

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ERICK LEONAN DE MORAES SILVA

PANORAMA GERAL DOS DIREITOS CIVIS RELACIONADOS AO
CASAL HOMOAFETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Rio de Janeiro
2015

ERICK LEONAN DE MORAES SILVA

PANORAMA GERAL DOS DIREITOS CIVIS RELACIONADOS AO
CASAL HOMOAFETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

"Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito".

Orientador: Eduardo Domingues.

Rio de Janeiro
2015

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus avós, a minha mãe e a minha tia-madrinha e aos meus amigos que sempre me apoiaram quando desejei estudar a graduação de Direito. Ademais, de igual modo, dedico à sociedade brasileira que financiou os meus estudos em uma Universidade Públicos durante esses 05 (cinco) anos.

RESUMO

A presente dissertação tem como escopo analisar a problemática da união homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que inexistente legislação infraconstitucional expressa no sentido de garantir diversos tipos de direitos inerentes a esse tipo de relacionamento. Assim, pretendeu demonstrar a herança do pensamento cristão que influenciou no comportamento sexual dos brasileiros e, mesmo depois do Estado brasileiro tornar-se laico, ainda assim o Poder Legislativo não atuou no campo normativo das relações homoafetivas. A diversidade de direitos hoje em dia assegurados a esse tipo de relacionamento é de responsabilidade dos doutrinadores e dos entendimentos jurisprudenciais. Aconteceu no Brasil a releitura do Código Civil em face dos preceitos constitucionais tais como a isonomia, a dignidade da pessoa humana, vedação a discriminação por orientação sexual. Através da releitura do homossexual na sociedade brasileira, foi reconhecida a união homossexual como unidade familiar, sendo possível, através da jurisprudência, que o casal homossexual formalize a união estável e o casamento, superando a ideia clássica de sociedade de fato como esse tipo de relacionamento era tratado na história jurídica nacional. Portanto, reconhecendo-se a entidade familiar homossexual, diversos direitos a partir daí decorrentes foram-lhes assegurados, inclusive, o direito de adotar.

Palavras-chave: Homoafetividade. Direitos. Orientação Sexual. Entendimento Jurisprudencial.

ABSTRACT

This work has the objective to analyze the problem of homoafetiva union in the Brazilian legal system, since there is no infra-constitutional legislation expressed towards to ensure various types of rights inherent in this type of relationship. Thus, he intended to demonstrate the heritage of Christian thought which influenced the sexual behavior of Brazilians and even after the Brazilian state to become secular, yet rather the Legislature did not act in the legal field of homo-affective relations. The diversity of rights now guaranteed to this kind of relationship is the responsibility of scholars and jurisprudential understanding. Brazil happened in the retelling of the Civil Code in light of constitutional principles such as equality, dignity of the human person, sealing discrimination based on sexual orientation. Through the homosexual rereading in Brazilian society, homosexual unions as family unit was recognized, if possible, through case law, that homosexual couples formalize the stable union and marriage, surpassing the classical idea indeed society as this kind of relationship He was treated in the national legal history. Therefore, recognizing the homosexual family unit, several rights from there due to them were guaranteed, including the right to adopt.

Keywords: Homosexual. Rights. Sexual orientation. Jurisprudencial understanding. Brazil

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	A INFLUÊNCIA DA DOCTRINA CRISTÃ NA SOCIEDADE BRASILEIRA E OS DIREITOS HOMOAFETIVOS	10
3	OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS	13
4	PANORAMA GERAL DOS DIREITOS CIVIS RELACIONADOS AO CASAL HOMOAFETIVO NO DIREITO BRASILEIRO	
	4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	24
	4.2 DO DEPENDENTE HOMOAFETIVO NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO DO INSS	30
	4.3 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO SOCIEDADE DE FATOS.....	33
	4.4 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTE FAMILIAR: RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO	36
	4.5 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA	49
5	CONCLUSÃO	59
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E SITES CONSULTADOS	62

1. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo da presente dissertação é a pesquisa sobre a evolução dos direitos civis aplicados às relações homoafetivas no direito brasileiro, sobretudo no período pós-Constituição Federal de 1988, denominada também de Constituição Cidadã.

Objetivando-se a reflexão acerca dos direitos alcançados pelos casais homoafetivos, buscou-se uma abordagem das principais teses jurídicas utilizadas pelos operadores do direito e uma análise jurisprudencial, sobretudo dos Tribunais Superiores – STJ (Superior Tribunal de Justiça) e STF (Supremo Tribunal Federal), através de acórdãos paradigmáticos onde houveram entendimentos abandonados e firmados, orientando os operadores do direito sobre a maneira que a Corte Julgadora está enfrentando a questão.

A relevância social e jurídica da evolução dos direitos civil aplicados às relações homoafetivas reside no fato que esse tipo de relacionamento não é amplamente aceito na sociedade brasileira, principalmente por motivos de herança histórica e cultural, acarretando, por vezes, discriminação social e intolerância.

Destarte, organizar a evolução jurídica de inserção dos casais homoafetivos na sociedade brasileira por meio de direitos que nem sempre lhes foram assegurados é importante para o desenvolvimento social e para o fortalecimento da hermenêutica civil e constitucional.

A dissertação, para uma adequada abordagem temática, é orientada sob três vertentes principais, quais sejam, a influência do pensamento cristã e direitos homoafetivos, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e os direitos homoafetivos e, por fim, um panorama geral dos direitos civis relacionados ao casal homoafetivo no direito brasileiro.

No item 2 do presente trabalho, serão apresentados a dogmática cristã sobre a homossexualidade e a influência desse pensamento no processo histórico social

pátrio, principalmente nos comportamentos elegidos como moralmente aceitos por todos. Além disso, discute-se a possível causa da omissão estatal na tutela dos direitos homoafetivos.

Em relação ao item 3, serão abordados os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana relacionados à Constituição Federal de 1988, consagrados como direitos fundamentais. Relacionando tais princípios com os direitos homoafetivos. E, também, evidenciando-se os principais conceitos e questionamentos doutrinários lançados sobre eles, sobretudo no que concerne a dignidade da pessoa humana onde foram enfatizados o pensamento kantiano e a discussão acerca da banalização de sua aplicação ante a ausência de critérios mínimos.

Quanto ao item 4, serão abordados o panorama geral dos direitos civis relacionados ao casal homoafetivo no direito brasileiro. Ele é dividido em considerações iniciais, item 4.1; do dependente homoafetivo no âmbito previdenciário do INSS, item 4.2; união homoafetiva como sociedade de fato, item 4.3; união homoafetiva como ente familiar: reconhecimento da união estável e do casamento, item 4.4; e a possibilidade jurídica da adoção homoafetiva, item 4.5.

O item 4 concentra-se, portanto, os principais direitos alcançados pelos casais homoafetivos, através da jurisprudência pátria, sendo abordado os acórdãos paradigmas, onde se extraíram as principais teses empregadas pelo Poder Judiciário, ou, a rigor terminológico, pela função julgadora do Poder soberano brasileiro, por exemplo, a transformação da união homoafetiva de sociedade de fato para união familiar reconhecida pela Constituição Federal de 1988 etc.

Nesse item, encontra-se o histórico julgamento das ações do controle abstrato de constitucionalidade: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132-RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277-DF pela Corte Constitucional Brasileira reconhecendo a união homoafetiva. E, de igual modo, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 846.102 – PR pela Suprema Corte Brasileira em relação à adoção homoafetiva.

Aspectos materiais e processuais do Direito Civil e Direito Constitucional correlatos a temática apresentada foram explicados, de maneira objetiva, sempre que foi necessário, por exemplo, o controle de constitucionalidade, a inafastabilidade de jurisdição, a função judicante mesmo sem lei que defina condutas, dentre outras.

Por fim, será apresentada uma conclusão ante todo o exposto dissertado.

2. A INFLUÊNCIA DA DOCTRINA CRISTÃ E OS DIREITOS HOMOAFETIVOS

A relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo com o intuito de constituir família a semelhança daquela formada por pessoas de sexos distintos geralmente causou espanto ou até mesmo desconforto na sociedade brasileira, no decorrer de seu processo histórico. A homossexualidade era tratada como desvio comportamental aos padrões impostos ou até mesmo como pecado, devendo ser combatida pela igreja, pelo estado e, conseqüentemente, pelo povo submetido a essas forças que organizavam e ditavam as regras sociais moralmente aceitas.

O Estado Brasileiro, em sua formação inicial, foi colônia portuguesa, recebendo o aparato estatal e a religião oficial do país colonizador. A igreja católica era a crença religiosa portuguesa predominante, por isso, a sociedade brasileira foi construída na égide do catolicismo.

Por muito tempo, a religião cristã influenciou as condutas sociais, bem como a própria organização estatal, sobretudo na escolha daquilo que o estado deveria tutelar.

Essas duas instituições – Estado e Igreja – se confundiam, isto é, inexistia nítida separação entre tais forças organizadoras. Cabia a igreja a educação do povo brasileiro, ditando os costumes moralmente aceitos, sem desrespeitar os dogmas e práticas cristãs. Além disso, ela representava instrumento social eficaz para veicular a ideia de obediência geral, sobretudo a obediência ao poder estatal. Nesse sentido, assevera o historiador pátrio Boris Fausto:

“Como tinha em suas mãos a educação das pessoas, o ‘controle das almas’ na vida diária, era um instrumento muito eficaz para veicular a ideia geral de obediência e, em especial, a obediência ao poder do Estado. Mas o papel da Igreja não se limitava a isso. Ela estava presente na vida e na morte das pessoas, nos episódios decisivos do nascimento, casamento e morte. O ingresso na comunidade, o enquadramento nos padrões de uma vida decente, a partida sem pecado deste ‘vale de lágrimas’ dependiam de atos monopolizados pela Igreja: o batismo, a crisma, o casamento religioso, a confissão e

a extrema-unção na hora da morte, o enterro em um cemitério designado pela significativa expressão 'campo-santo'.¹

O pensamento cristão é intimamente influenciado pelas sagradas escrituras. Trata-se de texto religioso do qual os fiéis interpretam a vida cotidiana a partir do prisma dos ensinamentos do Deus hebreu, Jesus Cristo. A Bíblia Sagrada expressamente condena as práticas homossexuais, conforme os trechos a seguir transcritos:

“Se um homem se deitar com outro homem como quem se deita com uma mulher, ambos praticam um ato repugnante. Terão que ser executado, pois merecem a morte. (Levítico 20:13);

Vocês não sabem que os perversos não herdarão o Reino de Deus? Não se deixem enganar: nem imorais, nem idólatras, nem adúlteros, nem homossexuais passivos ou ativos, nem ladrões, nem avarentos, nem alcoólatras, nem caluniadores, nem trapaceiros herdarão o Reino de Deus.(1 Coríntios 6:9-10).”²

Como a Igreja era o instrumento de organização e de pacificação social e sua crença não comungava com as práticas homossexuais, a relação entre pessoas do mesmo sexo não foi aceita nesse período. Se a Igreja se confundia com a própria noção de Estado, de igual modo, este deixou de cumprir seu papel normativo e de implementador de políticas públicas no âmbito das relações homossexuais.

Negando-se a própria existência do direito de ser homossexual daqueles que se encontravam nessa situação, indiretamente diversos direitos foram-lhes usurpados inerentes à vida conjunta, tais como, a união estável, o casamento civil, a divisão de bens, a sucessão, a adoção, dentre outros.

Em outras palavras, diversos direitos assegurados pacificamente às relações heteroafetivas somente serão usufruídos plenamente por aqueles que vivem relações homoafetivas, quando estas forem consideradas também como ente familiar, seja pela via da união estável seja pela via do casamento.

A separação oficial da Igreja e do Estado ocorreu com a proclamação da República, período em que o país se tornou um estado laico e a religião católica

¹ FAUSTO, Bóris, **HISTÓRIA DO BRASIL**. São Paulo: Edusp, 2010, p. 60.

² <<https://www.bibliaonline.com.br/>>. Acesso em 28.05.2015.

deixou de ser oficial.³ Todavia, não é crível que, após esse evento histórico nacional aproximadamente 400 (quatrocentos) anos a contar do descobrimento do Brasil, os dogmas cristãos foram apagados das regras e dos costumes sociais facilmente, de modo a não ser exagerado afirmar que o pensamento cristão ainda sim foi repassado de geração a geração até os dias atuais.

Mesmo sem apoio da religião e do próprio estado, o homossexualismo sobreviveu, ainda que na clandestinidade, isto é, nas casas, bares e lugares onde as pessoas do mesmo sexo poderiam manifestar-se sem sofrer represália ou censura das pessoas que ali frequentavam.

É importante registrar que a homossexualidade não foi alvo de discussão apenas na sociedade brasileira, mas em diversos outros países também. Os grupos homossexuais cada vez mais ganhavam destaque no cenário social, de modo que, por inevitável, existiu a insubordinação deles as condutas sociais anteriormente aceitas. Diante desse contexto, não poderia mais a igreja e o próprio estado negligenciar a prática homossexual, marginalizando-a.

Segundo pesquisas do censo de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), foi identificado 60 mil casais homoafetivos no país, sendo que 99,6%⁴ dessas uniões não são formalizadas com registro civil ou religioso. Inobstante, outra pesquisa do ano de 2013 do Pew Research⁵ Center de origem americana, realizada em diversos países, cuja pergunta era “a homossexualidade deve ser aceita na sociedade?” foi apurado que, no Brasil, a faixa dos entrevistados registrou o intervalo entre 51% - 60%, respondendo quem sim. Destarte, casais homoafetivos existem na realidade brasileira, mas não são amplamente aceitos pelos demais membros, principalmente por herança cultural, de modo que pesquisar a evolução dos direitos a eles inerentes é de relevância jurídica e social.

³ FAUSTO, Bóris, **HISTÓRIA DO BRASIL**. São Paulo: Edusp, 2010, p. 251.

⁴ <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/ibge-identifica-60-mil-casais-gays-no-pais>. Acessado em 28.05.2015.

⁵ <http://www.pewglobal.org/files/2013/06/Pew-Global-Attitudes-Homosexuality-Report-FINAL-JUNE-4-2013.pdf> Acessado em 28.05.2015.

3. OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS HOMOAFETIVOS

No direito brasileiro, um marco importante e decisivo para proteção dos gays, sem dúvidas, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã.

O legislador constitucional naquela época, representando o povo brasileiro no exercício do poder constituinte, teve a sensibilidade de perceber que a sociedade brasileira é heterogênea, haja vista sua composição por diversos segmentos sociais. Uns são mais aceitos, outros são mais marginalizados. Estes também precisavam ser inseridos, cada vez mais, no convívio social, garantindo-lhes ampliação de direitos políticos, trabalhistas, sociais, previdenciários etc, objetivando a diminuição das desigualdades sociais.

Mesmo não podendo tratar individualmente de cada grupo social que necessitava de um posicionamento, isto é, um olhar constitucional para ver seus problemas resolvidos, e nem assim poderia ser, sob pena de constituição prolixas intermináveis, o legislador constitucional, através de princípios e de regras, garantiu alicerces importantes para aqueles que se encontravam em posição de inferioridade no âmbito jurídico.

Esse é o caso dos discriminados socialmente e juridicamente, aqueles que, por ausência legislativa, editando-se normas jurídicas, ou por políticas públicas deficitárias, encontravam-se em situação de desamparo. É o caso dos homossexuais, dos negros, das mulheres, dos idosos, da grande massa trabalhadora, dos sem terras, dos índios, dentre outros.

Reiteradamente citado por diversos juristas ao tratar as relações homoafetivas, bem como a possibilidade jurídica dos direitos consecutivos por quem vivem tal situação, o princípio da isonomia ou igualdade ganha destaque.

Ele é entendido pelo tratamento igual entre os sujeitos de direito, sem, porém, esquecer-se das desigualdades naturalmente existentes entre eles. Segundo Paulo Mascarenhas “a função do princípio constitucional da igualdade é a de informar e condicionar todo o resto do direito. É através dele que o ordenamento jurídico pátrio assegura a todos, indistintamente, os direitos e prerrogativas constitucionais.”⁶

A igualdade trata-se de um direito fundamental para a consolidação da democracia no nosso país e que se encontra consagrado no art. 5º, caput e inciso I do texto maior:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”⁷

Para o constitucionalista José Afonso da Silva, o art. 5º do texto maior informa o princípio da igualdade, que didaticamente é dividido em seus aspectos material e formal:

“Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em com as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estrita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais (...) e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzido no art. 7º, XXX e XXI”⁸

De um lado, o princípio da isonomia, em seu aspecto formal, é a igualdade jurídica entre o povo brasileiro, inspirado na igualdade alcançada pela revolução francesa. Por outro lado, no ângulo material, a igualdade não é alcançada somente colocando todos os indivíduos no mesmo patamar jurídico, haja vista que entres eles existem diferenças.

⁶ <<http://www.paulomascarenhas.com.br/ManualdeDireitoConstitucional.pdf>> Acessado em 28.05.2015

⁷ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em: 28.05.2015.

⁸ DA SILVA, José Afonso, **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 214.

A face material do indigitado princípio constitucional, portanto, busca atingir a igualdade dos brasileiros, sem desconsiderar suas desigualdades e, nesse sentido, a própria constituição pode utilizar de medidas diferenciadas.⁹

Pelo corolário da igualdade constitucionalmente positivado, é proibida a discriminação por orientação sexual homossexual, isto é, quando alguém sujeito de direito se atrai sexualmente por outro de mesma orientação sexual.

Se a própria constituição não estabelece diferenciação entre as orientações sexuais heterossexual e homossexuais, não pode o legislador infraconstitucionais eleger diferenciações, baseadas em critérios preconceituosos, sob pena de criação de leis reputadas inconstitucionais. Comenta, em relação a isso, o magistrado Roger Raupp Rios:

“Sempre que disserem que determinada opção sexual é uma doença, será um preconceito. Essa ideia foi superada oficialmente há mais de duas décadas por médicos, psiquiatras, psicólogos, por todo o mundo biomédico e psíquico. Com isso, caíram todas aquelas concepções pré-científicas. O próprio termo “homossexual” foi criado no início da mentalidade científica, na chamada medicina das perversões, que nem era científica nesse sentido. Evidentemente, esse termo, por si só, já exprime um preconceito. Não tem uma fundamentação racional. Sempre que o juízo for manifestado com base nesses termos, será preconceituoso e, portanto, inconstitucional.”¹⁰

Outro princípio constitucional amplamente utilizado pelos operadores do direito para o reconhecimento das relações homoafetivas e dos direitos a partir daí decorrentes é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Sarlet:

“(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de

⁹ < <http://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade>>

¹⁰ RIOS, Roger Raupp. **A DISCRIMINAÇÃO POR GÊNERO E POR ORIENTAÇÃO SEXUAL**. Seminário Internacional as minorias e o Direito, Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>. p. 163. Acesso em: 29/05/2015.

propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”¹¹

O jurista Luís Roberto Barroso afirma que o termo dignidade da pessoa humana possui as seguintes acepções: religiosa, filosófica, política e jurídica.

Inicialmente, a dignidade da pessoa humana esteve atrelada à figura divina, uma vez que, segundo a Bíblia Sagrada, o homem é feito à imagem e à semelhança de Deus.

O iluminismo, no século XVIII, foi um movimento mundial pelo qual se defendia a utilização da razão para interpretação dos fenômenos sociais, afastando-se da dogmática religiosa, de modo que o antropocentrismo sobrepôs o teocentrismo.

Figurando o homem no centro do universo para compreender o mundo em que ele habita, a dignidade da pessoa humana começou a ser interpretada como valorização da moral e a autodeterminação de cada ser humano. Aqui, o princípio estudado migrou da religião para a filosofia.

No século XX, quando diversos países ocidentais já se encontravam soberano, os estados, agente responsável pela organização e pacificação social, tinham a dignidade da pessoa humana como objetivo. Era dever do estado e da sociedade garantir a dignidade entre todos aqueles que ocupava o território nacional. Nesse ponto, o princípio supracitado deslocou-se da filosofia para a política.

Atribui-se ao período pós-segunda guerra mundial a roupagem jurídica do termo dignidade da pessoa humana, diante das atrocidades até então praticadas pelo ser humano em desfavor do outro semelhante. Até que ponto se poderia interferir na esfera jurídica de uma pessoa, sem que ela perca o que tem de essencial, isto é, a qualidade de ser humana.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. 6. ed. PortoAlegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63.

A partir daí, pode-se discutir a possibilidade do trabalho escravo, a perseguição religiosa, a supremacia da raça ariana, pena de morte, tortura, dentre outras medidas que tendem ameaçar a dignidade do ofendido.

Os países com raízes positivistas que não possuíam a dignidade da pessoa humana em suas codificações foram influenciados pelo culturalismo, reaproximando o direito da moral, da sociologia, da antropologia e das outras ciências. Outros incluíram esse postulado em suas constituições, bem como diversos países reunidos o positivaram em documentos internacionais firmados.

Do conceito religioso à acepção jurídica, a dignidade da pessoa humana, como já dito, é explicada pelo jurista Luís Roberto Barroso:

“A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos.”¹²

Hodiernamente, os doutrinadores da ciência jurídica, ao estudar o referido princípio, reportam-se ao pensamento propagado por Immanuel Kant (1724-1804) a respeito do tema na obra por ele escrita denominada: fundamentação da metafísica dos costumes.

Kant contribuiu favoravelmente para construção do princípio da dignidade da pessoa humana quando tratou de assuntos como o imperativo categórico, a autonomia e a dignidade.

¹² Barroso, Luís Roberto, **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: NATUREZA JURÍDICA, CONTEÚDOS MÍNIMOS E CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO**. <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/inicial.html>> Acesso em: 28.05.2015.

Em síntese, para não perder o foco da presente dissertação, o ilustre autor refere-se a velha filosofia grega, que se divide em física, ética e lógica. A ética, parte que nos interessa, estuda a vontade humana e, também, cria leis com o escopo de disciplinar as condutas humanas.

O conteúdo dessas leis éticas carrega substancialmente um dever, entendido como imperativo. Será um dever (imperativo) com a qualificação de categórico quando representar “a necessidade prática da ação como fim em si mesma. É apodítico, necessário e a priori. É o único critério válido para decidir se um ato é ou não permissível.”¹³

Para Kant, o imperativo categórico é expressado de quatro maneiras distintas:

"Age somente segundo uma máxima por meio da qual possas querer ao mesmo tempo que ela se torne lei universal."

"Age de tal maneira que a máxima de tua vontade possa valer igualmente em todo tempo como princípio de uma legislação universal."

"Age de tal sorte como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, por tua vontade, lei universal da Natureza."

“Age de tal maneira que trates sempre a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na de qualquer outro nunca simplesmente como meio, mas ao mesmo tempo e simultaneamente como fim.”¹⁴

Assim, cada ser humano age como legislador universal, pois detém o discernimento para construir, utilizando-se da razão, a regra de conduta coerente à ação em si mesma, sem cogitar interesse próprio ou de terceiros, além de ser extensível aos demais componentes do grupo social circundante.

A autonomia, segundo a teoria kantiana, corresponde à vontade livre que se submete a lei moralmente elaborada pela razão prática. Nesse sentido, cada ser

¹³ <http://sofos.wikidot.com/imperativo-categorico> Acesso em 29.05.2015.

¹⁴ KANT, Immanuel, **FUNDAMENTAÇÃO DA METAFÍSICA DO COSTUME**. Tradução por Antônio Pinto Carvalho. < <http://www.consciencia.org/docs/kantfundamentacao.pdf> > Acessado em: 01/06/2015.

humano, manifestando sua vontade espontânea, submete-se às leis cujo substrato fundamental repousa-se na razão.

Para o ilustre autor, as coisas possuem preço, ao passo que as pessoas têm dignidade. Tal conclusão é verificada quando ele afirma que uma coisa pode ser substituída por outra equivalente, mas o ser humano não pode ser trocado por outro análogo, pois está acima de todo preço, portanto, possuindo o que denominou de dignidade.

Essa é a interpretação assente que se confere a seguinte formulação proposta pelo ilustre pensador: "age de tal maneira que trates sempre a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na de qualquer outro nunca simplesmente como meio, mas ao mesmo tempo e simultaneamente como fim."¹⁵

Ainda sobre atribuir preço à coisa e dignidade à pessoa, interessante transcrever o trecho a seguir:

"os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio"¹⁶

Para o jurista Luís Roberto Barroso, o pensamento kantiano, aplicável ao postulado da dignidade da pessoa humana, pode ser sintetizado em uma única preposição:

"a conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios; as pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade."¹⁷

¹⁵ KANT, Immanuel, **FUNDAMENTAÇÃO DA METAFISICA DO COSTUME**. Tradução por Antônio Pinto Carvalho. < <http://www.consciencia.org/docs/kantfundamentacao.pdf> > Acessado em: 01/06/2015.

¹⁶ Idem.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto, **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: NATUREZA JURÍDICA, CONTEÚDOS MÍNIMOS E CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO**.

No direito interno, “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”¹⁸ e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, da mesma maneira que a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político.

Os fundamentos da República Federativa do Brasil são as bases do nosso ordenamento jurídico, isto é, são os valores mais essenciais a partir dos quais se organiza o estado e a sociedade como um todo.

A dignidade da pessoa humana, portanto, de acordo com a Constituição Federal de 1988, deve ser vista como elemento basilar do estado democrático de direito brasileiro. As condutas entre estado e particular, bem como entre particular versus particular é necessária a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Embora possua caráter universal, uma vez que pode ser aplicado a diversos assuntos, por exemplo, trabalho escravo, racismo, homossexuais, aborto, procedimentos de biotecnologia etc., bem como se encontra em diversos textos constitucionais de Estados Soberanos e documentos de cunho internacionais, a utilização da dignidade da pessoa humana requer avaliação no caso concreto.

Defende o jurista Luís Roberto Barroso que a dignidade da pessoa humana vem sendo utilizada indiscriminadamente sem alguma fundamentação lógica que a justifique. Para ele, não basta o interprete considerar a situação fática submetida ao conflito de interesses nos tribunais ou nos litígios de cunho administrativo, como ofensiva ou coerente com a dignidade da pessoa.

Essa preocupação reflete no binômio causa-efeito da utilização do sobredito princípio constitucional. Tal inquietação reside no uso indiscriminado e subjetivo da

<<http://www.luistrobertobarroso.com.br/inicial.html>> Acesso em: 28.05.2015.

¹⁸ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em: 28/05/2015.

dignidade da pessoa humana (causas) ao ponto de banaliza-la e de torna-la passível a manipulações (efeitos).

Nesse sentido, o referido jurista assevera que:

“A verdade, porém, para bem e para mal, é que a dignidade humana, no mundo contemporâneo, passou a ser invocada em cenários distintos e complexos, que vão da bioética à proteção do meio ambiente, passando pela liberdade sexual, de trabalho e de expressão. Além disso, a pretensão de produzir um conceito transnacional de dignidade precisa lidar com circunstâncias históricas, religiosas e políticas de diferentes países, dificultando a construção de uma concepção unitária. Nada obstante, na medida em que a dignidade humana se tornou uma categoria jurídica, é preciso dotá-la de conteúdos mínimos, que deem unidade e objetividade à sua interpretação e aplicação. Do contrário, ela se transformaria em uma embalagem para qualquer produto, um mero artifício retórico, sujeito a manipulações diversas.”¹⁹

Objetivando impedir o que teme, o jurista Luís Roberto Barroso defende três elementos essenciais à caracterização da dignidade da pessoa humana, quais sejam, o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. O interprete, no caso concreto, quando utilizar-se da dignidade da pessoa humana, é imprescindível expor, objetivamente, esses elementos.

O valor intrínseco da pessoa humana é a qualidade que cada ser humano carrega que o distingue de outros ser animados e das coisas. Essa propriedade inerente a condição humana não tem preço, sendo irrenunciável até mesmo no caso de conduta vexatória por parte de quem a carrega. Decorre do valor intrínseco da pessoa humana dois postulados: o anti-utilitarista e o anti-autoritário, a saber:

“Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado anti-utilitarista e outro anti-autoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário.”²⁰

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto, **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: NATUREZA JURÍDICA, CONTEÚDOS MÍNIMOS E CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO**. <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/inicial.html>> Acesso em: 28.05.2015.

²⁰ Idem.

A autonomia, por sua vez, representa a capacidade de cada ser humano efetuar escolhas, respeitando as normas jurídicas estabelecidas. A autonomia didaticamente é fracionada em privada e pública.

A primeira está relacionada aos direitos individuais, atuando a autonomia privada como liberdade e autodeterminação, sem interferências externas. A segunda, por sua vez, está atrelada aos direitos políticos, agindo a autonomia pública como o direito de escolha de cada um de participação no processo democrático.

Segundo Luís Roberto Barroso acerca da autonomia e suas dimensões como faceta da dignidade da pessoa humana:

“No plano dos direitos individuais, a dignidade se manifesta, sobretudo, como autonomia privada, presente no conteúdo essencial da liberdade, no direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas. É preciso que também estejam presentes, todavia, as condições para a autodeterminação, as possibilidades objetivas de decisão e escolha, o que traz para esse domínio, também, o direito à igualdade, em sua dimensão material, ponto que será retomado logo abaixo. No plano dos direitos políticos, a dignidade se expressa como autonomia pública, identificando o direito de cada um participar no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno, cada pessoa tem o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social.”²¹

Por fim, o valor comunitário é o componente da dignidade relativo às condutas sociais moralmente aceitas pela sociedade. As escolhas efetuadas por cada um no exercício do valor intrínseco e de autonomia poderão ser mitigadas para a defesa de terceiros e de sua própria defesa.

À guisa de exemplificação de limitação na determinação e no modo de viver escolhidos por algumas pessoas, Luís Roberto Barroso cita situações concretas no âmbito do direito internacional:

²¹ BARROSO, Luís Roberto, **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: NATUREZA JURÍDICA, CONTEÚDOS MÍNIMOS E CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO.** <<http://www.luistrobertobarroso.com.br/inicial.html>> Acesso em: 28.05.2015.

“No tocante à proteção do indivíduo em face de si mesmo, de suas próprias decisões, existem exemplos emblemáticos na jurisprudência mundial, como a já referida proibição da atividade de entretenimento conhecida como arremesso de anão (França), a criminalização da violência física em relações sexuais sadomasoquistas consentidas (Reino Unido) ou no caso dos chamados peep shows (Alemanha).”²²

Após explicação sobre os três elementos essenciais à caracterização da dignidade da pessoa a fim de que ela seja aplicada objetivamente ao se analisar os tormentosos casos concretos, por fim, registre-se o exemplo de aplicação hipotética perpetrado pelo ilustre jurista às uniões afetivas entre pessoas de idêntico sexo, orientando, assim, os operadores do direito:

“Os interesses em jogo envolvem, de um lado, duas pessoas do mesmo sexo que desejam manter uma relação afetiva e sexual estável; e, de outro, uma concepção tradicional de sociedade que só admite relações dessa natureza entre pessoas de sexos diferentes. Pois bem: no plano da dignidade como ‘valor intrínseco’, o direito de igual respeito e consideração pesaria a favor do reconhecimento da legitimidade de tais uniões. Não há qualquer aspecto envolvendo o valor intrínseco de uma terceira pessoa que pudesse ser contraposto nas circunstâncias. No plano da ‘autonomia’, duas pessoas maiores e capazes estão exercendo sua liberdade existencial no tocante a seus afetos e à sua sexualidade. Não há, tampouco, afronta à autonomia de terceiros. No plano do ‘valor comunitário’, deve-se admitir que há, em diversos setores da sociedade, algum grau de reprovabilidade às condutas e relações homoafetivas. Porém: a) na hipótese, há direito fundamental em jogo, e eles deve funcionar como trunfos contra a vontade da maioria, se este for o caso; b) as relações homoafetivas são hoje aceitas com naturalidade por setores amplos e representativos da sociedade, não se podendo falar em consenso social forte na matéria; e c) não há risco efetivo para o direito de terceiros. Como consequência, tais relações não devem ser criminalizadas e devem receber o tratamento cível adequado.”²³

²² Idem.

²³ Barroso, Luís Roberto, **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: NATUREZA JURÍDICA, CONTEÚDOS MÍNIMOS E CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO.** <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/inicial.html>> Acesso em: 28.05.2015.

4. PANORAMA GERAL DOS DIREITOS CIVIS RELACIONADOS AO CASAL HOMOAFETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A Constituição Federal de 1998, positivando o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, garantiu, de certa forma, o reconhecimento da orientação sexual, impedindo quaisquer formas de discriminação quanto a essa condição.

Naturalmente, diante do reconhecimento de poder ser e manifestar-se homossexual, as pessoas nessa condição, ao se relacionarem com outro parceiro, procuraram formar relações duradoras à semelhança das relações heterossexuais.

As relações entre parceiros com orientação heterossexual com intuito de construir família – união estável e casamento – são impregnadas de diversos direitos e deveres, relacionados ao casal, a cada um deles, a terceiros e aos descendentes.

A Constituição Federal de 1988, por si só, não poderia estabelecer todos os direitos inerentes às uniões homoafetivas no corpo de sua codificação. É utópico imaginar que a carta magna trataria minuciosamente a completude dos direitos civis, ainda que doutrinariamente ela seja classificada como prolixa.

Desse modo, embora no plano constitucional a questão homossexual ganhou contornos relevantes com a positivação dos indigitados princípios, fato é que o código civil de 1916 e, de igual modo, o código civil de 2002, ignorou a situação dos gays e dos casais homossexuais na sociedade brasileira.

Com o advento do atual código civil, o direito civilista ganhou novas orientações interpretativas, aproximando-se do direito constitucional. Esse movimento se denomina de Direito Civil Constitucional. Flávio Tartuce aduz que é:

“uma harmonização entre os pontos de intersecção do Direito Público e Privado, elementos de direito privado, mas que estão na Constituição, sobretudo em razão das mudanças sociais do último século e das transformações das sociedades ocidentais.”²⁴

De um lado, a Constituição Federal de 1988 aponta para a mudança no tratamento da temática homossexual, do outro lado, o código civil permanecendo silente com resquícios do pensamento cristão e histórico de negligência estatal. Logo, qual é a interpretação que deve ser aplicada ao caso concreto?

Argumentando acerca do Direito Civil Constitucional, Flavio Tartuce afirma categoricamente que “deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre). A mudança de atitude também envolve certa dose de humildade epistemológica.”²⁵

Ademais, por meio de um princípio basilar no estudo do controle de constitucionalidade das leis – a supremacia da constituição –, a questão proposta é facilmente resolvida. A ausência de regras disciplinando os direitos dos gays e dos casais homossexuais no direito civilista não representa óbice para efetivação de direitos, uma vez que a constituição detém supremacia sobre as demais espécies normativas do ordenamento.

Exercendo o direito à autonomia, como desdobramento da dignidade da pessoa humana, conforme mencionado, e o próprio direito à privacidade, os homossexuais relacionavam-se uns com os outros, formando núcleo de afeto e compromissos que se assemelha a noção contemporânea de família para o Direito Civil.

Sem o escopo de esgotar o conceito de família, mister mencionar reflexões propostas pelo civilista Carlos Roberto Gonçalves:

²⁴ TARTUCE, Flavio, **DIREITO CIVIL I: LEI DE INTRODUÇÃO E PARTE GERAL**. São Paulo: Método. 2013, p.96

²⁵ TARTUCE, Flavio, **DIREITO CIVIL I: LEI DE INTRODUÇÃO E PARTE GERAL**. São Paulo: Método. 2013, p. 95.

“A família é núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem, no entanto, defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo. *Lato sensu*, o vocábulo *família* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins. Para determinados fins, especialmente sucessórios, o conceito de família limita-se aos parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau.”²⁶

Nessa perspectiva, a família é instrumento primordial de organização social, desempenhando papel importante de pacificação e de regular funcionamento da sociedade. A sua organização se dá tanto pelo laço sanguíneo quanto pela afinidade e adoção. Não é exagerado afirmar que a noção de viver em sociedade é, primeiramente, constada ali. Ao mesmo tempo que o indivíduo se reconhece inserido no grupo familiar, ele também entende que os demais fazem parte desse do convívio social.

Se um homem e outro homem ou uma mulher e outra mulher resolvem conviver na mesmo domicílio, arcando conjuntamente com as despesas cotidianas, por exemplo, aluguel, financiamentos, imposto, alimentação, lazer, saúde, dentre outras, além de garantir o bem-estar uns aos outros, qual razão de não lhes garantir direitos daí decorrentes.

O Brasil é um país dotado de soberania, “poder político, de que dispõe o Estado, de exercer o comando e o controle, sem submissão aos interesses de outro Estado”²⁷, cuja manifestação se dá mediante o desempenho da função executiva, legislativa e função de julgamento.

Vicente Paulo afirma que a divisão das funções estatais, objetivando a concretização do poder soberano, foi proposta por Aristóteles quando publicou a obra denominada Política:

²⁶ GONÇALVES, Roberto Carlos, **DIREITO CIVIL BRASILEIRO – DIREITO DE FAMÍLIA**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15.

²⁷ < <http://www.dicio.com.br/>> Acesso em 02.06.2015

“Identificou o pensador grego a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano: a função de elaborar normas gerais e abstratas (função legislativa), a função de aplicar essas normas gerais aos casos concretos (função executiva) e a função de dirimir os conflitos eventualmente havidos na aplicação de tais normas (função de julgamento).”²⁸

O referido autor crítica a ideia de tripartição do poder soberano em poder executivo, poder legislativo e poder judiciário, uma vez que o poder soberano é uno e indivisível, o que se divide são as funções estatais, conforme o trecho adiante:

“O que tradicionalmente se denomina ‘separação de poderes’ representa, na realidade, a distribuição de certas funções a diferentes órgãos do Estado, ou seja, a ‘divisão de funções estatais’. Note-se que, ao pé da letra, não seria correto, portanto, falar-se em ‘separação’, ‘divisão’ ou ‘tripartição’ de poder, tendo em vista a sua unidade e indivisibilidade. Porém, o fato é que a expressão ‘separação de poderes’ consagrou-se ao longo do tempo e, até nos dias atuais, é largamente empregada, sem observância desse rigor terminológico propugnado pela doutrina”²⁹

A função legislativa brasileira de elaborar normas gerais e abstratas no caso das uniões homoafetivas foi omissa do período colonial ao republicano contemporâneo, por não enfrentar os legisladores constitucional e infraconstitucional diretamente a temática.

Todavia, pode-se atribuir a Constituição Federal de 1988 a proteção as uniões entre pessoas do mesmo sexo quando ela disciplinou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos sem preconceito de sexo e discriminação como objetivo do Estado Brasileiro e o princípio da isonomia como direito fundamental.

Frente a pouca manifestação legislativa em editar por meio de Lei os direitos inerentes a esse tipo de relação, a função executiva não reconhecia a união homossexual como vínculo afetivo propenso a ser titular de direitos e deveres. Por isso, a formalização em registro próprio estatal da declaração de união era dificultosa, os benefícios previdenciários ao parceiro homossexual sobrevivente

²⁸ PAULO, Vicente, **DIREITO CONSTITUCIONAL DESCOMPLICADO**. São Paulo: Método, 2011, p. 425.

²⁹ PAULO, Vicente, **DIREITO CONSTITUCIONAL DESCOMPLICADO**. São Paulo: Método, 2011, p. 425.

eram indeferidos, os bens eram repassados para os outros herdeiros da sucessão e não para o parceiro homossexual sobrevivente etc.

O reconhecimento da união homoafetiva brasileira, em seu aspecto jurídico, foi fruto da função julgadora, desempenhada por parte de alguns magistrados, e da doutrina formulada e defendida por determinados operadores do direito acerca do tema.

Em face do cenário lacunoso no que concerne ao reconhecimento da própria união homossexual e dos direitos daí decorrentes, casais homoafetivos que viviam nessa situação se viram obrigados a ingressar no Poder Judiciário Brasileiro para ter garantindo direitos essenciais que já eram assegurados àqueles que viviam em união heterossexual.

Oportunamente, impende mencionar que, de acordo com o art. 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³⁰, conhecido como o princípio da “inafastabilidade de jurisdição”.

Em outras palavras, todos possuem amplo acesso ao Poder Judiciário para resolver a controvérsia que vivenciam. Tal poder, desempenhando sua função precípua de julgamento, decidirá de maneira definitiva, com força de coisa julgada o conflito levado até ele.

As demandas que chegavam aos tribunais brasileiros com o espoco de reconhecer os direitos consectários da união entre pessoas do mesmo sexo ou aquelas cujo objetivo principal era o reconhecimento da própria união homoafetiva foram resolvidas basicamente pelos seguintes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais: a) a teoria da sociedade de fato, b) a impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da união homoafetiva como união estável, c) o reconhecimento da união homoafetiva como união estável, d) da conversão da união estável em casamento e, por fim, e) o reconhecimento da possibilidade de casamento entre pessoas de mesma orientação sexual.

³⁰ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em: 02.06.2015.

4.2 DO DEPENDENTE HOMOAFETIVO NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO.

A questão previdenciária de quem poderia ser ou não beneficiário do segurado, quando ele falecia, nesse tipo de relacionamento, era recorrentemente questionada. Como o convívio juridicamente entre pessoas de orientação sexual idênticas era negligenciado pelas regras civilistas positivadas, a administração das seguradoras previdenciárias negava a habilitação do parceiro sobrevivente, no caso de pensão por morte.

Duas pessoas se relacionavam, trocando afetos entre si, dividindo responsabilidade financeiras para a manutenção da vida conjunta e, ademais, sendo vistas pelo grupo social que as rodeavam como se casal fosse.

A pensão por morte, em uma definição simplória, pode ser entendida como prestação previdenciária devida ao parceiro sobrevivente a fim de garantir o custeio de despesas das quais, se o óbito do segurado não tivesse ocorrido, em tese seria suportada conjuntamente pelo casal, isto é, tanto pelo sobrevivente quanto pelo falecido.

Com efeito, não é exagerado afirmar que tal prestação é imprescindível, sobretudo no caso das camadas mais desfavorecidas da população brasileira. Muitas delas, inclusive, não possuem bens significantes que possam influenciar por herança no seu patrimônio, após o óbito do parceiro segurado.

Assim, contam, significativamente, com os recursos financeiros oriundos da prestação previdenciária denominada de pensão por morte para manutenção ou tentativa em parte do padrão de vida de quando o segurado ainda era vivo.

A possibilidade administrativa e jurídica de cobertura previdenciária às uniões homoafetivas se deu a partir da Ação Civil Pública nº. 2000.71.00.009347-0, ingressada pelo Ministério Público de Porto Alegre.

Segundo Ivan Kertzman, acerca disso assevera que:

“A citada ACP foi originada por denúncia que partiu da ONG Nuances, em 24 de Setembro de 1999, perante o Ministério Público Federal em Porto Alegre, alegando que o INSS violava direitos humanos ao indeferir administrativamente requerimentos de benefícios previdenciários para companheiros do mesmo sexo. A partir dessa denúncia foi instaurado procedimento administrativo pelo Ministério Público Federal, que resultou no ajuizamento da Ação Civil Pública, tendo como signatários os Procuradores da República Paulo Gilberto Cogo Leivas e Marcelo Veiga Beckhausen”.³¹

A Juíza substituta da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre, Simone Barbisan Fortes, em sede de antecipação dos efeitos da tutela em 20 de maio de 2011, determinou que a Autarquia Previdenciária reconhecesse o direito dos dependentes de união homoafetiva.

Em 7 de Junho de 2000, poucos meses após a liminar concedida, o INSS editou a Instrução normativa n. 25, onde se reconhecia no âmbito administrativo a união de pessoas do mesmo sexo para concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, bem como o de auxílio-reclusão. Prestações previdenciárias destinadas aos dependentes do segurado.

Em que pese o avanço do INSS ao reconhecer a união homoafetiva para fins previdenciários no caso da pensão por morte e do auxílio-reclusão, existiu uma tentativa de discriminação com a união estável heterossexual.

O art. 16, inciso I, §4º, da Lei n. 8.213/91 explicita quem são os dependentes do segurado e determina que, em relação ao companheiro, a dependência econômica é presumida. Ao tratar da união homoafetiva, em sentido contrário, o INSS impôs ao suposto dependente homossexual a comprovação da dependência econômica, agindo em desconformidade com a lei supracitada.

É o que se extrai do art. 30 da Instrução Normativa n. 118 de 14 de abril de 2005:

“o companheiro ou a companheira homossexual de segurado inscrito no RGPS passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum e a dependência econômica, concorrem, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com

³¹ KERTZMAN, Ivan, **MANUAL DO DIREITO HOMOAFETIVO**. São Paulo: Saraiva, 3013, p. 400.

os dependentes preferencias de que trata o inciso I do art. 16 da Lei n. 8.213/91, para óbitos ocorrido a partir de 5 de abril de abril de 1991, ou seja, mesmo tendo ocorrido anteriormente à data da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0.”³²

Tal distorção somente foi resolvida com a edição da Instrução Normativa n. 20 de 10 de outubro de 2007. A partir dela, os dependentes da união homoafetiva passaram a ser tratado de maneira isonômica perante àqueles da união heterossexual, exigindo-se tão somente a comprovação do relacionamento característico de união estável, sendo dispensável, portanto, a comprovação da dependência econômica.

No mesmo sentido, Ivan Kertzman explica o abuso administrativo de impor a comprovação da dependência econômica ao parceiro homossexual:

“A Instrução Normativa n. 118, de 14 de abril de 2005, em seu art. 30, trouxe uma triste redução ao direito dos companheiros de união homoafetiva, exigindo a comprovação de dependência econômica para que o parceiro homossexual tivesse direito aos benefícios previdenciários, em flagrante descumprimento da decisão judicial da Ação Civil Pública n°. 2000.71.00.009347-0. Felizmente, esse texto foi revogado, com a edição da IN n. 20, de 10 de outubro de 2007, que voltou a exigir apenas a comprovação da vida em comum para o reconhecimento da união homoafetiva, assim como se exige para união estável. A partir dessa decisão os parceiros de união homoafetiva passaram a concorrer em igualdade de condições com os dependentes arrolados no inciso I do art. 16 da Lei n°. 8.213/91.”³³

³² < <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2005/118.htm>> Acesso em 02.06.2015.

³³ KERTZMAN, Ivan, **MANUAL DO DIREITO HOMOAFETIVO**. São Paulo: Saraiva, 3013, p. 401.

4.3 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO SOCIEDADE DA FATO

Além dessa celeuma previdenciária que assolava as uniões homossexuais, a questão patrimonial, de igual modo, era um problema a ser enfrentado. Era um cenário duvidoso, onde surgia diversos questionamentos do tipo: em caso de separação, os bens adquiridos conjuntamente durante esse tipo de envolvimento afetivo a quem pertenceria? E os bens adquiridos individualmente anteriormente a união homoafetiva se confundia com o patrimônio do casal? Se um dos parceiros da relação homoafetiva falecer deixando bens quem seria seu herdeiro?

Esses questionamentos decorrem do fato de que as uniões homossexuais não eram tuteladas especificamente pelo direito pátrio. Esse tipo de união era cada vez mais visível no cotidiano de nossa sociedade, ainda que de maneira tímida, haja vista os anos de preconceitos passados de geração a geração.

Nem todos os casos eram resolvidos nos tribunais inferiores pelos Juízes e Desembargadores, chegando a questão homoafetiva, mediante recurso apropriado, aos Tribunais Superiores, isto é, STJ (Superior Tribunal de Justiça) e STF (Supremo Tribunal Federal).

Ressalvada a hipótese de súmula vinculante do STF, na forma do art. 103-A, inserido no texto maior pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 e das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade que impõe a observância pelos demais Órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativas, os demais entendimentos, informativos e súmulas dos Tribunais Superiores não obrigam a Administração Pública e os Tribunais Inferiores ao fiel seguimento em relação ao que ficou decidido.

Todavia, embora despidas de caráter vinculante, tais manifestações são importantes fontes do direito, orientando os doutrinadores e os magistrados, de um modo geral, como o Tribunal Superior está resolvendo a lide, conflitos de interesses, dos casos concretos que chegaram até lá.

A construção doutrinária e jurisprudencial da sociedade de fato foi utilizada para resolver conflitos patrimoniais enquanto inexistiam leis civilista regulamentando a união estável entre homem e mulher.

A união estável entre homem e mulher foi reconhecida e positivada pelo legislador brasileiro com a promulgação da constituição federal de 1988, em seu art. 226, §3º: “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”³⁴. A vontade do legislador constitucional com essa atitude foi de ampliar o conceito de família, deixando de sê-la decorrente apenas do casamento.

No ordenamento jurídico infraconstitucional, as leis civis não resolviam as questões patrimoniais dos casais heterossexuais, pois o Código Civil de 1916 só protegia legalmente a família que se fundava a partir do casamento. Enquanto leis extravagantes não foram editadas para assegurar o direito às uniões estáveis, a doutrina e jurisprudência utilizou-se da teoria da sociedade de fato.

Segundo Fabio de Oliveira Vargas, a teoria da sociedade de fato refere-se:

“a uma sociedade que se formava sem registro, sem capital, cujo patrimônio seria construído, futuramente, por tudo que os sócios adquirissem a título oneroso ou gratuito, responsabilizando-se apenas pelas dívidas que proviessem após a constituição do laço societário”.³⁵

O referido autor afirma que essa teoria aplicável às relações homoafetivas também foi aproveitada no momento em que os direitos inerentes às uniões estáveis heterossexuais ainda não se encontravam efetivos no ordenamento jurídico:

“comparar a união homossexual à sociedade de fato, com base no art. 1639 do CC/16 ou no art. 981 do CC/02, foi a forma encontrada pelos operadores do direito para tutelar os interesses dos participantes desta modalidade de relacionamento amoroso: a união hoje denominada de estável. Tal artifício jurídico, entretanto, não vem a ser novidade no tratamento de relações afetivas de caráter oficioso,

³⁴ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em: 02.06.2015.

³⁵ <<http://jus.com.br/artigos/10742/direito-sucessorio-na-uniao-homossexual>> Acessado em: 02.06.2015

visto que nos primórdios das discussões relativas à tutela jurídica da união estável entre homem e mulher a mesma solução foi trazida à baila, tendo inclusive o STF editado a Súmula 380 com base neste mesmo instituto societário.”³⁶

O entendimento de justapor a teoria da sociedade de fato à união homoafetiva, devido ao caráter patrimonial encontrado neste tipo relacionamento, foi firmado no STJ através do julgamento do Recurso Especial n. 148.897 – MG, conforme a ementa a adiante:

“Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do Código Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com aids. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do Código Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido.”

(STJ - REsp: 148897 MG 1997/0066124-5, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 10/02/1998, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/04/1998 p. 132)³⁷

Nesse Julgamento, restou comprovado que o autor tinha coabitado com o falecido e adquirido bens conjuntamente durante essa relação, ainda que não se possa atribuir o *status* de união estável ao par homoafetivo, é certo que a sociedade de fato existiu, de modo que a metade dos bens era devido ao demandante.

³⁶ Idem.

³⁷ Resp n.148.897.

4.4 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTE FAMILIAR: RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO.

A questão da união por casais gays retornou a ser debatida na corte guardiã da lei federal, nesse momento, houve a mudança do entendimento da sociedade de fato, intimamente ligada apenas com a questão patrimonial, para a possibilidade da união estável homossexual, tese que está atrelada a noção de família, além das questões meramente patrimoniais.

Essa mudança de paradigma foi firmada por meio do julgamento do Recurso Especial n. 820.475 – RJ, consoante a ementa a seguir:

“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 à possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.
3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.
4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.
5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.
6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. Recurso especial conhecido e provido

(STJ - REsp: 820475 RJ 2006/0034525-4, Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Data de Julgamento: 02/09/2008, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/10/2008)³⁸.

No caso em análise, tratava-se do desejo de um brasileiro e de um estrangeiro ter reconhecido formalmente a união estável vivenciada por ambos a fim de que o parceiro estrangeiro obtivesse o visto permanente brasileiro. Ingressaram com ação declaratória de união estável perante a 4ª Vara de Família de São Gonçalo – RJ, alegando que desde de 1988 iniciaram um relacionamento homoafetivo de forma duradoura, contínua e pública, pautada pela consideração e respeito mútuo, pela assistência moral e material recíproca.

A sentença do magistrado monocrático extinguiu o feito sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, em face da impossibilidade jurídica do pedido.

Em sede de apelação, a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com ementa do acórdão adiante:

“DIRETO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. Preliminar de nulidade da sentença afastada. Não vulneração ao princípio da identidade física do Juiz, eis que audiência presidida em ação cautelar não traz vinculação para apreciação da petição inicial da ação principal, a qual veio a ser indeferida. Impossibilidade, na espécie, de se reconhecer a existência de união estável. Exigência contida no art. 1º da Lei nº 9.278/96, que regulamenta o artigo 226 da Lex Legum e que é retirada pelo artigo 1.723 do Código Civil, de que sejam os companheiros de sexos opostos, homem e mulher. Impossibilidade jurídica do pedido. Indeferimento da petição inicial. Sentença mantida. Recurso improvido”.³⁹

No voto do Relator, Antônio De Pádua Ribeiro, afasta a impossibilidade jurídica do pedido afirmando que “o pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve-se entender o termo "pedido" não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir”.⁴⁰

³⁸ Resp n.148.897.

³⁹ Resp n.148.897.

⁴⁰ Resp n.148.897.

Inexistindo vedação expressa no ordenamento jurídico brasileiro relativa às relações homoafetivas, portanto, a impossibilidade jurídica do pedido não pode ser acolhida pelo julgador. A situação desse relacionamento por pessoas de idêntica orientação sexual no país é de lacuna legislativa, haja vista que não foi regulamentada, embora a situação fática cada vez mais seja visivelmente recorrente no nosso cotidiano.

Como sabido, lacunas legislativas não são resolvidas mediante negativa de jurisdição. Aliás, é cediço que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”⁴¹, conforme o art. 4º, do Decreto-Lei nº. 4.657/42, denominado de Lei de Introdução.

Logo, preenchendo os casais homoafetivos os requisitos eleitos para o reconhecimento da união estável dos casais heterossexuais, mediante a analogia, a possibilidade da união estável homoafetiva será efetivada no substrato jurídico brasileiro.

De acordo com o entendimento do STJ, a união entre pessoas de mesma orientação sexual inicialmente foi considerada como sociedade de fato para fins patrimoniais decorrentes deste tipo de convívio. Após, evoluiu-se para o reconhecimento dessa união no sentido de formar família, por analogia, aos moldes da família heterossexual cultivada na união estável.

Nesse ponto, de igual modo, afastou a tese de impossibilidade jurídica do pedido, haja vista que um pedido é impossível quando o ordenamento jurídico expressamente ofereça repreensão a conduta pretendida, situação que não ocorreu no caso da união homoafetiva.

A lacuna legislativa no que concerne às relações homoafetivas era evidente, de modo que a Administração Pública em alguns aspectos indiretamente já havia aceitado esse tipo de estrutura familiar. É o caso de reconhecimento administrativo

⁴¹ < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm > Acesso em: 03.06.2015

na concessão dos benefícios previdenciários aos dependentes no caso de falecimento do segurado. Por outro lado, a possibilidade de registrar oficialmente a união estável vivenciada pelo par homossexual, ainda encontrava barreiras.

Aqueles que se sentiram prejudicados com a atitude adotada pela Administração Pública em não assegurar o pleno exercício dos direitos que lhes achavam ser titulares, mediante ação judicial adequada, ingressavam com ação ao Poder Judiciário, tendo, muitas das vezes, sua pretensão não acolhida pelos magistrados e desembargadores.

Situação essa perfeitamente concebível no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Poder Judiciário é formado por órgãos – os tribunais e os juízes –, na forma do art. 92 da Constituição Federal de 1988.

Formado por Tribunais e Juízes diversos, naturalmente cada julgador possui seu entendimento a respeito do direito a ser aplicado ao caso concreto. A manifestação da atividade judicante é livre para que o magistrado não seja alvo de pressões políticas, porém a sua decisão deve ser motivada. É o alcunhado princípio do livre convencimento motivado, com sede legal no art. 131 do CPC:

“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”⁴²

Nesse cenário de decisões muitas das vezes distintas, o STF, guardião da Constituição Federal, julgou a problemática da união formada por pares de idêntica orientação sexual, firmando posicionamento.

A controvérsia chegou ao STF mediante ações próprias do controle concentrado, abstrato, direto ou por via de ação como é conhecido esse tipo de controle de constitucionalidade e, não, atrelada a Recurso Extraordinário contra decisões denegatórias perpetradas por Juízes e Tribunais Inferiores. Segundo Vicente de Paulo:

⁴² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm Acessado em: 03.06.2015.

“o controle abstrato é efetivado em tese, sem vinculação a uma situação concreta, com o objetivo de expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais. Diz-se que no controle abstrato a inconstitucionalidade é examinada ‘em tese’ (*in abstracto*) porque o controle é exercido em uma ação cuja finalidade é , unicamente, o exame de validade da lei em si; a aferição da constitucionalidade da lei não ocorre incidentalmente, em um processo comum”.⁴³

Tramitavam perante à corte máxima do Estado Brasileiro duas ações típicas do controle abstrato: e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132-RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277-DF.

A primeira foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, alegando-se violação a preceitos fundamentais da Constituição Federal do Estado por regras contidas no Estatuto dos Servidores Civis do mencionado Estado, nome dado o Decreto-Lei n. 220/75. Alguns benefícios, por exemplo, a licença por motivo de doença da família ou a licença para acompanhar o cônjuge era só garantindo à união estável heterossexual, excluindo-se os servidores que vivenciavam a união homoafetiva.

A segunda, por sua vez, foi proposta pela Vice Procuradora Geral da República, no exercício do cargo de Procurador-Geral, aduzindo a necessidade de conferir interpretação conforme à Constituição Federal vigente ao disciplinado no art. 1.723 do CC/02 “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”⁴⁴. Garantindo, portanto, a mesma proteção jurídica da união estável heterossexual à união homoafetiva.

As duas ações tratavam, em síntese, reconhecer a união estável homoafetiva e garantir a ela tratamento isonômico à proteção jurídica da união estável heterossexual. Assim, ambas ações foram reunidas e julgadas simultaneamente pelo Tribunal Pleno em 05/05/2011, sendo o Ministro Relator Ayres Brito e ementa simplificada se encontra adiante:

⁴³ PAULO, Vicente, **DIREITO CONSTITUCIONAL DESCOMPLICADO**. São Paulo: Método, 2011, p. 400.

⁴⁴ < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm > Acesso em 03.06.2015.

“1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto.

2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea.

3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a constituição federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sociocultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista.

4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”.

5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. Anotação de que os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto aplicabilidade da constituição.

6. Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações.

(STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)”.⁴⁵

Em uma abordagem simplificada, o Tribunal Pleno do STF afirmou que, segundo a Constituição Federal de 1988, é vedada a discriminação e o preconceito

⁴⁵ ADPF n. 132-RJ e ADI n. 4.277-DF.

diante do sexo e da orientação das pessoas, é assegurado a liberdade, a intimidade, a privacidade, dentre outros valores constitucionalmente reconhecidos. Além disso, ampliou o conceito de família passando as uniões homoafetiva serem abarcadas por ele. Com efeito, essa mudança paradigmática do tratamento da união homoafetiva, só foi possível, pois STF conferiu interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal, a chamada técnica da interpretação conforme.

Em atenção ao art.102, §2º da Constituição Federal, com a nova redação dada pelo Emenda Constitucional, n. 45/2004, as ações do controle concentrado (abstrato) de constitucionalidade possuem eficácia contra todos, isto é, erga omnes, efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

“§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”⁴⁶

Destarte, a decisão proferida pelo plenário da corte máxima brasileira, reconhecendo a união estável homossexual como integrante da família brasileira, por ter sido prolatada como prestação jurisdicional nas ações do controle concentrado, possui, portanto, eficácia contra todos e efeito vinculante.

O casal homossexual que sofrer lesão ou ameaça ao direito de formalizar essa união ou concretizar direitos daí decorrentes poderá manejar o instrumento da reclamação constitucional, de acordo com o art. 102, inciso I, alínea 'I', da CF/88: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

⁴⁶<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em: 03.06.2015.

Nesse diapasão, em relação à possibilidade de propositura da reclamação constitucional, comenta Glauco Salomão Leite:

“Para conferir concretude ao efeito vinculante das decisões do STF, é possível manejar o instrumento da reclamação constitucional (art. 102, I, I, CF). A reclamação constitucional adquiriu notável importância no âmbito de controle concentrado das normas pelo Supremo Tribunal Federal, viabilizando ao STF cassar os atos contrários a suas decisões dotadas de efeito vinculante. Por isso, não é desapropriado sustentar que a reclamação assumiu papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira, na medida em que, por meio dela, operacionaliza-se a efetiva obediência às decisões do STF, quando revestidas de efeito vinculante. Assim, qualquer ato administrativo ou decisão judicial podem ser cassados ou anulados por meio de reclamação constitucional caso descumpram decisões do STF dotadas de efeito vinculante. Porém, não cabe reclamação constitucional quando já houver transitado em julgado ato judicial que se alega ter descumprido decisão do STF, pois a reclamação constitucional não é sucedâneo de ação rescisória (STF – Súmula 734). Além disso, a Corte entende não ser possível a utilização da reclamação constitucional quando há recurso apropriado e cabível contra decisão reclamada.”⁴⁷

Em maio de 2011, a jurisprudência do STF, portanto, firmou-se no sentido de que a união estável homoafetiva tem guarida no ordenamento jurídico pátrio, quando se conferiu uma interpretação conforme a constituição ao art. 1.723 do Código Civil de 2002.

De um lado, alguns estudiosos entenderam que a união estável homoafetiva trata-se de um novo tipo de família, não se confundindo com a união estável heterossexual, por isso, nem sempre possuíram identidade na aplicação de direito e deveres.

De outra banda, outros operadores do direito colocaram no mesmo patamar a uniões estáveis homoafetiva e heteroafetiva, portanto, havendo aplicação isonômica das regras positivadas na legislação civilista ordinária e extravagante.

⁴⁷ LEITE, Glauco Salomão, **MANUAL DO DIREITO HOMOAFETIVO**. São Paulo: Saraiva, 3013, p. 400.

O art. 226, § 3º da CF/88 determina “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”⁴⁸

Em outras palavras, o indigitado artigo constitucional reconheceu a união estável entre o homem e a mulher e determinou que a lei facilite sua conversão em casamento. Para aqueles que equiparavam a união estável heterossexual e homoafetiva, conseqüentemente, também a união homoafetiva poderia ser convertida em casamento.

Já para quem entendia a união estável homoafetiva como entidade familiar distinta da união estável heterossexual, não concebia com facilidade a conversão daquela em casamento, do mesmo modo que acontece com esta.

A controvérsia jurídica acerca da união estável homoafetiva converter-se em casamento chegou no STJ, através o Recurso Especial n. 1.183.378– RS. O caso concreto era a situação vivenciada por duas mulheres que viviam de maneira estável há três anos e queria ver sua relação convertida em casamento. Após dois indeferimentos para habilitação do casamento perante os Cartórios de Registro Civil de Porto Alegre/RS, elas ajuizaram ação com esta finalidade junto a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca da cidade supracitada, sob a argumentação de inexistência de vedação expressa para que pessoas do mesmo sexo possam casar.

A sentença de primeiro grau julgou improcedente sua pretensão, entendendo que o casamento, conforme disciplinado no Código Civil de 2002 é fruto da relação afetiva entre o homem e a mulher.

Em grau de apelação, a sentença foi mantida e seu recurso foi improvido, entendeu o tribunal gaúcho que mesmo desejando conferir o reconhecimento jurídico da união homoafetiva “não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente

⁴⁸ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em: 03.06.2015.

na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher”.⁴⁹

O acórdão desse Tribunal fez crítica ferrenha no que concerne a lacuna legislativa e o Direito Civil Constitucional asseverando que “em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesviável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar.”⁵⁰

Por fim, deixou claro a impossibilidade de reconhecer a união estável homoafetiva, logo, não há que se cogitar de enquadrá-la como ente familiar pela via do casamento. O entendimento era de que esse tipo de relação deveria ser regulado pela via contratual ou testamental, conforme o trecho a seguir do acórdão da apelação supracitada:

“Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária. A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico.”

Inconformadas, as autoras, em sede de recurso especial, recorreram do acórdão do Tribunal Gaúcho e a questão chegou aos domínios do STJ, cujo julgamento se deu em outubro de 2011.

Impende mencionar que o STJ já havia se mostrado assente à união estável homoafetiva no ano de 2008, abandonando, portanto, o entendimento de que tal união tinha natureza meramente de sociedade fato, conforme o mencionado Recurso Especial n. 820.475 – RJ. Ademais, em maio de 2011, a jurisprudência do STF já havia se firmado no sentido de que a união estável homoafetiva tem acolhimento no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, de reconhecimento da relação estável homoafetiva e, não, como mera sociedade de fato, com fins patrimoniais, o STJ reconheceu a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva ser convertida em casamento.

⁴⁹ Resp n. 1.183.378– RS

⁵⁰ Idem

Três pontos cruciais foram ventilados ao decidir o caso. Primeiro, utilizando-se do controle difuso de constitucionalidade interpretou as normas relativas ao casamento do Código Civil de 2002 (artigos 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565) à luz dos preceitos constitucionais.

Com efeito, “vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita”⁵¹

Segundo, defendeu o pluralismo familiar e reputou inaceitável fazer diferenciações de união heterossexual, união homoafetiva, casamento e família monoparental, fato que garante a conversão da união homoafetiva em casamento, de igual modo, ocorre com a união heterossexual. Nesse sentido:

“O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse designio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.”⁵²

Terceiro, defendeu, de certo modo, um ativismo judicial. Não que o Poder Judiciário deva criar leis, mas, em face de um ordenamento jurídico lacunoso, no caso dos direitos homoafetivos, cabe ao Poder Judiciário, diante do caso concreto, tomar providências coerentes com os preceitos constitucionais de dignidade da pessoa humana, isonomia, não discriminação por orientação sexual, assegurando-lhes direitos civis que já são assegurados às relações heteroafetivas.

⁵¹ Resp n. 1.183.378– RS.

⁵² Resp n. 1.183.378– RS.

É, nesse contexto, que o acordão fundamenta a possibilidade casamento de pessoas de mesma orientação sexual na sociedade brasileira. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho:

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

Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade pelo STF relativa à distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo (ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF) e que tal decisão do Pretório Excelso contém eficácia contra todos e efeito vinculante, bem como o entendimento firmando pela possibilidade de casamento entre pessoas de mesma orientação sexual pelo STJ (Resp. 1.183.378/RS), o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) editou a resolução n. 175 de 14 de maio de 2013.

Essa resolução determinou que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”. Com essa redação, há o entendimento que o casal homoafetivo pode celebrar diretamente o casamento ou converter a união estável em casamento.

Em face de todo o exposto, percebe-se que o reconhecimento da união homoafetiva – união estável ou casamento – e os direitos daí decorrentes, tais como, regime de bens, sucessórios, alimentos etc., são produtos dos entendimentos doutrinários e jurisprudências formulados pelos operadores da Ciência Jurídica Brasileira.

A partir dessa releitura da união homoafetiva é preciso dar efetividade a um outro direito aos casais homoafetivos: a possibilidade jurídica de adoção.

4.5 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA

O instituto jurídico da adoção encontra-se disciplinado pelo Código Civil de 2002, nos artigos n.º. 1.618 e n.º. 1.619, afirmando que “a adoção de crianças e adolescentes será definida na forma prevista pela Lei n.º. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.”⁵³

A adoção dos maiores de dezoito anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves adoção é “o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”.⁵⁴

De acordo com Maria Berenice Dias adoção é “um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica.”⁵⁵

Para a doutrinadora Maria Helena Diniz:

“Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.”⁵⁶

Dos conceitos apresentados, extrai-se que adoção tem natureza jurídica de ato jurídico solene, cria vínculo de filiação entre o adotante e o adotado e, por fim, depende de decisão judicial.

⁵³ < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm > Acesso em 03.06.2015.

⁵⁴ GONÇALVES, Roberto Carlos, **DIREITO CIVIL BRASILEIRO – DIREITO DE FAMÍLIA**. São Paulo: Saraiva, 2012

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **MANUAL DE DIREITO DAS FAMILIAS**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 434.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **CÓDIGO CIVIL ANOTADO**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.147-1.148.

Em relação à chancela judicial, “a adoção sempre depende de sentença judicial no atual sistema, seja relativa a maiores ou menores, devendo esta ser inscrita no registro civil mediante mandado”⁵⁷.

Nesse sentido, o processo adotivo tramita na Vara da Infância e Juventude nos casos de menores de dezoito anos, após essa idade, o aludido processo tem curso na Vara de Família. Em ambos os casos, é imprescindível a intervenção do Ministério Público, haja vista se tratar de questão reativa à estado de pessoas e a ordem pública⁵⁸.

Carlos Roberto Gonçalves propõe que os principais requisitos da adoção são:

“a) idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art. 42, caput); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, § 3º); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; d) concordância deste se contar mais de 12 anos (art. 28, § 2º); e) processo judicial (art. 47, caput); f) efetivo benefício para o adotando (art. 43).”⁵⁹

Inicialmente, no Código Civil de 2002, o art. 1.622 consagrava a regra jurídica de que “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”.

Essa redação, por utilizar o termo “marido” e “mulher”, transmitia a ideia que a adoção só poderia ser concretizada no relacionamento em que haja diferenciação de sexo. Ademais, a adoção conjunta necessitava da união do casal pelo casamento ou união estável, institutos jurídicos que, por diversas vezes, foram negados ao casal homoafetivo.

A Lei nº. 12.010/2009 (Lei Nacional da Adoção) revogou tal disposição do Código Civil de 2002, valendo atualmente o art. 42 do ECA que, em relação à adoção conjunta, determina: “para adoção conjunta, é indispensável que os

⁵⁷< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm >Acesso em 03.06.2015.

⁵⁸ TARTUCE, FLAVIO. **MANUAL DE DIREITO CIVIL – VOLUME ÚNICO**. São Paulo: Método, 2011, p. 1130.

⁵⁹ GONÇALVES, Roberto Carlos, **DIREITO CIVIL BRASILEIRO – DIREITO DE FAMÍLIA**. São Paulo: Saraiva, 2012.

adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.”⁶⁰

Destarte, de acordo com o ECA, a condição inerente para adoção conjunta é o casamento ou a união estável dos adotantes, não fazendo referência expressa quanto à orientação sexual deles.

Como demonstrado no presente trabalho, inicialmente negava-se a possibilidade jurídica da própria união homoafetiva, bem como do casamento. Existiu, na ordem jurídica brasileira, intensa participação da doutrina e a construção jurisprudencial para mudança paradigmática dessa temática.

Em face da lacuna legislativa relativa à união homoafetiva, o entendimento hoje, sem desrespeitar quem pensa o contrário, é de que a união estável e o casamento homoafetivo é plenamente possível na sociedade brasileira, devido a interpretação das regras do direito civil conforme os preceitos constitucionais, sobretudo da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da não discriminação por sexo entendida também como não discriminação por orientação sexual. Logo, a regra do art. 42 do ECA supracitada também abarca a hipótese de casais homoafetivos.

Nesse sentido, assevera Aimberé Francisco Torres:

“A Constituição de 1988, como já aventado, autoriza o reconhecimento de outras formas de arranjos familiares; ademais, a jurisprudência de nossos tribunais vem reconhecendo possuir a união homossexual característica de entidade familiar, como a união estável. Além disso, os próprios artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil possibilitaram que companheiros e concubinos adotem, não estabelecendo a necessidade da diversidade de sexo entre os adotantes. Destarte, partindo do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com objetivo de construir família, deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer a essas pessoas o direito de adotar em conjunto.”⁶¹

⁶⁰ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm> Acesso em 05.06.2015.

⁶¹TORRES, Aimberé Francisco, **ADOÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOPARENTAIS**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 115

Sobre a tormentosa questão da adoção homoafetiva, de modo preconceituoso, há quem entenda que crianças adotadas por casais homoafetivos possam sofrer algum tipo de dano futuro em face da ausência de referências comportamentais, seja pelas sequelas de ordem psicológica do adotado, sentindo-se mal por ter crescido em uma família homoafetiva, ou, ainda, o adotado ser influenciado a tornar-se homossexual.

Nesse diapasão, assevera, em relação à adoção homoafetiva e o preconceito, Maria Berenice Dias:

“A mais tormentosa questão que se coloca – e que mais tem dividido as opiniões, mesmo entre os que veem as relações homossexuais como uma expressão de afetividade – é a que diz respeito à adoção por parceiros do mesmo sexo. A intensa reação contra o deferimento da adoção para homossexuais apenas reflete a face mais aguda do preconceito. Como as relações sociais são marcadas pela heterossexualidade, é enorme a resistência pela crença de haver um dano potencial futuro por ausência de referências comportamentais. Assim, haveria a possibilidade de ocorrer sequelas de ordem psicológica ao adotado. Também há o mito de que os filhos de homossexuais teriam a tendência de tornarem-se homossexuais.”⁶²

Sobre as preocupações acerca da ausência de referências heterossexuais, causando possível confusão na formação da orientação sexual do adotado, bem como a possibilidade de a criança ser alvo de repúdio no meio social em que ela se encontra inserida, a supracitada autora, utiliza-se de pesquisas realizadas na Califórnia - Estado dos Estados Unidos da América –, para afastar tais inquietações:

“Na Califórnia, desde 1970, vem sendo estudada a prole de família não convencionais, filhos de hippies e de quem vive em comunidade ou casamento abertos, bem como crianças criadas por mães lésbicas ou pais gays. Concluíram os pesquisadores que filhos com pais de mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado em crianças que convivem com pais dos dois sexos. (...) Também não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que os filhos de pais homossexuais venham a se tornar homossexuais. Estudos que datam de 1976 constataram que as mães lésbicas são tão aptas nos papéis maternos quanto as heterossexuais. (...) Diante de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gera patologia. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao

⁶² DIAS, Maria Berenice. **UNIÃO HOMOSSEXUAL: O PRECONCEITO & JUSTIÇA**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107.

desenvolvimento moral ou à estabilidade decorrente do convívio com pais do mesmo sexo. Não dispõe de qualquer sustentação o temor de que o par passa praticar sexo na frente ou com os filhos. Assim, nada justifica a visão estereotipada de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizado ou terá prejudicado o seu desenvolvimento e muito menos que a falta de modelo heterossexual acarretará para de referência a tornar confusa a identidade de gênero.⁶³

A adoção por casal homoafetivo também deve ser vista sob o ponto de vista do adotado, do mesmo modo que acontece na adoção por casal heteroafetivo. Nesse sentido, o art. 43 do ECA preconiza que “será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando”.

Verifica-se, nesse ponto, que a regra infraconstitucional explicitada é decorrência lógica da garantia constitucional de promoção do bem-estar do menor no seu núcleo familiar e na sociedade como um todo, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar essa situação de proteção ao menor, conforme previsto no art. 227, caput, da CF/88, garantia essa também conhecida como princípio do melhor interesse do menor:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”⁶⁴

Através da perspectiva do melhor interesse do adotado que se encontra abandonado é crível que sua inclusão na inserção da família homoafetiva “lhe será muito mais benéfica do que sua permanência nas ruas ou instituições, onde seu destino estará traçado às vezes pela sorte, outras vezes pelo acaso.”⁶⁵

A problemática da adoção por pares homoafetivos também chegou ao STJ no ano de 2010, através do Recurso Especial n. 889.852 – RS, o ilustre Tribunal deixou

⁶³ DIAS, Maria Berenice. **UNIÃO HOMOSSEXUAL: O PRECONCEITO & JUSTIÇA**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 115-116.

⁶⁴ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em: 07.06.2015.

⁶⁵ TORRES, Aimbere Francisco, **ADOÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOPARENTAIS**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

assente a possibilidade da adoção nesse tipo de família, reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio. É o que se extrai da ementa simplificada de julgamento a seguir:

“Direito Civil. Família. Adoção de menores por casal Homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de 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.

(STJ , Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - QUARTA TURMA)”⁶⁶

O caso em análise trata-se de ação ajuizada por uma companheira para que pudesse adotar os dois filhos que a sua parceira já os havia adotado judicialmente, desde o nascimento.

Houve minucioso estudo social da situação vivenciada pelo casal homoafetivo com os menores, de modo que a ação foi julgada procedente em favor da autora, determinando a adoção e a inserção do sobrenome dela nos registros das crianças, sem a necessidade de mencionar as palavras pai e mãe.

O Ministério Público inconformado com a decisão do magistrado monocrático apelou ao tribunal, o qual decidiu pelo referendo da sentença prolatada na instância inferior.

Segundo às razões ventiladas no acórdão reconhecendo-se a união homoafetiva, “com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar”.⁶⁷

Pautando-se no laudo elaborado por especialista dando conta entre a saudável relação vivenciada pela adotante e pelos adotados, a corte afirmou que “s estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam

⁶⁶ Resp. n. 889.852 – RS

⁶⁷ Idem.

adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto.”⁶⁸

Não logrando êxito em sua apelação, o Ministério Público ajuizou o Recurso Especial sobredito, aduzindo que a união homoafetiva é apenas sociedade de fato e não se encontra inserida como ente familiar que o art. 1.622 do CC/02 elegeu para poder adotar.

A corte guardiã da leifederal, em sua decisão, afirmou que, nesses casos, é imprescindível observar a “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.”⁶⁹

Trouxe a baila, ainda, que 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.”⁷⁰

Por fim, o novo tipo de família que a constituição de 1988 deseja, formando-se por arranjos diversos e garantindo o bem estar de todos seus componentes, em oposição à família tradicional, tipicamente, heterossexual e decorrente do casamento.

Além desse importante precedente de Tribunal Superior, verifica-se, no ordenamento jurídico doméstico, decisão, de igual modo, favorável a adoção homoafetiva perante o STF, conhecido como corte guardiã da Constituição Federal.

Esse entendimento foi firmado através do julgamento do Recurso Extraordinário n. 846.102 – PR, cuja relatora foi a Ministra Cármen Lúcia e que a ementa simplificada se encontra a seguir:

Decisão recurso extraordinário. Constitucional. Reconhecimento de união estável homoafetiva e respectivas consequências jurídicas. Adoção. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.277. Acórdão recorrido harmônico com a jurisprudência do supremo tribunal federal. Recurso extraordinário ao qual se nega seguimento.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Resp. n. 889.852 – RS.

⁷⁰ Idem.

(STF - RE: 846102 PR - PARANÁ , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-052 18/03/2015)⁷¹

O Ministério Público do Paraná ingressou com o supracitado Recurso Extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça paranaense que acolheu a tese de que é possível, no Brasil, a adoção por casais homoafetivos, nos seguintes termos:

“Apelação cível. Adoção por casal homoafetivo. Sentença terminativa. Questão de mérito e não de condição da ação. Habilitação deferida. Limitação quanto ao sexo e à idade dos adotandos em razão da orientação sexual dos adotantes. Inadmissível. Ausência de previsão legal. Apelo conhecido e provido.”⁷²

Em suas razões recursais, aduziu o *parquet* que o acórdão contrariou o art. 226, § 3º, da Constituição da República, apoiando-se em dois questionamentos do alcance dessa norma que introduziu a figura da união estável no cenário constitucional brasileiro.

Para o órgão fiscal da lei, em primeiro lugar, “há possibilidade de interpretação extensiva do preceito constitucional para incluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo na concepção de união estável como entidade familiar”. Em segundo lugar, a seu turno, “a interpretação restritiva do preceito constitucional incorreria em discriminação quanto à opção sexual”⁷³.

A ministra relatora afirmou, em relação quem era o destinatário inicial do referido artigo constitucional, que:

“logicamente, nem dois homens e uma mulher; nem duas mulheres e um homem (fatos estes que não chegam a ser tão raros em certas regiões do Brasil); nem dois homens ou duas mulheres; foram previstos pelo constituinte como configuradores de uma união estável, ainda que os integrantes dessas relações, hipoteticamente consideradas, coabitem em caráter análogo ao de uma união estável, ou seja, de forma pública e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”⁷⁴

⁷¹ RE n. 846.102 – PR.

⁷² Idem

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

Conclui-se, pois, que, embora existissem outras diversas formas da família se organizar, a princípio, restou positivada apenas a relação estável heterossexual, em oposição aos textos anteriores que privilegiavam apenas a família heteroafetiva decorrente do casamento.

“Não há lacuna, mas sim, uma intencional omissão do constituinte em não eleger (o que perdura até a atualidade) a união de pessoas do mesmo sexo como caracterizadores de entidade familiar”.⁷⁵

Interpretando a Constituição Federal pelos vetores da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da discriminação, da tutela da família, dentre outros, o texto maior “não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva”.⁷⁶

“Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins”⁷⁷, a proteção estatal em assegurar uma família ao menor, não pode, por preconceito, deixar de considerar adoção homoafetiva.

Mantendo-se o entendimento amplo do conceito de família, o julgado, portanto reafirmou a família decorrente da união estável homoafetiva, como já havia feito no julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277.

Nesse sentido, afirmou ministra relatora que o entendimento do STF é o de não reduzir o conceito de família, instituto do direito privado essencial para organização do Estado, e, sim, de ampliá-lo, conforme o texto constitucional vigente, sob pena de se afirmar, por vias transversas, que o texto maior possui um discurso preconceituoso ou homofóbico. Logo, reconhecendo a família homoafetiva, é dever do Estado garantir a ela os mesmo direitos que gozam a família heterossexual, conseqüentemente, a adoção. Veja-se, a propósito, o trecho de sua decisão:

⁷⁵ RE n. 846.102 – PR.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Idem.

“interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo - data vênua de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade”.⁷⁸

⁷⁸ Idem.

5 CONCLUSÃO

A história brasileira demonstra que, nos primórdios, o Estado Brasileiro se confundia com a Igreja Católica, de modo que os dogmas cristãos repercutiam na maneira que a sociedade deveria se comportar. A fundamentação teórica do pensamento cristão se encontra na Bíblia Sagrada, texto pelo qual não se encontra inserido a hipótese de duas pessoas de mesma orientação sexual manter um relacionamento característico de família. Essa é a nossa raiz cultural que, de certo modo, influenciou a omissão estatal na tutela do direito de ser homossexual, constituir uma família e os outros a partir daí.

Malgrado essa situação, com o tempo os homossexuais foram conquistando espaço na sociedade ao ponto que, um dia ou outro, a sua inserção no convívio social como titular de direitos que anteriormente eram lhes negado seria inevitável.

Nesse ponto de transição, destaco a promulgação da Constituição Federal de 1988, instrumento normativo pelo qual se encontram as alicerces jurídicas para a releitura do homossexual na sociedade brasileira. Nela está contido o princípio da isonomia tanto no aspecto formal quanto material, o princípio da dignidade da pessoa humana que reforça a qualidade que cada um possui e que nos distingue de mera coisa. Esses são os alicerces para uma sociedade brasileira menos preconceituosa e mais integrativa.

No caso das uniões homoafetivas, a função legislativa influenciou também a função administrativa do Estado Brasileiro, isto é, sem legislação acerca do tema, o administrador deixou de praticar diversos atos administrativos que pudessem facilitar o convívio dos casais homoafetivos à semelhança como ocorre com os casais heteroafetivos.

Todavia, devido à doutrina e a evolução do entendimento jurisprudencial os casais homoafetivos puderam experimentar direitos que não eram originariamente titulares, mas intimamente relacionado à vida conjunta pública, contínua e duradora.

Nesse sentido, emergem as questões patrimoniais, o reconhecimento legal dessa união, a questão de ser dependente no âmbito previdenciário em caso do falecimento do parceiro e, inclusive, a questão tormentosa de poder adotar uma criança.

Esses direitos foram assegurados porque pessoas nessa situação recorreram ao Poder Judiciário algumas conseguindo, outras não a procedência de sua pretensão. Diante do princípio da inafastabilidade de jurisdição, a função julgadora enfrentou a questão das uniões homoafetivas no caso concreto, ressalvado o reconhecimento da união estável pelo STF que se deu mediante controle abstrato de constitucionalidade, atacando os preceitos do código civil em si em face da Constituição, sem analisar um caso pontual.

A união homoafetiva inicialmente foi resolvida pela teoria da sociedade de fato, teoria atrelada apenas pelas questões materiais, não reconhecendo esse relacionamento como uma família.

Após, a doutrina e a jurisprudência caminharam para o reconhecimento da união homoafetiva na perspectiva familiar. Esse entendimento foi chancelado pelo Poder Judiciário através do julgamento Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132-RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277-DF.

Nele, ficou assente que a união homoafetiva é reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como entidade familiar. Houve uma releitura das leis civilistas que, por obediência ao princípio da supremacia da constituição, não poderiam prevalecer sobre o texto maior.

A partir do reconhecimento da união homoafetiva como família é possível conceber a possibilidade jurídica da união homoafetiva, eis que tanto o direito de adotar do casal homoafetivo é assegurado quanto o melhor interesse do menor deve prevalecer no processo de adoção.

Em relação à adoção homoafetiva, não se trata de privilégio ou negligência do estado em inserir essas crianças em lares formados por gays, trata-se na verdade de garantir isonomia de direitos entre os casais heteroafetivos e os homoafetivos, bem como o estado cumprir o mandamento constitucional de proteção ao menor por meio de sua inserção em um ambiente saudável, que não é rua e orfanatos como muitas das vezes ocorrem.

Ante o exposto, verifico que, devido a nossa carta magna vigente, a questão do casal homoafetivo foi revista após anos de omissão legislativa acerca da temática.

Negar o direito deles se unirem como família do ponto de vista jurídico, pela união estável ou pelo casamento, bem como não garantir-lhes outros direitos daí decorrentes: ser dependente previdenciário, dividir bens quando a relação se desfizer, ser sucessor na qualidade de companheiro ou esposo, adotar, figurar nas ações alimentícias, dentre outros, é admitir que a Constituição Federal possui um discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico, que não é, como bem asseverou a Ministra do STF Cármen Lúcia:

“interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico.”

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E SITES CONSULTADOS

BARROSO, Luís Roberto, **Dignidade da Pessoa Humana no Direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/inicial.html>>

DA SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias.** 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAUSTO, Bóris, **História do Brasil.** São Paulo: Edusp, 2010.

GONÇALVES, Roberto Carlos, **Direito Civil Brasileiro – Direito De Família.** São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel, **Fundamentação Da Metafisica Do Costume.** Tradução por Antônio Pinto Carvalho. <<http://www.consciencia.org/docs/kantfundamentacao.pdf>> Acessado em: 01/06/2015.

PAULO, Vicente, **Direito Constitucional descomplicado.** São Paulo: Método, 2011.

RIOS, Roger Raupp. **A Discriminação por gênero e por orientação sexual.** Seminário Internacional as minorias e o Direito, Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>.. Acesso em: 29/05/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TARTUCE, Flavio, **Direito Civil I: Lei de introdução e parte Geral.** São Paulo: Método. 2013.

TARTUCE, FLAVIO. **Manual de direito civil – volume único.** São Paulo: Método, 2011, p. 1130.

TORRES, Aimbere Francisco, **Adoção nas relações homoparentais.** São Paulo: Atlas, 2009.

_____, **Manual do direito homoafetivo.** São Paulo: Saraiva, 3013.

< <http://www.iusbrasil.com.br/> >

<<https://www.bibliaonline.com.br/>>.

<<http://www.paulomascarenhas.com.br/ManualdeDireitoConstitucional.pdf>>

< <Http://Anajus.Jusbrasil.Com.Br/Noticias/2803750/Principio-Constitucional-Da-Igualdade>>

<<http://sofos.wikidot.com/imperativo-categorico> Acesso em 29.05.2015.>

<<http://www.planalto.gov.br>>

<<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2005/118.htm>>

<<http://jus.com.br/artigos/10742/direito-sucessorio-na-uniao-homossexual>>

< <http://www.dicio.com.br/>>

<<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/ibge-identifica-60-mil-casais-gays-no-pais>>

<<http://www.pewglobal.org/files/2013/06/Pew-Global-Attitudes-Homosexuality-Report-FINAL-JUNE-4-2013.pdf>>