

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – Facer**  
**CURSO DE DIREITO**

Associação Educativa Evangélica  
**BIBLIOTECA**

**EDNEUSA MARIA APARECIDA RIBEIRO**



**A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO  
HOMOAFETIVA SOB A ÓTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA**

**RUBIATABA – GO**

**2010**

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – Facer  
CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica  
BIBLIOTECA

EDNEUSA MARIA APARECIDA RIBEIRO



A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO  
HOMOAFETIVA SOB A ÓTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba (Facer), como requisito para obtenção do grau de Bacharela em Direito sob a orientação do professor Samuel Balduino Pires da Silva, especialista em Direito Civil e Processo Civil.

S-32720

Tombo n°	17679
Classif.:	34
Ex.:	1
Origem:	d
Data:	31.01.11

RUBIATABA – GO

2010

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

**EDNEUSA MARIA APARECIDA RIBEIRO**

**A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA  
UNIÃO HOMOAFETIVA SOB A ÓTICA DO DIREITO  
DE FAMÍLIA**

**COMISSÃO JULGADORA**

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHARELA EM  
DIREITO PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: \_\_\_\_\_

Orientador: \_\_\_\_\_

Samuel Balduino Pires da Silva

Graduação: Direito

Especialista: Direito Civil e Processo Civil

1º Examinadora: \_\_\_\_\_

Geruza Silva de Oliveira

Graduação: Ciências Sociais

Graduação: Mestrado: Sociologia

2º Examinador: \_\_\_\_\_

Idelci Ferreira de Lima

Graduação: Direito

Especialista: Direito Civil e Processo Civil

Rubiataba, 2010.

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu esposo Edval Honorato Ribeiro, que sempre compartilhou meus momentos de alegria e tristeza, apoiando-me com amor, carinho e compreensão. Aos meus filhos, que são a continuação da minha existência, Erick Diogo Ribeiro e Ellen Dayanne Ribeiro, pelo amor, estímulo, dedicação e compreensão, pois tive de me abdicar de sua convivência em favor do trabalho e estudo no interesse de minhas conquistas e progresso intelectual.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, pela minha existência com saúde, cercada de uma família, que me dá muito amor, carinho e compreensão.

A oportunidade de ter convivido com pessoas tão maravilhosas e especiais para mim. *In memoriam*<sup>1</sup>, a meu pai, Jorge Nicolau da Silva e a meu irmão Jesuíto Nicolau da Silva, que jamais serão esquecidos pelo tempo de convivência com muito amor, carinho e dedicação.

Por ter colocado em minha vida uma mãe carinhosa e dedicada, Getulina Pereira da Silva, e irmãos compreensivos e fraternos, Gasparina dos Reis Cruz, Osvaldina Nicolau da Silva Maia, Nivaldo Nicolau da Silva, Jales Nicolau da Silva, Josué Nicolau da Silva, Jovita Nicolau da Silva Morais e Jorge Nicolau da Silva Júnior, aos quais sou grata pela compreensão, amor e carinho que me proporcionam.

Ao meu orientador, Ms. Samuel Balduino Pires da Silva, pelo constante estímulo acadêmico para aprimorar este trabalho, pela orientação e pela paciência no cumprimento dos prazos acadêmicos, juntamente com a professora Ms. Geruza Silva de Oliveira, que muito tem dedicado a todos os acadêmicos o seu tempo e conhecimento na perspectiva de melhores resultados.

Aos meus amigos Alessandro Cândido de Deus, Márcia Maria Alves e Sousa, Talita Fernandes Bueno e a todos os professores do curso de direito pela colaboração e motivação.

Aos meus colegas do curso de Direito, do transporte coletivo e aos motoristas do ônibus, que desde

---

1 *In memoriam* = À memória. MUNDO DOS FILÓSOFOS. Pequeno Dicionário Jurídico de Expressões Latinas. Disponível em <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/latim.html#I>>. Acesso em: 01/10/2010.

já, sinto saudades, pela amizade sincera, paciência e colaboração nos transtornos que várias vezes ocorreram no percurso de ida e volta entre as cidades de Rubiataba a Uruana.

A mente que se abre a uma nova idéia jamais  
volta ao seu tamanho original.

Albert Einstein

**RESUMO:** Analisa-se a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva sob a ótica do Direito de Família. Destaca o afeto como elemento primordial no direito contemporâneo para a constituição da família, ressaltando a dignidade humana como fator preponderante para esse reconhecimento, sendo a diferença de sexo um mero elemento pontual. Relata-se a transferência de responsabilidade do Poder Legislativo ao Poder Judiciário em razão da omissão de leis regulamentando a questão. Discute-se a existência de fundamentos suficientes para o reconhecimento da união homoafetiva com lastro na legislação e jurisprudência, concluindo ser possível o reconhecimento no atual quadro jurídico, o que não dispensa regulamentação.

**Palavras-Chave:** dignidade da pessoa humana, união homoafetiva, sistema jurídico brasileiro.

**RESUMEN:** Se analiza la posibilidad de un reconocimiento homo unión desde la perspectiva del derecho de familia. Destaca el afecto como un elemento importante en el derecho contemporáneo sobre la constitución de la familia, haciendo hincapié en la dignidad humana como el principal factor de este reconocimiento, con la diferencia de un simple elemento del sexo de vez en cuando. Se ha informado de la transferencia de la responsabilidad de la Legislatura al Poder Judicial debido a la omisión de las leyes que regulan la cuestión. Se argumenta que existen motivos suficientes para el reconocimiento de la homo respaldado la legislación y jurisprudencia, concluyendo que es posible reconocer el marco jurídico actual, que no exime a los reglamentos.

**Palabras claves:** la dignidad humana, el homo matrimonio, el sistema jurídico brasileño.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1. O DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>15</b>
1.1 Evolução do direito de família.....	16
1.2 Fundamento da dignidade da pessoa humana.....	17
1.3 Princípios do direito de família.....	18
1.4 O casamento no ordenamento jurídico brasileiro.....	21
1.4.1 Natureza jurídica do casamento.....	22
<b>2. A UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	<b>24</b>
2.1 Conceito de união estável.....	25
2.2 Requisitos para o reconhecimento da união estável.....	25
2.3 Efeitos jurídicos decorrentes da união estável.....	27
2.4 Necessidade da diferença do gênero à caracterização da união estável.....	28
<b>3. UNIÃO HOMOAFETIVA.....</b>	<b>30</b>
3.1 Origem da união homoafetiva.....	30
3.2 Omissão da lei no reconhecimento da união homoafetiva.....	31
3.3 Comparação entre união estável e união homoafetiva.....	33
3.4 O não reconhecimento da união homoafetiva.....	35
3.5 Dignidade da pessoa humana e a união homoafetiva.....	37
<b>4. UNIÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>39</b>
4.1 União homoafetiva quanto à legislação brasileira.....	41
4.2 União homoafetiva quanto à doutrina.....	43
4.3 União homoafetiva quanto à jurisprudência.....	45
4.4 A união homoafetiva no direito comparado.....	53
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>58</b>

## LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

AGLBT = Associação de *Gays*, Lésbicas, Bissexuais e Travesti

Art. = Artigo

Atual. = Atualizado

Cap. = Capítulo

CC = Código Civil

CRFB = Constituição da República Federativa do Brasil

Dec. = Decreto

Dj = Data de julgamento

Ed. ou ed. = Edição

EDcl = Embargos de Declaração

LGBT = Lésbicas, *Gays*, Bissexual e Travesti

LICC = Lei de Introdução ao Código Civil

IBDFam = Instituto Brasileiro de Direito de Família

Inc. = inciso

Ms. = Mestre

nº = Número

p. ou pag. = página

PA = Estado do Pará

PGFN = Procuradoria Geral da Fazenda Nacional

Proc. Processo

reform. = reformada

Rel = relator (a)

REsp = Recurso Especial

STJ = Superior Tribunal de Justiça

TJ = Tribunal de Justiça

TSE = Tribunal Superior Eleitoral

Uf = Unidade de Federação

ver. = revista

Vol. ou v. = volume

§ = parágrafo

## INTRODUÇÃO

A escolha do tema desta pesquisa monográfica não foi tarefa fácil, principalmente por ser um tema atual, que vem causando uma das mais calorosas discussões civilistas, confrontando-se com preconceito, discriminação e ausência de leis que ampare e assegurem direitos e garantias a casais homoafetivos. Sabemos que o tema abordado é muito complexo e que o presente trabalho não será capaz de esgotá-lo devido as suas limitações, no entanto, procuraremos contemplar os aspectos mais relevantes para um bom entendimento.

Apesar das grandes inovações e mudanças legislativas introduzidas no direito de família, mesmo tendo passado mais de 20 anos da promulgação da Constituição Brasileira, ainda não se conseguiu acompanhar os avanços tecnológicos e sociais que se impõe a cada dia, uma vez que não se estabeleceu normas garantidoras reconhecendo as uniões constituídas por casais do mesmo sexo.

No decorrer desta pesquisa, para sustentar uma futura regulamentação dessas uniões, buscaremos como alicerce o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e os princípios da não-discriminação, da liberdade e da igualdade. Estudaremos a possibilidade de aplicação da legislação vigente, no sentido de serem reconhecidos direitos e garantias fundamentais à união estável homoafetiva, nos mesmos moldes da união estável heterossexual, a exceção da diferença de sexo.

A problematização girou em torno da possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva sob a ótica do direito de família, nos mesmos moldes da união estável, a exceção da diferença de sexo, demonstrando que, mesmo diante da omissão legal, essas uniões já são reconhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça, com base na analogia e princípios gerais do direito. Contudo, cabe ao Poder Legislativo a aprovação de lei específica que ampare e regulamente a união homoafetiva, visando evitar celeumas e garantir a segurança jurídica.

O presente estudo monográfico relaciona, também, com o processo da evolução histórica e das mudanças de comportamentos sociais que transformaram o mundo, agregando novos costumes e valores morais capazes de remodelar a estrutura familiar que transformou

profundamente a sociedade, cujas mudanças refletiram na norma constitucional, alterando, substancialmente, o direito de família.

Por ser a pesquisa bibliográfica a principal fonte empregada nesta monografia, buscou-se o método de compilação, que consiste na exposição do pensamento de vários autores, sendo utilizado, para abordagem do tema escolhido, pesquisas na Constituição Federal, códigos, leis, artigos, revistas, jurisprudências, *sites*<sup>2</sup> e doutrinas de vários autores, encontrando-se todos relacionados na referência bibliografia.

A pesquisa bibliográfica foi combinada com a pesquisa teórica, tendo como objetivo, analisar o tema em questão, confrontando com o fundamento da dignidade da pessoa humana e os princípios constitucionais que orientam e condicionam a compreensão do ordenamento jurídico na elaboração de leis, bem como para a sua aplicação e integração. Conforme já anotado, não há legislação específica, regulamentando a união homoafetiva como entidade familiar, existe, portanto, uma omissão por parte do legislador e nem por isso o magistrado pode deixar de julgar alegando falta de lei. Assim, deve-se o juiz, buscar na analogia e nos princípios gerais do direito a interpretação, atendendo os fins sociais a que a lei se dirige.

O método utilizado, para a pesquisa, foi o de abordagem dedutiva, partindo-se de uma hipótese mais ampla e genérica, neste caso, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, característica de um Estado Democrático de Direito, garantidor de direitos sociais e individuais, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, para a análise do caso específico, ou seja, a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva sob a ótica do direito de família. Para Medeiros, o método de dedução deve ter uma relação lógica construída entre as proposições. Nesse sentido, define: "A essência da técnica de argumentação "dedução" é a relação lógica construída entre as proposições."(Atlas, 2008, p. 31).

O objetivo geral é contribuir para o estudo de uma realidade social e obter uma resposta satisfatória ao problema, baseando-se para tanto, no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, nos princípios constitucionais que norteiam o direito de família e, em especial no vínculo da afetividade, principal elemento formador e determinante para a

2 *Sites* = (palavra inglesa). Página ou conjunto de páginas da Internet com informação diversa, acessível através de computador ou de outro meio eletrônico. <<http://dicionário.gyn.tjgo/aurelio/home.asp>>. Acesso em: 01/03/2010.

constituição da entidade familiar. Observar-se-á, para isso, se as normas e princípios constitucionais que regulamenta a tutela jurídica da família, estão diretamente ligados à opção sexual ou aos sentimentos de afeto. Se as garantias e fundamentos constitucionais, instituídos pelo nosso Estado Democrático de Direito, especialmente o da dignidade da pessoa humana e os princípios da liberdade, igualdade e da não discriminação, devem ser aplicados, no reconhecimento da união homoafetiva, em virtude da lacuna legislativa, nos mesmos moldes da união estável heterossexual, a exceção da opção sexual.

O objetivo específico é proporcionar elementos aptos a causar uma reflexão e despertar interesse no estudante do direito para fatos polêmicos que, por questões religiosas ou sociais, os legisladores nutrem certa resistência em aprovar leis, mas que se torna de fundamental importância a sua regulamentação, uma vez que o direito não pode se omitir ao enfrentamento desta ou de quaisquer outras questões, em total prejuízo às pessoas e desrespeito à nossa Constituição Federal, que traz garantias a todo cidadão, especialmente à dignidade da pessoa humana.

No primeiro capítulo, para uma melhor compreensão, em decorrência da amplitude do instituto do direito de família, serão abordados, sucintamente, os aspectos jurídicos do direito de família e sua alteração semeada no tempo, focalizando as transformações ocorridas, em face das profundas evoluções sociais. Abordaremos, ainda, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, os princípios que regem o direito de família, o casamento e sua natureza jurídica.

No segundo capítulo, estudaremos a união estável, o seu conceito e requisitos para o amparo legal, os efeitos jurídicos decorrentes dessa união e a necessidade da diferença do gênero à sua caracterização. Procuramos abordar, de maneira resumida, as inovações que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao Direito de Família, notadamente com a desvinculação da idéia de casamento como a única e legítima forma de constituir-se uma família. Nessa esteira, uma nova concepção foi dada ao direito de família, passando o vínculo da afetividade a ser elemento determinante para a constituição das uniões informais não oficializadas.

No terceiro capítulo, temos como finalidade precípua, estudarmos a união homoafetiva, sua origem e a omissão da lei no seu reconhecimento. No decorrer desta pesquisa procuramos destacar a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva nos

mesmos moldes da união estável, sem o requisito da diferença do gênero, levando em consideração que o nosso Estado Democrático de Direito tem por garantia, a igualdade de todos e a não-discriminação como fator preponderante para uma sociedade justa e livre, na qual todo o ser humano busca sua realização pessoal, sem qualquer interferência no seu projeto de vida.

No quarto capítulo, analisaremos a união homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, perspassando pela legislação, doutrina e jurisprudência. Ressaltando a transferência da responsabilidade do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, em decorrência da omissão, frente a não aprovação de leis regulamentando a união homoafetiva. De conseqüência, resta aos operadores do direito buscarem a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito como supedâneo para o reconhecimento da união estável homoafetiva, visando garantir, a homens e mulheres, o direito a opção de gênero, sob o fundamento especial da valorização da dignidade humana.

## 1. O DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito de família no Brasil, até pouco tempo, era um complexo de normas que regulava a celebração do casamento, sua validade e os efeitos dele resultantes; as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, assim como a sua dissolução. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi reconhecida uma nova realidade social, passando a admitir diversas modalidades de entidade familiar, tendo como elemento formador o vínculo da afetividade.

As principais mudanças no direito de família encontram-se previstas no Capítulo VI, arts. 226 a 230 da Constituição Federal e regulamentada no Livro IV do Direito de Família, artigos 1.511 a 1.783 do atual Código Civil. A alteração substancial refere-se ao reconhecimento da entidade familiar formada pela união estável entre o homem e a mulher e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Instaurou-se a igualdade entre os cônjuges e conviventes, garantindo, ainda, a todos os filhos os mesmos direitos e qualificações, vedando qualquer discriminação decorrente de sua origem.

O Código Civil de 2002 trouxe mudanças nos aspectos essenciais do direito de família, incorporando, ainda, várias alterações por meio de legislações esparsas. Embora alguns avanços tenham contribuído, de maneira significativa, para alguns doutrinadores ainda não se conseguiu acompanhar as construções familiares existentes. Nesse sentido, Dias expõe:

Apesar de ter preservado a estrutura do Código anterior, incorporou boa parte das mudanças legislativas que haviam ocorrido por meio de legislação esparsa. Mas não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados, ou seja, operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional. (DIAS, 2010, p. 31 a 32).

Nota-se ainda, que o atual Código Civil tenta afeiçoar-se às profundas alterações sofridas no âmbito familiar. Os conceitos e expressões, não admitidos na convivência social,

que eram utilizados no Código Civil de 1916, foram excluídos haja vista a estrutura jurídica da Constituição Federal proibir qualquer forma de preconceito. Por outro lado, o legislador perdeu uma grande oportunidade de promover avanços, ao deixar de inserir no ordenamento jurídico a guarda compartilhada que já se encontra regulamentada, bem assim, a união estável homoafetiva, a adoção por casais homoafetivos e a filiação sócioafetiva, que há muito vem sendo reconhecida em sede jurisprudencial.

Segundo Gonçalves, a convivência familiar está priorizada, assim, ora nos deparamos com o grupo fundado no casamento ou no companheirismo, ora com a família monoparental, sujeita aos mesmos deveres e direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a família substituta. Os novos rumos conduzem à família afetiva, onde prevalecem os laços da afetividade sobre os elementos meramente formais ou genético-biológicos. Nessa linha, já se previa que a dissolução da sociedade conjugal, seria uma consequência da extinção e não da culpa de qualquer dos cônjuges. (GONÇALVES, 2009, p. 24).

Embora a Constituição Federal, tenha ampliado no Capítulo VII, art. 226, as formas de constituição da família, não abrangeu ainda, as diversas modalidades de entidades familiares que compõem a nossa sociedade, restando a serem incluídas no direito de família, as famílias pluriparentais e homoafetivas que se compõem pelo elo da afetividade.

## **1.1 A evolução do direito de família.**

O século passado foi marcado por duas grandes guerras mundiais e inúmeras descobertas científicas e tecnologias, que contribuíram para as profundas marcas de transformações e mudanças sociais. Em virtude da dinâmica social e da nova estrutura da família, para manter-se atualizado, o instituto do direito de família foi um dos ramos do direito que mais sofreu alterações.

O abrigo de todos sob a garantia dos direitos humanos e as descobertas causadas pela mutação de toda uma fenomenologia complexa, revolucionou a sociedade e levou a libertação do homem. Na comunicação a transmissão de idéias e imagens, são realizadas instantaneamente. O código genético promoveu avanços na biologia e na medicina e as

descobertas científicas e tecnológicas transformaram o plano social, abrindo novos caminhos para a humanidade, trazendo mudanças no modo de vida e comportamento das pessoas.

Nessa dinâmica, as relações familiares e de parentesco sofreram uma radical transformação. Não há mais espaço para a família patriarcal, com abuso de poder, hierarquia, autoritarismo e predomínio de interesse patrimonial. No entanto, a família continua sendo de fundamental importância na vida das pessoas, uma vez que a formação do ser humano está diretamente relacionada a ela, que transmite os seus primeiros conceitos, que formarão ao longo do tempo, o seu caráter, servindo de sustentação para os inúmeros caminhos que a vida imporá durante sua trajetória.

Efetivamente, a família, como hoje é vista pela norma Constitucional, tem como objetivo o alcance da felicidade de seus membros. As várias modalidades de família, admitidas pela Constituição Federal, não excluem as demais, ou seja, não podem ficar de fora as famílias que não se encontrem expressamente previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, cabe registrar que a felicidade é uma busca pessoal de cada indivíduo, devendo o Estado proporcionar meios para que os cidadãos a alcancem. Nesse sentido, é a proposta de Emenda à Constituição denominada PEC da Felicidade, de autoria do senador Cristovam Buarque, que, se aprovada, alteraria o art. 6º da CF/88, para a seguinte redação: “Art. 6º. São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Segundo o parlamentar, o Estado pode garantir aos cidadãos direito à busca da felicidade cumprindo os demais direitos previstos na Constituição, sobretudo, os direitos fundamentais.

## **1.2 Fundamento da dignidade da pessoa humana**

O fundamento da dignidade humana é uma conquista histórica, nasceu para proteger o homem, deixando de ser um mandamento moral, ganhando força coercitiva no direito, para manter e garantir um viver com dignidade e respeito recíproco. É uma decorrência do Estado

Democrático de Direito, que engloba todos os direitos e garantias fundamentais. Pressupõe a autonomia vital da pessoa e a sua autodeterminação.

Para Kant, a dignidade é um valor absoluto que caracteriza o ser humano. O homem possui um fim em si mesmo e não deve ser meio para outrem. Textualmente, expõe:

(...) supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. (KANT, 2004, p. 58).

Examinando o texto constitucional pode-se verificar, em sentido lato, na tutela constitucional da família que ela passou a ser essencialmente fundada na dignidade de seus membros. Essa proteção encontra-se estabelecida no inc. III do art. 1º da CF/88, que tem como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

### **1.3 Princípios do direito de família**

A Constituição Federal de 1988 e demais leis esparsas, introduziram uma nova forma de interpretação do direito de família, uma vez que as alterações trazidas não se baseiam mais no elemento biológico. Ao contrário, seu fundamento é amplo, sem restrições de arranjo, abrangendo todas as pessoas que vivem em comunhão de afeto. No afeto, prevalece o amor, gerando, em todos nós, a solidariedade, que é a única força capaz de construir dignamente a humanidade, especificamente a família, sendo assim, todas as relações de afetividade merecem ser reconhecidas como entidades familiares.

A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais implícitos, cabendo destacar, que não há qualquer hierarquia entre os princípios, e que também não há consenso quanto à sua quantidade, uma vez que cada autor traz números diferenciados de princípios. Contudo, para a eficácia definidora das normas do direito de família, em face às inúmeras transformações ocorridas, algumas por influência dos direitos humanos, como valor determinante da pessoa humana, torna-se imprescindível a sua observância para a aproximação do ideal de justiça, surgindo assim, novos princípios que norteiam o direito de família, a saber:

**a) Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e dos Companheiros.** A Constituição Federal, ao reconhecer a igualdade entre homens e mulheres, disposto no § 5º do art. 226, descaracterizou a entidade familiar como sendo apenas a sociedade conjugal formada pelo casamento. O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, abarcou também a entidade formada pela união estável, estabelecendo direitos e deveres iguais aos cônjuges e conviventes, *in verbis*<sup>3</sup>: “§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

O atual Código Civil está adequado ao princípio constitucional da absoluta igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, com a preservação da comunhão de vida instituída pela família, consoante se prevê, em seus artigos 1.511 e 1.513, que disciplinam os direitos de ambos os cônjuges, afastando as diferenças do antigo Código de 1916, que tratava dos direitos e deveres do marido e da mulher em capítulos distintos, porque havia algumas diferenciações nos direitos e deveres dos cônjuges.

**b) Princípio da Igualdade Jurídica de Todos os Filhos.** Referido princípio não permite que haja tratamento desigual e nem distinção jurídica entre os filhos legítimos, naturais ou adotivos. O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos está disposto no § 6º do art. 227, da Constituição Federal, *in verbis*: “§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

---

3 *In verbis*= nestes termos. MUNDO DOS FILÓSOFOFOS. Pequeno Dicionário Jurídico de Expressões Latinas. Disponível em <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/latim.htm#I>>. Acesso em: 10/09/2010.

Esse princípio não admite, também, distinção quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão. Permite que os filhos havidos fora do casamento sejam reconhecidos a qualquer tempo. Proíbe que conste, do assento de nascimento, qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

**c) Princípio da Paternidade Responsável e Planejamento Familiar.** Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão dos genitores, cônjuges ou conviventes. O § 7º do art. 226 da Constituição Federal, dispõe sobre o referido princípio o qual encontra-se regulamentado no § 2º do art. 1.565, do atual Código Civil, *in verbis*: “§ 2º .O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”

**d) Princípio da Comunhão Plena de Vida.** O princípio em referência, para ser estabelecido, tem que estar em perfeita consonância com o princípio da igualdade, uma vez que um depende do outro para se concretizar. Não admite, ainda, qualquer interferência na entidade familiar, seja de pessoa jurídica de direito público ou privado, conforme estabelece o art. 1.513 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

**e) Princípio da Liberdade de Construir uma Comunhão de Vida Familiar.** O princípio em questão possibilita aos casais de manterem a convivência familiar de acordo com a livre vontade, fundado na comunhão plena de vida, no sentimento de amor e da afetividade, sem qualquer forma de interferência.

O princípio abrange, também, a livre decisão do casal no planejamento da família, cabendo ao Estado, a interferência apenas no sentido de propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito e, ainda, estabelecer garantias para que os cônjuges possam ter liberdade na opção de formação educacional, cultural e religiosa dos filhos, na livre aquisição e administração do patrimônio familiar, assim como a escolha do regime de bens do casamento que mais lhes convier.

**f) Princípio do Pluralismo Familiar.** A Constituição da República Federativa do Brasil, designou a família como sendo a base fundamental do Estado, disciplinando várias formas de constituição da entidade familiar, podendo ser formada pelo casamento, pela união estável entre o homem e a mulher ou pela união de um dos pais e filhos (família monoparental), não estabelecendo qualquer diferença na constituição destas famílias em referência aos direitos e garantias fundamentais.

Ao eleger o afeto como vínculo para a constituição da entidade familiar, a Constituição Federal, abarcou todas as formas de entidades familiares que se unem pelos laços da afetividade, independentemente de constar ou não no rol das entidades familiares passíveis de proteção estatal.

Considerando que a nossa sociedade não é formada apenas por casais de sexo oposto, presume-se que o rol das entidades familiares estabelecido na Constituição Federal, é apenas exemplificativo, não significando, portanto, desamparo legal, já que os fundamentos e princípios constitucionais são os que orientam e direcionam a aplicação da lei.

#### **1.4 O casamento no ordenamento jurídico brasileiro**

Segundo dados históricos, o casamento teve sua base na religião. Em nosso País, era formalizado pela igreja até o ano de 1889. Com a proclamação da República, surge o casamento civil. A indissolubilidade do casamento era consagrada (embora pudesse ser anulado), tendo como única possibilidade de rompimento o desquite, que não dissolvia o vínculo conjugal. O Código Civil de 1916 prescrevia o casamento como única forma para a constituição de uma família, sendo que, até mesmo depois da Lei do Divórcio, a visão da família constituída pelo casamento ainda permaneceu.

No Código Civil de 1916, imperava-se a figura do marido como chefe e senhor supremo da família, o qual possuía total autoridade sobre a mulher e os filhos, deixando a mulher em uma situação de total submissão e inferioridade. No art. 233 do referido código, podemos constatar a superioridade do marido, *in verbis*: “Art. 233. O marido é o chefe da

sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.”

As mudanças ocorridas no direito de família, especialmente no instituto do casamento, foram de forma gradativa. Primeiramente, foi afastada a discriminação contra a mulher, com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada. Após admitiu-se a dissolução do casamento pelo divórcio, através da Lei nº 6.515/77. Porém, a principal mudança no direito de família foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que proporcionou uma verdadeira revolução nesse campo.

Com a instituição do princípio da igualdade entre os cônjuges e conviventes, estabelecido pela Constituição Federal e a sua regulamentação no Código Civil de 2002, é abandonado de vez a visão patriarcalista instituída pelo Código Civil de 1916. As formas de constituição de família foram ampliadas e consagrou-se a igualdade de tratamento entre marido, mulher e filhos. O casamento hoje é conceituado, no atual Código Civil, como sendo a união que se forma pela comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, *in verbis*: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

Em virtude da possibilidade da dissolução do casamento pela via extrajudicial, regulamentada pela Lei nº. 11.441/2009 e da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 66/2010, que suprimiu o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, afastando os requisitos de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos, a identificação de culpas e o decurso de prazos, distante, fica descaracterizada a consagração do casamento, uma vez que qualquer dos cônjuges pode livremente buscar o divórcio, sem a prévia separação, independentemente de qualquer tempo que se encontrarem casados.

#### **1.4.1 Natureza jurídica do casamento**

Não há um consenso entre os doutrinadores acerca do ramo do direito e natureza jurídica do casamento. A primeira divergência que surge é quanto ao ramo do direito, se é um

instituto do Direito Público ou do Direito Privado. Quanto à natureza jurídica, são acentuadas três correntes, quais sejam: a) contratual ou individualista: que considera o casamento como um negócio jurídico para a obtenção de fins jurídicos; b) institucional: para a qual o casamento é uma instituição social derivada de um ato jurídico, destacando o conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes; e, c) mista ou eclética: para a qual o casamento consiste na reunião dos fundamentos da corrente contratualista com a institucionalista, sendo um contrato quando de sua formação, e uma instituição no que diz respeito ao seu conteúdo.

Alguns doutrinadores, consideram o casamento como sendo um contrato de adesão, por não haver espaços para a imposição de vontade dos noivos, já que os efeitos e formas estão previamente estabelecidos na lei. Outros consideram o casamento um contrato *sui generis*<sup>4</sup>, visto que se sujeita a atos estatais. Para Dias, o casamento é um negócio jurídico bilateral que não está afeito à teoria dos atos jurídicos, sendo regido pelo direito das famílias. Textualmente, expõe:

Daí afirmar-se que o casamento-ato é um negócio jurídico e o casamento-estado é uma instituição. De qualquer modo, é descabido tentar identificar o casamento com institutos que tenham por finalidade exclusivamente questões de ordem obrigacional. Os pressupostos dos contratos de direito privado não são suficientes para explicar a sua natureza. O casamento é negócio jurídico bilateral que não está afeito à teoria dos atos jurídicos. É regido pelo direito das famílias. Assim, talvez, a idéia de negócio de direito de família seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios do direito privado. (DIAS, 2010, p.150).

O casamento é uma convenção individual, tendo em vista à livre concordância das partes e pressupostos exigidos para a sua concretização. Portanto, não há dúvidas de que é a afeição e o amor que gera o desejo de se construir uma família, idealizando e integrando sentimentos, esperanças e valores para um projeto de vida na realização da felicidade.

No próximo capítulo, analisar-se-á o instituto da união estável, seu reconhecimento na Constituição Federal, regulamentada no Código Civil de 2002, bem como da necessidade da diferença do gênero sexual a sua caracterização.

4 *Sui generis* = [Lat., 'de seu próprio gênero'] 1. Que não apresenta analogia com nenhuma outra (pessoa ou coisa); peculiar. DICIONÁRIO AURÉLIO. Disponível em <<http://dicionário.gyn.tjgo/aurelio/home.asp>>. Acesso em 04/03/2010.

## 2. A UNIÃO ESTÁVEL

A união estável é um instituto jurídico bastante novo, porquanto teve o seu reconhecimento com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, conforme estabelece o § 3º do art. 226, *in verbis*: “§ 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.

Ao ser reconhecido como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, tendo como elemento formador o vínculo da afetividade, do amor e do companheirismo, estendeu-se, também, aos membros da família e reciprocamente entre pais e filhos, conforme estabelece o art. 229 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Segundo Dias, apesar de não estar explícito na Constituição Federal, a palavra “afeto”, ao garantir-se a tutela jurisdicional às uniões estáveis, sem o selo do casamento, significa que recepcionou o elemento afetividade como vínculo que enlaça e une duas pessoas. Tutela-se, ainda, a entidade familiar constituída por qualquer dos pais e seus descendentes e a família substituta. “Com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre a filiação biológica e a sócioafetiva.” (DIAS, 2010, p. 70).

A finalidade do reconhecimento da união estável pelo nosso ordenamento jurídico é no sentido de amparar todos os direitos relativos às uniões formadas pelo elo da afetividade, consagrado no fundamento maior de nossa Constituição o qual é a dignidade da pessoa humana. Destarte, o reconhecimento da união estável configura-se na proteção do Estado a uma entidade familiar que se uniu pelo vínculo da afetividade, superando qualquer forma de preconceito, inconcebível para uma sociedade moderna.

## **2.1 Conceito de união estável.**

A união estável encontra-se regulamentada no art. 1.723 do atual Código Civil, contendo os seguintes elementos, *in verbis*: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Nota-se que a união estável se constitui pelo vínculo do afeto e do amor, no espírito de conviver no lar e constituir uma família com seriedade, assistência e respeito mútuo, independentemente do vínculo matrimonial. A união estável se funda na informalidade, sem prazo certo para existir, permanecer ou terminar, sem restrição de formas legais, diferentemente do companheirismo, pois neste as relações sexuais são esporádicas, com ampla liberdade, não podendo ser considerada união estável.

Para a configuração da união estável, é imprescindível a convivência com ânimo de constituir família, devendo a convivência ser pública, contínua e duradoura, passando a ser reconhecida e tida pela sociedade como uma entidade familiar. Deve haver estabilidade na relação; os companheiros participam um da vida do outro.

## **2.2 Requisitos para o reconhecimento da união estável.**

As condições necessárias para que se reconheça a união estável como entidade familiar garantida pela Constituição Federal de 1988, são as presenças de todos os elementos previstos no art. 1.723 do Código Civil, ou seja: convivência pública, notória, estável e duradoura, estabilidade da relação e a intenção de constituir família.

O reconhecimento da união estável apenas não se constitui se ocorrem os impedimentos do art. 1.521, com exceção do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou juridicamente. Na falta de um deles apenas, obstada estará a possibilidade do seu reconhecimento e os efeitos jurídicos dela decorrentes.

Segundo Diniz, no reconhecimento da união estável não se aplica o inc. VI do art. 1.521, no caso de a pessoa casada encontrar-se separada de fato ou judicialmente. Poderá, inclusive, ser reconhecida a união estável de casais que estão apenas separados judicialmente, uma vez que a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens. Nesse sentido, Diniz, expõe:

A proteção jurídico constitucional recai sobre uniões matrimonializadas e relações convencionais *more uxório*<sup>5</sup>, que possam ser convertidas em casamento. Com isso, a união estável perde o status de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar, logo não pode ser confundida com a união livre, pois nesta duas pessoas de sexos diferentes, além de não optarem pelo casamento, não tem qualquer intenção de constituir família, visto que, tão-somente, assumira “relação aberta” ante a inexistência de compromisso. (DINIZ, 2006, p. 366).

Conforme estabelece a redação do § 2º do art. 1.723 do Código Civil, as causas suspensivas do casamento não impedem o reconhecimento da união estável. Em se tratando de convivências pública, contínua e duradoura, torna-se impositivo o reconhecimento de sua existência.

A união estável se funda na determinação de construir uma família regida na comunhão de afeto e vida em comum, sendo este o objetivo determinante para manter a continuidade da família. Para Dias, a família se traduz em comunhão de afeto na construção de vida em comum, uma vez desaparecido, falece o projeto de vida. Nessa linha de raciocínio, faz a seguinte referência:

As novas famílias buscam construir uma história em comum, na qual existe comunhão afetiva e cuja ausência implica a falência do projeto de vida. Nessa nova ótica, traição e infidelidade estão perdendo espaço. Cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar de uma comunidade de vida para outra que lhe pareça mais atrativa e gratificante. (DIAS, 2010, p. 44).

5 *More uxorio* – concubinato. Termos Jurídicos. Disponível em <<http://www.advogado.adv.br/termosjuridicos.Htm>>. Acesso em 01/10/2010.

Na união estável o casal se apresenta perante a sociedade como se marido e mulher fossem, diferentemente do concubinato, que repousa sobre pessoas impedidas de se casar, caracterizado nas relações não eventuais, também entre o homem e a mulher sem objetivarem fidelidade recíproca. O concubinato encontra-se disposto no art. 1.727 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

### 2.3. Efeitos jurídicos decorrentes da união estável

Os efeitos jurídicos decorrentes da união estável equiparam-se aos efeitos do casamento, com algumas diferenças. No art. 1.724 do atual Código Civil brasileiro, encontram-se estabelecido os deveres de lealdade, respeito e assistência entre os companheiros e, ainda, de guarda, sustento e educação dos filhos.

No tocante ao patrimônio, não mais existe a possibilidade de se comprovar ausência de esforço comum com o intuito de se negar a partilha de bens. Estabelece o art. 1.725 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Art. 1.725. Na união estável, salvo convenção válida entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Em relação aos direitos sucessórios dos companheiros, o atual código diferenciou os direitos advindos com a caracterização da união estável, uma vez que o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, com posição privilegiada (pois concorre em certos casos com os ascendentes e os descendentes do *de cujus*<sup>6</sup>), e o companheiro continua como herdeiro facultativo, só tendo direito à totalidade da herança se não houver colaterais sucessíveis, conforme estabelece o inc. IV do art. 1.790 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união

6 *De cujus* = Lat. [primeiras palavras da expr. Lat. *de cujus successione agitur* ('de cuja sucessão de trata').] 1. Jur. Pessoa falecida cuja sucessão está aberta aos herdeiros e legatários. DICIONÁRIO AURÉLIO. Disponível e <<http://dicionário.gyn.tjgo/aurelio/home.asp>>. Acesso em: 01/09/2010.

estável, nas condições seguintes:

...

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Com relação ao direito de herança, legado e doação, os bens também não se comunicam, tendo o legislador, ainda, a pretensão de proteger os bens adquiridos anteriormente à constituição da união estável. Nesse sentido, Diniz expõe:

Não se comunicam bens advindos de herança, legado e doação. O projeto de Lei n. 6.960/2002 pretende, ainda, acrescentar ao art. 1.725 um § 1º, reforçando essa ideia de que “não se comunicam os bens adquiridos com recursos obtidos anteriormente à constituição da união estável”. Tal direito a meação, reconhecido em vida ou *post mortem*<sup>7</sup>, advém da presunção de colaboração dos companheiros na aquisição onerosa de bens durante a convivência. (2006, p. 398).

Para ter direito aos alimentos, decorrentes da dissolução da união estável, os conviventes (assim como os cônjuges) podem reclamar, reciprocamente, os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social. Deve-se aplicar à obrigação alimentar dos conviventes, as mesmas regras e os mesmos princípios que regem a obrigação resultante da separação judicial (arts. 1.694 a 1.710, CC/2002).

#### **2.4. Necessidade da diferença do gênero à caracterização da união estável.**

Para a caracterização da união estável como entidade familiar tanto a Constituição Federal como o art. 1.723 do Código Civil, referem-se, expressamente, à diversidade de sexos. Nessa linha de raciocínio, ensina Venosa:

<sup>7</sup> *Post mortem*= [Lat., 'depois da morte.']. 'Além do túmulo; na outra vida. DICIONÁRIO AURÉLIO. Disponível em <<http://dicionário.gyn.tjgo/aurelio/home.asp>>. Acesso em: 01/09/2010.

A Constituição, assim como o art. 1.723 do Código Civil, também se refere expressamente à diversidade de sexos, à união do homem e da mulher. Como no casamento, a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer ideia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei. O relacionamento homossexual, modernamente denominado homoafetivo, por mais estável e duradouro que seja, não receberá a proteção constitucional e, conseqüentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário. Eventuais direitos que possam decorrer dessa união diversa do casamento e da união estável nunca terão, ao menos no atual estágio legislativo, cunho familiar real e verdadeiro, situando-se acentuadamente no campo obrigacional, no âmbito de uma sociedade de fato. (VENOSA, 2006, p. 43).

O reconhecimento da união estável pressupõe a inexistência de impedimentos para o casamento. No entanto, ao analisarmos as causas impeditivas do casamento, previstas no art. 1.521 do Código Civil, não há qualquer impedimento referente ao gênero para a sua caracterização.

O próximo capítulo tratará da união homoafetiva, dando ênfase ao seu conceito, origem, e, principalmente, fará referência a omissão da lei no seu reconhecimento.

### 3. UNIÃO HOMOAFETIVA

Para o estudo e análise da união homoafetiva, buscaremos subsídios no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, característica do Estado Democrático de Direito, garantidor de direitos sociais e individuais, elementos bastantes para assegurar o enquadramento legal que deve ser dado a estas uniões.

A união homoafetiva é um tema bastante polêmico e está no auge das discussões doutrinárias e jurisprudenciais. É um fato social que se impõe a cada dia, não podendo ser negado ou excluído da sociedade. Destarte, possui grande importância jurídica e precisa ser analisado com cautela, respeito e visibilidade.

Cabe ressaltar, que a sociedade brasileira tem muita aversão aos homossexuais, sendo que as ações e atividades do movimento GLBT, no combate a homofobia, ainda enfrentam muita discriminação, mas é mister a persistência para mudar as crenças e comportamentos, garantindo aos homossexuais os mesmos direitos inerentes a toda pessoa humana.

#### 3.1 Origem da união homoafetiva

O termo homoafetivo é um neologismo criado pela desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Dra. Maria Berenice Dias, que utilizou essa nova palavra quando do lançamento de seu primeiro livro sobre a homossexualidade: “União homossexual: o preconceito e a justiça”, em substituição ao termo “homossexual”, o qual aborda um relacionamento de afeto existente na relação formada por duas pessoas de mesmo sexo, com o objetivo de construir vida em comum, cumprindo deveres de assistência mútua, caracterizada pelo amor, respeito, fidelidade, continuidade e publicidade. Esse termo, teve ampla aceitação, sendo que hoje já se encontra inserido na linguagem comum, bem como no vocabulário jurídico. ([jus.uol.com.br/revista/texto/4902/](http://jus.uol.com.br/revista/texto/4902/), acesso em: 25/08/2010).



O homem, em si mesmo, é um ser que se relaciona muito mais por afeição do que por determinação, sendo certo que a base das relações humanas, quaisquer que sejam, dão-se pela empatia e laços de afeto. Apesar de ser comum em toda a sociedade, os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são repudiados, tanto por grande parte da sociedade quanto pela religião. Esta por entender que esse tipo de relacionamento afronta a moral e os bons costumes, e aquela por influência desta. Independentemente da não-aceitação, as uniões homoafetivas sempre existiram e continuarão a existir. No mesmo sentido, Dias expõe:

As questões que dizem com a sexualidade sempre foram – e ainda são – cercadas de mitos e tabus. Os chamados “desvios sexuais”, tidos como afronta à moral e aos bons costumes, permanecem alvo da mais profunda rejeição. Ainda que a sociedade não aceite as uniões homoafetivas sem conflitos e persistam objeções morais, admoestações religiosas e posturas discriminatórias, fechar os olhos não faz desaparecer a realidade. (DIAS, 2009, p. 146).

A rejeição e discriminação por parte da religião e da sociedade e, ainda, a omissão do Estado no reconhecimento e regulamentação da união homoafetiva, traduz-se em total desrespeito ao ser humano, atingindo a sua intimidade e livre arbítrio, em total afronta aos princípios da liberdade, igualdade e não discriminação. Causam ainda, nas pessoas que possuem orientação sexual diferente da predominante, sentimentos de tristeza, abandono, dor, angústia e rejeição que podem levar a conflitos de revolta ou repressão.

### **3.2 Omissão da lei no reconhecimento da união homoafetiva**

Para os operadores do direito mais conservadores, o motivo do não reconhecimento da união homoafetiva, está embasado na falta de norma legal regulamentando a questão e, ainda, pelo fato de o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, referir-se apenas à união estável entre um homem e uma mulher, ou seja, são regulamentadas somente as uniões estáveis constituídas com pessoa do sexo oposto.

Na outra ponta, estão os que pretendem legitimar essas uniões, calcados no mesmo

texto constitucional que deu nova concepção à entidade familiar, ao admitir várias formas de constituição de família, reconhecendo o vínculo da afetividade como o elo formador, passando a ser considerada uma sociedade fraterna, justa e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana e nos princípios da igualdade e liberdade.

Para Oliveira, a omissão do legislador, notadamente por influência de um modelo arcaico e discriminador, acaba por obrigar o operador do direito a buscar uma solução integrativa para a questão, uma vez que a sociedade clama por resposta das instituições, isso a partir do sistema de normas e princípios constitucionais, inaugurado pela Carta Magna de 05 de outubro de 1988, bem como pela própria lei de Introdução ao Código Civil, que, em seu art. 4º, dispõe que, em caso de omissão, o juiz aplicará a analogia, equidade ou princípios gerais de direito. (OLIVEIRA, 2009, p.70).

O Poder Judiciário tem o dever de declarar o direito, não podendo se omitir frente aos fatos sociais que ainda não se encontram legalmente regulamentados. Quando a lei for omissa, o julgador deve buscar na analogia, costumes e nos princípios gerais do direito, fundamentos para decidir a lide, conforme disposto no art. 4º da Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), que estabelece, *in verbis*: “Art. 4º. Quando a Lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, é garantida a todos os cidadãos brasileiros, o livre acesso ao Poder Judiciário, para assegurarem os seus direitos, conforme estabelece o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*: “Inc. XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Portanto, devido a esse princípio, o juiz não pode se abster de apreciar qualquer pedido, devendo atender as demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais dinâmicas, a fim de tutelar a entidade familiar, nos mais diversos tipos de convivência.

Consequentemente, o fato de uma situação jurídica não estar prevista no ordenamento jurídico, não significa desmerecer a proteção legal, pois homens e mulheres encontram-se amparados pela proteção equitativa da Constituição Federal, Códigos e leis,

sendo-lhes assegurados de forma igualitária a concretização de direitos e garantias fundamentais, independentemente da orientação sexual, uma vez que a proteção legal não está consubstanciada no gênero.

### **3.3 Comparação entre união estável e união homoafetiva.**

A união estável, como entidade familiar protegida pelo Estado, reconhecida no § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, revolucionou o direito de família, passando a basear-se basicamente em três princípios: afeto, solidariedade e cooperação.

A primeira lei que regulamentou o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, foi a Lei nº 8.971 de 1994, a qual exigia para reconhecimento da união estável, um lapso temporal de no mínimo 5 (cinco) anos de relacionamento afetivo ou a constituição de prole entre os companheiros. Vale transcrever o art. 1º do dispositivo legal invocado, *in verbis*:

Art. 1º. A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 05 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Com a promulgação da Lei nº 9.278 de 1996, deixou de se exigir o lapso temporal de 5 (cinco) anos, continuando ainda, a ser reconhecida a união estável com os mesmos requisitos básicos. Neste sentido, ficou mais fácil o seu reconhecimento, podendo ainda, ser convertida em casamento, a qualquer tempo.

As mencionadas leis nºs. 8.971/94 e 9.278/96, restaram revogadas em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família, passando a ser incorporados, em 5 (cinco) artigos, ou seja, do art. 1.723 ao 1.727.

O conceito de união estável estabelecido no art. 1º da Lei nº 9.278, de 1996, foi mantido no art. 1.723 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”

No atual Código Civil, foi instituindo, também, como regime de bens entre os companheiros a comunhão parcial de bens, ou seja: todos os bens que adquiridos na constância do relacionamento estável pertencem em partes iguais, aos companheiros ou conviventes.

A legislação pertinente a união estável entre o homem e a mulher, pode perfeitamente ser aplicada na união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exceção da diferença do gênero, em virtude da simetria existente entre a união estável e união homoafetiva, em obediência ao princípio da analogia, uma vez que possui os mesmos requisitos, a exceção da diferença de sexo, merecendo, portanto, idêntico tratamento. Nesse sentido, Dias explicita:

Em face da simetria entre a união estável e a relação homossexual – espécies do gênero relações afetivas – merecem ambas idêntico tratamento. Tanto as relações hétero como as homoafetivas fazem surgir novo estado civil e dão ensejo aos mesmos efeitos. (DIAS, 2009, p. 184 a 185).

Não havendo previsão legal, os casais homoafetivos contam apenas com o Poder Judiciário para a obtenção desses direitos, sujeitando-se à interpretação de cada julgador. Nesse sentido, Amaral se refere:

Para a obtenção de direitos, o segmento LGBT conta apenas com o Poder Judiciário, que acaba por legislar, função sabidamente não sua. Porém, não há unanimidade entre nossos julgadores, e conquistar ou não direitos passa a ser uma mera questão de sorte ou de falta dela. (AMARAL. 2010, p. 31).

Urge consignar, ainda, a grande contribuição da mídia na divulgação da união homoafetiva, que nos dias atuais, tornou-se a principal divulgadora da realidade homossexual,

sendo mostrado os comportamentos e orientações quanto ao gênero nos cinemas, teatros, novelas, filmes, jornais, revistas e movimentos LGBT (lésbicas, *gays*,<sup>8</sup> bissexuais e travesti), enfatizando que os relacionamentos entre casais do mesmo sexo, tem como única diferença dos demais casais a opção de gênero.

É importante ressaltar, também, a contribuição da jurisprudência que vem garantindo direitos a casais homoafetivos que compartilham vida em comum, com os mesmos requisitos da união estável, à exceção da opção sexual, sendo, portanto, mais um avanço no direito brasileiro e a confirmação de que a união estável homoafetiva deve ser reconhecida e protegida pela legislação com os mesmos valores atribuídos a união estável heterossexual.

### 3.4 O não reconhecimento da união homoafetiva

Apesar de ser comum em todas as épocas o relacionamento de casais homossexuais, a evolução normativa sobre o tema ainda é muito lenta, gerando bastante polêmica, em razão do ordenamento jurídico e a própria sociedade, que se mostram assaz conservadores, quanto à possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva nos moldes da união estável.

No quadro normativo, nota-se que não há qualquer política de direitos humanos para pessoas que compõem o grupo homossexual (GLBT). Segundo, Tony Reis, presidente da Associação de *Gays*, Lésbicas, Bissexuais e transexuais, levantamentos apontam que a maioria dos direitos a parceiros que convivem em união homoafetiva são negados. Nesse sentido, Reis expõe:

Levantamentos apontam que parceiros em união homoafetiva têm negados até 78 direitos acessíveis por casais heterossexuais, como por exemplo o direito ao registro da união estável, à herança e à sucessão, benefícios previdenciários, entre outros. E, pasmem-se, em um País regido por uma Constituição que preza pela igualdade de direitos e a não discriminação!! (REIS, 2010, p. 37).

8 *Gays* = [Do ingl. Gay, 'alegre', 'gaio'; homossexual']. DICIONÁRIO AURÉLIO. Disponível em <<http://dicionário.gyn.tjgo/aurelio/home.asp>>. Acesso em: 01/10/2010.

Os legisladores e operadores do direito mais conservadores, ou que nutrem um certo preconceito aos homossexuais, não reconhecem na união homoafetiva as mesmas características da união estável, sob o argumento de empecilho para o seu reconhecimento, baseados no mesmo texto constitucional, ou seja no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, que ao tratar da união estável, referiu-se apenas à união entre um homem e uma mulher.

No entanto, nota-se neste mesmo § 3º do art. 226 da Constituição Federal uma desarmonia em relação ao fundamento maior de nosso Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana, previsto no inc. III do art. 1º da Constituição Federal, ao se referir à diferença de gênero para caracterização da união estável.

A omissão do Estado, no reconhecimento dos direitos e garantias às uniões homoafetivas, é percebida, com maior ênfase, no momento em que os direitos e garantias fundamentais das pessoas que convivem em uniões homoafetivas deixam de existir, simplesmente pelo fato de ela estar consubstanciada no gênero.

O princípio da igualdade não pressupõe tratamento diferenciado aos essencialmente iguais, portanto, a orientação sexual não pode causar obstáculos, nem sugerir tratamento desigual, pois o gênero não poderá diminuir direitos, nem muito menos garantias constitucionais. Nesse sentido, Lenza faz a seguinte referência:

Em busca por uma igualdade substancial muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa, inspirado na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. (LENZA, 2008, p. 596).

É de suma importância o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, presentes os mesmos requisitos da união estável heterossexual, considerando que a diversidade de sexos não é *conditio sine qua non*<sup>9</sup> para a percepção conceitual da família. No mesmo sentido, Dias explicita:

9 *Conditio sine qua non* – condição sem a qual não se faz tratado algum. MUNDO DOS FILÓSOFOS. Pequeno Dicionário Jurídico de Expressões Latinas. Disponível em <<http://www.mundodosfilosofos.com.br./latim.htm#>>. Acesso em: 01/10/2010.

A família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, merecem ser reconhecidas como entidades familiares. Assim, a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. (DIAS, 2001, p. 102).

Ainda, segundo Dias, a negação jurídica e de amparo às uniões homoafetivas pode até trazer conforto para o legislador, mas também traz revolta às vítimas desta discriminação, que ficam à margem da sociedade. E mesmo sendo titulares de direitos, tem dificuldades no reconhecimento da existência de um vínculo afetivo como fundamento das pretensões deduzidas em Juízo, levando-os a supressão de direitos, ficando restritos a benefícios, em um espectro muito limitado. (DIAS, 2009, p. 147).

Direito e moral religiosa não devem se confundir em um Estado laico. A liberdade de crença, se encontra assegurada no inc. VI do art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*: “Inc.VI. É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religioso e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”

Apesar da liberdade de crença, é notório o preconceito existente, tanto nas doutrinas religiosas quanto na sociedade, ante o repúdio a homossexualidade. A igreja sustenta a imoralidade desse tipo de comportamento sob a alegação de não estar nos planos de Deus a união entre pessoas do mesmo sexo e a sociedade sofre a sua influência.

### **3.5 Dignidade da pessoa humana e a união homoafetiva**

O fundamento da dignidade da pessoa humana, previsto no nosso Estado Democrático de Direito, garante que todo ser humano, independentemente de sua condição social, sexo ou valores, tem o direito de realizar os seus atributos inerentes à personalidade. A

Constituição Federal impõe respeito à dignidade humana, daí, conclui que independente da identificação do sexo do par, se formado por homens e mulheres, ou só por mulher ou só por homens, sempre são alvos de proteção.

A proteção da dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada a orientação sexual. Neste sentido, Dias, apud Giorgis, faz a seguinte referência:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitucionais de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no art. 1º, III, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais; promete a promoção positiva de suas liberdades. A orientação que alguém imprime na esfera de sua vida privada não admite quaisquer restrições. (DIAS, 2009, p. 103).

A dignidade da pessoa humana é um fundamento Constitucional, positivado em nosso ordenamento jurídico, consagrado como direito natural, estabelecido no inc. III, do art. 1º da Constituição Federal, em detrimento à necessidade do respeito ao ser humano, independentemente da sua posição social ou dos atributos que lhe possam ser imputados pela sociedade. Nesse sentido, Ferreira Filho expõe: “Dignidade da pessoa humana. Está aqui o reconhecimento de que, para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo.” (FERREIRA FILHO. 1990, p. 19).

As decisões quanto a união homoafetiva, tem fundamento na interpretação dos fundamentos e princípios constitucionais, de acordo com a realidade social, e não ao contrário, porque a Constituição Federal é fruto de pretensão da sociedade, que se expressa através de seus representantes, devendo ser observado para essa possibilidade jurídica, os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

O próximo capítulo analisará a união homoafetiva abordada no direito brasileiro, na doutrina e os julgamentos realizados por vários tribunais que caracterizam a jurisprudência brasileira e, ainda, será feito um breve relato do reconhecimento do casamento de homossexuais em outros países.

#### 4. UNIÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, ainda não foi regulamentada nenhuma lei específica reconhecendo direitos e garantias a casais do mesmo sexo, que convivem em união estável. As tentativas de mudanças na legislação se arrastam desde a aprovação da Carta Magna de 1988, quando as entidades representativas tentaram garantir direitos, referente à parceira formada por casais do mesmo sexo, em virtude do fundamento da dignidade da pessoa humana e dos princípios da igualdade e liberdade de todos os cidadãos.

Segundo dados colhidos no *site*<sup>10</sup> do Portal do Ministério Público do Estado de Goiás, a família brasileira não é mais a mesma, uma vez que vários pedidos de reconhecimento de união homoafetiva são interpostos no judiciário goiano. Por não haver previsão legal, os juízes baseiam suas decisões de acordo com a analogia, fundamentadas nos arts. 1.723, do CC/2002 e no § 3º do art. 226 da CF, aplicando as mesmas regras da união estável heterossexual, reconhecendo as uniões formadas por casais de mesmo sexo como entidade familiar. Vale transcrever o trecho publicado no *site* acima referido:

A família brasileira, aquela formada, em sua maioria, pelo homem e pela mulher, não é mais a mesma. Desde o início do século 21, um novo perfil de união é reconhecido pela Justiça: a instituição civil entre pessoas do mesmo sexo. Em Goiânia, nos últimos quatro anos, aproximadamente 170 pedidos oficiais de relação homoafetiva foram deferidos pelos tribunais. Em 2009, o número de ações ajuizadas desta natureza variou, ao todo, entre dez e 15 por mês nas Varas de Família da Capital. ([www.mp.go.gov.br/portal](http://www.mp.go.gov.br/portal). Acesso em 31/08/2010, às 5:57 hs).

Segundo Tony Reis, as tentativas de mudanças na legislação se arrastam desde a aprovação da Constituição Federal de 1988, quando as entidades representativas tentaram inserir o termo orientação sexual no Artigo 5.º da Constituição Federal, que trata de igualdade de direitos entre os cidadãos. O primeiro Projeto de Lei (PL) tratando sobre a parceria civil entre casais do mesmo sexo foi encaminhado ao Congresso Nacional no ano de 1995, sendo que mesmo após ter passado mais de 15 anos não chegou a ser votado. Em 2009 foi

10 - *site* (palavra inglesa) *s. m. Inform.* Página ou conjunto de páginas da Internet com informação diversa, acessível através de computador ou de outro meio electrónico <<http://www.priberam.pt/dlpo/dlpo.asp>>, acessado em 01/12/2010, às 09:30.

apresentado um substitutivo que o atualizava, trata-se do PL nº 4.914. Além destes projetos, mais 17 projetos de lei sobre os direitos homossexuais estão em tramitação. (Reis, abril.com. 2010).

Ainda, segundo Reis, na última década, tem aumentado muito a procura da tutela jurisdicional por casais homoafetivos. Também se constata um grande aumento de movimentos organizados pelos homossexuais, denominado AGLBT (Associação de *Gays*, Lésbicas, Bissexuais e Travesti), no sentido de ser disciplinada a questão homoafetiva. Para Reis, a demora na aprovação de leis, que garantam direitos a casais homoafetivos, vem dos setores fundamentalistas religiosos, que se utilizam da Bíblia para incentivar a violência e a discriminação. (Reis, abril.com.2010).

O preconceito em relação ao reconhecimento da união homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro continua sendo muito grande. O principal obstáculo na integração dos direitos e garantias destas uniões, vem do conservadorismo de alguns legisladores, que se mantêm nessa linha por influência advinda da classe religiosa entre outros, que não tolera e aceita a diferença das pessoas e são efetivos combatentes à união homoafetiva.

Embora a Constituição Federal proíba a discriminação de qualquer natureza, ela não tipifica as formas de discriminação, nem determina a pena aplicável. O Código Penal dispõe sobre a injúria de cunho discriminatório referente à cor, raça, etnia, religião ou origem, mas é omissivo quanto à discriminação por orientação sexual e crimes motivados por homofobia, identificados como ódio e medo irracionais aos homossexuais. Nesse sentido, Dias, apud Pereira se reporta: “Nítido o repúdio do legislador no manejo de questões encharcadas de preconceito. No Brasil, nem a Constituição e nem a lei tomam conhecimento da homossexualidade, não lhe dando aprovação nem punições.” (DIAS, 2009, p 137).

A rejeição e discriminação aos homossexuais, por parte da maioria de nossos representantes, não se refere somente no sentido prorrogar, travar ou impedir a aprovação de projetos de leis que regulamentam a união homoafetiva, basta conferir o Projeto de Lei nº 4.508/2008, em trâmite naquela casa legislativa, de autoria do Deputado Olavo Calheiros, proibindo a adoção de crianças por parte destes casais.

#### 4.1 União homoafetiva quanto à legislação brasileira

A luta pelos direitos dos casais homoafetivos se faz presente, desde a promulgação da Constituição Federal. O primeiro projeto de lei regulando a matéria é de autoria da deputada federal Marta Suplicy. Trata-se do projeto de nº 1.151/95, o qual está tramitando há mais de 15 anos, sofrendo, ao longo desse tempo, várias alterações, em virtude de seu texto original referir-se apenas a pareceria civil entre os homossexuais. O projeto de lei, em referência, encontra-se apto a ser votado. Consta, como último andamento, o requerimento do Deputado Celso Russomanno, pedindo a inclusão do referido projeto, em pauta, sob a seguinte justificativa:

Um País que estabeleceu em sua Constituição Federal o respeito à diversidade cultural e de pensamento, a proteção à intimidade e à vida privada e à liberdade de expressão não pode omitir-se na luta de milhões de brasileiros que seguem uma orientação sexual diferente da maioria. O respeito à dignidade da pessoa humana que impede ao Estado a imposição de uma moral determinada. Ao invés, é dever dos governantes garantir um âmbito de autonomia e liberdade para que cada um possa desenvolver a própria personalidade. (*Site* da câmara Federal. Acesso em: 27 set. 2010).

Encontra-se, também, tramitando na Câmara Federal, o Projeto de Lei nº 2.285, de 2007, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam), que prevê a criação de um Estatuto da Família, e a possibilidade da união estável homoafetiva. Este projeto de lei está apensado ao de nº 674/2007, que regula e reconhece a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O projeto de lei nº 2.285/07, se aprovado, reconhecerá no art. 68, como entidade familiar a união estável entre casais do mesmo sexo, da mesma forma que a união estável formada por casais de sexo oposto, *in verbis*: “Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.”

O grande avanço na legislação brasileira está na promulgação da Lei nº 11.340/2006,

mais conhecida como Lei Maria da Penha, que entrou em vigor em agosto daquele ano, criando mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, reforçando o novo conceito de família, ao reconhecer como entidade familiar as uniões constituídas por casais homoafetivos.

A Lei Maria da Penha não só regulamentou a violência no âmbito doméstico, como também trouxe uma carga ideológica inovadora, ao se permitir uma interpretação de reconhecimento da entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, foi dada a redação dos incisos II, III e § único do art. 5º da Lei nº 11.340/2006, *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – *omissis*<sup>11</sup>

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

O referido dispositivo abriu a possibilidade de reconhecimento legal de uma família constituída por casais homoafetivos, especificamente o casal composto por mulheres. Percebe-se no parágrafo único retrocitado, que a intenção do legislador foi tirar qualquer possibilidade de interpretação diversa daquela buscada.

Pela interpretação do inciso II com o parágrafo único do mesmo dispositivo ficou evidente que a lei reconheceu a união homoafetiva entre mulheres, logo, por analogia, também, haverá de ser aplicado aos casais homoafetivos do sexo oposto, ou seja, os mesmos direitos aos homens.

Ainda com referência a união homoafetiva entre mulheres, Alves faz a seguinte

<sup>11</sup> *Omissis* = Omitido. Trecho omitido. Disponível em <[http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com\\_glossary&Itemid=82&catid=40&func=display&search=omissis&search\\_type=1](http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_glossary&Itemid=82&catid=40&func=display&search=omissis&search_type=1)>. Acesso em: 01/10/2010.

anotação:

São elas, portanto, cônjuges "autoconsiderados", porque, perante si mesmos e perante a sociedade, mas à margem da lei, ambas têm um vínculo íntimo sólido, com envolvimento sexual e afetivo tal qual um casal heterossexual. Além disso, mesmo que o Direito não as reconheça como tal, elas o fazem, mediante ato voluntário de manifestação de vontade. (ALVES, 2006, nº. 1133).

Outra vitória conseguida ainda este ano, pelos pares homoafetivos, refere-se ao parecer nº 1.503/2010, da Procuradoria Geral da Fazenda, que concedeu a possibilidade do casal homossexual declarar o companheiro como seu dependente no imposto de renda, desde que haja os mesmos requisitos estabelecidos para casais com união estável, tendo como princípio a isonomia de tratamento.

Alguns direitos já foram conquistados, entretanto, não significa que a união homoafetiva hoje se encontra legalmente amparada. Significa, talvez um grande avanço, ou o começo de uma grande luta, pois para se obter a tutela jurisdicional igual ao restante da população, como a proteção legal em posses comuns, direitos de família e direitos de representação, os homoafetivos ainda precisam lutar muito perante a justiça brasileira.

## **4.2 União homoafetiva quanto à doutrina**

A corrente majoritária dos doutrinadores é favorável a união homoafetiva. Para eles, os preconceitos de ordem moral, a ausência de leis e o conservadorismo do Poder Judiciário, não podem levar à omissão do Estado no reconhecimento da união homoafetiva. As omissões não podem servir como justificativa para negar direitos aos vínculos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto.

A garantia da proteção dos direitos a casais do mesmo sexo que vivem em união estável, merece amparo legal, independentemente se consta de forma expressa ou não na Constituição Federal. Vale ressaltar que as entidades familiares são formadas

independentemente da orientação sexual e, portanto, devem ter amparo mesmo diante da ausência de regramento legal específico, já que o que se busca na proteção destas uniões é alcançar o ideal de justiça. Corroborando com esse entendimento, Lobo leciona:

O rol de entidades familiares merecedores de proteção e reconhecimento, previstos na Constituição é meramente exemplificativo e não exauriente, não permitindo que seja excluído dessa proteção, entidade familiar que tem a sua formação estabelecida pela afetividade, estabilidade e ostensividade. Portanto, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, que mantêm uma relação pautada pelo afeto, merecem a devida proteção e reconhecimento. (Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2002, p. 95).

Quase toda a organização jurídica sobre a família compreende as questões do afeto e da sexualidade. A instituição família, por mais complexa que seja, sustenta na intimidade em dar e receber amor, uma vez que para conviver em comunhão, nutrem-se de afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento e transigência. Portanto, as relações contemporâneas são constituídas e mantidas com esteio no vínculo da afetividade. No mesmo sentido, Dias faz a seguinte anotação: “A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.” (DIAS, 2010, p. 72).

Não dispendo a legislação sobre direitos e garantias no reconhecimento das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, cabe ao juiz utilizar-se da analogia, princípios gerais do direito e costumes, enquanto ciência jurídica, para resolver a demanda que lhe é atribuída, pelo simples fato de ele não poder alegar falta de previsão legal.

Portanto, os litígios relacionados à convivência de pessoas do mesmo sexo estão sendo, paulatinamente, resolvidos pela Justiça. As decisões são baseadas na analogia, lastreando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, que o nosso Estado Democrático de Direito tem como verdadeira cláusula geral de proteção, uma vez que o ser humano deve ser visto como um cidadão merecedor de proteção especial.

Diante da ausência de norma regulamentando a questão homoafetiva, torna-se de relevante importância as decisões dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça,

no reconhecimento da união estável homoafetiva, nos mesmos moldes da união estável, a exceção do gênero, uma vez que diante da ausência de norma expressa regulamentando a questão, o seu reconhecimento possibilita a existência jurídica do pedido ao mesmo tempo que estende garantia e proteção ao ser humano de forma igualitária, independentemente de sua orientação sexual.

### **4.3 União homoafetiva quanto à jurisprudência.**

Os nossos tribunais vêm reconhecendo e garantindo proteção as uniões homoafetivas, à medida que se apresenta à justiça, com os mesmos requisitos da união estável heterossexual, a exceção da diferença de sexo. No entanto, essa proteção advém da interpretação do conceito de família, recepcionado pela Constituição Federal, que possibilitou a construção jurisprudencial e doutrinária, para contemplar as uniões formadas por casais homossexuais com ou sem filhos.

As decisões do Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça são proferidas, lastreadas no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, nos princípios da afetividade, igualdade, liberdade, não discriminação, dentre outros, uma vez que não havendo previsão legal, devem buscar na analogia e princípios gerais do direito a aplicação da lei para a solução das demandas apresentadas à Justiça.

O direito tem caminhado lentamente para o reconhecimento dos direitos aos alimentos e à sucessão aos casais do mesmo sexo que vivem em união estável, e muito embora os avanços sejam tímidos, alguns direitos e garantias a essas pessoas vêm sendo assegurados, o que já é uma vitória, considerando-se que a própria união homoafetiva ainda não foi regulamentada.

Os Tribunais da Região Sul, principalmente do Paraná e do Rio Grande do Sul, merecem observação especial, pois são reconhecidos como os pioneiros no direito de família, servindo como referência para o restante do País. Atualmente, esses Tribunais têm ganhado destaque por se constituírem os primeiros Tribunais a reconhecerem a união estável

homoafetiva, destacando-se a desembargadora do Rio Grande do Sul, hoje aposentada, Dra. Maria Berenice Dias, que não se olvidou a prestar a tutela jurisdicional a casais homoafetivos. Nesse sentido, vejamo-la:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente à união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo. Proc. 700009550070. Relatora: MARIA BERENICE DIAS. Data do Julgamento: 17/11/2004.

Um dos casos julgado pela Justiça Eleitoral que gerou bastante polêmica no mundo jurídico, especialmente na política brasileira, ocorreu no ano de 2004, quando o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), indeferiu o pedido de registro de candidatura ao cargo de Prefeita da cidade de Viseu (PA), da candidata Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes, sob a alegação de que ela mantinha uma relação estável, homossexual, à semelhança das relações estáveis heterossexuais com a prefeita reeleita do município. Por unanimidade, conheceu do recurso e deu provimento, indeferindo o registro. Segue a transcrição da ementa:

EMENTA: SESSÃO DE 1º/10/2004 REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. RESPE. 24.564, Relator: Gilmar Ferreira

Mendes, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão. Data do julgamento: 01/10/2004. Município – Uf. de Origem: Viseu – PA.

O direito necessita estar sempre no seio da sociedade. Negar a existência das uniões homoafetivas seria negar a própria sociedade, já que essas uniões são fatos sociais, não lhe cabendo negar, sob pena de se afastar, cada vez mais, da sociedade. Esses fatos existem e sempre existirão. Somente cabe ao direito encontrar os caminhos, dentro do ordenamento jurídico, para dar solução aos conflitos advindos desse tipo de relacionamento.

O embasamento legal e unânime da maioria dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça para interpretar, de forma coerente, a Constituição Federal, no reconhecimento da união estável homoafetiva, encontra-se no fundamento maior de nosso Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana, bem como nos princípios da liberdade, igualdade e não discriminação.

A legislação brasileira não disciplina a união homoafetiva como entidade familiar, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu a possibilidade de análise do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nessa linha, prescreve:

**EMENTA: DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIOS. COMPLEMENTAÇÃO. PENSÃO *POST MORTEM*. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. EMPREGO DE ANALOGIA PARA SUPRIR LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL, COM A EVIDENTE EXCEÇÃO DA DIVERSIDADE DE SEXOS. IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS.** - As questões suscitadas pela embargante não constituem pontos omissos ou obscuros, tampouco erro de fato do julgado, mas mero inconformismo com os fundamentos e conclusões adotados no acórdão embargado. - O que se percebe, é que busca a embargante sustentar a tese de que o recurso especial não mereceria conhecimento, por incidência das Súmulas 5, 7 e 126, do STJ, no intuito de que o acórdão proferido pelo TJ/RJ seja restabelecido e a pensão *post mortem* conseqüentemente negada ao embargado. - Para chegar à conclusão de que o companheiro homossexual sobrevivente de participante de entidade de previdência privada complementar faz jus à pensão *post mortem*, o acórdão embargado assentou-se na integração da norma infraconstitucional lacunosa por meio da analogia, nos princípios gerais de direito e na jurisprudência do STJ, sem necessidade alguma de revolvimento de matéria de verniz fático ou probatório, tampouco de interpretação de

cláusulas contratuais. - Conquanto questionável a premissa constitucional fixada pelo TJ/RJ, de que o conceito de união estável não contempla uniões entre pessoas do mesmo sexo, o recurso especial trouxe debate diverso e sob viés igualmente distinto foi a matéria tratada no STJ, porquanto ao integrar a lei por meio da aplicação analógica do art. 1.723 do CC/02, o acórdão embargado decidiu a temática sob ótica nitidamente diversa daquela adotada no acórdão recorrido sem necessidade de tanger o fundamento constitucional nele inserto, porque não definiu a união homoafetiva como união estável, mas apenas emprestou-lhe as consequências jurídicas dela derivadas. - Vale dizer, a decisão do STJ terá plena eficácia não sendo, de forma alguma, limitada em seu alcance pela fixação da tese constitucional, transitada em julgado, ainda que o STF viesse a referendar a conclusão de índole constitucional albergada pelo TJ/RJ. - Assim, inaplicável, na hipótese julgada, o entendimento da Súmula 126 do STJ, que apenas aponta a inviabilidade de recurso especial quando o recurso extraordinário – que veicule idêntica temática – for obstado na origem. Aí sim, ocorrendo efetiva prejudicialidade entre possível decisão do STJ e a existência, na origem, de fundamento constitucional inatacado, é de rigor a incidência do aludido óbice. - A embargante pretende, em suas ponderações, tão somente rediscutir matéria jurídica já decidida, sem concretizar alegações que se amoldem às particularidades de que devem se revestir as peças dos embargos declaratórios. - A tentativa obstinada no sentido de que incidam óbices ao conhecimento do recurso especial deve ser temporizada quando em contraposição a matéria de inegável relevo social e humanitário. - Ao STJ não é dado imiscuir-se na competência do STF, sequer para prequestionar questão constitucional suscitada em sede de embargos de declaração, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na CF/88. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. Proc. EDcl no REsp 1026981/RJ. EDcl no REsp nº 2008/0025171-7. Relatora Ministra NANCY ANDRIGLI (1118). Terceira Turma. Dj. 22/06/2010.

Para a Justiça brasileira, a união entre pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar, que não pode mais ser negada. Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça, considerou como família a entidade formada por casal homoafetivo, concedendo-lhes o direito a adoção de menor. Nesse sentido, a seguir, ementa:

EMENTA: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em

um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a

medida. 15. Recurso especial improvido. Processo. REsp 889852/RS. Recurso Especial 2006/0209137-4. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). T4 – Quarta Turma. Dt. Julg. 27/04/2010.

Em decisão recente, o STJ reconheceu a união homoafetiva como uma entidade familiar, concedendo os benefícios previdenciários ao cônjuge homoafetivo sobrevivente. Nesse sentido, segue a ementa:

EMENTA: Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão *post mortem*. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários. - Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. - O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. - Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. - O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. - Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. - A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da

entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. - Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. - Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável. - Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares. - “A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”. - O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualitariamente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas. - Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”. - Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma ao

Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal. - Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. Recurso especial provido. Proc. REsp 1026981/RJ. Rec. Especial 2008/0025171-7. Relatora ministra NANCY ANDRIGHI (1118). Terceira Turma. Dj. 04/02/2010.

Conforme já anotado, o Poder Judiciário não pode se abster de prestar a tutela jurisdicional às uniões homoafetivas, sob a alegação de falta de previsão legal, devendo, destarte, decidir de acordo com a analogia e os princípios gerais do direito. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça determinou o julgamento de ação extinta por juiz de 1º grau, nos termos do art. 267 do CPC, sob a alegação de falta de previsão legal. Segue a ementa:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido. REsp. 820475/RJ 2006/0034525-4. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

(280). Relator p/ Acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão (1140). TE – Quarta Turma. Data do Julgamento: 02/09/2008. Data da Publicação/Fonte: Dj. 06/10/2008. RDTJRJ vol. 77 p. 97.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a opção sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, segue a ementa:

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. - Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. - A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. - Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta. Prc. REsp 238715 / RS. RECURSO ESPECIAL 1999/0104282-8. Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096). Terceira Turma. Dj. 07/02/206.

Diante das modificações sociais, faz-se necessário o acompanhamento pelo direito, pois este não é uma ciência exata, não é apenas aquilo que está nos códigos, possibilitando que as regras existentes, em nosso ordenamento, sejam interpretadas e complementadas, objetivando amparar todos os casos concretos surgidos da dinâmica social.

#### **4.4 A união homoafetiva no direito comparado**

A proteção da união homoafetiva em vários países do mundo é um tema de calorosos debates. Os defensores da causa apontam para o fato de que a união entre pessoas do mesmo sexo merece tal proteção por apresentar idêntico rol de características que marcam as uniões heterossexuais, ou seja: convivência duradoura, compromisso emocional e financeiro mútuo e objetivo de constituir família.

Segundo o *site* G1, a Argentina se tornou o primeiro país da América Latina que decidiu pelo matrimônio civil e não religioso entre homossexuais. Na América Latina, apenas eram reconhecidas até agora as uniões civis (que dão direitos mais ou menos ampliados) entre pessoas de mesmo sexo. Ainda, de acordo com o *site*, a lei que autoriza os casamentos dos homossexuais foi aprovada no dia 15 de julho de 2010, cuja decisão foi apoiada pela presidente Cristina Kirchner e transforma o país no primeiro da América Latina a permitir o casamento *gay*. (G1.globo.com/mundo/notícia/2010/07, acesso em 15/09/2010, às 07:14hs).

Ainda, de acordo com o mesmo *site*, nacionalmente a Argentina é o décimo país do mundo, depois da Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal e Islândia a autorizar esse tipo de união. A nova legislação visa a reformar o Código Civil mudando a fórmula de "marido e mulher" pelo termo "contraentes", e prevê igualar os direitos dos casais homossexuais com os mesmos dos heterossexuais, incluindo os direitos de adoção, herança e benefícios sociais.

As mudanças no comportamento social estão refletindo por toda a parte do mundo. O Brasil também já está acompanhando essas mudanças com várias jurisprudência a respeito da questão, assegurando benefícios previdenciários, adoção por casais homossexuais (embora ainda polêmico) e vários outros direitos. Restando aos legisladores a aprovação dos projetos que tramitam há vários anos na Câmara Federal, regulamentando a questão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desta pesquisa monográfica, constatamos que o Direito de Família sofreu várias mudanças. Liberando-se, gradualmente no tempo, pelo comportamento social, que o levou a estabelecer normas para acompanhar a evolução. Graças a essa evolução, a família passou a ser mais respeitada e considerada com especial proteção, amparada na Constituição Federal, no Código Civil e demais leis esparsas, assegurando a cada cidadão o direito de planejá-la.

Pela análise do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente da Constituição Federal, podemos observar uma nova concepção da família, onde o vínculo da afetividade passou a ser o único elo para a sua formação. Consequentemente não há mais necessidade da presença de um homem e uma mulher, para a constituição da entidade familiar. Basta analisar o § 4º do artigo 226 da Constituição Federal, que reconhece a família formada pela união de um dos pais e filhos, denominada família monoparental, abrindo-se portanto, espaços para o reconhecimento de outras entidades familiares que também se compõe pelos laços da afetividade, como a união homoafetiva, que se pretende legitimar.

Portanto, o matrimônio, o sexo, ou a capacidade de procriar não são mais elementos formadores da entidade familiar, considerando que a nova concepção de entidade familiar recepcionada pela Constituição Federal passou a ter uma dimensão mais ampla, onde se busca através do afeto, a felicidade e a realização de seus membros, sendo esse o primeiro aspecto a ser analisado na constituição de uma família.

É de se ter presente que os sentimentos, existem independentemente da orientação sexual, é uma conseqüência direta e inevitável que diz respeito à integridade física e psíquica do ser humano. O amor, o afeto e o desejo sexual podem ocorrer, tanto nos relacionamentos heterossexuais como nos homoafetivos. Neste, apesar da repulsa que a muitos traz, ao contrário do que se pensa, também há a cobrança de amor, carinho, compatibilidade, e outras características que vêm a definir o afeto.

O princípio do respeito à intimidade, à personalidade e à dignidade da pessoa humana traduz-se, também, em não permitir a discriminação da opção sexual do indivíduo,

por ser um espaço privado da existência humana. Por conseguinte, são princípios fundamentais que têm prevalência e são autoaplicáveis, conferindo maior eficácia à norma.

Evidentemente, que essa abordagem tem como finalidade primordial dar cumprimento ao objetivo maior de nosso Estado Democrático de Direito, estabelecido no art. 3º da Constituição Federal, dentre eles o de construir uma sociedade justa, livre e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, não havendo, portanto, espaços para preconceitos e discriminação.

No silêncio da norma constitucional e do legislador ordinário, cumpre ao Poder Judiciário solucionar os efeitos jurídicos destes vínculos, não podendo, sob hipótese nenhuma, alegar falta de previsão legal, deixando de aplicar o direito ao caso concreto, baseando-se, para tanto, no art. 4º da LICC (Lei de Introdução ao Código Civil). Nota-se que o Poder Judiciário tem uma responsabilidade muito grande, e mesmo diante do vácuo legislativo, deverá buscar a aplicação do direito, no sentido de dar garantias de forma igual a todos os cidadãos, não podendo negar direitos e legitimar injustiças, chancelando um sistema de exclusão com base em preconceitos.

As decisões reiteradas sobre o assunto transformaram-se em jurisprudências que são utilizadas como fundamento para outras decisões. É importante ressaltar que o tratamento estatuído na Constituição Federal e em leis esparsas, atinge toda a população, não devendo haver exclusão de ninguém, mormente pela sua opção sexual. Os direitos e obrigações são de todos, não havendo restrições, nem deduções quanto à opção do gênero, já que são cidadãos que contribuem, da mesma forma que os demais, pagando seus tributos, contribuindo, enfim, para a sociedade em que vivem, sendo responsabilizados por todos os seus atos, como os demais cidadãos.

Concluimos que o Poder Judiciário está proferindo decisões favoráveis beneficiando os relacionamentos homoafetivos da mesma forma que aos heterossexuais. Todavia, não é o bastante para garantir todos os direitos estabelecidos inerentes ao ser humano, principalmente o respeito à cidadania e à solidariedade, já que a falta de norma incentiva pessoas à rejeição, ainda maior quanto àqueles que possuem orientação sexual diversa. Confiantes, esperamos mais vontade política para enfrentar as forças reacionárias externadas por alguns de nossos

representantes no Congresso Nacional, uma vez que, sem a aprovação da lei, não se pode avançar e garantir direitos e estabilidade aos homossexuais.

Considerando que somos todos iguais como seres humanos e ao mesmo tempo diferentes em nossos ideais, sentimentos e desejos, deve a sociedade conscientizar-se e ser flexível, respeitando e aceitando essas diferenças, pois são elas que nos tornam distintos e especiais. Acompanhar a evolução social, alterando e introduzindo leis, assegurando direitos e garantia à todos, sem qualquer distinção, faz parte da obrigação de nossos representantes, que em um Estado Democrático de Direito deve ser o guardião em cumprir com o seu papel de dar garantia e proteção à todos, independentemente do gênero de cada cidadão. O fato de os homossexuais não possuírem a mesma opção sexual da maioria, não é motivo relevante para serem considerados anormais, marginalizados, reprimidos e discriminados, em total desrespeito à norma constitucional.

A possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva, sob a ótica do direito de família, nos mesmos moldes da união estável, a exceção da diferença de sexo, faz-se necessário, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, resguardando a igualdade e a liberdade do cidadão homossexual ser uma pessoa realizada nesse campo, tendo o direito de viver com seu parceiro numa sociedade democrática e igualitária. A aprovação de lei neste sentido é de suma importância, uma vez que não será possível sustentar por muito tempo, essa situação de omissão legislativa, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça já reconhece o direito a essas uniões, crescendo, a cada dia, o número de casais homossexuais que batem às portas da Justiça para reivindicarem seus direitos.

Dessa forma, deve o Poder Legislativo cumprir sua missão constitucional, e regulamentar a questão, para evitar celeumas desnecessárias e proporcionar segurança jurídica a esse fato social tão relevante.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Livros e Revistas:

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça – **O Brasil e a Homoafetividade**. Artigo publicado na CONSULEX, Revista Jurídica – Ano XIV – nº 323 – 1º de julho/2010. p. 31.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual. O Preconceito & A Justiça**. - 2ª Ed.-Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª ed. ref. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2010.

\_\_\_\_\_. **União Homoafetiva, o preconceito & a justiça**. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5º vol. Direito de família. 21ª. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o projeto de Lei nº 6.960/2002 – São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6. Direito de Família. 7ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Identidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2002.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação Científica: a prática de fichamentos, resumos, resenha**. 10ª ed. São Paulo. Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Volume 7. Editor Borsoi. Rio de Janeiro. 1955.

OLIVEIRA, Guilherme Vicente, **A Relação Homoafetiva à Luz do Estado Democrático de Direito**. Revista do Ministério Público de Goiás – nº 17, janeiro/março 2009.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. **Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista BoniJuris, Curitiba, v. 16, n. 485, p. 5-16, abril 2004.

REIS, Toni – **Política de Direitos Humanos para LGBT**. Revista Jurídica Consulex. Ano XIV – nº 323 – 1º de julho/2010, p. 37.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Vol. VI. **Direito de Família**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

**Vade Mecum**. Obra Coletiva de autoria da Ed. Saraiva. 10ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

### **Códigos e Leis:**

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm)>. Acesso: em 04 de agosto de 2010.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: publicada no DOU em 11.01.2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 02/08/2010

BRASIL, **Lei de Introdução ao Código Civil**. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, publicada no DOU em 04 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm)>. acesso em: 01/09/2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Publicada no DOU em 08/08/2006. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação-.htm>>. Acesso em: 02/08/2010.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007: publicada no DOU em 05.01.2007. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm)>. Acesso em: 02/08/2010

### **Endereços Eletrônicos:**

ABRIL.com.Abril Notícias. Disponível em: <<http://www.abril.com.br/noticias/brasil/novo-presidente-deve-se-comprometer-avancos-direitos-homossexuais-reivindicam-ativistas-592026.shtml>>. Acesso em: 23/09/2010.

ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: **das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1133, 8 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>>. Acesso em: 08 ago. 2006. Acesso em: 27 set. 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/490995.pdf>. Acesso em: 27 set. 2010.

DICIONÁRIO AURÉLIO. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em <<http://dicionario.gyn.tjgo/home.asp>>. Acesso em 01/09/2010.

BUENOECOSTANZE. **Dicionário de expressões latinas**. Disponível em: <[http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com\\_glossary&Itemid=82&catid=40&func=display&search=omissis&search\\_type=1](http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_glossary&Itemid=82&catid=40&func=display&search=omissis&search_type=1)>. Acesso em: 01/10/2010.

ESTADÃO. Estadão Notícias. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,ccj-do-senado-aprova-a-pec-dafelicidade,637879,0.htm>>. Acesso em: 19/10/2010

G1.GLOBO. Site da Globo. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/senado-da-argentina-aprova-o-casamento-gay.html>. Acesso em: 15/09/2010.

JUSNAVIGANDI. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4902/a-uniao-homoafetiva-sob-o-enfoque-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 28/09/2010, às 06:00 hs.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **União gay já é realidade em Goiás**. Disponível em <<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/conteudo.jsp?page=1&base=1&conteudo=noticia/707eb8fcd7fe45e8813e5846387c5e9a.html>>. acesso em: 31/08/2010, às 05:57 h.

MUNDO DOS FILÓSOFOS. **Pequeno Dicionário Jurídico de Expressões Latinas**. Disponível em <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/latim.html#I>>. Acesso em: 01/10/2010.

STJ. Portal do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp). Acesso em: 02/08/2010.

TERMOS JURÍDICOS. Dicionário de expressões latinas Disponível em: <[http://www.advogado.adv.br/termos\\_juridicos.htm](http://www.advogado.adv.br/termos_juridicos.htm)>. Acesso em 01/10/2010.

TJ/RS. Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php)>. Acesso em: 02/08/2010.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <[http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/inteiro\\_teor.htm](http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor.htm)>. Acessado em: 28/09/2010, às 05:29 hs.