

A UNIÃO HOMOAFETIVA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO STF

Alex José de Sousa Ferreira¹
Vicente Gonçalves de Araújo Junior²

RESUMO: O presente trabalho propõe uma análise jurídica sobre a união homoafetiva e o sistema jurídico brasileiro, no que se refere às normas dos artigos 226, da Constituição Federal, e 1.723, do Código Civil. Para o estudo de tal relação será apontado, inicialmente, alguns momentos da homossexualidade na História da humanidade, seguindo com apresentação dos valores basilares, trazidos pela Constituição de 1988, necessários para o desenvolvimento do tema. Também será demonstrado o que representa a união homoafetiva na nova concepção de família e, por fim, será abordada a decisão pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, no primeiro semestre de 2011, que, de modo jurisprudencial, posicionou o entendimento do Direito nacional perante tais relações.

Palavras-chave: homossexualidade, homoafetividade, Direito, reconhecimento jurídico

1. Introdução

Não é recente a complexa e controversa relação existente entre o ser humano, sua sexualidade e a sociedade. A repercussão desta sexualidade esteve presente em praticamente todas as formas de manifestação social do homem, desde os tempos mais distantes que se tem registro. Componente desta vertente, a homossexualidade não recebeu tratamento diferente.

Segundo Ivone Coelho de Souza, mesmo nas civilizações antigas já havia registros da homossexualidade (*apud* DIAS, 2001, p.27). Dias (2001), ao citar Goethe, afirma que a homossexualidade é tão antiga quanto à própria heterossexualidade.

Acompanha a história da humanidade e, se nunca foi aceita, sempre foi tolerada. É uma realidade que sempre existiu, e em toda parte, desde as origens da história humana. É diversamente interpretada e explicada, mas, apesar de não a admitir, nenhuma sociedade jamais a ignorou (DIAS, 2001, p.27).

A expressão “homossexualidade” foi criada, até onde se sabe, pela médica húngara Karoly Benkert, sendo inserida na literatura técnica no ano de 1869. Constituída pelas raízes gregas *homo*, que quer dizer semelhança e pela latina *sexus*, representando sexualidade, o resultado semântico dessa junção seria sexualidade semelhante, o relacionar entre pessoas do mesmo sexo (DIAS, 2001).

¹ Aluno do 5º período do curso de Direito do Centro de Ensino Superior de Catalão - CESUC. E-mail: alex.jsf@hotmail.com

² Especialista em Direito Civil Pela Universidade Federal de Uberlândia; Mestre em Direito pela Universidade de Franca; Professor do curso de Direito do Centro de Ensino Superior de Catalão - CESUC. E-mail: professorvicente@cesuc.br

No entanto, o que se pode perceber é que o fácil entendimento do termo contrapõe-se à sua aceitação na prática social. Isso quer dizer que, apesar da simplicidade da expressão, o mesmo não pode ser dito quando colocado seu teor em meio gregário.

É bem por isso que, com a devida fundamentação permitida pela História, faz-se importante apresentar nesse estudo um breve histórico sobre o assunto, que foi tratado de diversos modos no decorrer dos vários momentos vividos pelo homem na sua trajetória natural.

2. Aspectos históricos do homossexualismo

Na Grécia antiga, conforme Eveline de Castro Correia e Giovanna Dodt Sales (2011), a homossexualidade era tida como uma dádiva dos “bem-nascidos”. Não era considerada como uma patologia genética, psicológica ou social, mas sim uma prática culta e nobre que permeava aquela estrutura cultural. Neste sentido, estava presente, inclusive, em sua própria mitologia. “O mais famoso casal masculino da mitologia grega era formado por Zeus e Gamimede. Lendas falam dos amores de Aquiles com Patroclo e dos constantes raptos de jovens por Apolo” (DIAS, 2001, p.28).

A relação homossexual era conhecida por aquele povo como “pederastia”. A homossexualidade fazia parte da vida comum, vista como privilégio de pessoas cultas e intelectualizadas, possuindo um caráter pedagógico (DIAS, 2001). Em regra, a homossexualidade aceita era a que existia entre um homem, em idade média, ou seja, acima dos 30 anos, e um jovem, com o intuito de introduzi-lo nos estudos da filosofia, da moral, dos sentimentos.

A heterossexualidade, por sua vez era vista como uma prática comum, sem ascendência hierárquica, devido a sua primitiva finalidade de procriação.

O homossexualismo era visto como uma necessidade natural, restringindo-se a ambientes cultos, uma manifestação legítima da libido, não se tratando de uma degradação moral, um acidente, um vício. (DIAS, 2001, p.28)

No Império Romano, tinha-se praticamente a mesma interpretação. Como os gregos, as relações deveriam ocorrer entre adultos e adolescentes, sendo, no entanto, proibido o relacionamento entre os mais velhos. Para este tipo de prática, o relacionamento homossexual foi titulado de “sodomia”.

O elemento diferenciador das relações homossexuais gregas e romanas encontrava-se no fato de que, no primeiro, poderia o homem grego galantear os meninos pelo qual se

interessasse, convencendo-os, existindo a conquista entre ambos; enquanto que para o homem romano era bem aceito o relacionar com jovens escravos, pois já existia uma discriminação mais acentuada neste sentido. No Império Romano, a sexualidade estava diretamente ligada à dominação e ao poder, é o que atesta Correia e Sales (2011).

O preconceito da sociedade romana decorria da associação popular entre passividade sexual e impotência política. A censura recaía somente no caráter passivo da relação, na medida em que implicava debilidade de caráter. (DIAS, 2001, p.30)

Caminhando para a Idade Média, a homossexualidade foi sendo interpretada em outro sentido. Como explicita Dias (2001), foi devido à religião que se estabeleceu de forma tão marcante o preconceito contra o relacionamento entre pessoas de igual sexo. Com a cristianização, este passou a ser visto como algo prejudicial à sociedade, como característica ligada ao politeísmo, sendo até relacionado ao comportamento de alguns animais, considerados, na época, impuros. Tendo por base o entendimento bíblico, procurou-se manter preservado o grupo ético previsto no livro do Gênesis, em que a família, a exemplo da história de Adão e Eva, é sempre formada por um homem, por uma mulher e filhos.

Foi neste período da História que se teve a maior penalização ao homossexualismo, com perseguições da Igreja Católica, via Santa Inquisição, que entendeu como crime a prática homossexual, por meio do Concílio de Latrão (1179), apenando-a com a morte. Naquele momento, o homossexualismo passou a ser tido como o crime mais grave, superando até mesmo o incesto entre mãe e filho. Destaca Luis Mott (2006, p.01):

Ainda hoje, cristãos menos iluminados atribuem o flagelo da Aids ao castigo divino contra a revolução sexual e o movimento gay, comprovando o quão arraigadas ficaram nas trevas da ignorância coletiva as abominações do Levítico, reforçadas pela intolerância incendiária da Santa Inquisição, que condenava à morte os amantes do mesmo sexo.

Seguindo a linha histórica, em diversos outros momentos e lugares, foi proibido tocar no assunto que tratasse do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, devido a sua grande repercussão social, moral, religiosa e científica. Por um longo período, juristas se calaram e deixaram que este assunto fosse apenas debatido pela religião, pela moral, perpassado pelo preconceito.

Foi a partir de meados do século XX que ocorreram importantes modificações no meio social, sendo o homossexualismo visto de forma menos preconceituosa, com indícios de tolerância (DIAS, 2001). Neste contexto, o Estado vai paulatinamente se distanciando cada vez mais da Igreja, que acaba por perder sua intransponível influência no meio social. Questões como o casamento, o sexo, a moral, entre outras, vão sendo modificadas pela nova concepção de sociedade, dessa vez, mais longínqua da fé dogmática. Nesse sentido, Rainer

Czajkowski revela que “a orientação sexual começou a se caracterizar como uma opção, e não como um ilícito ou uma culpa” (*apud* DIAS, 2001, p.33).

Contemporaneamente, ainda enfrentando um forte preconceito contra atitudes conservadoras que tentam explicar a homossexualidade como doença, anomalia da modernidade, o relacionamento homossexual vem sendo admitido pela opinião pública. A própria Constituição Federal de 1988, mesmo não se referindo diretamente à homossexualidade ou à sexualidade humana, veio vedar qualquer possibilidade de discriminação que envolva a manifestação sexual das pessoas (CORREIA; SALES, 2011).

Os principais motivos causadores dessa mudança foram: a crise da instituição família e sua conseqüente transformação (deixa de ser exclusivamente monogâmica e heterossexual), a conquista do mercado de trabalho pela mulher e, por fim, o rompimento entre sexualidade e reprodução, além da implantação de uma política de reconhecimento da homossexualidade (ARÁN; CORRÊA, 2004).

Ainda que de modo sintético, ficou demonstrado como a homossexualidade foi tratada no decorrer dos tempos. Tal reconstrução histórica possui, pois, relevância no contexto social – uma vez que revela o homossexualismo não se ocorre isoladamente por se tratar de uma manifestação social ligada à sexualidade humana. Sendo assim, não pode ser admitido que a sociedade hodierna cometa os mesmos erros do passado. Não deve ser dado espaço novamente para a omissão, para o desrespeito, para o preconceito, que sempre estiveram lado a lado dos relacionamentos homossexuais.

Desse modo, o alvo desse trabalho é traçar uma análise jurídica específica, direcionada a uma das ramificações desse assunto, à união homoafetiva. Ou seja, interpretar juridicamente o relacionamento constituído por duas pessoas do mesmo sexo, com o intuito de estabelecer uma relação íntima e de estável união, constituindo uma família.

A seguir, será observado como o ordenamento jurídico brasileiro tem se comportado diante dessas uniões, objeto deste estudo. Abordando a histórica decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, suas fundamentações, o que mudou e como ela deve ser entendida de agora em diante.

3. União homoafetiva e o ordenamento jurídico brasileiro

Desdobramento da homossexualidade, o tratamento jurídico dado às uniões homoafetivas é assunto recorrente no mundo – principalmente desde a década de 1990, quando vários países esboçaram proteção jurídica aos relacionamentos homoafetivos – e vem

sendo apontado como tema de urgente e necessário debate também no Brasil. Projetos de leis, ancorados nas Casas Legislativas, decisões esparsas de Juízes e Tribunais, vem confirmando a importância de discussão e resolução sobre a matéria. Não seria legítimo permitir que uma situação de insegurança jurídica, de incertezas que afligem parcela significativa da sociedade brasileira, perpetue.

São 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas (MELLO, 2007, p.01).

Neste primeiro momento, não será tratado da recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a temática. Será dedicado a esta questão um item à frente. *A priori*, a tentativa é por situar a forma como as uniões homoafetivas podem ser entendidas de acordo com sistema jurídico pátrio e estabelecer seu possível comportamento nesse contexto.

Iniciando a análise pela Carta Maior, encontra-se, logo de início, uma não expressa posição do constituinte nacional quanto ao entendimento dos relacionamentos homoafetivos, que causa discussões diversas na doutrina e na jurisprudência. A Constituição Federal de 1988 não fez menção normativa direta a respeito da orientação sexual das pessoas e o Código Civil de 2002. Seguindo o mesmo caminho, ao regular especificamente as uniões estáveis, não preencheu esse espaço.

Por sua vez, a regra do art. 226, § 3º da Carta Maior, enredou ainda mais esse entendimento, deixando registrado o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. O mesmo acontece na Lei Civil, designadamente no art. 1.723, *caput*, em que novamente se afirmou reconhecimento à união estável entre homem e mulher, configurada em alguns requisitos específicos.

Nesse sentido, é importante mencionar o posicionamento sobre o assunto, do grande constitucionalista Luiz Roberto Barroso (2007), que retira de cogitação a inadmissibilidade das uniões homoafetivas pelo viés literal da lei. O autor argumenta que a referência homem e mulher não se traduziu em uma vedação a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas. Pelo contrário, a natureza de tal norma é de caráter “inclusivo”. A expressão foi introduzida no texto constitucional com o objetivo primário de superar o preconceito que afetava as relações existentes entre mulheres e homens que não decorriam do casamento. Tal norma é resultado de uma extensa evolução histórica que culminou com a equiparação entre a companheira e a esposa. A interpretação em sentido oposto seria preconceituosa e inconstitucional, segundo o mesmo.

Assim, a norma constitucional referida não impôs nem vetou a aplicação do regime das uniões estáveis às uniões homoafetivas. Portanto, ainda seguindo Barroso (2007), o que ocorre é uma aparente “lacuna legislativa”, pois lembra que não há vãos no Direito. Toda situação importante para o Direito, deve encontrar sua solução dentro do próprio sistema, deve haver uma integração.

Desta maneira, não se limitando a literalidade da lei, entender o reconhecimento ou não das uniões homoafetivas fica a cargo de uma interpretação mais aprofundada do Direito pátrio, buscando seus fundamentos principalmente nos valores trazidos pela nova Constituição Federal.

3.1 A união homoafetiva e os princípios constitucionais

Em belíssimo trabalho, Barroso (2007) alega que se vivencia no campo do Direito Constitucional um ambiente filosófico pós-positivista, caracterizado pela reaproximação entre o Direito e a Ética. Sendo possível, dentro desta perspectiva, apontar três ideias principais que procuram permear esse ambiente:

[...] incluem-se (i) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, (ii) o reconhecimento de normatividade aos princípios e (iii) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2007, p.18).

Deste modo, para entender o posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro frente às relações homoafetivas se faz necessário enxergar alguns princípios constitucionais sob esse novo visual apontado, trazendo-os para o cerne da discussão. Pois, nada mais são os princípios do que a forma de manifestação jurídica dos valores e escopos de uma sociedade, abrangendo os direitos fundamentais, que por sua vez, apresentam-se enquanto direitos subjetivos, mas também como conjunto objetivo de valores necessários à interpretação e à aplicação do Direito (BARROSO, 2007).

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. (BARROSO, 2007, p.19).

No exame da Constituição Federal percebe-se, de modo explícito, que o constituinte fez questão de consagrar a presença do princípio da igualdade, apresentando-o desde o próprio preâmbulo. Este princípio, que se erradia por inúmeras vertentes, tem por uma de suas

finalidades assegurar e proibir qualquer espécie de manifestação preconceituosa, deturpadora existente dentro de um Estado instituído democrático.

No mesmo sentido, em meio aos objetivos fundamentais da República, no art. 3º, inciso IV, novamente é exposto promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, não permitindo qualquer manifestação fundada em preconceitos, tanto por parte do Estado, responsável por buscar atingir tais desígnios, quanto pelo próprio povo, destinatário final da proteção estatal. Do mesmo modo, também no art.5º, *caput*, referente aos direitos e às garantias fundamentais, é reafirmado que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, independentemente da natureza desta. Destarte, é importante ressaltar que essa igualdade não se limitou somente à aceção formal, não veio para que todos sejam considerados iguais perante aos códigos, mas tal norma constitucional veio exigir que aquela seja vivida, respeitada, que a igualdade se faça presente no dia a dia de todos (BARROSO, 2007).

De tal modo, não há como dizer o contrário, a Constituição veda completamente qualquer forma de discriminação, preconceito ou mesmo tratamento diferenciado ilegítimo, que não tenha por fim garantir uma sociedade livre, justa e solidária. Ou seja, a sexualidade individual (inerente a cada pessoa e oriunda de diversos fatores, como o genético, psicológico, sócio-cultural, pois não há consenso na ciência) não pode ser também motivo que erga segregações jurídicas entre seres humanos, uma vez entendidos sob uma ótica igualitária.

Contudo, não se quer dizer que todo e qualquer tratamento diferente não seja permitido, pelo contrário, para se tratar todos com igualdade é preciso doses moderadas e equilibradas de desigualdade – como promove o legislador e o intérprete do Direito, na sua busca pelo justo.

Nesta mesma análise, um segundo princípio constitucional é de importante observação, o princípio da liberdade pessoal, de onde emana a autonomia privada. Para Barroso (2007), o Estado tem que assumir a responsabilidade de garantir aos indivíduos a oportunidade de desenvolverem suas escolhas, porém, também é sua função criar um ambiente objetivo capaz de admitir que essas escolhas sejam efetivadas, concretizadas.

Registre-se que para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente (BARROSO, 2007, p.26).

É direito de todos desenvolver sua personalidade, escolher sua religião, pensar o que bem entender, expressar-se e se responsabilizar, também, não diferente, escolher aquelas pessoas com quem se relacionar emocionalmente, sexualmente, escolher aquele com quem irá

buscar a felicidade, o amor, a família. Portanto, cabe ao Estado proteção em dobro nesses aspectos tão íntimos (BARROSO, 2007).

[...] são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica [...] possibilitam a atuação na defesa da própria pessoa, considerada em seus múltiplos aspectos [...] (ROSENVALD; FARIAS, 2007, p.108-109).

Viver sua orientação sexual é, portanto, aspecto ligado à autonomia privada do indivíduo, não podendo este ser privado dessa ramificação de sua existência. Ainda mais porque o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas não fere, nem limita qualquer outro bem jurídico que mereça a proteção do Estado.

A não inserção das relações homoafetivas ao regime aplicado a união estável, não causa apenas um vazio no Direito brasileiro, mas gera um impedimento muito grande à população homoafetiva, que não pode desenvolver, muito menos exercer sua personalidade com amplitude, como bem explica Barroso (2007). É como se essas pessoas não fossem dignas de serem felizes. Ao se fazer esta exclusão, mesmo que tacitamente, está se afirmando que são incapazes de estabelecer projetos de vida, incapazes de sonhar, de criar um núcleo familiar harmônico, incapazes de amar, de serem amadas e isso não é verdade.

Sedimentando esse raciocínio, não poderia ser esquecido um dos princípios essenciais à visualização desse problema, talvez a fonte de todo o raciocínio até então exclamado, a dignidade da pessoa humana. A Constituição Brasileira de 1998 trouxe esse princípio de modo expresso em seu texto, com o intuito de lhe proporcionar uma maior densidade jurídica e objetividade, servindo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, inciso IV. Deixando o campo da religião e da filosofia, o princípio da dignidade da pessoa humana vem fazendo parte de documentos internacionais e constituições democráticas nessas derradeiras décadas, pois seu postulado nuclear está, principalmente, na proteção à integridade de todas as pessoas (BARROSO, 2007).

Barroso (2007) apresenta a ideia de dignidade sob duas vertentes. Na primeira concepção, afirma que não é permitido a ninguém ser tratado enquanto meio, haja vista que todos devem ter resguardada sua integridade de vida, sua essência. Logo, cada pessoa deve ser entendida como um fim em si mesmo, sendo respeitada simplesmente pelo fato de existir. A segunda concepção delinea que todos os projetos pessoais e coletivos de vida são dignos de reconhecimento, desde que condizentes com o bom senso e a razoabilidade, pautados sobre o bem comum.

O autor faz assim uma crítica à ideologia empregada pela força da maioria. Um grupo majoritário, com um projeto de sociedade já pré-moldado, estacionado na tradição, traz para si o domínio das relações afetivas, estipulando a elas regras com fundamento em concepções morais ou religiosas particulares. Assim, o autor rejeita completamente as noções de meio, imposta a todos para a construção de uma sociedade planejada, que desampara projetos de vivência não condizentes com o ideal. Segundo ele, esta não é a acepção de um Estado Democrático de Direito, pois não pode ser criado um padrão cultural que inferioriza determinados grupos sociais.

O desconhecimento das uniões homoafetivas só evidencia o não respeito às características e particularidades de cada indivíduo, a discriminação quanto aos projetos de vida dessas pessoas, a não capacidade de empatia perante seus sentimentos, ferindo a integridade de suas vidas, que nesse sentido, deixam de ser integras e se tornam parciais.

Não se pode exigir que as pessoas deixem de exercer suas expressões enquanto seres humanos, impedir que criem meios familiares em prol de conceitos, valores arraigados em tradições opressoras. Mesmo que façam parte de um grupo minoritário, não seria condizente com os fundamentos aqui apresentados coagir essas pessoas a se anularem – afetiva e subjetivamente – para a satisfação de uma maioria, que, conforme foi exposto, nada se lesa em virtude do reconhecimento das uniões homoafetivas.

Por fim, importante mencionar o princípio da segurança jurídica, elemento essencial para a manutenção da paz social e do sentimento de segurança presente nos indivíduos submetidos à tutela estatal. Para a sua promoção o Estado de Direito é possuidor de instituições e institutos – como o Poder Judiciário – que tem por fim resguardar os valores advindos da Constituição e das leis em geral (BARROSO, 2007).

A expulsão das relações homoafetivas do sistema jurídico, sem lhe atribuir o regime da união estável ou outro regime aplicável, é fonte, sem qualquer dúvida, geradora de insegurança jurídica, afirma o autor. Não há como enxergar os relacionamentos homoafetivos sem suas vertentes patrimoniais, porque também são de seus interesses temas como a herança, deveres alimentícios, a partilha de bens, institutos norteadores de qualquer relação afetiva, instituída com o objetivo familiar.

Além do mais, como exemplifica Barroso (2007), o sentimento de insegurança não fica restrito apenas as partes homoafetivas, também gerando o mesmo em terceiros, pois como se comportaria este ao estabelecer relações negociais com um dos parceiros de um relacionamento homoafetivo, sabendo que pessoas que convivem em união estável precisam

da anuência do outro companheiro para alienação de bens, concessão de garantias, entre outros.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu ‘enquadramento jurídico. Esse quadro de incerteza – alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes – afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros. Vale dizer: criam-se problemas para as pessoas diretamente envolvidas e para a sociedade (BARROSO, 2007, p.31).

3.2 A modificação da concepção de família

Como visto anteriormente, mesmo a Constituição não sendo taxativa quanto ao tratamento dado à sexualidade humana e às suas manifestações jurídicas, pode-se alcançar uma interpretação referente às uniões homoafetivas por meio de alguns de seus valores basilares, fundamentadores de todo o ordenamento jurídico. Porém, também é necessário esboçar uma das principais consequências proporcionadas por esse reconhecimento jurídico, o entendimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar.

A consideração da família unicamente pelo elo do casamento encontra-se superada, seja pela sociedade, seja pelo próprio Direito nacional. A Constituição de 1988 trouxe como inovação nesse contexto a previsão da união estável e da família monoparental, entidades que conjuntamente ao casamento vem construindo uma nova visão jurídica da conceituação familiar.

Todavia, essa novidade constitucional não ficou a gosto do constituinte, veio ela concretizar antigas aspirações sociais, que por algum tempo (durante vigência do Código Civil de 1916 e da Constituição Federal de 1967, principalmente) dependeram exclusivamente das intervenções do Poder Judiciário para a efetivação de aspectos pessoais e patrimoniais destas duas formas de família, até então não reconhecidas legislativamente, considera Livia Ronconi Costa e Thiago Felipe Vargas Simões (2011).

Segundo os mesmos autores, a presença da união estável e da família monoparental na nova Constituição se deve, além da expressa necessidade de regulação que se confirmava no dia a dia, também a valores e princípios implementados pela Carta Maior – a dignidade humana e solidariedade – que tinham como função consagrar o Estado Democrático de Direito no país. Desse modo, a família foi perdendo sua essência como “ambiente de reprodução e manutenção do patrimônio”, para se tornar um local de amparo e afetividade entre os seus integrantes.

A sociedade necessita acompanhar a desenvoltura social, principalmente porque a necessidade contemporânea se volta para o respeito da dignidade da pessoa humana, contrapondo aos modelos tradicionais de família que eram impostos pelas verdades dogmáticas religiosas. Sendo assim, hoje constitui um núcleo de afeto, amor e solidariedade que busca acima de tudo a felicidade, não importando qual a forma da entidade familiar (SOARES, 2011, p.05).

Com a mesma visão, entende Barroso (2007) que declara ser a afetividade o elemento nuclear desse novo modelo familiar, deixando alheios antigos valores, como a consanguinidade e a capacidade de procriação. A constitucionalização do Direito retirou o foco das questões patrimoniais e o ampliou no que se refere às vertentes existenciais, no desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Com esse novo paradigma, é possível enxergar nas uniões homoafetivas todas as condições necessárias para a caracterização das entidades familiares, ou melhor, não há como distanciar o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo – desde que com o fim de construir um núcleo familiar – da noção mencionada anteriormente.

Mesmo a Constituição Federal não mencionando expressamente essa possibilidade ou vedação, como dizem alguns estudiosos, entende-se que o constituinte deixou o tema acessível ao desenvolvimento do Direito e dos costumes, não exercendo um silêncio eloqüente, impeditivo (BARROSO, 2007).

[...] a defesa do modelo tradicional de família não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar. Não há incompatibilidade entre a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a união estável entre pessoas de sexos diferentes, ou entre estas e o casamento. O não-reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas não beneficia, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor constitucionalmente protegido (BARROSO, 2007, p.36).

Contudo, além dos princípios apontados, que coadunam no indiscutível reconhecimento da quarta modalidade familiar, a falta de norma exclusiva pode ser superada, também (a título de discussão, visto serem os princípios conclusos nesse sentido) pelo emprego da analogia, referente ao art. 226, da Carta Maior. Porque o relacionamento homoafetivo apresenta, inequivocamente, todos os requisitos indispensáveis para a consideração de uma unidade familiar, conforme apontado pela doutrina contemporânea, sem qualquer prejuízo ou vantagem referente ao sexo das partes, defende Barroso (2007).

4. O Julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal

Ainda que eu falasse a língua dos homens e falasse a língua dos anjos, sem amor eu nada seria.
(Legião Urbana)

No último dia cinco de maio, o Supremo Tribunal Federal confirmou o reconhecimento da união homoafetiva, equiparando-a à união estável, com a aplicação mesmo regime jurídico. Tal fato é de imensa relevância histórico-social para o país e confirmador de todo o exposto neste trabalho, além de caracterizar passo importante no desenvolvimento do Direito nacional. Até então, cabia ao casal homoafetivo que pretendesse dar algum amparo legal à sua união, como recurso jurídico disponível, apenas o registro em cartório enquanto sociedade de fato, que era visto no Direito apenas sob os aspectos econômicos, por ser instituto do Direito das Obrigações e não do Direito de Família.

Julgando a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – nº132, proposta no ano de 2008, pelo Estado do Rio de Janeiro, que buscava o tratamento igualitário entre casais heterossexuais e homossexuais no que se referia ao Código Civil (em especial o art. 1.723) e ao Estatuto dos Servidores Civis do Estado; e a ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade – nº 4277 (inicialmente interposta como ADPF 178), proposta em 2009, através da Procuradoria Geral da República, visando ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, preenchido os mesmos requisitos indispensáveis para estabelecer a união estável entre homem e mulher; a Suprema Corte, com dez votos a zero, reconheceu juridicamente a união homoafetiva e o seu tratamento conforme o art. 1.723 do Código Civil brasileiro.

Com a decisão, a união homoafetiva tornou-se uma das formas de entidade familiar no Brasil. É o que deixa claro o desembargador aposentado José Carlos Teixeira Giorgis (2011), afirmando que com tal feito o Supremo Tribunal Federal pretendeu proteger o relacionamento homossexual, visto ser este possuidor de “dignidade constitucional”.

[...] e se incluem entre as outras entidades familiares, como o grupo homoparental; o de irmãos que habitam um apartamento; pessoa divorciada; mãe e filha que moram juntas; pessoas solitárias, rol de seres especiais que a jurisprudência já garante contra alguma violação (GIORGIS, 2011).

Neste entender, torna-se garantido aos casais homoafetivos, pelo menos juridicamente, o direito a pensão alimentícia, à herança, à igual partilha de bens, à dependência previdenciária, à inclusão em planos de saúde, à licença médica, entre outros direitos inerentes a união, apontados por Delma Silveira Ibias (2011), advogada e presidente do IBDFAM / RS (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Também é a visão de Marta Cauduro Oppermann (2011), advogada em Porto Alegre/RS:

[...] a partir de agora todos os núcleos familiares homoafetivos poderão buscar, sem quaisquer riscos ou surpresas, os mesmos direitos e garantias reconhecidos às famílias formadas por um casal heterossexual.

Segundo o Juiz titular Maurício Brasil (CORREIO DA BAHIA, 2011), da 8ª Vara de Família de Salvador, a decisão proferida veio modificar tudo que está vinculado a tais relações. Segundo o mesmo, a união estável se dá através de registro em cartório, via documento que afirme as duas partes conviverem com o intuito de constituição familiar. Tal documento, antes aplicado apenas a relações heterossexuais, agora pode ser aplicado às relações configuradas na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de compor família, entre pessoas de igual sexo.

Complementa ainda o juiz Roger Raupp Rios, que se o cartório se recusar ao registro da declaração de união estável, o procedimento necessário é recorrer à corregedoria dos tribunais de justiça, responsável pelo funcionamento dos cartórios nos estados (TORRES, 2011).

4.1 Aspectos da decisão

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal veio modificar paradigmas, quebrar preconceitos, combater a discriminação, fortalecer a igualdade, confirmar a mudança estrutural pelo qual passa a família brasileira e restabelecer valores.

Alguns votos tiveram como fundamentação a interpretação consoante a Constituição Federal Brasileira, conforme pedido nas petições iniciais; travou-se uma divergência, mais que conceitual, de que a união não poderia ser considerada “união estável homoafetiva”, ao contrário, devendo ser “união homoafetiva estável”; argumentou-se que o entendimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar estava também amparado nos direitos fundamentais; discutiu-se que a lacuna legislativa deveria ser sanada pelo emprego da analogia com o instituto mais próximo: a união estável; chegando-se a um denominador comum, de que se deveria aplicar amplamente o tratamento jurídico da união estável à união homoafetiva, conforme apontou Marianna Chaves (2011).

Talvez nunca se tenha visto a Suprema Corte brasileira com um posicionamento tão homogêneo e consensual, ao menos no que diz respeito ao resultado, ao considerar que a união homoafetiva é, sim, um modelo familiar e a necessidade de repressão a todo e qualquer tipo de discriminação (CHAVES, 2011).

Também não se deixou passar a ausência do Poder Legislativo, devido à recorrente omissão legislativa quanto ao tema. O ministro Cezar Peluso, presidente do Supremo, ao fechar a votação pediu a manifestação do Congresso regularizando as consequências da decisão por meio de lei: "o Poder Legislativo, a partir de hoje tem que se expor e

regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte seja justificada" (*apud* IBIAS, 2011).

E na injustificável omissão do Poder Legislativo, não se pode deixar de conferir direitos à uma parcela da população que luta diariamente por ser reconhecida dignamente, nem os operadores do Direito podem fechar os seus olhos a essa realidade (CASTRO, 2011, p.01).

Cogitou-se ainda, segundo Chaves (2011), sobre o ativismo jurídico o qual estaria cometendo o Judiciário nesse julgado, colocando em risco o princípio da separação dos poderes. Segundo a própria autora, o ativismo jurídico deve ser utilizado com “prudência e moderação”, em casos necessários, como este. A justificativa viria da insistente omissão do Legislativo, pois estava se negando direitos e garantias fundamentais de cidadãos brasileiros, sendo a proteção de tais, uma das funções do Supremo Tribunal Federal.

E no caso específico do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 o eventual ativismo judicial se justifica pela absoluta omissão e indolência - para não dizer acovardamento - do Legislativo em relação às questões concernentes à homoafetividade (CHAVES, 2011).

Todavia, a essa discussão são cabíveis maiores observações que não vão ser tratadas neste trabalho, sendo o tema muito rico e propício a uma análise mais aprofundada em outro momento.

5. Considerações finais

Assim sendo, um novo capítulo foi escrito na História do Direito de Família e em todo o sistema jurídico brasileiro, refletindo o momento de mudanças pelo qual passa toda a sociedade. A visão deturpada do homossexualismo não é de agora; conforme o exposto, vem de longe, porém, nos últimos anos, com uma política de superação de preconceitos e discriminações, as pessoas se sentiram um pouco mais livres e amparadas para expressarem sua orientação sexual. Em consequência, aqueles que possuem um relacionamento homoafetivo, que é uma realidade – não podendo ser resumido a uma escolha – hoje lutam pelo reconhecimento jurídico e social desse tipo de união, já que se caracteriza pelos mesmos aspectos formadores dos relacionamentos afetivos heterossexuais.

Foi demonstrado que não há porque desconsiderar juridicamente o relacionamento afetivo existente entre dois indivíduos de mesmo sexo. Em primeiro momento – e talvez o mais importante – porque a Constituição com seu conjunto de princípios basilares (a igualdade, dignidade, liberdade e segurança jurídica) permite a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas e veda qualquer desrespeito nesse sentido. E também, a

título de argumentação, chegar-se-ia ao mesmo resultado por uso de uma via alternativa, pelo emprego da analogia, pois a matéria aqui tratada possui todos os elementos inerentes aos relacionamentos heterossexuais.

De tal modo, o reconhecimento dado pelo Supremo aos relacionamentos homoafetivos é apenas mais um passo na efetivação da, ainda jovem, Constituição Federal de 1988. Não há agressão a nenhum bem jurídico com tal feito, tão pouco, violação de regra constitucional e infraconstitucional. Mas um ponto positivo, que não beneficia unicamente a população homossexual, mas a todos.

É importante observar valores, como o afeto, sendo empregados em decisões judiciais, a ampliação do conceito de família, a despatrimonialização do Direito Civil, a normatividade dos princípios constitucionais. Todavia, embora o avanço seja lento e periódico, as pessoas devem ser respeitadas simplesmente pelo fato de existirem. E transportar esse respeito a toda uma coletividade, é sim o maior desafio.

6. Referências bibliográficas

ARÁN, Márcia; CORRÊA, Marilena V. Sexualidade e política na cultura contemporânea: o reconhecimento social e jurídico do casal homossexual. **Scielo**, [São Paulo, SP], out. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v14n2/v14n_2a08.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Irbarroso**, [S.I.], 2007. p. 17-42. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2011.

CASTRO, Raquel. Sexualidade e cidadania. **Direito homoafetivo**, [S.I.], 18 maio 2011. p. 01. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/sexualidade_e_cidadania%281%29.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2011.

CHAVES, Marianna. Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. **Instituto brasileiro de direito de família**, [S.I.], 30 maio 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=728>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

CORREIA, Eveline de Castro; SALES, Giovanna Dodt. Da possibilidade de alimentar nas relações homossexuais. **Instituto brasileiro de direito de família**, [S.I.], 27 jan. 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=705>>. Acesso em: 7 jul. 2011.

CORREIO DA BAHIA. O que a decisão do STF mudou na vida dos casais homossexuais. **Instituto brasileiro de direito de família**, [S.I.], 09 maio 2011. Não paginado. Disponível

em: <<http://www.ibdfam.org.br/?clippings&clipping=4624>>. Acesso em: 19 maio 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 2. ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 108-109.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Dignidade Constitucional dos homossexuais. **Instituto brasileiro de direito de família**, [S.I.], 22 jun. 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=735>>. Acesso em: 7 jul. 2011.

IBIAS, Delma Silveira. O afeto como valor jurídico. **Instituto brasileiro de direito de família**, [S.I.], 10 maio 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=725>>. Acesso em: 18 maio 2011.

MELLO, Marco Aurélio. A igualdade é colorida. **Instituto brasileiro de direito de família**, [S.I.], maio 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=724>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

MOTT, Luis. Homo-afetividade e direitos humanos. **SciELO**, [São Paulo, SP], maio 2006. p. 01. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a11v14n2.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2011.

OPPERMANN, Marta Cauduro. A vitória da Cidadania. **Instituto brasileiro de direito de família**, [S.I.], 12 maio 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=726>>. Acesso em: 18 maio 2011.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas; COSTA, Lívia Ronconi. A família e a Constituição Federal de 1988. **Instituto brasileiro de direito de família**, [S.I.], 10 out. 2011. Não paginado. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20Fam%C3%ADlia%2005_10_2011.pdf>. Acesso em: 13 out. 2011.

SOARES, Ronner Botelho. Novas perspectivas para o Direito de Família brasileiro: um olhar voltado para o Estatuto das Famílias. **Instituto brasileiro de direito de família**, [S.I.], 04 abr. 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=721>>. Acesso em: 18 maio 2011.

TORRES, Raquel. A homofobia, que é a discriminação por orientação sexual, é contrária ao direito. **Escola politécnica de saúde Joaquim Venâncio**, [Rio de Janeiro, RJ], 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Entrevista&Num=29>>. Acesso em: 15 ago. 2011.