

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

LUANA FONSECA PEREIRA RIBEIRO

**O ATIVISMO JUDICIAL NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA E
SUAS IMPLICAÇÕES QUANTO À POSSIBILIDADE DO CASAMENTO E DA
ADOÇÃO**

Juiz de Fora
2014

LUANA FONSECA PEREIRA RIBEIRO

**O ATIVISMO JUDICIAL NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA E
SUAS IMPLICAÇÕES QUANTO À POSSIBILIDADE DO CASAMENTO E DA
ADOÇÃO**

Monografia de conclusão de curso,
apresentada à Faculdade de Direito da UFJF,
como requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Israel Carone Rachid

Juiz de Fora

2014

LUANA FONSECA PEREIRA RIBEIRO

**O ATIVISMO JUDICIAL NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA E
SUAS IMPLICAÇÕES QUANTO À POSSIBILIDADE DO CASAMENTO E DA
ADOÇÃO**

Monografia de conclusão de curso,
apresentada à Faculdade de Direito da UFJF,
como requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Israel Carone Rachid

Aprovada em ___/___/___

Prof. Israel Carone Rachid

Prof^a Flávia Lovisi Procópio de Souza

Prof. Fábio de Oliveira Vargas

“Triste época! É mais fácil desintegrar um átomo do que um preconceito.”

Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho analisa a evolução das famílias, desde o patriarcalismo até a contemporaneidade, para focalizar o cenário atual do reconhecimento da união estável homoafetiva. Tem como ponto elementar a análise da ADI nº 4.277, decorrente da ADPF nº 132, através da qual, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que os casais homossexuais, que vivem em união estável, possuem os mesmos direitos dos casais heterossexuais que usufruem deste regime. No mais, cuida de observar o exacerbado ativismo judicial quanto à matéria, bem como a criticada, mas necessária, usurpação do Poder Judiciário, para que a igualdade e dignidade dos pares homossexuais seja preservada. Destarte, busca-se, também, analisar como o direito comparado regulamenta a união homoafetiva. Além disso, tem por escopo defender a possibilidade do casamento e da adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Palavras chave: União homoafetiva. Afetividade. Princípio da igualdade. Princípio da Dignidade. Ativismo judicial. Casamento. Adoção.

ABSTRACT

This study aims to analyze the evolution of families, since patriarchy, until nowadays, so we can get to the current scenario of the recognition of stable homo-affective union. Its elementary point, the analysis of ADI n° 4.277, resulting ADPF n° 132, by which unanimously, the Supreme Court ruled that homosexual couples living in stable, have the same rights as heterosexual couples who enjoy this regime. At the most, we attempted to observe the judicial activism exacerbated as the committee, as well as criticized, but necessary, usurpation of Judiciary, for the equality and dignity of homosexual pairs is preserved. Thus, we sought to also examine how comparative law regulated the homo-affective union. Also, has the scope to defend the possibility of marriage and adoption by couples including same sex.

Keyword: Homo-affective union. Affectivity. Principle of equality. Principle of Dignity. Judicial activism. Marriage. Adoption.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA.....	09
1.1 A família patriarcal.....	09
1.2 O reconhecimento da afetividade.....	10
1.3 As novas famílias: a união entre pessoas do mesmo sexo.....	12
1.4 A ausência de norma legal amparando as minorias.....	14
2. A REGULAMENTAÇÃO JURISDICIONAL À FAMÍLIA HOMOAFETIVA.....	19
2.1 Os argumentos do julgamento da ADI nº 4.277 e ADFP nº 132.....	20
2.2 O ativismo judicial no reconhecimento da união homoafetiva.....	21
2.3 O reconhecimento da união homoafetiva no mundo.....	26
3. O CASAMENTO E ADOÇÃO POR PESSOAS DO MESMO SEXO.....	29
3.1 Casamento civil homoafetivo.....	29
3.2 Adoção por casal homoafetivo.....	32
3.3 A necessidade de um projeto de lei.....	36
CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS.....	39

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará acerca da polêmica união entre pessoas do mesmo sexo. Para tanto, inicialmente, será feita uma análise histórica sobre a família, desde os primórdios do patriarcalismo até a afetividade, quando, então, foi-se ampliando e assegurando direito aos casais homoafetivos. Nos dias de hoje, observamos a enorme evolução do grupo LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e travestis), os quais, aos poucos, estão tendo, finalmente, os seus direitos resguardados.

Contudo, ainda é notória a discriminação sofrida diuturnamente pelos homossexuais, os quais são taxados de diferentes e rejeitados pela sociedade em razão da sua mera preferência sexual. Por tratar-se de opção sexual que diverge da tradicional, as uniões homoafetivas são consideradas anormais e fora dos padrões morais.

Apesar dos avanços, muitos grupos ainda encontram-se fortes e renitentes em reconhecer os direitos dessas minorias, que cada vez mais estão ganhando espaço. O estudo acerca desta temática é importante, pois a união homoafetiva no Brasil ainda esbarra no preconceito e na discriminação. O estigma em que são envoltos os homossexuais fez com que despertasse o interesse na pesquisa sobre as uniões homoafetivas, cujo preconceito sempre condenou ao silêncio esse grupo de indivíduos.

Neste norte, faz-se necessário analisar a atual concepção de união homoafetiva, tendo em vista os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como o reconhecimento da união homoafetiva assegurado por meio da ADI nº 4.277, através da qual foram garantidos à união homoafetiva os mesmos direitos da união estável heterossexual.

Ademais, pretende-se com o presente trabalho definir o ativismo judicial, demonstrando como o mesmo se fez necessário para a extensão de direitos aos pares homossexuais, analisando, inclusive, como o Direito Comparado encara o casamento e a adoção por pessoas do mesmo sexo.

Em detrimento do casamento, a união estável está cada vez mais em voga na sociedade contemporânea e diversos são os casais heterossexuais que optam por essa espécie de união familiar. No entanto, havia enorme resistência quanto à união de pessoas do mesmo sexo, uma vez que o ordenamento apenas dava guarida à união entre o homem e a mulher, não subsistindo a possibilidade de construção de uma família com base em duas mulheres ou dois homens.

Contudo, com recente decisão do STF, a união entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecida, não cabendo mais ao juiz singular, ao seu livre arbítrio, apreciar ou não a incidência de direitos decorrentes desta espécie de família. Implicações das mais diversas decorrem da união, como a possibilidade de pleitear alimentos, adoção de menores e direitos sucessórios, razão pela qual este trabalho se faz necessário, também, para que analisemos se esses e outros mais direitos e possibilidades decorrentes da união estão sendo acertadamente concedidas.

1- EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA

O presente capítulo cuidará de analisar, inicialmente, como a questão da família foi tratada historicamente no Brasil, a fim de que possamos observar as transformações e a evolução social no que se refere a esta instituição. Isto se faz importante para que se tenha uma visão global acerca do antigo e do atual conceito de família, o qual foi se modificando, na medida em que houve a necessidade ímpar de satisfazer os anseios da sociedade e, mais que isso, de atender e proteger as diversas espécies familiares que cresciam de maneira exponencial.

1.1- A família patriarcal

No que se refere ao conceito de família, de plano, pensamos ser esta a primeira comunidade na qual o ser humano se insere, base da sociedade e, por esta razão, tão grande a preocupação do constituinte em protegê-la. No mais, é possível verificarmos que a forma de interação das manifestações sociais influenciou a transformação do conceito constitucional de família ao longo das décadas. O Código Civil de 1916 foi elaborado sob a vigência da Constituição Federal de 1891, a primeira Constituição do Brasil na condição de República. O diploma civil era considerado essencialmente patrimonialista, mesmo ao tratar das relações de família, concentrando a sua principal finalidade em transmitir patrimônios, fossem eles de qualquer natureza (NAHAS, L. F., 2008, p. 67).

No mesmo diapasão, cabe apontar que os pilares do Direito liberal, até então vivenciados, consubstanciavam-se na tríade: casamento, propriedade e contrato. A única forma de família constituía-se pela celebração do matrimônio, bem como a possibilidade de filhos legítimos advirem, também, apenas da relação matrimonial. Uma das principais características desta época foi o patriarcado, decorrendo dele a subordinação da mulher e dos filhos ao *pater familiae*. O poder encontrava-se, até então, centralizado na figura do marido, que possuía o direito de exigir obediência de sua mulher, a qual deveria, sempre, moldar suas ações pela vontade do patriarca, quando não de seu pai, depois de casada, do seu marido. Importante frisar que após o casamento, a capacidade da mulher deslocava-se para o marido, a qual não poderia exercer profissão remunerada sem a autorização do mesmo (*apud* PEREIRA, L., 2004).

Neste contexto, a família possuía características muito particulares, uma vez que, além de eminentemente agrária, o casamento era considerado uma espécie de negócio, capaz de propiciar a transmissão da propriedade e a procriação. Outrossim, os casamentos eram combinados entre os patriarcas de cada família, sendo o afeto descartado em prol de interesses estritamente patrimoniais.

Com o advento da Constituição de 1934, ocorreu no Brasil a transformação do Estado liberal para o social, possuindo como marco importante a Revolução de 1930. Foi no aludido texto constitucional que surgiram as primeiras menções de proteção à família, limitando-se, no entanto, à união matrimonial indissolúvel, isto porque, influenciado pela Igreja Católica, o casamento reconhecido como gerador da família não era somente civil, mas também o religioso, sendo certo que apenas em 1890 institui-se o casamento civil no Brasil (NAHAS, L. F., 2008, p. 74).

Tudo isto ocorreu, uma vez que a família brasileira era eminentemente matrimonializada, ou seja, apenas reconhecida legal e socialmente se constituída através de casamento válido, sendo que qualquer outra forma de arranjo familiar era marginalizada. Com a gradual passagem do tempo, observamos alguns avanços como a consagração da independência da mulher, com a edição da Lei 4.121, em 27/08/1962, a qual dispunha sobre o “Estatuto da Mulher Casada”. Apesar da manutenção de características ainda de viés patriarcal, a mulher adquiriu certa independência em relação a seus atos. Para atender aos anseios sociais, o Brasil, como um dos poucos países que ainda reconheciam o casamento como um vínculo perpétuo, tendo em vista a força do Catolicismo no Poder Legislativo, veio finalmente a editar a Lei 6.515/77, qual seja, a Lei do Divórcio, regulamentando, assim, as causas, prazos e os procedimentos para a dissolução da sociedade conjugal.

No dizer de Maria Celina Bodin de Moraes, em seu artigo “A Família Democrática”, observamos que o divórcio surge como um instituto que autoriza a reorganização das famílias, permitindo que sejam realizados novos laços no lugar daqueles que haviam se rompido. O casamento passa a representar aspirações e anseios individuais, em detrimento do antigo vínculo para fins estritamente patrimoniais e comerciais.

1.2- O reconhecimento da afetividade

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi reconhecida a família como base da sociedade, a qual possui especial proteção do Estado, conforme se observa do art. 226 do aludido diploma. As pessoas passam a se unir buscando uma vida comum, tendo em vista a

compatibilidade de planos, interesses e afinidades, tornando-se a família o ambiente adequado para o desenvolvimento da personalidade de todos os seus membros. Importante asseverar que toma espaço o reconhecimento de outras formas de família que não as constituídas através do matrimônio. A união estável torna-se uma opção, a qual não é nem melhor ou pior que o casamento, uma vez que os conviventes podem, quando e se acharem oportuno, converterem-na em casamento, conforme consagra o art. 226, § 3º da CF/88. A aceitação de outras entidades familiares trouxe um alívio à sociedade brasileira, de vez que embora o casamento não se assemelhe à união estável, no que se refere à forma, diante de todas as solenidades que aquele necessita, resguardou-se ao novel instituto igual proteção como forma de família. Outros reflexos importantes de serem anotados é a prioridade que se deu às crianças e aos adolescentes, os quais passam a ser o centro da família, além de ser excluída qualquer forma de discriminação quanto aos filhos de qualquer origem, não havendo mais existência de qualquer distinção entre estes, uma vez que não há qualquer ligação de seu *status* com o relacionamento que ocorreu entre seus pais, prevalecendo a proteção igualitária dos filhos.

A Carta de 1988 resgatou, ainda, a dignidade do antigo instituto do concubinato, passando a denomina-lo de “união estável”. Com o reconhecimento deste instituto, passou-se a observar, inclusive, um acentuado crescimento e, em alguns momentos até a superação numérica, de relacionamentos estáveis em detrimento do casamento. Friederich Engels elucida que “*a família progride na medida em que progride a sociedade, que vai se modificando porque a família é produto do sistema social e a cultura da época irá refletir no sistema*”. O reconhecimento e proteção da família informal, constituída faticamente, nas alegrias e eventuais transtornos do dia a dia, é uma resposta a essa evolução. (MADALENO, R., 2012, p. 09).

Família é, portanto, uma realidade dinâmica, sendo necessário contextualizá-la na sociedade e no tempo, a fim de que esta possa ser definida corretamente. Hoje, a ideia de família representa um momento único, sendo esta encarada como o local em que as pessoas podem expor o seu verdadeiro “eu”, espaço de ajuda mútua e compreensão, no qual os comuns se unem em um relacionamento por razões de afeto recíproco. Pode-se dizer que a família realmente tornou-se “democrática” como defende Bodin, diante do contexto de liberdade e igualdade entre os membros, não se permitindo brechas à discriminação ou qualquer preconceito. Um dos maiores princípios da família passa a ser o respeito entre os seus integrantes, no que se referem tanto aos homens em relação às mulheres e ambos em relação aos seus filhos. As decisões da família são tomadas através de comunicação e diálogo,

o que se tornou possível diante da constituição de famílias nucleares, não havendo espaço para violência e hierarquia, diante do pequeno núcleo existente.

Aos poucos, a antiga estrutura familiar permeada por tabus e preconceitos, passou a se tornar a livre expressão do amor e do afeto. O novo paradigma é amplo e inclusivo. Neste mesmo sentido, a família *“passou a ser vivenciada como um espaço de afetividade, destinado a realizar os anseios de felicidade de cada um”*. (DIAS, M. B., 2003, pag. 18). Diante desta procura por realização, as famílias se tornaram cada vez mais heterogêneas, uma vez que, ao se estabelecerem com base nos sentimentos nutridos pelos seus pares e, não mais pela consanguinidade, os relacionamentos passaram a durar o tempo da existência do seu elo, qual seja, o tempo do próprio afeto. A tutela das relações familiares é feita *“valorizando-se os laços afetivos, que se traduzem numa comunhão espiritual de vida, a serviço da solidariedade e dignidade humanas”* (RAMOS, C., 1997, p. 137).

1.3- As novas famílias: a união entre pessoas do mesmo sexo

A despeito da dignidade humana e liberdade nas escolhas, o Direito Positivo ainda possui muitos entraves em tornar legítimas as famílias constituídas por casais homossexuais. Outrossim, na busca desta dignidade é que devemos enquadrar o relacionamento afetivo entre pessoas de mesmo sexo, como também uma espécie de entidade familiar. Possivelmente, em razão do medo do diferente, a história humana encontra-se abastada de preconceitos injustificados. Podemos citar como exemplos o entendimento de que o negro era desprovido de alma, pela declaração da própria Igreja na Idade Média e que a mulher casada era reconhecida como relativamente incapaz, antes do Estatuto da Mulher Casada. Tais situações, nos dias de hoje, são completamente absurdas e desprovidas de qualquer amparo de ordem legal e moral. É de se acreditar que o mesmo ocorrerá com os homossexuais, uma vez que as próximas gerações irão cuidar desse assunto de maneira natural, encarando este tratamento discriminatório com o mesmo espanto e indignação que nos deparamos, hoje, ao analisarmos os exemplos acima citados.

É certo que a homossexualidade sempre esteve presente na história humana e na própria natureza. Na Grécia Antiga, era comum relação entre homens sem a existência de uma conotação homossexual e essa prática não era repudiada pela sociedade. Em outro contexto, a homossexualidade era denominada de homossexualismo, havendo uma conotação pejorativa forte em razão do sufixo “ismo” e, considerada como uma espécie de perversão sexual, razão pela qual, por muito tempo, esteve incluída na Classificação Internacional de Doenças (CID)

pela OMS (Organização Mundial de Saúde). A sociedade patriarcal possui muita resistência em reconhecer a união homoafetiva, excluindo esse comportamento através de justificativas médicas, morais, psiquiátricas e religiosas. O estilo de vida de parte da comunidade homossexual, resultante da liberação sexual dos anos de 1960, fez com que os homossexuais fossem as primeiras vítimas da *Aids*, até então considerada uma sentença de morte. Tal fato contribuiu para que a Igreja Católica tratasse de demonizar a doença, argumentando que esta seria um castigo divino sobre indivíduos que viviam de maneira pecaminosa.

Neste viés, tendo em vista os entraves para manter um relacionamento homoafetivo, essa minoria depara-se com a alternativa de exercer a sua sexualidade, sendo vítima de preconceitos, ou não exercer e deixar de desenvolver-se sexualmente. Cerca de 60% dos brasileiros são homofóbicos, segundo pesquisa do Vox Populi (GALILEU, 2011). Estudos científicos objetivam defender, todavia, que a opção sexual nasce com o ser humano, não sendo este capaz de escolher se pretende se desenvolver como um ser humano homo ou heterossexual, de vez que, em razão de critérios biológicos, a opção sexual seria parte integrante de um alelo humano, que se desenvolve com o indivíduo. Fato é que a sexualidade é inerente à pessoa, sendo necessária não só para a perpetuação da espécie, mas também e, especialmente, a fim de que ocorra o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Neste sentido, defende Dias:

(...) O direito de tratamento igualitário independe de tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais (DIAS, 2009, p. 161).

Observamos, contudo, uma sociedade ainda muito reprimida e resguardada, formada por indivíduos que, ainda sob a concepção que a homossexualidade é uma patologia, acreditam que a mesma tenha cura, além de buscarem explicações e maneiras de combater tal situação. No mesmo norte, podemos citar o projeto “Cura Gay” do Deputado Marco Feliciano (PSC-SP). Mesmo após o projeto ter sido arquivado na Câmara, Feliciano afirma que retornará em 2015 com a Frente Evangélica ainda mais forte.

Enormes são as dificuldades ainda existentes em se tratar do tema e, apesar de tais famílias constituírem a minoria, certo é que de nada vale garantir a dignidade e igualdade no texto constitucional, quando, na prática, alguns segmentos da população ainda são alvo de discriminação e exclusão social. Não obstante a evolução ocorrida no âmbito das relações

personais, muitos cidadãos ainda sofrem com atitudes discriminatórias e preconceituosas, o que resulta, cada vez mais, em estudos voltados para a questão da defesa dos direitos das minorias marginalizadas. Tal posição não garante a ideia de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, uma vez que a realidade que se impõe exige uma regulamentação jurídica séria e imediata.

Nos dias atuais, não se pode rejeitar a existência de homossexuais e o aumento das uniões homoafetivas, elas existem e sempre existiram, sendo renegadas por não se enquadrarem na forma de relacionamento convencional. Apesar do número de casais *gays* no Brasil crescerem em escala geométrica, vem crescendo em larga escala, também, o número de assassinatos de *gays*. Estudos mostram que um integrante da comunidade LGBT é morto a cada 26 horas em nosso país. As razões para tais relatos estão relacionadas com o aumento da própria violência no país, o crescimento da violência contra *gays*, ausência de políticas públicas direcionadas a essa minoria e, ainda, a inexistência de legislação específica que criminalize a homofobia.

1.4- A ausência de norma legal amparando as minorias

À semelhança de todos os grupos que sofrem preconceito e discriminação, a deficiência normativa quanto à regulamentação das uniões homoafetivas é evidente, sendo esta situação deixada à margem do Direito. Nos dizeres de Maria Berenice Dias: *“Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimentos”*.

A omissão do Estado não pode ser justificada na existência de preconceitos de ordem moral. A falta de lei regulamentando a matéria e a existência de um Judiciário conservador tem levado a uma posição confortável de imutabilidade, negando direitos aos indivíduos. A forte influência da Igreja Católica e da Frente Evangélica são outros argumentos para a ausência de regulamentação da espécie no Brasil, de vez que consideram pecaminosos os atos sexuais dos quais não é possível advir procriação.

Aos olhos da Igreja, o sexo ainda existe com a exclusividade única de procriação. A possibilidade de sexo fora do casamento, diante do surgimento de métodos contraceptivos cada vez mais sofisticados, fez com que o casamento não seja mais o único reduto em que é lícita a prática sexual, já que o maior interesse dos indivíduos se tornou a busca do prazer. No entanto, no plano da moral religiosa, a homossexualidade é uma conduta reprovável e

pecaminosa, qualificada negativamente. Conforme destaca Rios (2002, p. 100-101): *esta prática importa em transgressão no plano divino e afastamento da vida espiritual, sendo ofensivos ao Criador e à natureza, decorrentes de luxúria e concupiscência.*

Conforme argumentação de Maria Berenice Dias, não se pode admitir tratamento diferenciado às relações de afeto que se desenvolvem de maneira igual, sendo a única diferença a diversidade ou não de sexo entre eles (DIAS, M. B., 2001). Todas as maneiras de excluir este grupo e descriminalizá-lo apenas fortifica a dominação da sociedade patriarcal, o que não é admissível em uma sociedade fundada no Estado Democrático de Direito. Não é somente o texto constitucional que impede a discriminação; há tratados e convenções internacionais recepcionados pelo ordenamento brasileiro que definem como ilegítima qualquer forma de interferência na vida privada de homossexuais, quer seja com fulcro no princípio da igualdade, ou no respeito à dignidade da pessoa humana.

Ocorre que são inegáveis as discriminações e reprimendas nos planos social e jurídico. Nesse sentido Berenice retrata que: *“O estigma do preconceito não pode ensejar que um fato social não disponha de efeitos jurídicos”*. Não existem argumentos principiológicos e nem jurídicos que justifiquem a não concessão do direito aos homossexuais de formar um núcleo familiar, os quais são eivados de preconceito e conservadorismo. A ausência de legislação sobre o assunto e o silêncio da Constituição Federal agravam ainda mais a matéria. Em contrapartida, pode-se conceder direitos e eficácia jurídica às uniões entre pessoas do mesmo sexo por intermédio de princípios e direitos fundamentais presentes no texto constitucional. Encontra-se estampado no texto constitucional que todos são iguais perante a lei. Assim, não reconhecer a entidade familiar formada entre pessoas do mesmo sexo é, no mínimo, descumprir princípio constitucionalmente assegurado.

A legislação brasileira não aborda de maneira taxativa as uniões homoafetivas, mas, consubstanciando-se nos aspectos principiológicos, pressupõe-se o reconhecimento jurídico das aludidas entidades familiares. A igualdade, como se vê do art. 5º, *caput*, da Carta Magna, é considerada princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Antes, em seu art. 3º, inciso IV, preceitua: “Art. 3º- Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação.**” Por conseguinte, pressupõe-se que as uniões homoafetivas podem ter reconhecimento no ordenamento jurídico, visto que cada cidadão dispõe de direito subjetivo de constituir família, independentemente de sua orientação sexual (AMORIM, R. F., 2012, p. 55). Além disso, ao consagrar a dignidade humana, a Constituição refere-se ao respeito a valores não só de igualdade e isonomia, mas de liberdade às pessoas,

concedendo proteção a todos e vedando a discriminação e preconceito. Assim sendo, deve-se extirpar a ideia que apenas heterossexuais são detentores do direito de constituir família, já que o Direito de Família se aplica a todos, indistintamente.

Nesse mesmo raciocínio, defende-se que o Estado brasileiro deve superar os preconceitos, a fim de promover a cidadania plena, em consonância com o Estado Democrático de Direito, dando efeito jurídico às relações homoafetivas, mormente nas situações em que exista a formação de famílias, de vez que todos os seres humanos têm assegurados os direitos à dignidade, respeito e felicidade. Segundo Campos (2008, p. 87):

Se hoje o direito de família e o direito civil como um todo sofrem um processo de repersonalização, no qual o casamento e a procriação não são mais elementos essenciais do ente familiar, havendo afetividade, assistência moral e material e solidariedade entre os sujeitos da união homoafetiva, não há explicação constitucional para desconsiderar referida união como entidade familiar, principalmente em face do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual fazem parte os também princípios da liberdade e da igualdade.

Cabe apontar que, a despeito da ausência de sucesso da demanda pelo reconhecimento explícito dos direitos dos homossexuais na Constituinte, não tardou a ingressar no sistema jurídico brasileiro pela via das Constituições Estaduais, uma série de disposições, a fim de promover a igualdade de direitos entre as diversas orientações sexuais. Como exemplos, podemos citar a Constituição Estadual de Mato Grosso (art. 10, inc. III), Alagoas (art. 2º, inc. I), Sergipe (art. 3º, inc. II), Pará (art. 3º, inc. IV) e Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 2º, § ú).

Igualmente, em nível estadual, foram diversas as edições de leis, as quais podem ser divididas em três espécies de categorias, sendo a primeira referente ao combate à discriminação, estabelecendo as sanções às práticas discriminatórias baseadas na orientação sexual das pessoas (Lei nº 2.615/2000 – Distrito Federal; Lei nº 3.157/2005 – Mato Grosso do Sul; Lei nº 14.170/2002 – Minas Gerais; Lei nº 7.309/2003 – Paraíba; Lei nº 5.413/2004 – Piauí; Lei nº 3.406/2000 – Rio de Janeiro; Lei nº 12.574/2003 – Santa Catarina; Lei nº 10.948/2001 – São Paulo). A segunda espécie possui um viés educacional, tratando da inclusão de conteúdo sobre orientação sexual nos cursos escolares (Lei nº 3.576/2005 – Distrito Federal; Lei nº 1.592/1995 – Mato Grosso do Sul; Lei nº 12.491/1997 – Minas Gerais; Lei nº 12.284/2006 – São Paulo). Por fim, a última categoria trata de ações afirmativas estabelecendo políticas voltadas para a promoção dos direitos dos homossexuais

(Lei nº 7.901/2005 – Paraíba; Lei nº 8.225/2002 – Rio Grande do Norte; Lei nº 11.872/2002 – Rio Grande do Sul).

Observa-se, assim, que o conteúdo de leis em âmbito estadual é muito mais vasta do que as disposições esparsas em nível federal, dentre as quais se pode destacar a Lei Nacional de Transtornos Mentais (Lei nº 10.216/2001) e a Lei de Combate à Violência contra a Mulher (Lei Maria da Penha, nº 11.340/2006), as quais proíbem expressamente a discriminação por orientação sexual.

Diante da inércia legislativa, movimentos de defesa surgiram a fim de que medidas de proteção fossem aplicadas aos homossexuais, garantindo-lhes igual tratamento pelo Poder Público. Apesar da postura omissiva da Constituição, o Poder Judiciário vem invocando princípios constitucionais para que sejam reconhecidos direitos aos homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis. Importante anotar, neste contexto, a adoção de medidas que reconheceram o direito à pensão por morte e auxílio reclusão à companheira ou companheiro homossexual. O Conselho Nacional de Justiça reconheceu, explicitamente, como dependente econômico do servidor, o “companheiro de união homoafetiva”, por meio da Resolução nº 39/2007, sem contar com as decisões que deferem direitos sucessórios, assegurando direito à meação, direito real de habitação e à herança.

Outra situação que merece ser destacada refere-se à possibilidade de concessão de Seguro Obrigatório de Danos Pessoais, causados por Veículos Automotores de Via Terrestre ou por sua Carga, a Pessoas Transportadas ou não (DPVAT), criadas pela Lei nº 6.194/1974, com três modalidades indenizatórias, quais sejam, por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementar. Editou-se a Circular nº 257/2004, através da qual se equiparou o companheiro ou companheira homossexual ao companheiro ou companheira heterossexual, na condição de dependente preferencial da mesma classe, com direito à percepção da indenização referente ao seguro DPVAT, em caso de morte do outro. Não se pode deixar de abordar a possibilidade de inclusão como dependente do companheiro ou companheira homossexual nos planos de saúde, tendo tal direito sido reconhecido primeiramente através do REsp nº 238.715-RS no ano de 2006, através do qual o Ministro Humberto Gomes de Barros asseverou que o homossexual não é cidadão de segunda categoria, não sendo cabível, portanto, que em razão de sua opção ou condição sexual tenha os seus direitos diminuídos.

É notório que houve um avanço nas Constituições e Leis Estaduais através de medidas de ordem administrativa e reconhecimento judicial que, aos poucos, foi trazendo aos homossexuais a possibilidade de usufruírem de direitos e garantias até então assegurados

apenas aos casais convencionais, a despeito de serem evidentes, ainda, os limites do nosso sistema político no que se refere à proteção das minorias.

No território nacional, as relações homoafetivas vinham sendo reconhecidas dia após dia pelos Tribunais Estaduais e Juízes de 1º grau, o que tornava a preocupação com a regulação das uniões homoafetivas cada dia maior, o que culminou no histórico dia 05 de maio de 2011, quando, então, a Suprema Corte brasileira veio a cancelar o que já ocorria nos tribunais inferiores, equiparando as uniões estáveis entre homossexuais e heterossexuais. Por meio da ADIN nº 4.277 e da ADPF nº 132, em decisão unânime, os dez Ministros votantes manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, a ela aplicando o regime concernente à união estável entre o homem e a mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro.

Diante de todo o exposto, observamos que, paulatinamente, passamos do conceito arcaico de família patriarcal à ideia de família com vínculos e bases no afeto, reconhecendo-se, posteriormente, apesar do receio e preconceito existentes em nossa sociedade, a possibilidade de concessão de direitos às famílias formadas por homossexuais, vindo o STF, apenas no ano de 2011, a se pronunciar a este respeito.

Contudo, a despeito dos enormes elogios vinculados a esta decisão, uma vez que concedeu direitos às minorias, certo é que duras são as críticas travadas contra a mesma, tendo em vista não só a notória usurpação de poderes, mas em razão, também, das deficiências que existem na decisão, sendo este o panorama a ser abordado no próximo capítulo deste trabalho.

2- A REGULAMENTAÇÃO JURISDICIONAL À FAMÍLIA HOMOAFETIVA

O dia 05 de maio de 2011 será eternamente lembrado pela comunidade LGBT. A mais alta corte do Poder Judiciário brasileiro - o Supremo Tribunal Federal- reconheceu que a união homossexual pode ser considerada entidade familiar no Brasil, com igualdade de direitos às relações constituídas por heterossexuais. Dessa forma, uma vez preenchidos os requisitos da união pública, contínua, duradoura e com perspectiva de vida em comum, casais formados por pessoas do mesmo sexo formam uniões estáveis, aptas ao usufruto de todos os direitos e ao exercício de todos os deveres, decorrentes de um mesmo sentimento: o amor. (SILVA JUNIOR, E. D., 2011).

O aludido julgamento se deu em razão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Aquela foi apresentada em 25 de fevereiro de 2008 ao STF, de autoria do Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Visava-se que os servidores estaduais homossexuais, que convivessem em união estável, pudessem usufruir dos mesmos benefícios assegurados aos servidores heterossexuais, como a previdência e a licença. Para tanto, a ADPF indicou como direitos violados a isonomia, a liberdade, a autonomia da vontade, o princípio da segurança jurídica e, por fim, a dignidade da pessoa humana.

Neste cenário, a Procuradoria-Geral da República, em 02 de julho de 2009, propôs a ADPF nº 178, a qual foi reclassificada e, recebida pelo Ministro Gilmar Mendes, como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.277). Esta objetivava o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos necessários para a configuração da união estável entre homem e mulher.

Diante da igualdade de objetivos, estas ações foram apreciadas conjuntamente, uma vez que ambas amparavam seus pedidos na aplicação analógica do art. 1.723 do Código Civil e na interpretação conforme a Constituição. Para tanto, valeram-se da argumentação que a Constituição Federal, em seu art. 226, garante à família proteção do Estado, devendo tal norma ser interpretada inclusiva e positivamente. No mais, restou aduzido, ainda, que a Constituição Federal não veda a possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo. Assim, deve-se manter sob abrigo todas as formas de convivência existentes, incluindo todas as uniões que se constituam diante de uma comunhão de vida de forma pública, afetiva e contínua.

Por meio do julgamento ora em análise, foi reconhecido mais um tipo de entidade familiar, qual seja, a união de pessoas do mesmo sexo, utilizando-se, como dito, de uma interpretação conforme a Constituição. Para Barroso, essa espécie de interpretação acontece quando o aplicador da norma, entre mais de uma interpretação possível, utiliza-se daquela que compatibiliza com os princípios e fundamentos constitucionais, por mais que não seja a que obviamente decorra do seu texto. Importante anotar que, em homenagem ao artigo 102, § 2º da Constituição da República, a decisão decorrente da ADI nº 4.277 possui efeito vinculante e, por conseguinte, eficácia *erga omnes*, obrigando o seu cumprimento pelos membros da Administração Pública e do Judiciário (BRASIL. STF, 2011).

2.1- Os argumentos do julgamento da ADI nº 4.277 e ADFP nº 132

Em consonância com a tendência mundial, a qual prestigia a defesa dos Direitos Humanos, foram os argumentos proferidos pelos Ministros em seus votos. O relator de ambas as ações foi o Ministro Carlos Ayres Britto, acompanhado pelos demais, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, além das Ministras Cármen Lúcia e Ellen Greice.

O fundamento do ilustre Ministro relator alcança seu substrato no sentido plural da Constituição Federal de 1988, afastando por completo, o argumento religioso. Ademais, o mesmo foi enfático ao asseverar que todas as pessoas da espécie humana são iguais, sendo descabíveis, portanto, distinções de qualquer natureza. Nos dizeres do próprio relator:

É que a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute de preferência sexual das pessoas faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (...); nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.

Meritoriamente, ainda, foi analisada a necessidade de aplicação do princípio da igualdade, de vez que vivemos em uma sociedade pluralista e, portanto, a união entre pessoas do mesmo sexo é uma questão pública. Com arrimo no referido princípio, o Supremo conferiu ao §3º do art. 226 da CF interpretação condizente com os valores axiológicos previstos pela Carta de 1988, incluindo, em vez de excluir. Privilegiou, portanto, o direito à liberdade de

orientação sexual e o direito das pessoas homossexuais de constituir família tanto quanto as pessoas heterossexuais (OLIVEIRA, C. B., 2012).

Nesse norte, apontou-se, ainda, a constitucionalidade do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, a qual possui sua base nos direitos fundamentais. Salientou-se, inclusive, no sentido de haver uma lacuna legislativa, a qual deve ser suprida por meio de analogia e do instituto mais aproximado, a união estável.

Os votos possuíam conteúdos ricos, uma vez que reconheceram a preponderância da afetividade sobre o aspecto biológico no conceito de família, além da isonomia entre casais homoafetivos e heteroafetivos. Apesar de divergirem na fundamentação, certo é que nunca se viu a Suprema Corte com um posicionamento tão homogêneo e consensual, o qual levou a um resultado único: a submissão da união homoafetiva ao regime jurídico da união estável. (RABELO, C. A. A., 2012)

2.2- O ativismo judicial no reconhecimento da união homoafetiva

Muito vem se discutindo se o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é uma interpretação constitucionalmente autorizada ou mais um exemplo de ativismo judicial. Aos que defendem que tal julgamento é uma espécie pura de ativismo, aduzem que a referida decisão afrontou o princípio da separação dos poderes, fundamentando-se na ideia de que o Judiciário estaria a usurpar o papel do Legislador. Já os defensores da primeira posição, corroboram seu posicionamento, sob a alegação de que a decisão pautou-se nas fontes normativas previstas no próprio ordenamento, tratando-se de interpretação inovadora e criativa, mas de acordo com os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito.

Fato é que conciliar a regra da maioria com a garantia dos direitos fundamentais das minorias é um dos desafios da democracia atual. Isto porque, ao mesmo tempo em que deve ser respeitado o direito de governar da maioria, não se pode deixar de proteger as minorias de decisões que desconsideram sua condição de sujeitos de direitos e atinjam a sua dignidade (OLIVEIRA, C. B., 2012).

Nesse diapasão, discute-se a possibilidade de conciliar o poder dos tribunais, constituído por magistrados não eleitos, com o poder de autogoverno do povo, que o exerce por meio do Poder Legislativo. Em um Estado Democrático de Direito não pode haver supremacia entre os poderes, uma vez que todos estão submetidos à Constituição Federal. Além de Democrático, o Estado é de Direito e, por esta razão, estabelece princípios básicos cujo fim é garantir a tutela da dignidade da pessoa.

Sabe-se que, não existe uma separação absoluta entre os poderes, mas apenas o estabelecimento de uma função predominante, ou seja, típica, havendo funções excepcionais, que fogem da sua natureza, atípicas, portanto, de maneira que possa garantir a harmonia do Estado. A separação dos poderes, nos moldes pensados por Montesquieu, surgiu a fim de diminuir os excessos absolutistas nos Estados. No contexto da sua criação, era essencial que os poderes se misturassem o mínimo possível, uma vez que, no Estado Liberal, primava-se pela garantia da segurança jurídica e não intervenção Estatal.

Na contemporaneidade, a separação dos poderes ainda possui o mesmo objetivo primordial, qual seja, reduzir os excessos de um poder em relação ao outro e de todos eles em relação aos particulares. A despeito disso, com a influência da Constituição de 88 e a ideologia do Estado de bem-estar social, ocorreu a quebra do paradigma do princípio absoluto da separação dos poderes, não podendo mais ser admitida a ideia de que os poderes possuem funções estáticas. Defende-se que a independência revela-se muito mais como interdependência, uma vez que a todos compete cumprir as normas constitucionais. Somando-se a isto, objetiva-se, também, a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. (OLIVEIRA, C. B., 2012)

Nesta perspectiva, o Supremo Tribunal Federal, guardião da ordem constitucional, atraiu para si a tarefa de exercer o controle concentrado de constitucionalidade, interpretando e estabelecendo a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis, de forma a alcançar todas as situações, especialmente nos casos de omissão legislativa. Neste último caso, quando ocorrer hipóteses de ultrapassagem dos limites próprios do Poder Judiciário, nos deparamos com o ativismo judicial, visto que prepondera a ideologia e convicção pessoais do órgão julgador em detrimento das prescrições majoritárias positivadas na lei. Vale destacar o conceito de ativismo:

O ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala - e este é o caso do Brasil - em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido, procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (BARROSO, 2013, p. 246).

Nos últimos anos, o STF vem se pronunciando na discussão de temas que deveriam ser resolvidas por outros Poderes da República, posicionando-se de uma maneira claramente ativista. O fenômeno do ativismo objetiva atender as demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelos outros Poderes. Ocorre que, há riscos para a legitimidade democrática do país, uma vez que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, além da crescente invasão do Poder Judiciário em outros poderes da República, uma vez que o Brasil se organiza no modelo democrático de separação dos poderes. Com base neste princípio, atribui-se o papel de aplicador e não de criador ao Poder Judiciário, criticando-se a ingerência nas esferas do Executivo e Legislativo. Diante deste contexto, Barroso elucida, também, que em caso de divergência de interpretação das normas constitucionais, deve sobrepor a palavra do Judiciário, não sendo certo, todavia, que qualquer matéria seja decidida no Tribunal e, muito menos, que este fato legitime a arrogância judicial.

A grande repercussão acerca do ativismo judicial vem provocando debates sobre o tema. Recentemente, em publicação do Jornal Estado de Minas, de 30 de novembro de 2013, p. 04, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, criticou veementemente o “jogo de empurra”. Afirmou que o Poder Legislativo empurra ao Judiciário a questão de temas sensíveis e sem consenso social, como uma maneira de se evitar o desgaste político. Acrescentou em seus dizeres, ainda, que isto ocorre, pois o Parlamento não pretende assumir o custo social de posicionar-se, empurrando a decisão de alguns temas para o Judiciário, já que esta instância não possui compromisso com o voto e não teme a opinião pública, como o Legislativo. Neste mesmo contexto, o ministro aduziu que o motivo do Parlamento não votar lei que permita a união homoafetiva, encontra-se no desacordo moral da sociedade acerca do tema, asseverando, por fim, a facilidade e conforto do poder legiferante em transferir tal debate ao Judiciário, que não tem compromisso eleitoral e possui total independência em suas decisões. Neste mesmo sentido, explicita Dworkin:

Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são bem menos vulneráveis nesse sentido.

No caso em análise, o ativismo justifica-se pelo acovardamento do Legislativo em relação às questões concernentes à homoafetividade. Não existem leis que criminalizem os

atos homofóbicos de que são vítimas e, muito menos, legislação que reconheça seus direitos. Nos dizeres de Pontes de Miranda, a lei carimba um fato, atribuindo-lhe uma consequência jurídica. Ao apreender um fato social, o legislador o transforma em uma norma e prevê uma sanção em caso de descumprimento. As leis servem de norte de como as pessoas devem agir, criando pautas de conduta e modelos de comportamento, o que não ocorre com esses grupos, diante da notória ausência de regulamentação legal sobre a matéria.

Importante citar, ainda, as palavras obtidas no artigo “A homofobia e a omissão do legislador” de autoria de Maria Berenice Dias:

Mas o sistema legal precisa contemplar todos os segmentos sociais, não só os que são compostos por um número maior de cidadãos. Como as minorias são mais vulneráveis, precisam da especial proteção do Estado. Sem uma atenção diferenciada tornam-se alvo da rejeição por parte da maioria. Por isso, é indispensável a adoção das chamadas ações afirmativas. Dos segmentos minoritários, a população LGBT são as maiores vítimas da exclusão social, da discriminação. Ainda assim, projetos que busquem atender a esta parcela de cidadãos acabam não interessando ao legislador.

Apesar das inúmeras decisões de juízes de tribunais de primeiro grau conferindo direitos aos casais homoafetivos, o Congresso Nacional se recusa a colocar em votação projetos de lei que favoreçam a minoria homossexual. No que concerne às relações homossexuais, a omissão do Legislativo não foi por falta de relevância da matéria ou tão pouco por falta de tempo de decidir sobre a questão. Como já mencionado no capítulo anterior, tal inércia ocorre em razão da imposição da maioria heterossexual e cristã que prevalece no Congresso.

Existem em tramitação projetos de lei de meados da década de 1990, que versam sobre as uniões homoafetivas sendo que o primeiro projeto de lei foi apresentado pela deputada Marta Suplicy em 1995. Ocorre que os projetos que não se encontram atualmente arquivados, estão perdidos em “fundos de gaveta” e, quando ressurgem nas Comissões Parlamentares, são massacrados pelos seus membros que, amparados no fundamentalismo moral e no argumento religioso, sonogam direitos civis a uma grande parcela da sociedade.

Diante deste quadro, o Poder Judiciário, abarrotado de processos e questões que, a princípio, não lhe caberia, através de suas decisões, traz alívio às minorias. As práticas de ativismo judicial, em caso de omissão do Poder Legislativo, torna-se uma necessidade institucional. Nesse caso, não se pode dar azo à injustiça, sonogando garantias, em razão de ausência de lei, quando, então, surge o Judiciário para atuar e salvaguardar direitos. Ao Supremo Tribunal Federal cabe o dever de efetivar os princípios da igualdade, da liberdade e

da dignidade preceituados pela Carta Magna, impedindo que direitos individuais sejam negados. Qualquer interpretação competente da Constituição como um todo deve, portanto, reconhecer que alguns direitos constitucionais se destinam justamente a impedir que as convicções da maioria neguem a aplicação da justiça à minoria (DWORKIN, 2002, p. 450).

Neste quadro de inércia legislativa, coube aos juízes dar respostas além da letra fria da lei, de vez que cabe ao Judiciário proteger determinados valores que são tão importantes para a sociedade e não podem ficar à disposição do jogo político. O ativismo não pode ser exagerado, devendo ser utilizado em último caso, mas, neste contexto, observa-se que mais nada parecia poder ser feito.

Quanto a ADI em comento, apesar das argumentações doutrinárias afirmando que tal decisão não foi um ativismo, mas uma subsunção da máxima Kelseniana de que “o que não é juridicamente proibido, encontra-se permitido”, acredito, sim, estarmos diante de um quadro claro de ativismo judicial, de vez que nos deparamos com a passividade legislativa, justificada em razão de conceitos morais e religiosos do Parlamento, havendo a postura proativa dos Tribunais, que colmatam as lacunas da Lei, materializando o verdadeiro Estado Democrático de Direito, enquanto espera a atuação do Legislador.

Importante apontar que, apesar de não se poder questionar a legitimidade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ainda há magistrados que a contestam, sob a alegação de que a Suprema Corte não possui competência para alterar as normas Constitucionais. Para ilustrar tal afronta à decisão do Supremo, cabe asseverar a decisão de do juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública Municipal e Registros Públicos de Goiânia que cancelou de ofício o contrato do primeiro casal gay daquela capital a registrar sua união, depois do reconhecimento do STF, comunicando a decisão a todos os Cartórios de Registro Civil da Comarca de Goiânia, visando que nenhum deles fizesse a escrituração de declaração de união estável entre pessoas do mesmo sexo sem decisão judicial prévia. O Tribunal de Justiça de Goiânia, logo em seguida, encerrou a controvérsia e suspendeu a decisão do magistrado.

Outra questão que merece ser exposta revela-se além da fragilidade da ADI nº 4.277, uma vez que ainda existem juízes monocráticos que, levando em conta a sua convicção pessoal, não admitem o reconhecimento da união homossexual e os direitos que abrangem o reconhecimento dessa união. É que, a princípio, o pedido da ADI consubstanciava-se apenas no pedido do reconhecimento da união estável entre pares do mesmo sexo, não abarcando a possibilidade de extensão de direitos, como o casamento entre os pares homoafetivos e, também, quanto à adoção. Ora, tais aplicações são de enorme relevância prática, porém, em verdade, não foram objeto do pedido da ADI, razão pela qual, mesmo que tenham sido

superficialmente analisadas pelos Ministros, já que alguns reconheceram expressamente que estes institutos poderiam ser empregados aos casais homossexuais, fato é que, processualmente, em razão de uma decisão ter que se limitar, estritamente, ao que foi pedido, ainda existem muitas controvérsias e discussões acerca desta possibilidade.

Tal ponto gera insegurança jurídica, já que, diante da ausência de qualquer lei sedimentando a matéria e, ainda, considerando que a decisão do STF não tem força suficiente para amparar esses institutos, eventuais casamentos e adoções poderão ter seus efeitos jurídicos questionados. Não bastasse esse quadro de incertezas pelas razões ora expostas, mister se faz expor que a decisão proferida pelo Supremo, que possibilitou a declaração de inúmeras uniões estáveis por todo o território nacional, o que levou à celebração de casamentos homoafetivos e adoção de crianças e adolescentes por pessoas do mesmo sexo, espantosamente não transitou em julgado.

Embargos de declaração foram propostos contra a referida decisão, pela Associação Eduardo Banks, entidade que foi admitida como *amicus curiae* na ADI e requereu que fossem conhecidos os embargos com efeitos modificativos, a fim de que se anule o primeiro acórdão que conheceu diretamente do pedido de interpretação conforme a Constituição Federal e, mais, seja suprimida a omissão quanto ao pedido que tem por objeto o dissenso jurisprudencial ou o conjunto de decisões judiciais conflitantes sobre a matéria.

Observa-se, assim, que, a despeito da decisão não ter sequer transitado em julgado, inúmeros são os efeitos advindos da mesma, os quais, no entanto, poderão ser anulados e desconstituídos a qualquer momento, diante do existente clima de instabilidade e incertezas, o que já ocorreu, inclusive, em outros países.

Neste contexto, passa-se a analisar como os institutos da união estável, casamento e adoção estão sendo reconhecidos nos diversos países do mundo, a fim de que possamos observar em que nível nosso país se encontra na necessidade de regulamentação da verdade homoafetiva, que se instaura tendo em vista o Direito Comparado.

2.3- O reconhecimento da união homoafetiva no mundo

Analisando a possibilidade do matrimônio e da adoção por pessoas do mesmo sexo em outros países, cabe apontar que o país pioneiro na discussão e aceitação do casamento por pares homossexuais foi a Holanda. Este país regulamentou em 1998 a possibilidade de união civil entre as pessoas do mesmo sexo e, em abril de 2001, autorizou o casamento civil, com os mesmos direitos e obrigações dos casais heterossexuais, permitindo, inclusive, a adoção. Em

ordem cronológica, a Bélgica, em junho de 2003, legalizou o matrimônio homossexual, vindo a autorizar a adoção, contudo, apenas em 2006.

Espanha e Canadá, em julho de 2005, também mudaram suas leis e autorizaram tanto o matrimônio quanto a adoção, por pares homossexuais. Em novembro de 2006, a regulamentação ocorreu na África do Sul, o primeiro país sul africano que legalizou a união civil, o casamento e a adoção por pares homoafetivos. A Noruega e a Suécia, no ano de 2009, permitiram o casamento, sendo que o direito de adoção havia sido legalizado anteriormente. Portugal e Islândia seguiram o exemplo e, em 2010, entrou em vigor a lei que autoriza a celebração do casamento *gay*. Quanto à adoção em Portugal, entretanto, esta apenas pode ocorrer quando um membro do casal já for pai ou mãe biológico, autorizando-se ao outro adotar os filhos de seu cônjuge.

Acompanhando a linha do tempo, temos a Argentina que, em 15 de julho de 2010, converteu-se no primeiro país da América Latina a possibilitar o casamento homossexual, reconhecendo aos pares homoafetivos os mesmos direitos dos heterossexuais no que se refere à possibilidade de adoção. Por meio de uma mudança no texto da Lei, foram substituídas as palavras “homem e mulher” por “cônjuges”, permitindo-se, assim, que casais do mesmo sexo também possam contrair matrimônio. Por uma disputa acirrada de 33 votos a favor e 27 votos contra e três abstenções, a Argentina tornou-se o décimo país a reconhecer a igualdade de direitos humanos dos homossexuais, vencendo o discurso racional, lógico e sólido.

Em junho de 2012, foi a vez da Dinamarca conferir o direito ao casamento por casais homossexuais, sendo oportuno anotar que este país foi o primeiro a permitir, em 1989, a união civil homossexual, tendo a adoção sido regulamentada em 2009. Na América Latina, como segundo país latino-americano a legalizar o matrimônio, temos o Uruguai que o fez, em abril de 2013, sendo que, previamente, já havia legalizado a união estável e a adoção de filhos por pares homossexuais. No mesmo ano de 2013, legalizou-se o casamento homossexual na Nova Zelândia e na França. Cabe assinalar, ainda, que os Estados Unidos e o México autorizam o matrimônio apenas em parte dos respectivos territórios, uma vez que não há consenso entre todos os estados quanto à regulamentação.

Mesmo com essa evolução, observou-se, recentemente, um exemplo de verdadeiro retrocesso. A Austrália, que em outubro de 2013 havia aprovado legislação autorizando o casamento homossexual, declarou a referida lei inconstitucional em dezembro de 2013, por decisão unânime do Tribunal Superior, sob a alegação de que tal lei não poderia operar ao mesmo tempo da Lei Federal, a qual já representaria uma declaração completa e exaustiva das Leis do casamento. Tal decisão implicou no cancelamento de mais de 30 casamentos gays que

já haviam sido celebrados. Além de vergonhoso, esse posicionamento encontra-se na contramão do avanço mundial, da mesma maneira de alguns países africanos.

Uganda é um país conservador e cristão que condena a homossexualidade, assim como um grande número de países da África. No final do ano de 2013, o Parlamento do referido país aprovou um projeto de lei que condena a homossexualidade e as penas podem chegar à prisão perpétua para participantes menores de idade ou para portadores do vírus da *aids*.

Outro país que criminaliza o sexo gay é a Índia. Neste país, a Suprema Corte reverteu uma decisão de uma instância superior que havia descriminalizado o sexo entre pessoas do mesmo sexo. De encontro com a tendência mundial, a Corte Superior confirmou a seção 377 do Código Penal, que proíbe o sexo contra a ordem da natureza, ou seja, o sexo homossexual, podendo punir os participantes com até 10 anos de prisão.

Diante deste quadro de avanços e retrocessos, observamos a premente necessidade de edição de lei séria, forte e justa, a fim de que os direitos dos homossexuais possam ser efetivamente resguardados, garantindo-lhes, ainda, todos os direitos inerentes à união de um casal, como o casamento e a possibilidade de adoção. Neste viés, passaremos a analisar como esses institutos estão sendo tratados em nosso país, em se considerando uma união homoafetiva.

3- O CASAMENTO E ADOÇÃO POR PESSOAS DO MESMO SEXO

Após o pronunciamento pela Corte Suprema no julgamento da ADI nº 4.277, restou o questionamento acerca da possibilidade da celebração do casamento e da realização da adoção por pessoas do mesmo sexo. Na posição dos conservadores, apenas estaria assegurada a declaração da união estável, não lhes garantindo a conversão ao casamento e, muito menos, a adoção, sob a alegação de que o pedido da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 limitava-se à aplicação das regras da união heterossexual à entidade familiar homoafetiva.

Nesse diapasão, cabe observar como o Brasil vem tratando esses institutos na atualidade, a fim de que possamos analisar o nível de segurança jurídica no que se refere a esses aspectos polêmicos, quais sejam, o casamento e a adoção por pessoas homossexuais.

3.1- Casamento civil homoafetivo

Não há dúvidas de que a decisão proferida pelo STF, a qual equiparou a união homoafetiva à união estável heterossexual, possui efeito vinculante, da mesma maneira que, também, é indubitável que a possibilidade da celebração do casamento ficou à margem da decisão, o que gerou enorme insegurança jurídica aos casais que desejavam se casar civilmente. Neste clima de instabilidade, inicialmente, coube aos juízes monocráticos fazerem um silogismo, pois, se a Constituição Federal determina que seja facilitada a conversão da união estável em casamento e, o Supremo Tribunal Federal determinou que não fosse realizada qualquer forma de distinção entre as uniões homo ou heterossexuais, não seria razoável impossibilitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo que desejassem se unir pelo vínculo marital, seja realizando a conversão, seja através do casamento direto.

Ocorre que, ficava a critério do juiz corregedor do registro civil de cada comarca, segundo o seu entendimento, possibilitar ou não a união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo. Nesse momento, observa-se o clima de extrema insegurança, uma vez que o único critério para a celebração do casamento era o exclusivo convencimento do juiz encarregado pelo registro da comarca. Assim, enquanto alguns juízes possibilitaram a celebração do matrimônio, desde que houvesse união estável pretérita devidamente comprovada, convertendo a união anterior em casamento, seguindo o que a Constituição Federal preceitua em seu art. 226, § 3º, outros juízes, com espírito mais vanguardista, possibilitavam o casamento desde logo, sem qualquer comprovação de união anterior.

A fim de pacificar tal questão, alguns Estados expediram ato normativo autorizando a realização pelos serviços extrajudiciais do casamento gay direto ou por conversão, enquanto, em outros, ainda continuava a critério do juiz corregedor, o qual muitas vezes negava esse direito (SILVA JUNIOR, A. M., 2011).

Nesta oportunidade, vale destacar informação extraída do Jornal Folha de São Paulo, em matéria publicada em 21/05/2011: observou-se que, entre os 58 cartórios de registros civis da cidade de São Paulo consultados pela Folha, só 3 aceitavam receber o pedido de conversão em casamento e diziam que ela é possível: os de Cerqueira César (região central), Tatuapé e Itaquera (ambos na zona leste). Os outros 55, ou diziam que não receberiam o pedido ou que teriam de consultar a Justiça sobre o que fazer. Os cartórios ouvidos apresentaram diversas justificativas para recusar o pedido: da falta de regulamentação da Corregedoria do Tribunal de Justiça à precaução com os efeitos da decisão do STF.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.183.378-RS, julgado em 25/10/2011, cujo relator foi o ministro Luís Felipe Salomão, posicionou-se sobre o tema. Tal recurso foi proposto após ter sido frustrado, por duas tentativas, o pedido de habilitação ao casamento de duas mulheres que viviam sob o regime da união estável há três anos. Depois de negado o pedido nas instâncias ordinárias, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para afastar o óbice relativo à igualdade de sexos e determinou o prosseguimento do processo de habilitação do casamento, salvo se, por outro motivo, as recorrentes estivessem impedidas de contrair matrimônio. Referido julgamento elucidou que o pluralismo familiar impede afirmar que as famílias constituídas por pessoas homossexuais sejam menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

Fundamentou-se, ainda, que sendo o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e, sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Constituição Federal, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual das pessoas, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade dos seus membros e o afeto.

A decisão em análise veio a chancelar o casamento gay e, de certa forma, preencher um espaço que não foi objeto do pedido da ADI nº 4.277. Analisando os votos da ADI, certamente observa-se que os efeitos da decisão não se prestaram unicamente ao reconhecimento da união estável, mas, por óbvio, pretendeu-se estender os mais diversos efeitos como a partilha de bens, recebimento de pensão, mudança de nome, adoção e casamento. Não faz sentido reconhecer a união estável homoafetiva e não reconhecer a

possibilidade do casamento civil, de vez que estes dois institutos visam, igualmente, regulamentar a família conjugal. Por essa razão, mostrou-se acertada a decisão do STJ ao possibilitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Neste sentido, expõem Lênio Luiz Streck e Rogério Montai de Lima:

Se havia a pretensão de igualar liberdades públicas, que estas sejam interpretadas de forma integral e sem pitadas de restrição. Do contrário, de nada valeria enquadrar excluídos de uma categoria em uma determinada entidade familiar, se estes não pudessem exercer todos os direitos como integrantes de tais. Ou seja, a decisão do STF não pode ser como uma montanha que dá à luz um ratinho! A tese vencedora que exsurgiu do plenário do STF fundamentou-se, em especial, nos princípios da igualdade e privacidade. Uma leitura, mesmo que superficial, aponta para a possibilidade da conversão da união estável em casamento igualitário.

Neste cenário de insegurança jurídica alarmante, o Conselho Nacional de Justiça, visando pacificar a questão, editou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, a qual determina em seu art. 1º: “É vetada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”. Verifica-se a preocupação do CNJ ao editar a Resolução 175, diante da necessidade urgente de uniformização da regulamentação em todo território nacional, seja na regularização da habilitação, na celebração do casamento civil ou na conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que, antes da aprovação da referida Resolução, cada Estado agia de forma isolada, uns autorizando, outros não regulamentando.

A despeito da contínua inércia do Poder Legislativo, possibilitou-se uma regulamentação sobre a matéria, tornando-se o Brasil mais um país no qual, independentemente da forma, autoriza a celebração do casamento gay. Obviamente que enormes críticas pairam sobre a aludida Resolução, tanto que o Partido Social Cristão (PSC) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.966, no Supremo Tribunal Federal, aduzindo que o CNJ estaria inovando e dilatando o objeto da ADIN nº 4.277, requerendo, assim, a declaração do STF de inconstitucionalidade da Resolução do CNJ 175/2013.

Argumentos contrários à Resolução é que não faltam, eles vão desde a ultrapassagem da razoabilidade jurídica até o desrespeito flagrante à liberdade de consciência dos titulares dos Cartórios do país. Além disso, há quem pretenda desconstruir a Resolução alegando que o ativismo exacerbado vem sendo utilizado como uma espécie de “atalho legislativo” e, inclusive, que o julgamento da ADI nº 4.277, bem como do REsp 1.183.378 são autoritários,

porque inovam a ordem constitucional brasileira sem ser pela via correta e democrática, qual seja, o Poder Legislativo.

Nesse mesmo norte, o jurista Lênio Streck assevera que em nenhum país do mundo aprovou-se a união gay via Poder Judiciário, uma vez que isso não é matéria de jurisdição e sim de legislação. Neste sentido, informa, ainda, que o poder Judiciário francês em situação idêntica à vivenciada no Brasil, simplesmente se limitou a dizer: “*selon la loi française, le mariage est l’union d’un homme et d’une femme*”. E sentenciou: “*Não cabe ao Conselho Constitucional substituir seu parecer pelo do legislador*” (*Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011*). Aos olhos dos conservadores, a democracia francesa deu um grande exemplo. Cabe apontar que, só no ano de 2013, via Poder Legislativo, a união gay foi aprovada na França, respeitando-se o procedimento correto, qual seja, a via legislativa (apud SANTANA, U., 2013).

O eminente professor Uziel Santana se aprofunda ainda mais. Para ele a questão que envolve o CNJ é ainda mais grave, de vez que não se desrespeitou apenas a Constituição Federal e o Código Civil ao se instituir o casamento civil gay sem a devida sustentação jurídica, mas, também, inovou-se em relação à decisão do próprio STF que foi, unicamente, no sentido de equiparar a união gay às uniões estáveis heterossexuais, como nova modalidade de entidade familiar.

Ora, apesar das inúmeras críticas e tentativas de desconstruir os avanços, certo é que, da maneira correta ou errada, diante do total descaso do Poder Legislativo, pretendeu-se dar voz às minorias e regulamentar um fato que, há tempos, já deveria ter sido colocado em pauta. Diante do descaso e do desinteresse do Parlamento, o Poder Judiciário atraiu para si o compromisso de resguardar o interesse da minoria esmagada e, até então sem direitos, seja através de decisões na Suprema Corte ou no STJ, seja através de Resolução emitida pelo Conselho Nacional de Justiça. Pretendeu-se salvaguardar o princípio da igualdade e da dignidade em detrimento da separação de poderes.

3.2- Adoção por casal homoafetivo

A adoção nada mais é do que uma medida de colocação de uma criança ou adolescente em uma família substituta. Essa medida é extremamente problemática em nosso país, tanto pela falta de estrutura, como também pela própria cultura de adoção no Brasil, na qual o perfil exigido pelos adotantes geralmente é de crianças brancas, sem irmãos e recém-nascidas. O número de pessoas buscando adotar é maior que o número de crianças disponíveis, mas o

perfil exigido pelos adotantes não corresponde ao número de crianças aptas para tal critério anteriormente discutido (FREITAS, D., P., 2012).

A adoção trata-se, sem dúvida, de um ato de desprendimento, de amor, no qual se elege o parentesco, o qual decorre exclusivamente por um ato de vontade. É que a vontade de ter um filho é inerente ao ser humano que pretende perpetuar sua espécie, sendo que o desejo de ser pai ou mãe independe de orientação sexual. Dentro da nova perspectiva de adoção, abandonou-se o conceito tradicionalista de busca de um filho a quem não o tinha, hoje implica em dar pais a quem não os tem. Assim, a adoção se tornou a mais nobre iniciativa daqueles que se propõem a assumir, com responsabilidade, crianças e adolescentes, marcados pelo estigma do abandono e dos maus tratos (DIAS, M., B., 2002, p. 136).

Para se falar em adoção por casais homossexuais, faz-se necessário desconstruir preconceitos. A heterossexualidade é uma marca dos relacionamentos ditos como “normais” pela sociedade, sendo fato gerador da resistência na aceitação da possibilidade de uma entidade familiar formada por parceiros do mesmo sexo habilitar-se para a adoção. Muitas dúvidas são suscitadas em relação ao desenvolvimento sadio e psicológico da criança adotada nesse contexto (RABELO, C. L. A; VIEGAS, C., M., A., R.; POLI, L., M., 2012).

Diante da concepção de que a adoção acontece sempre em prol de interesses do menor, a questão que surge é se crianças criadas por casais homossexuais sofrem alguma dificuldade específica ou se seu desenvolvimento intelectual ou sexual é diferente das outras crianças. Questiona-se, ainda, se a ausência de modelo de gênero feminino e masculino não pode, eventualmente, tornar confusa a própria identidade sexual do menor e causa apreensão, ainda, a possibilidade do filho ser alvo de repúdio no meio escolar, o que poderia acarretar perturbações psicológicas ou problemas de inserção social. Afirma Medina que essas preocupações são afastadas por quem estuda o assunto com profundidade. Diversas pesquisas realizadas concluíram que não é possível vislumbrar ocorrência de distúrbio ou desvio de conduta por alguém ter dois pais ou duas mães. Isto porque, ser pai ou mãe é uma função que não está ligada à figura física, de vez que o vínculo de parentalidade é estabelecido pelo papel exercido por cada um dos pares em relação à criança e pela maneira que a criança identifica esta figura (FIUZA, C.; POLI, L., C., 2013).

Para os defensores da adoção homossexual, argumentar que a orientação sexual dos pais seria prejudicial ao adotado é incabível, uma vez que acreditar que uma criança possa se espelhar nos moldes dos pais e vir a ser um homossexual no futuro é algo que, além de vago é muito relativo. No mais, se isso fosse regra, casais heterossexuais não teriam filhos homossexuais.

É oportuno trazer à baila o resultado de um estudo realizado em 2007, endereçado à Suprema Corte da Califórnia pelas três associações dos profissionais da saúde mental dos Estados Unidos, quais sejam, psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais. Após uma ampla bibliografia de pesquisa, tal estudo elucidou que: “não existe base científica para concluir que pais homossexuais sejam, em qualquer medida, menos preparados ou capazes do que pais heterossexuais ou que as crianças de pais homossexuais sejam, em qualquer medida, menos psicologicamente saudáveis ou menos bem adaptadas”.

Diante deste quadro e, visando resguardar o melhor interesse do menor, nada obsta que os homossexuais, em conjunto ou separadamente, possam adotar, desde que preencham todos os requisitos legais e demonstrem condições de educar e amparar uma criança ou adolescente. A despeito de inexistir lei permitindo ou proibindo a adoção, extrai-se do artigo 43 do ECA que “a adoção poderá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Ora, por óbvio que é melhor para uma criança ser adotada e possuir uma família e um lar ao invés de continuar vivendo em situações de abandono e sofrendo maus tratos. Neste norte, cabe apontar as lições de César Fiuza e Luciana Costa Poli:

Velar pelo melhor interesse da criança e do adolescente é lhes garantir direito à vida, à saúde, à alimentação, à convivência familiar, é possibilitar-lhes a inserção em lar, até porque a adoção é ato genuíno de amor, de humanidade, de entrega, de solidariedade, e não cabe ao Estado impedir ou dificultar, por razões hipócritas e desprovidas de fundamentação jurídica, que as crianças e adolescentes colocados em adoção não encontrem uma família.

Outrossim, diante de uma união homoafetiva, se os pares tiverem um lar duradouro, no qual exista um ambiente familiar digno e tranquilo, cercado de proteção, amor, solidariedade, cumprindo com respeito os deveres de assistência recíproca e fidelidade, não se pode negar uma manifesta vantagem ao adotando. O verdadeiramente importante é a estabilidade do lar no qual o menor encontra-se inserido e as possibilidades que lhe são dadas de receber assistência econômica e afetiva. A possibilidade de atribuir ao adotando um lar, uma família e um núcleo de amor, cuidado e carinho são a razão principal da adoção, o que não justifica, portanto, o entendimento de que apenas as famílias heterossexuais são capazes de proporcionar (FIUZA, C.; POLI, L., C., 2013).

A psicanálise, como uma ciência que estuda o comportamento e os processos mentais dos indivíduos, observa o homossexualismo como uma orientação, uma vez que transcende a

mera opção sexual ou o exercício da autonomia privada. Por este motivo, defende que não há justificativa para o preconceito em relação à adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais. O psicanalista Sérgio Laia aponta:

A adoção de crianças por pessoas homossexuais ou nos casamentos homoafetivos não apresentaria diferenças com relação àquelas realizadas por casais heteroafetivos. Poderiam, então, ser utilizados os mesmos procedimentos e orientações que guiam qualquer processo de adoção: é importante garantir a estabilidade da criança a ser adotada, proporcionando-lhe não apenas uma “casa” ou a “sobrevivência pela satisfação de suas necessidades”, mas o que chamamos comumente de “um lar” e “uma vida”. No âmbito da psicanálise, essas orientações e esses procedimentos sequer se diferenciariam daqueles que se espera da família em geral. (Laia, 2008, p. 32)

Pelos motivos expostos, os órgãos do Poder Judiciário, diante da discricionariedade que lhes é conferida, não devem se ater à orientação sexual dos candidatos à adoção, mas concentrarem-se nas questões que verdadeiramente importam, quais sejam, nos elementos factuais relevantes, a fim de encontrar uma solução que não se distancie de um resultado ajustado. Isto porque, o preconceito em deferir adoções em razão da orientação sexual dos requerentes impede que considerável número de infantes seja afastado da marginalidade. Em nosso país, muitas são as crianças abandonadas e em situação de perigo, as quais poderiam estar gozando de uma vida com afeto e atenção. É certo que a adoção garante o melhor interesse da criança e do adolescente, de vez que ao se inserirem em um ambiente familiar ganham uma vida, um lar, seu próprio espaço no mundo, já que antes viviam em uma espécie de regime fechado em abrigos e orfanatos, abandonadas moral e materialmente.

Cabe ilustrar que o primeiro caso de adoção conjunta por casal homossexual no Brasil ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul. Duas mulheres viviam em união estável desde 1998 e a companheira da requerente havia adotado judicialmente as crianças no nascimento delas. Depois de minucioso estudo social do caso, a sentença julgou procedente o pedido e deferiu a adoção, determinando, ainda, a inserção do sobrenome da requerente no nome das crianças, sem explicitar a condição materna ou paterna. Inconformado com a decisão, o Ministério Público do Rio Grande do Sul apelou. A ementa da decisão do caso segue abaixo:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência

inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que a liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.” (TJRS, Apelação Cível n. 70013801592, 7ª Câmara Cível, Relator: Desembargador: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 05/04/2006, publicado no DJ de 12/04/2006.)

Não satisfeito, o Ministério Público interpôs um Recurso Especial, ao qual, no entanto, por unanimidade, foi negado provimento pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, autorizando-se a adoção pelo casal homoafetivo. Observamos, assim, que enquanto a lei é silente, as barreiras em relação à adoção homoafetiva no Brasil vão sendo derrubadas, pouco a pouco, pela prática judicial. No entanto, entraves existem e ainda existirão enquanto houver preconceito e homofobia, os quais, muitas vezes, são disfarçados, mas, em outros momentos, são escancarados.

3.3- A necessidade de um projeto de lei

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual todas as pessoas são merecedoras de tutela jurídica. Apesar disso, a Constituição Federal nada cita a respeito da proibição de discriminação em decorrência da opção sexual. Neste norte, as perseguições em decorrência da homofobia ficam impunes e os direitos das minorias sem regulamentação.

Outrossim, a postura omissiva do Legislativo não inibiu o Poder Judiciário mas, ao contrário, deu-lhe coragem para, invocando os princípios constitucionais, reconhecer os homossexuais como portadores de diversos direitos, identificando o relacionamento afetivo dos mesmos como entidade familiar. Neste sentido, estão sendo concedidos, recorrentemente, direito de pensão por morte, direito previdenciário, direito à meação, direito real de habitação, de alimentos, dentre outros mais, na esfera judiciária. Outros direitos, diante da existência de reiteradas decisões, já estão sendo, inclusive, deferidos em sede administrativa, dentre eles a concessão pelo INSS de pensão por morte, pagamento de seguro DPVAT e expedição de visto de permanência no estrangeiro.

Ocorre que, apesar da existência inequívoca de direitos e da atual regulamentação dos mesmos, mister se faz a sua expressa previsão aos pares homoafetivos na Carta Magna. Por

esta razão, imperiosa a apresentação de uma proposta de Emenda à Constituição Federal, a fim de que, não só seja afirmada a proibição de discriminação, em decorrência de orientação sexual, mas, especialmente, para que sejam estendidos todos os direitos e garantias fundamentais às uniões homoafetivas e aos seus integrantes.

Ora, é inegável que muitos foram os avanços até o reconhecimento dos diversos direitos acima expostos, mas, a fim de que estas garantias estejam seguramente regulamentadas, a existência de Lei para sedimentar e dar legitimidade à matéria é fundamental.

Neste sentido, foi elaborado o Estatuto da Diversidade Sexual, o anteprojeto de lei foi desenvolvido por diversas mãos e tem como objetivo criminalizar a homofobia, além de trazer políticas públicas voltadas à inclusão da comunidade LGBT, evitando-se, assim, a omissão legislativa e a exclusão social. O anteprojeto possui a estrutura de um microsistema, estabelecendo princípios, garantindo direitos e criminalizando atos discriminatórios. Tal anteprojeto contou com a efetiva participação das mais de 60 Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da OAB. Em 23 de agosto de 2011, o Anteprojeto foi formalmente entregue ao Presidente do Conselho Federal da OAB, sendo considerado, por muitos, o mais arrojado projeto legislativo deste século, a uma pela sua abrangência, a duas pelo seu significado e alcance.

É necessário que todos convivam com as diferenças nos diversos segmentos da sociedade, sendo certo que, o silêncio do Poder Legislativo acaba por fortalecer o assédio moral e social dessas minorias. Por esta razão, defende-se a necessidade insofismável de imediata aprovação de um projeto de lei sério e coeso, conforme o referido anteprojeto, de vez que somente com a edição de normas será possível o efetivo reconhecimento aos direitos dos pares homoafetivos, a fim de que se imponha respeito social a essa minoria ainda refém de preconceito e discriminação.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, observamos que não obstante os inegáveis avanços, especialmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI nº 4.277 e, das reiteradas resoluções e decisões monocráticas, editadas ou proferidas em favor dos homossexuais, o certo é que estamos diante de um claro quadro de ativismo judicial, no qual coube aos membros do Poder Judiciário, diante da inércia do Poder encarregado, qual seja, o Legislativo, zelar pelos direitos e interesses dessa minoria que ainda tanto sofre com a discriminação. A comunidade LGBT não pode continuar sendo marginalizada e excluída em razão da inércia do Parlamento, a qual advém de objetivos obscuros e indignos.

Diante deste quadro, os pares homossexuais deparam-se não só com o preconceito, mas também vivem em um cenário de insegurança jurídica, uma vez que, diante da ausência de lei, muitas vezes cabem aos magistrados, levando em conta suas concepções pessoais, decidirem sobre a constituição ou não de uma família homoafetiva, seja autorizando, seja indeferindo, por exemplo, um pedido de adoção.

Ora, em um Estado Democrático de Direito não é concebível que direitos sejam concedidos ou negados ao bel prazer do julgador, devendo ser atendidos, preliminarmente, os princípios constitucionais da igualdade e dignidade. Assim, todos devem ser considerados iguais, independente de raça, cor, religião e, também, de opção sexual, uma vez que ela não faz e nem define o ser humano como bom ou mau, mas é apenas uma opção de vida, a qual não dá o direito de julgar e nem decidir o destino de famílias que queiram se estabelecer. O mais importante nas famílias atuais é o respeito e a afinidade que unem os seus membros, uma vez que para se enxergar a família contemporânea é preciso enxergar o amor, sendo certo que, felizmente, o patriarcalismo foi abandonado, dando vez à afetividade.

Não se pode negar, contudo, que uma lei necessita ser urgentemente editada para resguardar os direitos dos casais homossexuais. Apesar das conquistas que vivenciamos nos últimos anos é inegável que muitos passos ainda necessitam ser dados. A hipocrisia e repúdio são sentimentos individuais, dos quais nenhum órgão possui força e poder o suficiente para impedi-los. No entanto, a violência aos homossexuais, decorrente da homofobia exacerbada e a ausência de direitos e proteção, esta sim pode e deve ser combatida e regulamentada, havendo a necessidade de intervenção política, que ainda se encontra disfarçada por uma resistência em nome de uma moral conservadora e retrógrada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALESTRIN, P., E. A conversão das uniões homoafetivas em casamento e suas consequências jurídicas. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/trabalho_tese/23__f0f6a03498a57c5402009a751307971a.pdf>. Acesso em: 23/12/2013.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5> Acesso em: 21/08/2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva: 2011.

BRASIL. **Código Civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual. Disponível em <<http://www.estatutodiversidadesexual.com.br/p/estatuto.html>> Acesso em 28 de dezembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 3.300. Relator: Min. Celso Mello. Julgado em 03.02.2006. Publicado em 09.02.2006. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 19/08/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias referentes ao julgamento da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaUltima.asp>> Acesso em: 22/08/2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 05/01/2014.

"De onde vem o mal", revista Galileu nº 240, julho de 2011.

DIAS, Maria Berenice. Casamento sem escala. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/casamento_sem_escala.pdf>. Acesso em: 17/12/2013.

DIAS, M., B. Estatuto da Diversidade Sexual – uma lei por iniciativa popular. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/81__a0edbb097e2415c577de4ca92161ef66.pdf>. Acesso em: 04/01/2014.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, M. B. Um sonho convertido em casamento. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/um_sonho_convertido_em_casamento.pdf>. Acesso em: 15/12/2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v.5. 17. ed. São Paulo, Saraiva: 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. (Trad.) Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIUZA, C.; POLI, L., C. **A ampla possibilidade de adoção por casais homoafetivos face às recentes decisões dos Tribunais Superiores**. Disponível em: Revista Síntese de Direito de Família. Ed. 76- 2013.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

FREITAS, D., P. **Adoção por casal homoafetivo**. Disponível em: Revista Síntese de Direito de Família. Ed. 70-2012.

GONÇALVES, C., J., M. **O reconhecimento de direitos a homossexuais pelo poder judiciário: interpretação autorizada ou ativismo judicial?** Disponível em: Revista Síntese de Direito de Família. Ed. 70-2012.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família: 4 ed. Forense, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. In: Na medida da pessoa humana. São Paulo: Renovar, 2010.

NAHAS, L. F. **União homossexual: proteção constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

PADILHA, J. **Adoção por casais homoafetivos uma visão jurídica e social**. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/trabalho_tese/padilha%2C_jeorgiane._ad_o%E7%E3o_por_casais_homoafetivos.pdf>. Acesso em: 15/12/2013.

POMPEU, G., V., M.; SCAFF, F., F. **Discriminação por orientação sexual: a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional**. Florianópolis, Conceito Editorial, 2012.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

RABELO, C., L., A. **A adoção no âmbito da família homoafetiva sob o prisma do direito contemporâneo**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12912>. Acesso em: 21/12/2013

RABELO, C., L., A; VIEGAS, C., M., A., R; POLI, L., M. **A adoção no âmbito da família homoafetiva sob o prisma do direito e da psicanálise**. Disponível em: Revista Síntese de Direito de Família. Ed. 70-2012.

RABELO, C., L., A; VIEGAS, C., M., A., R; POLI, L., M. **A regulamentação jurisdicional para a família homoafetiva e o ativismo judicial.** Disponível em: Revista Síntese de Direito de Família. Ed.74- 2012.

SANTANA, U. O STF, o CNJ e a Resolução nº 175/2013 sobre o casamento civil homossexual. Disponível em: <<http://www.anajure.org.br/o-stf-o-cnj-e-a-resolucao-no-1752013-sobre-o-casamento-civil-homossexual/>>. Acesso em: 14/12/2013.

SILVA JUNIOR, A., M. Casamento civil homoafetivo e insegurança jurídica. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/101__6f072e617d240d880413ca1409598a49.pdf> Acesso em: 17/12/2013.

SILVA JUNIOR, E., D. **Amor e família homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF.** Disponível em: Revista Síntese de Direito de Família. Ed. 66-2011.

STRECK, L., L; LIMA, R., M. **O direito de conversão da união estável em casamento nas relações homoafetivas.** Disponível em: Revista Síntese de Direito de Família. Ed. 67-2011.