes resultados: entre gêmeos univitelinos, se um dos irmãos era homossexual, em 52% dos casos o outro também era; entre gêmeos bivitelinos, o percentual ficava em 22%; entre irmãos adotivos, se restringia a 11%. A pesquisa demonstra que a orientação sexual é influenciada pelo ambiente familiar, mas é influenciada também, e decisivamente, por fatores genéticos. A pesquisa é reportada por Maria Berenice Dias, **União homossexual: O preconceito e a justiça**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. pp. 43.

<sup>47</sup>BARROSO, 2011.

só em relação a raça, crença ou sexo, mas, também no que diz respeito a relação homossexual.<sup>48</sup>

Cumprir investigar, assim, a razoabilidade e a legitimidade da negação de direitos que tem por fator de diferenciação a homossexualidade das partes. Os autores que defendem a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável procuram justificar sua posição com base em três fundamentos, a seguir analisados: a impossibilidade de procriação, a violação dos padrões de “normalidade moral” e a incompatibilidade com os valores cristãos. Nenhum deles resiste ao crivo da razão pública.<sup>49</sup>

A impossibilidade de procriação não é uma justificativa razoável para o tratamento desigual. Em primeiro lugar porque esta não é, obviamente, a única função da família. No cerne da noção contemporânea de família está a afetividade, o projeto de comunhão de vidas, independentemente da sexualidade.<sup>50</sup>

Neste sentido, a atribuição do caráter familiar à família monoparental, na qual é o afeto o laço que une seus membros, e não a procriação.<sup>51</sup>

Ademais, o próprio Código Civil impõe como requisito para a caracterização de união estável apenas a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Da mesma forma que na família monoparental não há qualquer referência à procriação.<sup>52</sup>

---

48 FERNANDES, 2004. pp. 39.

49 BARROSO, 2011.

50 Idem.

51 VARGAS, 2011. pp. 84

52 BARROSO, 2011.

O segundo argumento, encontrado principalmente na doutrina, é o de que as relações entre pessoas do mesmo sexo não podem ser reconhecidas como familiares porque escapariam aos padrões de “normalidade moral”.<sup>53</sup>

Não é o caso de discutir acerca do que é normal, lembrando apenas que em épocas e lugares diferentes já foram ou são normais a tortura, a escravidão e a mutilação. O que cabe discutir – e rejeitar – é a imposição autoritária da moral dominante à minoria, sobretudo quando a conduta desta não afeta terceiros. Em uma sociedade democrática e pluralista, deve-se reconhecer a legitimidade de identidades alternativas ao padrão.<sup>54</sup>

Sobre o tema Dworkin se manifestou no sentido de que “as pessoas muitas vezes divergem quanto ao que é certo e errado em termos morais, e esse tipo de divergência não suscita nenhum problema especial quando se manifesta no tribunal”.<sup>55</sup>

Uma terceira e última corrente que procura justificar a discriminação em relação às uniões homoafetivas baseia-se na seguinte linha: a de não ser possível atribuir *status* familiar a tais relações, por serem elas contrárias aos *valores cristãos*. Este argumento pode ter importância no debate que se instaure no interior das confissões religiosas. Mas, como intuitivo, não pode prevalecer no espaço público de um Estado laico<sup>56</sup>

As concepções religiosas dogmáticas, as ideologias cerradas e as doutrinas abrangentes em geral fazem parte da vida contemporânea. E, nos limites da Constituição e das leis, têm o direito de participar do debate público e de

---

53 BARROSO, 2011.

54Idem.

55DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 2010. pp. 6.

56BARROSO, 2011.

expressar os seus pontos de vista, que, em alguns casos, traduzem intolerância ou dificuldade de compreender o outro, o diferente, o homossexual. Mas a ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais.<sup>57</sup>

O intérprete constitucional deve ser consciente de suas pré-concepções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e auto-conhecimento no tocante a seus desejos e frustrações. Seus sentimentos e escolhas pessoais, entre eles a religião, não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela razão pública.<sup>58</sup>

O uso da razão pública importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores – e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto.<sup>59</sup>

O contrário seria privilegiar as opções de determinados segmentos sociais em detrimento das de outros, desconsiderando que o pluralismo é não apenas um fato social inegável, mas também um dos fundamentos expressos da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1º, inciso V, da Constituição.<sup>60</sup>

Não se pode obrigar a alguém a propagar a determinada fé. Pelo contrário, é justamente um dos fundamentos da religião o livre-arbítrio. O livre-arbítrio é a condição que Deus dá ao homem para agir e ser livre, com capacidade para fazer as suas próprias escolhas, inclusive aquelas que não estão de acordo

---

57UNIÃO HOMOAFETIVA: JULGAMENTO NO STF DA ADI 4277 E DA ADPF132. Disponível em: <[www.oimpressionista.com.br/](http://www.oimpressionista.com.br/)>. Acesso em 18 ago. 2011.

58 Idem.

59 Idem.

60 Id. ibidem.

com a vontade divina.<sup>61</sup> Se uma determinada pessoa não crê em determinado seguimento religioso é no mínimo contraditório retirar-lhe algum direito pautado nas crenças dessa religião.

Dessa forma nenhum dos argumentos arguidos a fim de justificar a negação de direitos aos homoafetivos detém razoabilidade e legitimidade.

## **2.2 DA LACUNA LEGISLATIVA. DO DIREITO COMO INTEGRALIDADE E SUA FUNÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**

A falta de tratamento legislativo das uniões homoafetivas é uma lacuna grave. Muitas são as demandas que surgem em torno dessas relações, sendo necessário que o legislador as normatize acompanhando as mudanças sociais. É de interesse e dever do Estado a criação de legislação específica para os que mantêm uma relação homoafetiva.<sup>62</sup>

Contudo, a ausência de uma lei própria e a lacuna constitucional existente na Carta Magna de 1988 não podem ser usadas como pretextos para o abandono da questão, para o descaso, para a falta completa de decisões e de soluções relativas as pretensões que surgem das relações homoafetivas.<sup>63</sup> Resta ao judiciário suprir tal omissão, impondo-se fazê-lo de acordo com a analogia, os costumes e princípios gerais do direito (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana),

---

61 Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/>>. Acesso em: 30 set. 2011.

62 FERNANDES, 2004. pp. 77.

63 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 440.

conforme o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>64</sup>, em especial no que se refere a interpretação da Constituição Federal.

É certo que ao interpretar os textos constitucionais, suas proibições, suas lacunas e seus direitos conferidos, para certos problemas constitucionais, importa mais saber exatamente o que é o direito. Importa muito mais, por exemplo, que a duração do mandato do presidente seja estabelecida, e não aberta a consideração por parte do judiciário de tempos em tempos, do que saber exatamente qual é essa duração<sup>65</sup> e como ela foi estabelecida.

Contudo, nem todos os problemas constitucionais são desse tipo. Em alguns, importa muito mais que se chegue a uma determinação, mas nem sempre importa mais do que a natureza dos detalhes de tal determinação.<sup>66</sup> É o caso dos problemas relacionados com as cláusulas que reconhecem os direitos individuais.

Entre os direitos individuais está a dignidade da pessoa humana, a qual abrange os direitos de personalidade. São direitos subjetivos da pessoa, imprescritíveis, irrenunciáveis, oponíveis *erga omnes*, os que se relacionam com o próprio modo de ser e de viver, a liberdade, a integralidade, a imagem, a reputação, a honra e a privacidade, e, sem dúvida nenhuma a autonomia de exercer a orientação sexual.<sup>67</sup>

Nesta linha, a Constituição pode ser interpretada segundo o direito integrativo. O direito como integralidade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. Quando o direito integrativo interpreta prática constitucional para decidir, por exemplo, como a

---

64 JENCZAK, Dionízio. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Editorial, 2008. pp. 49.

65 FERNANDES, 2004. pp. 148.

66 JENCZAK, Dionízio. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Editorial, 2008. pp. 49.

67 Idem, pp. 149.

Constituição distribui alguma responsabilidade específica entre as jurisdições, leva em consideração a estabilidade, mas também observa que uma decisão poderia combinar melhor com o esquema geral de federalismo existente. Portanto, o direito integrativo deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”.<sup>68</sup>

Anteriormente, neste trabalho, já se conclui que a referência feita à união estável entre homem e mulher no art. 226 da Constituição Federal não significa uma proibição da extensão de tal regime jurídico às uniões homoafetivas, retirando-se o entendimento de que pelo texto literal da lei (visão de que “lei é lei”) as uniões homoafetivas são proibidas. Do mesmo modo, ficou demonstrado que os fundamentos de exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não possuem razoabilidade. Contudo, outro argumento tende a se destacar quando o assunto tratado é a interpretação constitucional do regime jurídico das relações homoafetiva, qual seja, a intenção do constituinte no momento de criação da Carta Magna. Tratam desse aspecto como uma garantia de estabilidade, de segurança jurídica ao texto constitucional.

É certo que na ocasião do advento da Carta Magna de 1988, nas discussões travadas na Assembleia Constituinte, a questão do gênero da união estável foi amplamente debatida. Confira-se:

**O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI:** - Finalmente a emenda do Constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), §3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’

Tem-se prestado a amplos comentários jacosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays através do País, porque a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no §3º dois artigos: “ Para efeito

---

68 DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 2010. pp. 273-445.



de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste autero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

**O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE** – Isso é coação moral irresistível.

**O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES)** : Concedo a palavra ao relator.

**O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:** A Inglaterra já casa homem há muito tempo.

**O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL):** Sr. Presidente, estou de acordo.

**O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES)** : - Todo os que estiverem de acordo permaneçam como estão (Pausa). Aprovada (Palmas).<sup>69</sup>

Este argumento, no entanto, não merece prevalecer. Isso porque, a interpretação constitucional, como a interpretação jurídica em geral, não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social.<sup>70</sup> O direito como integralidade começa no presente e só volta no passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine.<sup>71</sup>

A interpretação normativa dos constituintes da Carta Magna em vigor ocorreu a mais de 23 anos. Nesta época a realidade social era diversa da que ora conhecemos. Por isso, com a brusca mudança na sociedade brasileira, principalmente com o aumento expressivos da relações entre pessoas do mesmo sexo, voltou-se a discutir a questão da união estável homoafetiva, nos moldes do art. 226, §3º, da CF.

No Império do Direito, Ronald Dworkin afirma que:

---

69 Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento “B”), p. 209.

70 PEREIRA, 2006. pp. 30.

71 Idem, p. 31.

A equidade não pode explicar por que as pessoas agora devem ser governadas pelas minúcias das convicções políticas de pessoas eleitas muito tempo atrás, quando a moral popular, as circunstâncias econômicas e quase tudo o mais era diferente. Como pode a equidade afirmar que a Constituição permite que determinados estados pratiquem oficialmente a segregação racial apenas porque, em outros tempos, isso era aceitável para os detentores do poder em toda nação, sem levar em conta o que hoje pensa a maioria das pessoas na maior parte dos estados?<sup>72</sup>

Em linhas gerais, isso significa que nos casos que tratam de questões interpretativas relacionadas a princípios, a substância é mais importante do que esse tipo de estabilidade. O sistema de direitos deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente da justiça. Uma interpretação de igualdade perante a lei será melhor, portanto, se perceber mais claramente o que a justiça exige<sup>73</sup> e o que é justo para determinada sociedade e época.

Qualquer interpretação competente da Constituição como um todo deve, portanto, reconhecer, que alguns direitos constitucionais se destinam exatamente a impedir que as maiorias sigam suas próprias convicções ao que a justiça requer. A Constituição insiste em que a equidade se renda a certos direitos fundamentais.<sup>74</sup>

Nesta linha, não seria justo, por exemplo, que, já que o constituinte da Carta Magna de 1988 não teve a intenção de incluir os relacionamentos homoafetivos no regime jurídico da união estável, os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo estejam fadados ao regime jurídico das sociedades de fato, como se estabelecessem, unicamente, um vínculo negocial, quando, na verdade mantém um vínculo predominantemente afetivo.

O objetivo de uma decisão judicial constitucional não deve ser meramente nomear direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais

---

72 DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 2010. pp. 437.

73 Idem, p. 440.

74 Idem, p. 441.

direitos.<sup>75</sup> Assim, deve se perguntar qual regime jurídico acarretará maior proteção aos relacionamentos homoafetivos. Por certo, a resposta do questionamento é a união estável.

### **2.3 DA NÃO-EXTRAPOLAÇÃO DE COMPETÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. DA TEORIA DOS DIREITOS ENUMERADOS E NÃO-ENUMERADOS**

Quando uma lei (ou a Constituição) é obscura em algum ponto, porque algum termo crucial é impreciso ou uma sentença é ambígua, os juristas dizem que a lei deve ser interpretada, e aplicam o que chamam de “técnicas de interpretação”. Para muitos juristas e filósofos jurídicos o Direito é, justamente, uma questão de interpretação.<sup>76</sup>

No tópico anterior já foi abordado as questões referentes a interpretação constitucional segundo o direito como integralidade. Nessa etapa, a principal preocupação refere-se aos limites do Poder Judiciário na interpretação das leis e da Constituição.

Doutrinariamente é possível arguir hipóteses de ultrapassagem dos limites de aplicação dessa interpretação. É que se denomina ativismo judicial.

O ativismo judicial resulta do exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, caracterizando-se pela incursão

---

75 Idem, p. 465.

76 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 219.

insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.<sup>77</sup>

Ao que pese alguns juristas tendem a se posicionar no sentido de que extrapolam os limites do Poder Judiciário o reconhecimento das uniões homoafetivas sob o regime jurídico de união estável. Contudo, este argumento não merece prosperar.

Isso, por dois motivos primordiais. Primeiramente porque não se trata de criar direitos, os direitos dos homoafetivos já estão na Constituição, só que não de forma implícita.

O que acontece é que judiciário brasileiro, até mesmo em razão da omissão legislativa, cada vez mais se vê diante de situações em que casais homossexuais estão em busca da tutela jurisdicional e, como historicamente acontece, desde a Roma antiga, o juiz tem ficado à frente do legislador, conferindo alguns direitos a esses pares, direitos estes consubstanciados nos princípios constitucionais. Afinal, o Direito está acima da lei; a lei não contém todo o direito<sup>78</sup>.

Ronald Dworkin, ao tratar da versão acadêmica sobre o que é o direito explica que “o direito pode ser silencioso a propósito do litígio em questão porque nenhuma decisão institucional anterior emite, sobre ele, qualquer opinião”. Completa afirmando que “o juiz, portanto, não tem nenhuma opção a não ser exercer seu discernimento preenchendo a lacuna onde o direito silencie<sup>79</sup>”

Este silêncio do direito pode ser entendido como a não criação de uma lei ou emissão de uma decisão pertinente ao assunto, o que não quer dizer a ausência do direito. O dever do juiz é interpretar a história jurídica que encontra, e não

---

77RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 308.

78 FERNANDES, 2004. pp. 149.

79DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 2010. pp. 12.

inventar uma nova história melhor.<sup>80</sup> Os direitos homoafetivos existem à luz dos princípios constitucionais e não podem ser considerados distintos daqueles expressamente previstos.

Para Dworkin a idéia de uma distinção entre os direitos enumerados, previstos expressamente, e direitos não-enumerados, não expressos literalmente na lei, não faz sentido. Conforme Dworkin:

A distinção que eu suponho estar discutindo, entre direitos enumerados e direitos não enumerados, é apenas outra simples questão de equívoco semântico. Constitucionalistas usam o termo “direitos não-enumerados” como um coletivo para um conjunto particular de direitos constitucionais reconhecidos ou controversos, incluindo o direito de viajar; o direito de associação; e o direito e privacidade do qual deriva o direito ao aborto, se é que esse direito existe. Eles consideram essa classificação como estabelecadora de uma importante distinção estrutural, como os termos “enumerados” e “não-enumerados” obviamente sugerem. [Para esses constitucionalistas] Se os direitos e garantias individuais [Bill of rights] enumeram apenas alguns dos direitos necessários para uma sociedade de igual consideração e liberdade básica, e deixa outros direitos sem menção, então os juízes têm apenas o poder de afirmar os direitos realmente enumerados. Então a distinção entre direitos numerados e direitos não-enumerados é amplamente entendida como condutora a um importante tema constitucional: A questão de saber “se” e “quando” as cortes tem autoridade de afirmar direitos que não estejam efetivamente enumerados na Constituição como direitos constitucionais genuínos. Eu entendo que tal questão é ininteligível, como eu disse no começo, porque essa distinção que presumidamente existe, não faz sentido. (sem grifo no original).<sup>81</sup>

Negar a possibilidade de uma entidade familiar homoafetiva e de uma união estável homoafetiva, que embora não numerada, está presente na Constituição, é negar que a família deve ser regulamentada de maneira coerente com o princípio de liberdade, quanto à sua constituição, e de igualdade, quanto à

---

80DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 182.

81DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp.142

possibilidade de acesso a diferentes casais, independentemente de sua orientação sexual.<sup>82</sup>

Em segundo plano, a atuação jurisdicional em relação ao reconhecimento da união estável homoafetiva não ultrapassa o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento.

Isso porque, a própria Constituição Federal de 1988, no âmbito de competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal, instituiu a competência para apreciar os casos de omissão inconstitucional mediante dois mecanismos: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Além disso, trouxe também, para apreciação do Supremo, a ação de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, e passou a ser de sua competência originária a ação de constitucionalidade - ADECON.<sup>83</sup>

Não houve, portanto qualquer caracterização da hipótese de ativismo judicial. A apreciação pelo judiciário das ações que versem sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva e a concessão de direitos a estas relações de afeto não simplesmente a aplicação, através da interpretação constitucional, dos princípios gerais do direito.

## **2.4 DO LIBERALISMO IGUALITÁRIO**

Não restam dúvidas que a interpretação constitucional da natureza jurídica das relações homoafetivas através do direito como integralidade é imprescindível. Ao mesmo passo, os direitos advindos dos relacionamentos entre

---

<sup>82</sup>MEDEIROS, 2011. pp. 132

<sup>83</sup>PEREIRA, 2006. pp. 45.

peças do mesmo sexo são legítimas, pois advêm dos princípios constitucionais fundamentais.

Por oportuno, destaque-se que, de acordo com Dworkin, 'princípio' é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade<sup>84</sup>. Mas quais são estes princípios que legitimam o reconhecimento das relações homoafetivas?

A priori três poderão ser destacados. São eles: a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Neste tópico serão apreciados os princípios da liberdade e da igualdade. O princípio da dignidade da pessoa humana será objeto de estudo no próximo tópico deste capítulo.

A liberdade tem um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. As escolhas, entretanto se condicionam as circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Logo, a liberdade consiste na possibilidade objetiva de decidir.<sup>85</sup>

O objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária tem um profundo conteúdo ético social, e pretende afastar as injustiças, reprimir as desigualdades. Nestes termos, o princípio da igualdade é básico, fundamental.<sup>86</sup>

Walber de Moura Agra apresentando seu conceito do princípio da igualdade diz que:

---

84 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp.30-36.

85 DINIZ, Maria Helena. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp.197.

86 FERNANDES, Taís Ribeiro. **Unões Homossexuais – efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004. pp. 150.

O princípio da isonomia, também chamado de igualdade, dispõe que todos são legalmente iguais, significando que a lei não poderá criar diferenciações onde a realidade fática não criou (art. 5º, caput, da CF). Então, para que esse princípio possa ser usado, faz-se necessário que haja um forte nexo de semelhança entre casos analisados, que só poderá ser utilizado no limite dessa igualdade. As distinções criadas por lei terão de estar amparadas em realidades fáticas.<sup>87</sup>

A política da democracia reconhece vários ideais políticos constitutivos independentes, dos quais os mais importantes são, justamente, os ideais de liberdade e igualdade. De acordo com Dworkin, o liberalismo compartilha os mesmos princípios constitucionais com muitas outras teorias políticas, inclusive o conservadorismo, mas distingue-se delas por atribuir importância relativa diferente a diferentes princípios.<sup>88</sup>

Isso porque, muitas vezes a liberdade e a igualdade entram em conflito: às vezes, o único meio eficaz de promover a igualdade exige certa limitação de liberdade. Nesses casos, o bom governo consiste no melhor acordo entre os ideais concorrentes.<sup>89</sup>

Os radicais se importam mais com a igualdade e menos com a liberdade; os conservadores se importam mais com a liberdade do que com a igualdade, os liberais tornam-se homens meio, proferindo mais igualdade e menos liberdade que os conservadores, mas sem alcançar os patamares dos radicais.<sup>90</sup>

No entanto, mesmo os conservadores convictos concordam com o fato de que sua liberdade de dirigir, por exemplo, pode ser tolhida em nome não de algum

---

87 AGRA, 2002. pp. 149.

88 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 281-282.

89 Idem, p. 281.

90 Idem, p. 281-283.



ideal político rival de importância, mas apenas em favor de ganhos marginais em termos de comodidades ou de padrões ordeiros.<sup>91</sup>

Mas se o centro da teoria continuar a ser a competição entre liberdade e igualdade como ideais constitutivos então, a teoria do liberalismo não pode ter sucesso.<sup>92</sup>

A escolha do liberalismo igualitário como pressuposto válido de aplicação nas relações homoafetivas gira em torno justamente da aplicação conjunta de ambos os princípios. Conclui-se com a leitura da parte três, do livro *Uma questão de princípio*, de Ronald Dworkin<sup>93</sup>, que a liberdade está inserida na igualdade.

Justifica-se essa afirmação no sentido de que se perde menos liberdade com a regulamentação do tráfico que com as restrições, por exemplo, à livre expressão ou a qualquer outra liberdade que se considere fundamental<sup>94</sup>, como a liberdade no exercício da sexualidade.

O liberalismo combate a imposição legal da moralidade privada – condena a opinião da maioria moral a respeito da homossexualidade – defendendo maior igualdade sexual, política e econômica.

Ninguém pode realizar-se como pessoa se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.<sup>95</sup>

Sendo assim, a visão liberalista de igualdade anda de mãos dadas com a liberdade. O liberal defende a idéia de igualdade como a exigência de que o governo

---

91DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 281.

92Idem, p. 281.

93 Idem. pp. 269 e seguintes.

94 Idem, p. 282.

95 DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. pp. 32.

trate todos os que estão em seu cuidado como iguais, isto é, como tendo direito a igual atenção e respeito de sua parte, mantendo-se, contudo, sua neutralidade sobre o que poderia chamar de questão do viver bem.<sup>96</sup>

A neutralidade exige que a mesma parcela seja destinada a cada um, de modo que a escolha entre gostos dispendiosos e gostos menos dispendiosos, por exemplo, seja feita por cada pessoa, sem nenhuma noção de que a parcela que lhe cabe será aumentada se escolher uma vida mais dispendiosa, ou que, seja o que for que escolher, sua escolha subsidiará os que escolheram viver mais dispendiosamente.<sup>97</sup>

Dessa forma, o Estado não pode intervir na sociedade ao ponto de condicionar os cidadãos a uma forma específica de vida, de viver bem, ao contrário, deve se manter neutro, respeitando as diferenças dos que estão sobre o seu cuidado. É do princípio da igualdade que decorre o respeito à diferença. Não se pode eleger qualquer fator legítimo de discriminação fundado exclusivamente na orientação sexual das pessoas.

Frise-se, assim, o caráter legitimador dos princípios da igualdade e da liberdade, conforme a teoria do liberalismo igualitário, como basilares no reconhecimento do regime jurídico da união estável aos relacionamentos homoafetivos. Ser livre para escolher e ter o igual tratamento conferido a todos os demais cidadãos, respeitando-se, contudo, a privacidade, é considerado requisito, conforme o pensamento liberal, para um Estado Democrático de Direito.<sup>98</sup>

---

96DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo. Martins Fontes, 2005. pp. 283-285.

97 Idem, p. 288.

98 Idem, p. 281.

## 2.5 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO BASILAR DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

Consoante já exposto, não há no direito constitucional pátrio regulamentação específica acerca da proteção do direito à livre orientação sexual. A capacidade de autodeterminação da escolha sexual individual, conferida pelo constituinte, deriva da interpretação, em especial no que tange à proteção da dignidade humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal em vigor<sup>99</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana, que é a síntese de todos os direitos fundamentais, é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Um dos fins do Estado, sobretudo quanto ao aspecto moral, é o de garantir que as pessoas tenham uma vida digna.<sup>100</sup>

Os direitos de personalidade estão abrangidos no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. São direitos subjetivos da pessoa os que se relacionam com o próprio modo de ser e de viver.<sup>101</sup> Note-se, portanto, clara imbricação entre o princípio e a faculdade de livre desenvolvimento das potencialidades da personalidade individual, o que se engloba o direito à autodeterminação sexual e conseqüente respeito.<sup>102</sup>

Assim, viver dignamente pressupõe uma participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e uma participação passiva na comunhão com os demais seres humanos.<sup>103</sup> Ao ponto de que se seja capaz e livre

---

99 DIAS, 2011. p.118.

100 FERNANDES, 2002. p. 150.

101 Idem, p. 148-149.

102 DIAS, 2011. p.119.

103 SARLET, 2001. p. 60.

para realizar escolhas relativas a personalidade, sem, contudo, alcançar os direitos alheios ao ponto de violá-los.

Nessa linha, Ronald Dworkin refere-se ao sentido agente e paciente da dignidade da pessoa humana, pois esta possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas”<sup>104</sup>

Esta conexão pressupõe que o modo de ser e viver do outro, desde que não usurpe o seu direito, deve ser respeitado. Ninguém é capaz, por si só, de legitimar um padrão pré-estabelecido de comportamento humano, sem que esteja violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Destaque-se, ademais, que o fato do homossexualismo não é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é atributo que faz com que a pessoa seja respeitada em toda sua existência e dimensão independentemente das escolhas que, como ser racional, vier a fazer. Não é papel do jurista, nem dos legisladores, questionar o porque da homossexualidade.<sup>105</sup> O que deve acontecer é o reconhecimento de que, como cidadãos, legitimados em direitos e deveres, os homossexuais tem direito a uma vida digna. É direito de todos o respeito.

Neste sentido, o postulado da dignidade humana consagra a idéia de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.<sup>106</sup>

Partindo dessa premissa, é perfeitamente possível afirmar que qualquer tentativa de restringir direitos a um grupo de pessoas, única e exclusivamente por

---

104 DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo. Martins Fontes, 2005. pp. 306.

105 DIAS, 2011. p. 181.

106 Idem. p. 82

conta de sua orientação sexual, é negar-lhe a própria dignidade, o que é inadmissível.

### 3. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na década de 70, nos Estados Unidos, um soldado que havia sido condecorado por bravura na Guerra do Vietnã escreveu ao Secretário da Força Aérea declinando sua condição de homossexual. Foi imediatamente expulso da corporação, com desonra. Ao comentar o episódio, o militar produziu uma frase antológica: “Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro”. Na década de 90, no Brasil, quando se debatia a questão das relações homoafetivas, uma elevada autoridade religiosa declarou: “Os cachorros que me desculpem, mas o projeto de casamento *gay* é uma cachorrada”<sup>107</sup>. Vem de longe essa visão depreciativa. Antigüidade, medievo, modernidade: em épocas sucessivas da evolução do pensamento humano, a condição homossexual foi tratada com intolerância, truculência e desprezo.<sup>108</sup>

Os tempos, no entanto, estão mudando. As pessoas começaram a entender que, por mais que tais uniões não simbolizem o que acreditamos religiosamente, o respeito e a tolerância simbolizam, acima de tudo, o amor ao próximo<sup>109</sup>.

Neste capítulo será abordada a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece as relações homoafetivas no regime jurídico das uniões estáveis, conferindo interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 do CC. Mas para melhor compreensão da importância dessa decisão, primeiramente, serão

---

107Disponível em: <<http://www.nossomundo.eassim.hpg.ig.com.br/>>. Acesso em: 6 set. 2011.

108BARROSO, 2011.

109 “Amar ao próximo como a ti mesmo”. É considerado, juntamente com “Amar a Deus acima de todas as coisas”, o principal mandamento cristão.

recordados alguns avanços mundiais e nacionais em favor das relações homoafetivas.

### 3.1 DA PROGRESSIVA SUPERAÇÃO DO PRECONCEITO

As uniões homoafetivas<sup>110</sup>, paulatinamente, vêm angariando a aceitação da sociedade. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. Isso pode ser explicado principalmente pelo empenho constante da comunidade homoafetiva em prol do reconhecimento dos seus direitos.

Um exemplo disso é a aprovação crescente de legislações que buscam proteger os interesses das relações homoafetivas, a exemplo da Dinamarca, que assumiu a vanguarda em 1989<sup>111</sup>, África do Sul em sua Constituição de 1996 e diversos países europeus como Suécia<sup>112</sup>, Noruega<sup>113</sup>, França<sup>114</sup>, Finlândia, Islândia<sup>115</sup>, Portugal<sup>116</sup>, Holanda<sup>117</sup>, Alemanha<sup>118</sup> e Bélgica<sup>119</sup> que já possibilitam a

---

110 É de Maria Berenice Dias o termo “união homoafetiva”, neologismo que foi incorporado à linguagem comum.

111Lei nº 372/89.

112A lei entrou em vigor em 1 jan. 1995, estabelecendo que a convivência registrada tem as mesmas conseqüências de um casamento, com exceção da possibilidade de adoção. Uma ressalva também é feita quando as leis sobre inseminação e fertilização *in vitro*, as quais não se aplicam aos conviventes < BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico Das Relações Homoafetivas no Brasil. Disponível <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

113Lei nº 40/93.

114Na França, em outubro de 1999, foi aprovado o Projeto de Lei nº 207 sobre o *Pacte Civil de Solidarité*, conhecido como PaCS, possibilitando a união entre casais não ligados pelo matrimônio e atribuindo-lhes um conjunto abrangente de direitos e deveres recíprocos. Este pacto pode ser estabelecido por duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, com o objetivo de organizar a sua vida em comum. < BARROSO, 2011>

115Lei nº 564/96.

116Em 15 de março de 2001, o Parlamento português aprovou o Decreto nº 56/VIII, adotando medidas de proteção às uniões de fato. A lei regula as situações jurídicas de duas pessoas, independente do sexo, que vivem em união de fato há mais de dois anos. < BARROSO, 2011>

117Na Holanda, a convivência registrada não se dirige somente aos homossexuais, mas a todos os que não querem ou não podem se casar. Em 2001, o legislador holandês foi o primeiro a autorizar o

parceria civil registrada, permitindo a reivindicação de grande parte das prerrogativas do casamento.<sup>120</sup>

Essa tendência de reconhecimento das relações homoafetivas caracteriza não só os Estados europeus, separadamente, mas também a União Européia, em seu conjunto. É importante mencionar a Resolução do Parlamento Europeu, de 8 de fevereiro de 1994, sobre a paridade de direitos dos homossexuais da Comunidade Européia, estabelecendo o dever de se respeitar o princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independente de sua orientação sexual.<sup>121</sup>

Nas Américas, destaca-se Canadá<sup>122</sup>, Argentina<sup>123</sup> e Estados Unidos<sup>124</sup>. A legislação brasileira nada dispõe acerca da união homoafetiva – não proíbe, mas também não trata explicitamente do tema.<sup>125</sup> Gradativamente, no entanto, a legislação vem evoluindo.

---

casamento entre pessoas do mesmo sexo, com iguais direitos e deveres, bem como conseqüências jurídicas idênticas às do casamento heterossexual. < BARROSO, 2011>

118Na Alemanha, também em 2001, entrou em vigor lei reconhecendo as uniões homoafetivas, permitindo que os envolvidos regulem sua vida em comum por meio de um contrato.

119A Bélgica seguiu o caminho da Holanda, permitindo igualmente, em 2003, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. < BARROSO, 2011>

120GIDDENS, 2005. pp. 122.

121BARROSO, 2011.

122O Canadá protege o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base no *Civil Marriage Act*, de 2005. Antes que a lei entrasse em vigor, houve consulta à Suprema Corte acerca da sua constitucionalidade, possibilidade admitida na ordem jurídica canadense. O Tribunal não apenas declarou que a lei não violava dispositivos constitucionais, como afirmou que a medida realizava o princípio da igualdade. Tal resposta era até previsível, considerando que a edição da referida lei ocorreu após um conjunto de decisões judiciais que reconheciam às uniões homoafetivas proteção similar à conferida aos casais heterossexuais. < BARROSO, 2011>

123A legislação da Cidade Autônoma de Buenos Aires, nº 1.004/02, de 12 dez. 2002, reconhece, desde 2002, a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Cria o registro público de uniões civis. A ordem jurídica daquela província considera união civil aquela formada livremente por duas pessoas, independentemente do gênero ou orientação sexual. < BARROSO, 2011>

124Nos Estados Unidos, alguns tribunais estaduais já decidiram, com base na cláusula da *equal protection*, não ser possível excluir uniões homoafetivas dos benefícios e das proteções previstas pela legislação aos cônjuges heterossexuais. Vale também mencionar o julgamento, pela Suprema Corte, do caso *Romer V. Evans*, que declarou inconstitucional uma emenda à Constituição do Estado do Colorado, aprovada em referendo estadual, que impedia toda e qualquer autoridade estadual de praticar atos que resultassem em proteção às pessoas de orientação homossexual em face de qualquer tipo de discriminação. Embora não diga respeito ao tratamento jurídico das uniões homossexuais, tal decisão afastou qualquer dúvida sobre a licitude das relações homossexuais naquele país. < BARROSO, 2011>

125GIDDENS, 2005. pp. 181.



A primeira tentativa foi o Projeto de Lei n. 1.151/95, de autoria da então deputada federal Marta Suplicy. O projeto disciplinava a chamada “união civil” entre pessoas do mesmo sexo, fundamentado no princípio da igualdade.<sup>126</sup>

A união estável seria celebrada mediante contrato de parceria em cartório, o qual estipularia as condições relativas ao patrimônio, deveres e obrigações recíprocas, bem o modo pelo qual ocorreria a dissolução – consenso, morte ou decretação judicial.<sup>127</sup>

Mas se tratava de uma proposta tímida no que se refere à pretensão positivadora dos direitos da união homoafetiva. Por isso, o deputado Roberto Jefferson apresentou um projeto substitutivo.

O projeto substitutivo adotava o termo “parceria” no lugar da expressão “união civil”, por considera-lá mais apropriada à convivência homossexual, o que criava um novo estado civil, o de “parceiro”, que vigoraria enquanto existisse parceria. A grande falha do substitutivo de Jefferson, entretanto foi obstar a adoção, tutela ou guarda de menores por casais homoafetivos.<sup>128</sup>

Em que pese vários anos de discussão, o Projeto-Lei 1.151/95 encontra-se “engavetado” na Câmara dos Deputados desde sua criação. O substitutivo não foi sequer apreciado.

Nos moldes do substitutivo de Roberto Jefferson foi proposto o Projeto-Lei n. 52/99, que denominou “pacto de sociedade” ao ajuste da convivência de duas pessoas, sem especificação de gênero. O objetivo era proteger os direitos à propriedade, à herança e sucessão, previdenciários e de usufruto. Eram vedadas

---

126 JENCZAK, 2008. p. 60.

127 BRANDÃO, 2002. pp. 139-142.

128 TALAVARES, 2004. pp. 90-91.

cláusulas sobre adoção, tutela, curatela ou guarda de menores, extinguindo-se o ajuste por distrato, nulidade, morte ou decreto judicial.<sup>129</sup>

Como os anteriores o projeto não prosperou. Qualquer discussão a cerca de direitos dos conviventes em relações homossexuais era motivo para a formação de verdadeiro boicote. Não se admitia se quer a possibilidade da discussão.

O preconceito e a intolerância eram tamanhos, na sociedade e no Congresso Nacional, que em 1999 o então deputado Nilmário Miranda, propôs a alteração do art. 1º da Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989<sup>130</sup>, acrescentando a intolerância em relação a orientação sexual no rol das vedações discriminatórias. Trata-se do Projeto de Lei n. 1.904/99.

Vale citar os projetos de Lei n. 1.993, do deputado José Fortunato e n. 70/1995, de José de Coimbra, que dispõem sobre intervenções cirúrgicas para a alteração do sexo, descriminando o ato e autorizando a mudança do prenome, desde que preenchidos determinados requisitos.

Contudo, isso não bastava. Os homoafetivos continuavam a ser tratado como se não fossem cidadãos, sem amparo legal, sendo lhe negado até mesmo o acesso ao judiciário, sob a alegação de se tratar de situação “não prevista na legislação”.

Viu-se necessário enquadrar a situação homossexual em um tipo de “relação afetiva”, com direitos e deveres, requisitos, características próprias e formas de dissolução. A primeira tentativa ocorreu em 2002, com o Projeto de Lei 6.960/02.

Tão similares são os fatos juricos entre a união estável homossexual e a heterossexual que o Projeto de Lei 6.960/02 almejava introduzir parágrafo único ao

---

129 JENCZAK, 2008. pp. 61.

130Lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

art. 1.727 do Código Civil<sup>131</sup> suprimindo a lacuna legislativa. O então deputado Ricardo Fiuza assim se manifestou:

É imperioso que se acrescente dispositivo que reconheça direitos patrimoniais às uniões fáticas de duas pessoas capazes, mesmo porque a própria jurisprudência já vem atribuindo a essas uniões os mesmos efeitos jurídicos das sociedades de fato. Entendo que pelo menos a questão patrimonial entre parceiros civis deve ser disciplinada no Direito de Família.<sup>132</sup>

Na mesma linha, em 3 de setembro de 2003, o então Senador Sérgio Cabral, apresentou à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado proposta de Emenda à Constituição, n. 70/2003, visando alterar o §3º do art. 226<sup>133</sup>, incluindo os casais homossexuais como entidades familiares reconhecidas pelo Estado. O texto exclui, no entanto, a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.<sup>134</sup>

Como de costumes, estas tentativas legislativas também foram esquecidas em meio a tantas propostas arquivadas ou aguardando sua colocação em pauta.

Em 17 de fevereiro de 2004, numa iniciativa inédita no país, o corregedor geral da Justiça gaúcha, Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, editou o Provimento n. 006/2004, instituindo o registro, no Cartório de Títulos e Documentos, de qualquer documentação relativa às uniões simplesmente afetivas, abrangendo

---

131 “CC, art. 1.727-A. As disposições contidas nos artigos anteriores aplicam-se, no que couber, às uniões fáticas de pessoas capazes que viviam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas públicas e os bons costumes”.

132 JUSTIFICATIVAS AO PL 6.960/02. Disponível em: <<http://www.congresso.gov.br>>.

133 O art. 226, §3º, da CF, passaria a ter a seguinte redação: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre casais heterossexuais ou homossexuais como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento quando existente entre homem e mulher”.

134 FERNANDES, 2004. pp. 134.

relações existentes ou por se constituir, entre pessoas plenamente capazes, independente de gênero.<sup>135</sup>

Nessa linha, sem amparo positivo na área federal, exceção feita aos direitos previdenciários e sociais, a exemplo da Justiça do Rio Grande do Sul, a homoafetividade passou a ser objeto de algumas legislações estaduais e municipais.<sup>136</sup> Mas não basta que nos âmbitos estaduais e municipais houvessem legislações específica sobre os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

O caminho para acabar com os problemas enfrentados pelos homoafetivos deve passar pelo reconhecimento legal de sua situação. Atualmente, é a legislação constitucional, desenhada por princípios, quem cumpre o papel de traçar linhas mestras de nossa estrutura jurídica.<sup>137</sup> É imprecindível, no entanto, a criação e aprovação de lei específica, o que há muito se aguarda, sem, contudo, nenhuma resposta legislativa.

---

135 JENCZAK, 2008. p. 66.

136 Nesse sentido encontram-se normatizadas condutas diversas: a) Lei 1.849, de 14 de julho de 1991, do Estado do Rio de Janeiro, que considera de utilidade pública o grupo Atobá – Movimento de Emancipação Homossexual; b) Lei n. 2.579, de 3 de julho de 1996, do Rio de Janeiro, que considera de utilidade pública do Grupo Homossexual Unificado Astral; c) Lei n. 3.046, de 15 de maio de 2000, do Rio de Janeiro, que estabelece as penalidades a estabelecimentos que discriminem pessoas em virtude de sua orientação sexual; d) Lei n. 3.376, de 29 de março de 2000, do Rio de Janeiro, que considera de utilidade pública o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual – GAI; e) Lei n. 2.615, de 26 de outubro de 2000, de Brasília (DF), que determina sanções a práticas discriminadas em razão da orientação sexual; f) Lei n. 10.948, de 5 de novembro de 2001, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão da orientação sexual; g) Emenda à Lei Orgânica n. 8, de 26 de outubro de 1994, do município de Porto Alegre (RS), que, modificando a redação do Art. 150, impõe penalidades por atos de discriminação racial, de gênero, por orientação sexual, étnica ou religiosa; h) Lei Complementar n. 350, de 10 de julho de 1995, de Porto Alegre (RS), que regulamenta o Art. 150 da Lei Orgânica; i) Lei 5.275, de 9 de setembro de 1997, de Salvador (BA), que institui penalidade à prática de discriminação em razão de opção sexual e dá outras providências; j) Lei n. 152, de 19 de maio de 1998, do município de Natal (RN), que proíbe toda e qualquer discriminação em razão de raça, crença ou orientação sexual; k) Lei n. 9.809, de 21 de julho de 1998, do município de Campinas (SP), que proíbe qualquer discriminação por origem, raça, etnia, sexo, cor, idade, estado civil, condição econômica, religião ou orientação sexual; l) Lei 9.791, de 12 de maio de 2000, do município de Juiz de Fora (MG), que dispõe sobre o combate a práticas discriminatórias por orientação sexual; etc. < FERNANDES, 2004. pp. 124 e seguintes>

137 DIAS, 2011. pp.181

### 3.2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS

Diante da omissão legislativa coube ao judiciário, através de reiteradas decisões, colocar em prática os direitos constitucionalmente adquiridos pelos casais homoafetivos.

Pioneiramente, em 1999, a 8ª Câmara Civil, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, discutindo a dissolução de uma união homoafetiva, entendeu que, por se tratar de uma relação de afeto, a competência para apreciação da causa seria da Vara da Família.<sup>138</sup> Esta decisão consagrou a idéia de que a parceria homoafetiva, quando preenche os requisitos da união estável, é uma verdadeira entidade familiar<sup>139</sup>:

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO.

Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de Família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais.(grifos nossos)

Três foram os fundamentos da decisão: a uniformização dos Juízos, o que propicia maior habilitação aos julgadores para detalhamento e sutileza das matérias tratadas; a vedação de qualquer discriminação em razão do sexo, conforme a Constituição Federal; a exigência de que, mesmo havendo omissão da lei, a causa deve ser apreciada<sup>140</sup>.

---

138 TJRS, AGI 599075496, Relator Des. Breno Moreira Mussi, 17/6/1999.

139 FERNANDES, 2004

140 JENCZAK, 2008. pp. 48.

Mas a mencionada Corte foi além. Admitiu a partilha e a integração do parceiro homoafetivo na mesma ordem de vocação hereditária do companheiro heterossexual:

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 consequência semelhantes às que vigoram na relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio adquirido 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.”<sup>141</sup>

Cite-se, por oportuno, a Instrução Normativa n. 25/2000 do Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS, que reconhecendo o companheiro e a companheira do mesmo sexo como dependente preferencial nos casos de pensão por morte ou auxílio-reclusão. Outra iniciativa pioneira dos gaúchos,mas na área da Justiça Federal.<sup>142</sup>

Mas, apesar dos inúmeros avanços jurisprudenciais, vozes conservadoras ecoavam pelos tribunais. Note-se:

141 TJRS, 7ª Câm. Cív. – Ap. Cív. 70001388982. Rel. Des. José Teixeira Giorgis.

142Ocorre que, o Ministério Público Federal promoveu Ação Civil Pública, n. 2000.71.00.009347-0, na 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre, alegando que o Instituto Nacional da Seguridade Social violava o direito fundamental da igualdade ao vedar os efeitos jurídicos previdenciários a companheiros homoafetivos. Na ocasião do julgamento foi concedida a antecipação da tutela, determinando a aplicação dos efeitos jurídicos previdenciários pertinentes a companheiro homossexual que comprovasse à união estável. A decisão, confirmada em sede recursal, foi inédita e inovadora, reconhecendo o companheiro e a companheira do mesmo sexo como dependente preferencial nos casos de pensão por morte ou auxílio-reclusão. A decisão teve efeito em todo país, originando a referida Instrução Normativa.

Nos termos do art. 226, § 3º, da CF, e da legislação infraconstitucional que regulamentam (leis federais 8.971/94 e 9.278/96) os direitos sucessórios ali estabelecidos estão restritos ao companheiro sobrevivente da união estável entre homem e mulher. Verifica-se, assim, que, nos termos da legislação vigente sobre direitos sucessórios relativos à união estável, o agravante não pode ser admitido como meeiro e herdeiro do de cujus, embora tenha demonstrado " a condição de dependente habilitado perante o INSS, porquanto, como afirmado no agravo, ele manteve união homossexual com o de cujus."<sup>143</sup>

Tornava-se imprescindível a apreciação das relações homoafetivas à luz dos preceito fundamentais. Diante disso, foram ajuizadas a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132.

A ADI n. 4277 foi resultado de acolhimento pela Procuradoria Geral da República de representação feita pela então Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, Débora Duprat, embasada em pareceres do professor Luís Roberto Barroso.

Na ação, pede-se que o art. 1723 do Código Civil seja declarado inconstitucional por não prever como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Pede-se, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis sejam estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas. A ação foi proposta inicialmente em forma de ADPF (ADPF n. 178), mas convertida em ADI por decisão da ministra Ellen Gracie.

Na ADPF n. 132, o então governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, pediu o afastamento da interpretação discriminatória do regime jurídico do servidor público fluminense, principalmente aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do

---

143 TJSP. AGI 266.853.4/8. Rel. Des. Manoel Ricardo Rebello Pinto.

Estado do Rio de Janeiro), assegurando os benefícios previstos nas normas estaduais aos parceiros de união estável homoafetiva.

O julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 foi realizado em conjunto, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, com o voto dos ministros Ayres Britto, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie.

Na tarde de 4 de maio de 2011, iniciou-se o julgamento. Antes mesmo do mérito, o relator das ações, ministro Ayres Britto, havia convertido também a ADPF 132 em ADI, a exemplo do que ocorrera anteriormente com a ADI 4277, que também havia sido ajuizada, inicialmente, como ADPF.

Em seu voto concedeu interpretação conforme a Constituição Federal, excluindo qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. O julgamento foi interrompido, retornando na sessão 5 de maio de 2011.<sup>144</sup>

Antes do relator, falaram os autores das duas ações – o Procurador-Geral da República e o governador do Estado do Rio de Janeiro, por meio de seu representante –, o advogado-geral da União e advogados de diversas entidades, admitidas como *amici curiae*<sup>145</sup>.

As manifestações da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da República e de diversas entidades representativas de homossexuais foram pela

---

144 Informativo jurisprudencial mensal do STF n. 9. Compilação dos Informativos n.s 625 a 629. Maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>.

145 *Amici Curiae* = amigos da Corte.



procedência das duas ações, enquanto a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e a Associação Eduardo Banks se manifestaram contra.<sup>146</sup>

Somente o ministro Dias Toffoli não proferiu voto. Isso porque, declarou-se impedido de julgar. É que o ministro, ainda quando era advogado-geral da União, foi instado a se manifestar nestes processos, tanto na ADPF n° 132, como na ADI n° 4277, opinando pela procedência de ambas as ações, com o reconhecimento dos efeitos jurídicos da união estável entre pessoas do mesmo sexo.<sup>147</sup>

Os demais ministros acompanharam o relator, votando pela procedência das ações, com efeito vinculante.

Assim, o julgamento foi unânime no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.<sup>148</sup>

### **3.3 DO VOTO DO MINISTRO RELATOR AYRES BRITTO**

O voto do Ministro relator, Ayres Britto, se divide em três grandes momentos: a conversão da ADPF 132 em ADI; a valoração do conceito da família como forma de afeto; o uso dos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana como fundamentos para o reconhecimento da união estável homoafetiva.

---

146 Informativo jurisprudencial mensal do STF n. 9, 2011.

147A UNIÃO HOMOAFETIVA NA PAUTA DO STF. Disponível em: <[www.osconstitucionalistas.com.br/](http://www.osconstitucionalistas.com.br/)>. Acesso em: 5 set. 2011.

148 Informativo jurisprudencial mensal do STF n. 9, 2011.

Em primeiro momento, destaque-se a importância da conversão para o embate jurisprudencial do tema das uniões homoafetivas. Isso porque, a ADI tem maior abrangência do que a ADPF. Na ADI o STF está vinculado ao pedido, ou seja, somente poderá analisar os dispositivos legais expressamente mencionados, mas quanto aos fundamentos não há qualquer vinculação. É o que conhecemos como causa de pedir aberta.

Assim, com a decisão de conversão da ADPF em ADI, foi a primeira vez que o STF pode adentrar, sem restrições aos fundamentos, no mérito da união estável homoafetiva. *In verbis* trechos da decisão do Ministro:

Seja como for, **o fato é que me foi redistribuída a ADI 4.277**, versando o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF, **até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI**. Por igual, entendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela(a de nº 132-DF). Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida “interpretação conforme” dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernacularmente posto: “*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*”. **É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção**. Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente de relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que **nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade**.  
(grifos no original)

Posteriormente, utilizando-se da importância da aplicação do conceito de família moderna— sem quaisquer restrições morais e sem padrões pré-estabelecidos — afirmou de forma indubitosa que a família, pura e simplesmente, é objeto de

proteção constitucional, cabendo ao Estado preservá-la acima de qualquer omissão legal.

A omissão legal em relação as famílias constituídas por relações entre pessoas do mesmo sexo nunca foi pretexto aceitável para a negativa de proteção a elas conferidas constitucionalmente, através dos princípios norteadores do direito. A Constituição traz um conceito novo de família. Sem formalidades ou restrições, aonde se acomoda as relações homoafetivas.

A família moderna não é uma unidade de produção nem é uma sociedade política, mas, sobretudo, o resultado de uma ligação afetiva, em que sobrelevam os sentimentos de solidariedade, lealdade, respeito e cooperação. Trata-se de um organismo ético e moral, muito além de puramente jurídico.<sup>149</sup>

Com o texto constitucional de 1988, o afeto tornou-se o princípio jurídico norteador de todas as relações jurídicas do direito de família, e se ele pode estar presente também nas relações entre pessoas do mesmo sexo, por isso o neologismo homoafetividade, é inquestionável que essas relações amorosas podem sim ser consideradas entidades familiares.

O direito de constituir família é um direito natural. Está acima das leis, e é reconhecido constitucionalmente. Neste sentido foi o posicionamento do ministro:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que **aparte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação- é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.** Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não

---

149FERNANDES, 2004.

necessariamente como fato biológico). [...] O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, **nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.** (grifos no original)

Merece, ainda, destaque a menção dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Como visto, o liberalismo baseado na igualdade considera fundamental que o governo trate seus cidadãos como iguais e defende a neutralidade moral quando a igualdade exige, por exemplo, no campo dos direitos fundamentais de ser e viver. O governo não deve impor na moralidade privada, respeitando a liberdade de cada cidadão em decidir o que é viver bem.<sup>150</sup>

Caso haja qualquer imposição de restrição ou sacrifício no campo privado, como por exemplo, restringir as hipóteses de constituição de entidade familiar, nenhum cidadão poderá acolher sem que antes abandone o seu auto-respeito.

Nenhuma pessoa com auto-respeito pode considerar o seu modo de vida, que para si é valioso, como uma vida degradante, justificando-se, pela opinião da maioria moral.<sup>151</sup>

A escolha de ser e viver são atributos dos seus direitos de personalidade, assegurados integralmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Uma

---

150DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo. Martins Fontes, 2005. pp. 305.

151 Idem. pp. 306.

vida digna pressupõe que as escolhas de cada cidadão, no campo da vida privada, sejam respeitadas.

Tais princípios consubstanciam os direitos fundamentais do ser humano. Todos são iguais perante o Estado, sendo livres para ser e viver conforme suas crenças pessoais e desejos, devendo suas escolhas, que são pura e simplesmente consequências do seu direito de personalidade, serem respeitadas, mantendo-se uma vida digna.

Com esse entendimento o Ministro reconheceu as uniões estáveis homoafetivas:

[...] essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e **até mesmo “cláusula pétrea”**, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional. [...]

[...] Refiro-me a preceitos que de logo tenho como fundamentais pela sua mais entranhada serventia para a concreção dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, que são, respectivamente, os incisos II, III e IV do art. 1º da CF.[...]

**[...]Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche.[...]**

[...]Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. [...]

[...]Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição. (grifos no original).

Note-se que as palavras do relator corroboram com as idéias de Luc Ferry, da família constituída pelo afeto, e de Dworkin, do liberalismo igualitário.

Luc Ferry sublinha que, na evolução da sociedade, e especialmente na dimensão contemporânea de queda dos ideais, a família se transformou, mas permanece ainda uma referência das mais estáveis dos valores individuais. Essa família fundada no princípio de conservação e de transmissão do patrimônio deixou lugar a uma família baseada numa escolha por afeto.<sup>152</sup>

Da mesma forma, Dworkin defende a idéia de igualdade como a exigência de que o governo trate todos os que estão em seu cuidado como iguais, isto é, como tendo direito a igual atenção e respeito de sua parte, mantendo-se, contudo, sua neutralidade sobre o que poderia chamar de questão do viver bem.<sup>153</sup> Ser livre e igual para constituir uma família por afeto.

Foram esse os argumentos que embasaram a decisão do ministro.

Notoriamente, o voto do ministro relator norteou todos os demais ministros, que, por unanimidade, acompanharam seu entendimento. Conclui-se a importância de seus argumentos. Argumentos os quais por muitos anos foram somente objetos de estudos doutrinários, sendo esta a primeira vez que tenham sido postos em prática, reconhecendo, em fim, as relações homoafetivas como entidades familiares equiparadas ao regime jurídico das uniões estáveis.

### 3.4 DOS EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO

---

152 ANÁLISE DO PROJETO DAS FAMÍLIAS DE LUC-FERRY. Disponível em: <<http://www.jorgeforbes.com.br/>>. Acesso em: 1 set. 2011.  
153 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 283-285.

Com a equiparação de direitos e deveres de casais heterossexuais e homossexuais, várias alterações jurídicas ocorreram, principalmente para incorporar novos direitos civis.<sup>154</sup>

Primeiramente, para ser considerada uma união estável homoafetiva, assim como para os casais heterossexuais, serão necessários alguns requisitos. Não há um prazo mínimo de convivência, mas a relação precisa ser duradoura, pública, contínua, ter a característica de lealdade e afeição com a intenção de se constituir família, segundo o próprio Código Civil.<sup>155</sup>

Por duradora, há de se entender a convivência prolongada no tempo e por razoável período de tempo, diga-se de passagem. Não poderá ser, portanto, qualquer relação fugaz ou transitória. Será pública quando não seja clandestina, isto é, quando não resulte de encontros fortuitos ou às escondidas. A convivência contínua diz respeito à convivência sem interrupções.<sup>156</sup>

Qualquer união entre pessoas do mesmo sexo que não apresente tais características cumulativamente, em princípio não deverá ter o mesmo respaldo jurídico assegurado às uniões sérias, com *intuita familiae*.<sup>157</sup>

Segundo a vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Família, Maria Berenice Dias, sendo reconhecida como união estável homoafetiva estende-se 112 direitos que até então eram exclusivos dos casais heterossexuais.<sup>158</sup>

Frise que muitos desses direitos já vinham sendo garantidos por outros tribunais em casos isolados e até mesmo por órgãos do governo.

---

154 OS DIREITOS QUE OS HOMOSSEXUAIS GANHAM COM A DECISÃO DO STF. Disponível em: <[www.ig.com.br/homeig/ultimosegundo/Brasil/](http://www.ig.com.br/homeig/ultimosegundo/Brasil/)> .Acesso em: 20 ago. 2011.

155 Idem.

156 LUZ, 2009. pp. 95.

157 VARGAS, 2011. pp.101.

158 OS DIREITOS QUE OS HOMOSSEXUAIS GANHAM COM A DECISÃO DO STF. Disponível em: <[www.ig.com.br/homeig/ultimosegundo/Brasil/](http://www.ig.com.br/homeig/ultimosegundo/Brasil/)> Acesso em: 20 ago. 2011.

Antecipadamente podemos listar alguns dos principais direitos oriundos da equiparação entre a união estável homoafetiva e a união estável heterossexual: pensão alimentícia em caso de dissolução da união; adoção conjunta; opção pelo sobrenome do parceiro; soma de renda para diversos fins contratuais; inscrição o parceiro como dependente de servidor público \*;<sup>159</sup> guarda e visita dos filhos comuns em caso de dissolução da união; inscrição do parceiro como dependente em plano de saúde \*; participação dos programas do Estado voltados à família; inscrição do parceiro como dependente previdenciário; acompanhamento do parceiro servidor público transferido; impenhorabilidade do imóvel próprio em que o casal reside; garantia da meação de bens adquiridos em caso de dissolução da união; licença-maternidade/paternidade para o caso de nascimento/adoção de filho de parceiro; abono família; licença luto; auxílio- funeral, em caso de morte do parceiro; nomeação como inventariante do parceiro falecido; herança (fundado no controverso art. 1.790 do CC); dano moral reflexo se o parceiro falecer em razão de ato ilícito; visita íntima caso o parceiro esteja encarcerado; acompanhamento da parceira no parto; autorização de cirurgia de risco; nomeação como curador do parceiro declarado judicialmente incapaz (interdição); declaração de parceiro como dependente do Imposto de Renda (IR)\*; declaração conjunta do IR; julgamento das ações pela Vara de Família, onde se resguarda o “segredo de família”; indenização do seguro DPVAT, em caso de falecimento do parceiro em razão de acidente automobilístico\*; proteção contra violência doméstica e familiar \*; visto de permanência para companheiro estrangeiro\*; celebração de contrato para regular os

---

159 \* - indica que mesmo antes da decisão do STF esses direitos eram garantidos por norma expressa.



efeitos pessoais e patrimoniais da união\*;concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão para companheiro dependente de segurado do INSS.<sup>160</sup>

Destaque para os efeitos patrimoniais. Conforme o Código Civil, os parceiros em união homoafetiva, assim como aqueles de união estável, declaram-se em regime de comunhão parcial de bens. Assim como nos casos previstos para união estável no Código Civil, os companheiros ganham direito a pedir pensão em caso de separação judicial. Para fins sucessórios, os parceiros ganham os direitos de parceiros heterossexuais em união estável, mas podem incrementar previsões por contrato civil.<sup>161</sup>

Mas os efeitos da decisão não se limitam ao acréscimo de direitos. Podemos destacar os deveres da: mútua assistência matéria e moral; lealdade recíproca; sustento, guarda e educação dos filhos comuns;respeito e consideração mútuos;vida em comum no domicilio dos companheiros;direção da vida em comum no interesse do casal e dos filhos;colaboração com o sustento da família, na proporção de seus rendimentos;presunção de solidariedade pelas dividas contraídas em razão da economia doméstica;autorização para alienação ou gravame de ônus real sobre bens comuns;autorização de fiança ou aval;autorização para pleito judicial acerca de bens ou direitos de natureza imóvel;administração dos bens comuns diante da impossibilidade/incapacidade com companheiro;administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade;responsabilidade civil pelos danos causados por filhos menores sob sua guarda e em sua companhia;respeito às regras do regime da comunhão parcial de bens , desde que o casal não celebre contrato dispondo diferentemente (CC, 1.725);impossibilidade de contratar sociedade

---

160 VARGAS, 2011. pp. 98-99.

161 OS DIREITOS QUE OS HOMOSSEXUAIS GANHAM COM A DECISÃO DO STF. Disponível em: <[www.ig.com.br/homeig/ultimosegundo/Brasil/](http://www.ig.com.br/homeig/ultimosegundo/Brasil/)> .Acesso em: 20 ago. 2011.

empresarial entre si, caso tenham optado pelo regime da comunhão universal (CC, 977).<sup>162</sup>

Mas o caminho ainda é longo. As uniões estáveis heterossexuais percorreram caminhos feitos de idas e vindas, acolhimentos e rejeições. Da mesma forma, o mesmo regime atualmente reconhecido às uniões entre pessoas do mesmo sexo sofrerá diversos obstáculos, advindos de uma história consubstanciadas em pensamentos preconceituosos e limitados.

Nesta linha, a festejada decisão não supre o tratamento dessa matéria por uma lei. O adequado tratamento legislativo do assunto traria maior segurança acerca dos direitos oriundos da estabilidade de uma união homoafetiva.

De acordo com a CF, art. 102, § 2º e a Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único, possui efeito *erga omnes*, a decisão proferida, mas vinculada apenas ao Poder Judiciário e a administração pública. A *decisum* em comento não vincula o Legislativo, sob pena de, nos dizeres de Peluso<sup>163</sup>, “fossilizarmos” a Constituição, petrificando as possibilidades de desenvolvimento social.<sup>164</sup>

Sobre essa preocupação o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, afirmando a necessidade de lei reguladora, se posicionou dizendo que “*pretender regular isso é exacerbar demais nossa vocação de legislador positivos, com sérios riscos de descarrilarmos, produzindo lacunas*”.

A decisão do STF traz tão somente o alento de que o Judiciário e instâncias público-administrativas deverão deferir tratamento análogo ao da união

---

162 VARGAS, 2011. pp.99-100.

163 PELUSO apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 213.

164 VARGAS, Fábio de Oliveira. **União Homoafetiva: Direito Sucessório e Novos Direitos**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. pp. 97.

estável à união entre pessoas do mesmo sexo, mas não explicita quais são os direitos a serem resguardados, coisas que uma lei poderia fazer a contento.<sup>165</sup>

Por fim, não pode passar despercebida a previsão legal de que a união estável poderá ser convertida em casamento. Como judiciário responderá a um pedido de conversão? O que o STF fará? Desconstituirá a decisão de reconhecimento da união estável homoafetiva ou permitirá o casamento homoafetivo de forma indireta (através da conversão)?

A hipótese já ocorreu. Em São Carlos/SP, o juiz de Carlos Castilho Aguiar França, da 3ª vara Cível, em 11 de agosto de 2011, negou o pedido feito por A.F. da S. e J.P. de A., pessoas do mesmo sexo, para converter sua união estável em casamento. No entender do magistrado, o sistema vigente não admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, não admite a conversão da união estável homoafetiva.<sup>166</sup> Destaque-se trechos do mérito da sentença:

[...] Lamentavelmente, o sistema vigente ainda não admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, não admite a conversão da união estável homoafetiva. Por isso o indeferimento do pedido. O casamento, no âmbito da legislação, é instituto restrito às pessoas de sexo diferente, conforme se extrai do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. [...] Se não houvesse importância para o sexo das pessoas, mas apenas para o gênero humano, a legislação não explicitaria o homem e a mulher como personagens da relação e utilizaria termo designativo comum a ambos. [...] Era necessário a Constituição dizer que casamento é união entre homem e mulher? Alguém tinha dúvida a respeito do conceito, para tornar necessário esclarecimento na Constituição? A resposta é negativa. Da mesma forma que não foi necessário tornar a monogamia um princípio constitucional. Ao juiz não compete mudar a lei, função reservada ao próprio legislador. Ao juiz se permite criticar a demora na discussão da legislação a respeito, apesar do reclamo da sociedade, a exemplo de antigo projeto de lei da Deputada Marta Suplicy, mas não cabe assumir a função legislativa[...] A diferença de sexos constitui requisito natural do casamento, a ponto de serem consideradas inexistentes as uniões homossexuais. A Lei Maior veda, inclusive, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, só a admitindo entre homem e mulher (ob. cit., pág. 28). [...] Não houve mudança legislativa: a diversidade é

<sup>165</sup> Idem, p. 100.

<sup>166</sup> JUIZ NEGA RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

exigência. Houve críticas ao Código Civil de 2002, por não ter cuidado da união de pessoas do mesmo sexo. [...] Inadmissível o casamento, inadmissível também a conversão da união estável. Nem se diga que os pretendentes ficarão à margem do direito, pois estão protegidos pelas regras do Contrato de Convivência que firmaram e por aplicação de direitos inerentes à união estável, já reconhecidos na própria legislação e na jurisprudência, além de sedimentados por recente decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual, cumpre destacar, não cuidou ainda de casamento, mas apenas de efeitos jurídicos da união homoafetiva. [...] Assim, mesmo reconhecendo a união estável nessa situação e também para as relações homoafetivas, a conversão em casamento não será possível. [...] Este juízo, ao negar a conversão da união estável homoafetiva em casamento não estará discordando de Sua Excelência, pois não negará a qualidade de entidade familiar, nem deixará de aplicar as regras e consequências compatíveis com a união estável heteroafetiva. [...] Em consequência, inadmite-se a conversão da união estável homoafetiva em casamento, embora se lhe apliquem as regras e efeitos jurídicos da união estável, que sejam compatíveis. Diante do exposto, indefiro o pedido apresentado por A. F. da S. e J. P. de A.

Até agora não houve notícias de interposição de Reclamação ao STF. Assim, é necessário aguardar, porque somente na prática será possível descobrir que posicionamento o STF tomará diante desse questionamento.

### **3.5 DOS EFEITOS NA SOCIEDADE JURÍDICA E CIVIL**

A decisão que concedeu interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC causou uma grande repercussão na sociedade brasileira. Instantaneamente sites, jornais, doutrinadores jurídicos iniciaram uma grande batalha de conscientização da sociedade sobre os efeitos dessa decisão.

Talvez a maior missão seja informar a diferenças da união estável e do casamento. Isso porque, muitos destes sites e jornais, de forma indevida, noticiaram a liberação do casamento homoafetivo pelo judiciário brasileiro. As comunidades cristãs, que são declaradamente contra a liberação do casamento homoafetivo, se posicionaram de forma contrária a decisão.

A priori, cumpre esclarecer que, quem está em união estável não está casado: trata-se de institutos diferentes, embora compartilhem de um certo número de direitos iguais.<sup>167</sup> A equiparação por analogia com a união estável só fez estender às uniões homoafetivas o regramento jurídico que o Código Civil e algumas leis esparsas deferem às uniões estáveis heterossexuais, com todas as lacunas e dificuldades que lhe são características.<sup>168</sup>

Por óbvio que a liberação da união homoafetiva também gerou tumulto, mas o caos se alastrou com as errôneas notícias sobre a liberação do casamento homoafetivo. A união estável já é uma anomalia para a religião. Só o casamento legítima o sexo e é através do sexo que o ser humano pode procriar e formar uma família.

Note-se que isso não quer dizer que a decisão agradou os religiosos. O que se pretende com essa argumentação é colocar que o alarde dos meios de comunicação, informando a liberação do casamento homoafetivo, geraram ainda mais desconforto do que geraria a simples notícia do reconhecimento da união estável homoafetiva.

Mesmo que realmente houvesse ocorrido a liberação do casamento homoafetivo, o que haveria sido liberado seria o casamento civil e não o religioso. Nenhum pastor ou padre seria obrigado a celebrar um casamento no qual não acredita. Caso isso ocorresse a liberdade de crença estaria sendo polida, o que também é uma afronta aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Sobre o tema Maria Berenice Dias afirmou:

---

167 VARGAS, Fábio de Oliveira. **União Homoafetiva**: Direito Sucessório e Novos Direitos. 2 ed. Curitiba. Juruá, 2011. pp. 97.

168 Idem, p.101.

Uma grande dificuldade que precisa ser superada relativamente ao tema do casamento gay diz respeito à confusão entre o casamento civil – instituto jurídico – e o sacramento religioso presente em muitas religiões, mas não em todas. Essa distinção é fundamental para compreender o tema.<sup>169</sup>

Não bastasse tratar da aceitação religiosa, é imprescindível ressaltar a aceitação jurídica, ou seja, a aplicação da decisão pelos magistrados.

Alguns juízes, poucos por sinal, ainda se negam a aplicar a decisão. Esse foi o caso, por exemplo, do casal Liorcino Mendes e Odílio Torres.

Eles foram os primeiros a formalizar uma união homoafetiva, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o que foi agravado pela repentina manifestação do juiz Jeronymo Pedro Villas Boas, da 1ª Vara de Registros Públicos da Comarca de Goiânia. O juiz cancelou estritamente a união do casal e ainda determinou que todos os cartórios da capital se abstivessem de declarar futuras parcerias do mesmo sexo sob o argumento de que “família é aquele núcleo capaz de gerar prole”.<sup>170</sup>

Felizmente, a corregedora de Justiça de Goiás Beatriz Figueiredo Franco anulou a sentença do juiz e deu validade ao primeiro documento assinado pelo casal.

Note-se, portanto, que a aplicação da decisão ainda não é uníssona pelo judiciário.

Ao contrário, destaque-se que nenhuma notícia vinculada informa que algum cartório tenha se negado a formalizar a declaração de união estável de

---

169DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011. Pág. 41

170 Dos Direitos Homoafetivos. Disponível em: <<http://advogadodireitohomoafetivo.blogspot.com/>>. Acesso em: 5 set. 2011.

companheiros homoafetivos. O que é uma alegria, visto que, pelo menos neste aspecto e até o momento, a utilização da decisão foi total.

Discussões a parte, muito ainda há que ser aperfeiçoado. As poucas a decisão ganhará força prática, o que já é um avanço. Mas frise-se - aos poucos. Da mesma forma que no reconhecimento das uniões estáveis heterossexual, sendo a dificuldade, dessa vez, maior, paulatinamente as uniões homoafetivas serão respeitadas.

## CONCLUSÃO

Atualmente o conceito de família se transformou. Diferentemente das famílias tradicionais, constituídas unicamente pelo casamento, o afeto tornou-se um princípio jurídico norteador de todas as relações jurídicas do direito de família.

O afeto está presente também nas relações entre pessoas do mesmo sexo, por isso o neologismo homoafetividade. Essas relações amorosa são, neste sentido, entidades familiares.

O silêncio da legislação por muitas vezes foi usado como argumento para a negativa de atuação jurisdicional. Contudo, este argumento não prevalece. É através do direito como integralidade e dos princípios constitucionais fundamentais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana que as controvérsias relativas as entidades familiares homoafetivas podem ser analisadas.

Todos são iguais, sendo livres para ser e viver conforme suas crenças pessoais e desejos, devendo suas escolhas, que são pura e simplesmente consequências do seu direito de personalidade, serem respeitadas, mantendo-se uma vida digna.

Neste sentido, o liberalismo igualitário, segundo Ronald Dworkin, no qual, os cidadãos, enquanto iguais, são livres para decidir os aspectos relativos a sua vida privada sem qualquer interferência do Estado, que deve se manter neutro, sem definir padrões morais dogmáticos, no que se refere a prática dos direitos de personalidade de escolha de ser e viver bem. Entre esses direitos de personalidade, o direito a livre orientação sexual. O diálogo entre esses princípios são basilares no reconhecimento das uniões homoafetivas.



O que se pode observar é que ao longo dos anos, paulatinamente, as uniões homoafetivas vem ganhando espaço e aceitação, tanto no âmbito internacional, quanto em âmbito nacional.

Apesar da legislação brasileira nada prever quanta as relações homoafetivas, também não as proíbe.

Várias foram as tentativas de legalização dessas uniões nacionalmente, mas todas restaram engavetadas no Congresso Nacional. Diante disso, coube ao Poder Judiciário dar o passo inicial da democratização dos direitos dos homoafetivos em relação ao reconhecidas das entidades familiares.

Nesta linha, a decisão do Supremo Tribunal Federal, sobre a relatoria do Ministro Aryes Britto, reconheceu as uniões homoafetivas como integrantes do regime jurídico das uniões estáveis, utilizando-se do conceito moderno da família e dos princípios constitucionais do direito.

Mas a luta dos homoafetivos pelos seus direitos jurídicos não termina aqui. Da mesma forma que as uniões estáveis heterossexuais, as uniões estáveis homoafetivas atravessaram diversos obstáculos para que sejam consolidadas.

Na verdade, para que os direitos homoafetivos sejam elencados o melhor seria que o poder legislativo sanciona-se lei sobre os tais direitos. A Constituição basta para o reconhecimento das entidades familiares homoafetivas, mas é necessária lei que elenque os direitos advindos dessas entidades.

No entanto, no momento, já se considera a decisão do STF um avanço inigualável, o que da força para a comunidade homoafetiva continuar lutando.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Código das Famílias Comentado**. Belo Horizonte: 2010.

ANÁLISE DO PROJETO DAS FAMÍLIAS DE LUC-FERRY. Disponível em: <<http://www.jorgeforbes.com.br/>>. Acesso em: 1 set. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil**. Belo Horizonte: Método, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

\_\_\_\_\_. **União Homoafetiva** – o preconceito e a justiça. Belo Horizonte: Método, 2009

\_\_\_\_\_. **União Homoafetiva** — uma omissão injustificável. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais.

DIREITOS QUE OS HOMOSSEXUAIS GANHAM COM A DECISÃO DO STF, Os. Disponível em <[www.ig.com.br/homeig/ultimosegundo/Brasil/](http://www.ig.com.br/homeig/ultimosegundo/Brasil/)>. Acesso em: 20 ago. 2011.

DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS. Disponível em: <<http://advogadodireitohomoafetivo.blogspot.com/>>. Acesso em: 5 set. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. Uma questão de princípios. São Paulo. Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais** – efeitos jurídicos. São Paulo: Método, 2004.

GIDDENS, Anthony. In: SOCIOLOGIA. **Gênero e Sexualidade**. Porto Alegre: Arned, 2005.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2005,

INFORMATIVO JURISPRUDENCIAL MENSAL DO STF N. 9. Compilação dos Informativos n.s 625 a 629, mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 30 set. 2011.

JENCZAK, Dionízio. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Editorial, 2008.

JUIZ NEGA RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

JUSTIFICATIVAS AO PL 6.960/02. Disponível em <<http://www.congresso.gov.br>>. Acesso em: 30 set. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerusclausus*. In: CUNHA, Rodrigo da Pereira. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito – Família e Cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Manole, 2009.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Direito de Família no Novo Código Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **Interpretar a Constituição não é ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br>>. Acesso em: 2 ago. 2011.

PELUSO apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 213.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TALAVARES, Glauber Moreno. **União Civil de pessoas do mesmo sexo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004

UNIÃO HOMOAFETIVA: JULGAMENTO NO STF DA ADI 4277 E DA ADPF132. Disponível em: <[www.oimpressionista.com.br/](http://www.oimpressionista.com.br/)>. Acesso em: 18 ago. 2011.

UNIÃO HOMOAFETIVA NA PAUTA DO STF, A. Disponível em <[www.osconstitucionalistas.com.br/](http://www.osconstitucionalistas.com.br/)>. Acesso em: 5 set. 2011.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **União Homoafetiva: Direito Sucessório e Novos Direitos**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

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