



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – UFJF  
FACULDADE DE DIREITO**

**LETÍCIA CARMANINI MORAES**

**A UNIÃO HOMOAFETIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS**

**JUIZ DE FORA**

**2010**

**LETÍCIA CARMANINI MORAES**

**A UNIÃO HOMOAFETIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS**

Monografia de Conclusão de Curso  
apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de Fora  
como requisito à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Israel Carone  
Rachid

**JUIZ DE FORA**

**2010**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**Letícia Carmanini Moraes**

**A UNIÃO HOMOAFETIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_

---

Prof. Israel Carone Rachid (Orientador)

---

Prof. Leonardo Gomes

---

Prof. Flávia Lovisi

**JUIZ DE FORA**

**2010**

## RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a urgência de se regulamentar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pois a omissão legislativa dá margem a discriminações e injustiças no tocante aos direitos decorrentes desta nova modalidade de entidade familiar. A exclusão do vínculo homoafetivo da tutela jurídica se contrapõe à dignidade da pessoa humana, princípio máximo da Constituição, do qual irradiam outros princípios e valores, como é o caso da liberdade e da igualdade. As leis devem estar em consonância com a realidade fática, pois a homossexualidade é um fato real e não uma ficção social. Visa também a delimitação da origem histórica da homossexualidade, a construção de um novo modelo de família, as posições jurisprudências, o comportamento de outros países acerca do tema, as conseqüências sociais e os argumentos favoráveis ao reconhecimento jurídico da união homoafetiva. Sua linha metodológica baseia-se precipuamente na doutrina de Maria Berenice Dias, uma das maiores defensoras do amor entre os iguais. Evidencia a busca dos desamparados legalmente ao Judiciário, a fim de obter reconhecimento de direitos, e o dever do juiz de interpretar de forma justa, abstraindo-se de pensamentos morais e preconceituosos, objetivando a promoção de tratamento igualitário a todos os cidadãos. Por fim, registra novas possibilidades a serem defendidas pelo juiz, visando o alcance da felicidade de todos.

**Palavras-chave:** união homoafetiva. família. afeto. conseqüências sociais.

## **ABSTRACT**

This paper demonstrates the urgent need to regulate marriages between same sex, since the legislative omission gives rise to discrimination and injustice regarding their rights under this new type of family unit. The exclusion of the homosexual relationship of legal protection goes against human dignity, maximum principle of the Constitution, which radiates to other principles and values such as liberty and equality. Laws must be consonant with the objective reality, and homosexuality is a fact and not a social fiction. The paper outlines the historical origins of homosexuality, the construction of a new family model, the positions jurisprudence, the behavior of other countries on the subject, the social consequences and arguments in favor of legal recognition of marriage homo. The line method is based on the doctrine of mainly Maria Berenice Dias which is a main proponent of love between equals. As the helpless legally resort to courts to have their rights recognized, the court must interpret fairly, abstracting from moral and prejudiced thoughts, in order to promote equal treatment to all citizens. This paper reports new possibilities to be defended by the judge in order that everyone can achieve happiness.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço primeiramente ao Israel, exemplo de professor, por toda atenção, paciência, carinho e por amenizar os momentos de tensão na construção desse trabalho. Agradeço também por ter despertado em mim o amor pelo Direito de Família.

Agradeço a todos os meus familiares pelo amor incondicional e pelo apoio constante.

Ao meu amor, Daniel, por acreditar no meu potencial e por ser companheiro em todas as horas.

## EPÍGRAFE

O amor que é essencial  
o sexo um acidente:  
pode ser igual, pode ser diferente!

Fernando Pessoa

## LISTA DE ABREVIATURAS

CF: Constituição Federal  
Art.: Artigo  
CC: Código Civil  
PEC: Projeto de Emenda Constitucional  
PGFN: Procuradoria Geral da Fazenda Nacional  
AGU: Advocacia Geral da União  
LICC: Lei de Introdução ao Código Civil  
CPC: Código de Processo Civil  
STF: Supremo Tribunal Federal  
REsp: Recurso Especial  
STJ: Supremo Tribunal de Justiça  
Rel.: Relator  
Fl.: Folha  
Min.: Ministro  
RJ: Rio de Janeiro  
MG: Minas Geras  
TJRS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul  
j.: Julgado  
Des.: Desembargador  
AC: Apelação Cível  
Dr.: Doutor  
ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade  
DF: Distrito Federal  
TSE: Tribunal Superior Eleitoral  
PA: Paraná  
TJRJ: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro  
C. Cív: Comarca Cível

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1- NOÇÕES HISTÓRICAS</b> .....	12
<b>2- DA FAMÍLIA</b> .....	16
2.1. Evolução Histórica do conceito de família.....	16
2.2. A Família e a Constituição de 1988.....	18
2.3. A Família Homoafetiva.....	19
<b>3- RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS</b> .....	21
3.1. No Direito Comparado.....	21
3.2. No Direito Brasileiro.....	23
<b>4- PERFIL CONSTITUCIONAL</b> .....	27
4.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	27
4.2. Princípio da Igualdade.....	28
4.3. Princípio da Liberdade.....	30
4.4. Argumentos de ordem constitucional.....	31
<b>5- BREVES POSTURAS JURISPRUDÊNCIAIS</b> .....	33
<b>6- CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS</b> .....	39
<b>CONCLUSÃO</b> .....	42
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	44

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar as desigualdades sofridas pelos homossexuais, tanto no âmbito jurídico quanto no âmbito social, que ocorrem exclusivamente em função da orientação sexual, não encontrando os opositores respaldo legal para fundamentar o não reconhecimento da união homoafetiva. Baseiam-se precipuamente em argumentos morais, religiosos e na aplicação literal da lei.

A homossexualidade, desde os primórdios, foi parte integrante da cultura humana. Não era vista como algo “estranho”, ao revés, estava tão dentro da normalidade quanto os relacionamentos heterossexuais. Com o advento da Igreja Católica, os relacionamentos sexuais que buscavam apenas o prazer tornaram-se condenáveis, e, desde então, a união homoafetiva foi considerada como um ato imoral e repugnante.

Em relação ao reconhecimento das uniões homoafetivas em outros países, nota-se grande avanço. Os países mais desenvolvidos sócio e culturalmente, adotam uma política de integração das minorias. Já os influenciados político e juridicamente pelas regiões ainda proíbem as uniões homoafetivas. Há ainda alguns países que não as reconhecem, como o Brasil. Nestes, a ação judicial é o instrumento utilizado pelos homossexuais para perseguirem seus direitos.

Com o advento da Revolução Industrial, ocorreram mudanças significativas na sociedade, que culminaram na consolidação de um novo modelo de família, formada com afeto, amor e cumplicidade, onde os indivíduos componentes buscam refugio e amparo. Sua finalidade deixou de ser a procriação e criação dos filhos, passando à busca da felicidade.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco para o Direito de Família, pois houve a constitucionalização do Direito Civil e a repersonalização do Direito de Família. Com a inserção do art. 226, §3º, o casamento deixou de ser considerado o único vínculo familiar reconhecido juridicamente, potencializando o conceito de família. Em contrapartida, deixou de regulamentar as uniões homoafetivas, abrindo precedentes a variadas discussões a cerca do tema. Como a família moderna prescinde do casamento e da capacidade procriativa, não há mais argumentos plausíveis ao não reconhecimento desta união como entidade familiar.

Enquanto não existe uma lei que regulamente as uniões homoafetivas, o Judiciário deverá atuar da forma mais justa possível, valendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de Direito, para solucionar litígios referentes ao tema. A inexistência de lei gera a possibilidade dos homossexuais sofrerem discriminação e preconceitos perante a sociedade. Foi o que aconteceu com o sócio do clube Atlético Paulistano, que teve negado o pedido de inclusão de seu parceiro como dependente do mesmo. Assim, nosso país só poderá ser considerado efetivamente um Estado Democrático de Direito quando superar os conceitos tradicionais de família - não mais condizentes com a realidade fática - e reconhecer a união homoafetiva como uma verdadeira entidade familiar, respeitando o princípio constitucional que sustenta todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana. Destarte, excluir a união entre pessoas do mesmo sexo da tutela legal é abrir margem para a ocorrência de discriminações e injustiças.

O procedimento metodológico utilizado foi o da análise de conteúdo, pautado em fontes primárias de investigação, como jurisprudências e legislações, e em fontes secundárias, como monografias, livros, artigos, teses e notícias publicadas na Internet.

Em um Estado Democrático de Direito, cujo valor mais precioso é a dignidade da pessoa humana, a efetivação dos direitos fundamentais, pertencentes a uma minoria condenada pelo preconceito, não pode ficar a mercê do Poder Legislativo, pois a proteção dos direitos da minoria diante do arbítrio das majorias é um dos principais objetivos da Carta Magna. Assim, enquanto o Legislativo continua resistindo ao que não pode evitar, o Judiciário deve se encarregar de reconhecer a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

## 1 NOÇÕES HISTÓRICAS

A homossexualidade existe desde os tempos mais remotos da história da humanidade. O comportamento homossexual não era tido como “estranho”, pelo contrário, era considerada tão normal quanto a heterossexualidade.

Nas culturas primitivas, a homossexualidade era uma prática amplamente aceita, na forma de uma relação entre um homem mais velho e um outro mais jovem, em que aquele seria necessariamente o sexualmente ativo e este o passivo. Essa relação era enxergada como um ritual, mediante o qual o menino alcançaria a masculinidade, e somente através dela seria alcançada a fertilidade necessária a uma futura procriação. Apesar de ter sido considerado um ritual com fins próprios, existiam também muitos homens que se sentiam atraídos exclusivamente por pessoas do mesmo sexo.

A cultura da pederastia institucionalizada<sup>1</sup> existente nas culturas primitivas foi seguida pela Grécia, sendo praticada por deuses, reis e heróis. Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 35) a “bissexualidade estava inserida no contexto social, e a heterossexualidade aparecia como preferência de certo modo inferior e reservada à procriação”. A peculiaridade grega encontra-se no fato de que o ato sexual entre um homem mais velho com outro mais novo era uma forma deste adquirir conhecimento. O homem mais velho, denominado “preceptor”, na maioria das vezes um guerreiro, transmitia sabedoria ao adolescente, chamado de “efebo”. Era um privilégio para um homem jovem ser escolhido por um “preceptor”, pois tal prática era considerada um rito de iniciação sexual aos adolescentes, por meio do qual os jovens seriam treinados para enfrentar uma guerra e se tornariam mais sagazes para a política.

Destarte, a prestação de favores sexuais dada pelos efebos aos preceptores com o fim de alcançar a sabedoria plena, era comumente prestada em Atenas, cidade conhecida por seu alto desenvolvimento cultural.

Em contrapartida, a prática homossexual na cidade-estado de Esparta tinha um enfoque diferenciado. Como Esparta era um estado militar, a homossexualidade era estimulada no exército espartano com o fim de torná-lo mais forte. Isso ocorria

---

<sup>1</sup> Pederastia: prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem.

pois existiam muitos relacionamentos amorosos entre homens. Assim, quando um espartano ia para a guerra, o seu companheiro estaria lutando não só por obrigação ou para defender sua cidade-estado, mas também pela vida de seu amado. Conseqüentemente, o empenho dos combatentes era muito maior.

A homossexualidade em Roma era conhecida como sodomia e da mesma forma que na Grécia, era amplamente aceita. Entretanto, diferentemente da Grécia, em que os homens cortejavam os meninos de seu interesse com o intuito de persuadi-los a reconhecer suas boas intenções, em Roma, o ato sexual com meninos livres era proibido, pois a sexualidade estava intimamente ligada à dominação, ou seja, acreditavam que o prazer só seria atingido através da força.

Apesar da homossexualidade ser amplamente aceita e praticada nas culturas grega e romana, sendo vista de procedência normal, existia em ambas o preconceito contra quem assumia a condição de pólo passivo no ato sexual. Era repudiado, pois era visto como uma conduta feminina, e as mulheres não eram cidadãs de direito. Portanto, segundo o pensamento machista daquela época, quem assumia o papel de passivo na relação era equiparado a elas, que eram socialmente desprezadas pela camada dominante da população. Entretanto, quando a passividade era assumida por um homem respeitado por outras atitudes suas, a população fazia vista grossa. Conforme o autor Paulo Roberto Iotti Vecchiati (2008, p.37), “o machismo é a origem remota da homofobia, ou seja, do preconceito e da discriminação contra homossexuais”.

A discriminação aos homossexuais teve sua origem na religião. Os judeus repulsavam os costumes e os usos de outros povos e assim, passaram a condenar a libertinagem sexual do período, criando a concepção de que apenas seria admitida a relação sexual realizada dentro do casamento para fins exclusivamente procriativos, ou seja, toda relação sexual fora do casamento, fosse essa hetero ou homossexual, era condenada.

A religião católica foi influenciada pela religião judaica, e muitos de seus preceitos foram tomados como base para a implantação da religião cristã. A igreja católica considerava a homossexualidade uma depravação e seu fundamento era a abominação do Levítico<sup>2</sup>.

---

2 “Não te deitarás com homens, como fazes com mulheres: é abominação” (Levítico, 18.22)

Todavia, não devemos fazer uma interpretação literal do escrito bíblico, e sim histórico-crítico, ou seja, deve-se analisar o contexto em que foram escritos. Ademais, outro fator que ensejou a pregação contrária à homoafetividade foi a condenação do ato sexual estéril.

Através da contínua pregação religiosa de que o Messias voltaria a Terra e levaria apenas os considerados “bons” para o reino de Deus, a Igreja Católica se tornou mais forte, na medida em que obtinha cada vez mais aliados influentes (reis e monarcas). Tal aliança ensejou na criação de leis que puniam a prática homossexual, porém, isso não foi o suficiente para impedir a mesma, pois fez com que a homossexualidade se tornasse clandestina.

Outro fator que propulsou a condenação dos homossexuais durante a ascensão da Igreja Católica foi a baixa expectativa de vida da população da Europa ocidental, que se verificou em Roma devido às constantes mortes ocasionadas por guerras e em toda a Europa, devido a peste bubônica.

Diante desse contexto social, a ininterrupta pregação contrária aos homossexuais, que se verificou ao longo dos séculos, foi responsável gradativamente pela extinção da cultura da pederastia institucionalizada e do pensamento de que o amor entre pessoas do mesmo sexo seria tão normal quanto o amor entre pessoas de sexos diferentes. Dá-se aí o começo do desenvolvimento do atual quadro de preconceito contra os homossexuais.

Na Idade Média, a punição pela prática homossexual foi a mais rigorosa de todos os tempos, tanto que se chegou ao extremo de prescrição de pena de morte a sua prática. Diversas outras formas de punições também existiram como multas, prisão, confisco de bens, banimento da cidade, trabalho forçado, marcas com ferro, execração, açoite público até a castração, amputação das orelhas, morte por fogueira e até afogamento.

O casamento transformou-se em sacramento, ou seja, todas as uniões ocorridas fora do casamento eram inválidas. Isso serviu para aumentar ainda mais o preconceito contra as relações sexuais ocorridas fora do casamento, e até mesmo as ocorridas nele, quando essas não visavam exclusivamente à obtenção de filhos.

A partir do século XIX, a religiosidade deu lugar à racionalidade no que concerne à explicação dos fenômenos naturais e humanos. Desse modo, a homossexualidade passou a ser encarada como uma doença a ser tratada e não

como um pecado de Deus. Ademais, foi nesse século que o termo “homossexual” foi criado.

A maior parte dos médicos se posicionava no sentido de considerar a homossexualidade como “degeneração”. Conseqüentemente, vários tratamentos desumanos foram utilizados (choques convulsivos, lobotomia e terapias por aversão) e a sociedade não tomava nenhuma providência, pelo contrário, queriam a extinção da homossexualidade de qualquer maneira.

No final do século XX, a medicina deixou de considerar a homossexualidade uma patologia.

Com o decorrer do tempo, determinados acontecimentos transformaram a sociedade homofóbica em uma sociedade mais tolerante. O enfraquecimento da influência da Igreja foi um dos fatores para essa evolução. Outrossim, a prática sexual deixou de ser considerada crime, novas estruturas de convívio familiar emergiram e o afeto passou a ser valorizado.

## **2 DA FAMÍLIA**

### **2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA**

Segundo a Igreja Católica, somente os atos sexuais praticados durante o casamento e com o fim de procriação eram permitidos, condenando assim, qualquer tipo de relação sexual que visava apenas o prazer. Influenciado pela religião, surgiu-se o entendimento de que somente a união entre um homem e uma mulher oficializada pelo matrimônio seria formador da família. Desse modo, no início do século passado, apenas as uniões baseadas no sacramento eram juridicamente protegidas, deixando à margem todas as uniões que não fossem ratificadas pelo casamento civil, inclusive as heterossexuais. Segundo Euclides Benedito de Oliveira, “legítima era apenas a família formada por meio do casamento; ilegítima, a resultante de união formal, de fato, pela convivência de fim amoroso entre homem e mulher, sem as formalidades do ‘papel passado’”. (OLIVEIRA APUD DIAS, 2010, p.121).

Até o início da Revolução Industrial, a família era hierarquizada e patriarcal, isto é, todos os membros deveriam obedecer às regras impostas pelo pai - que era uma espécie de líder - sem nenhum questionamento. Enquanto o homem administrava os bens da família, cabia à mulher a tarefa de cuidar do lar e promover a educação dos filhos. A família era um núcleo de produção, com interesses meramente patrimoniais. Para garantir o sustento da família a procriação era estimulada. Ademais, era composta por parentes e também por alguns agregados. Bem sintetiza Roger Raup Rios (2001):

Dentre os traços característicos da configuração jurídica da família neste modelo institucional, devem ser salientados a percepção de família como uma entidade fechada que pode ser considerada em si mesma, permanente no tempo mesmo com a mutação de seus componentes individuais, voltada para a consecução de objetivos econômicos e afetivos internos e para a realização de finalidade externas e superiores, relacionadas com a manutenção e o progresso de toda a sociedade. Trata-se, como visto, de um modelo hierárquico, em cuja origem os indivíduos são concebidos dentro de uma “regulação piramidal complexa” e assimétrica, onde, sem a previsão da paridade de direitos entre os

cônjuges, delineou-se uma estrutura familiar do tipo forte e autoritário, prevalecendo as relações de hierarquia sobre as de autonomia. (ROGER RAUPP RIOS, 2001, p. 99 e 100).

Com o advento da Revolução Industrial, mudanças significativas ocorreram. A industrialização, a formação dos núcleos urbanos, a emancipação da mulher, a descoberta dos anticoncepcionais, as lutas emancipatórias e a consagração de um Estado Laico foram determinantes para a modificação do conceito de família. Com a grande necessidade de mão-de-obra, as mulheres deixaram o lar para trabalharem fora. Assim, o papel que antes era ocupado exclusivamente pela mulher, passou a ser dividido com o homem, ou seja, agora ambos eram responsáveis pelas atividades domésticas e criação dos filhos. As mulheres passaram a lutar pela igualdade de direitos e a questionar a discriminação que sempre sofreram. Surge-se aí um novo conceito de família, que é pautado no afeto, amor, compreensão, respeito, não sendo mais um instituto que visa apenas a produção e reprodução. Segundo Paulo Lôbo, a família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal e afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista.

Todos esses fatores deram origem a uma nova concepção de família. As pessoas procuram a felicidade, e como todos dizem, a felicidade só é alcançada a dois. Essa busca pela felicidade deu ensejo ao surgimento de novos modelos de família. Entretanto, o Direito não reconhecia os vínculos extramatrimoniais, o que era extremamente injusto, pois a mulher que mantinha um relacionamento com um homem casado, após o término, ficava sem patrimônio algum. Diante disso, a jurisprudência passou a criar soluções para tais casos, sem, entretanto, reconhecer o caráter de entidade familiar às mencionadas relações. A princípio, os juizes valeram-se do Direito do Trabalho, uma vez que viam na concubina um papel de administradora do lar. Assim, concediam pagamentos de indenizações aos serviços domésticos prestados. Em um segundo momento, eles compararam a união extramatrimonial a sociedade de fato (sociedade não registrada na Junta Comercial), recorrendo-se assim, ao Direito Comercial. Destarte, a jurisprudência visava evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes com a repartição patrimonial. Entretanto, nenhum outro direito era reconhecido.

O vazio legislativo que existia acerca das uniões extramatrimoniais não impediu a formação das mesmas. Pelo contrário, cada vez mais aumentava-se o número de relacionamentos concebidos fora do casamento, o que revolucionou o conceito sacralizado de família. Com a evolução da engenharia genética, o contato sexual deixou de ser indispensável para a reprodução e os fins da família não eram mais o do crescimento econômico e nem da procriação. Com todas essas modificações, tornou-se necessário encontrar um conceito de família que não mais abranjesse os antigos pressupostos: sexo, casamento e reprodução e sim, que consagrasse todos os novos modelos familiares. Brilhantemente aduz Paulo Lôbo :

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômico-político-religioso-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquandram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito. ( Paulo Lôbo, 2008, p. 11).

## **2.2 A FAMÍLIA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Conforme dispõe o art. 226, caput, da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Foram inseridos na Carta Magna dispositivos significativos que prevêm a equiparação dos cônjuges nos direitos e deveres (§5º), a instituição de novas regras ao divórcio (§6º), a previsão do planejamento familiar (§7º), a assistência família (§8º) e a igualdade entre os filhos (§9º). Ademais, trouxe um grande avanço, que foi o reconhecimento jurídico de outros vínculos amorosos que não só o casamento, tais como a união estável e a família monoparental (que se caracteriza pela constituição por apenas um dos pais mais a prole). A consagração pela Constituição Federal de 1988 de outros modelos familiares foi uma revolução nas estruturas sociais, pois além de o casamento não ser mais indispensável à formação do vínculo familiar no ordenamento jurídico, ele não se destinava mais à procriação. As modalidades consagradas apenas pela doutrina e jurisprudência são o casamento anaparental, que se caracteriza pela

convivência entre parentes, com uma estrutura com identidade de propósito; a família eudomonista, que se caracteriza pela convivência entre pessoas que possuem laços afetivos e solidariedade mútua e a união homoafetiva.

### **2.3 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA**

Por todo o exposto, percebe-se que o conceito de família tornou-se mais amplo, abrangendo um leque maior de possibilidades. Não existe justificativa para a exclusão das relações entre casais homossexuais no ordenamento jurídico, pois a capacidade procriativa e a existência de prole não são mais indispensáveis à regulamentação normativa. Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 128) “o centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva, e é perfeitamente possível encontrar tal núcleo afetivo em duplas homossexuais, erradamente excluídas do texto constitucional”.

Com a despatrimonização do Direito Civil, o enfoque do ordenamento jurídico passou a ser a pessoa e não mais o patrimônio. Quando a família se desinstitucionalizou e a dignidade da pessoa humana passou a ser o foco da ordem jurídica, passou-se a valorizar cada membro da família ao invés de valorizar a família como instituição. O art. 226, §8º<sup>2</sup> mostra a nova face da família, que se preocupa precipuamente com a realização da personalidade de seus membros (família função). Nesse sentido, aduz Rodrigo da Cunha Pereira:

A família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros. Em face, portanto, da mudança epistemológica ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto como um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família (CUNHA, 2006, p. 183).

Assim, conclui-se que o núcleo central da família moderna é o afeto.

---

<sup>2</sup> Art. 226, §8º,CF: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Entretanto, não é qualquer afeto que enseja a formação da família, pois se assim o fosse, dois amigos que morassem juntos a fim de dividir os gastos formariam uma família. Para haver uma entidade familiar, além do afeto deve-se existir a estabilidade e o conhecimento público.

Toda a união baseada no afeto familiar deve ser juridicamente protegida pelo ordenamento pátrio. Destarte, se um convívio entre duas pessoas do mesmo sexo tiver essa característica, essa união deverá ser reconhecida da mesma forma que a união entre as pessoas de sexos opostos. Caso contrário, haveria um tratamento desigual entre as pessoas, o que infringiria o princípio da isonomia e a dignidade da pessoa humana.

Os que defendem o não reconhecimento da união homoafetiva perante o ordenamento jurídico argumentam que a Constituição Federal foi omissa a respeito, ou seja, aduzem que se a intenção do legislador fosse a de legalizar tais uniões, ele teria previsto expressamente. Contudo, conforme ensina Maria Berenice Dias (2009, p. 130), o “silêncio da Constituição sobre as uniões homoafetivas não permite afirmar que a base da sociedade é constituída apenas pela família heterossexual”. Ao interpretar a Constituição, os juristas não devem ter a pretensão de que em seu texto não há lacunas. Assim, ela deve ser interpretada de uma forma ampla e ter uma função criadora.

Deste modo, as uniões homoafetiva são verdadeiras entidades familiares, uma vez que são dotadas do mesmo afeto que possuem as uniões heterossexuais, merecendo, dessa forma, a mesma proteção que é ofertada aos casais heteroafetivos.

### **3 RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS**

#### **3.1 NO DIREITO COMPARADO**

A questão controversa acerca do reconhecimento ou não da união estável envolve não só o Brasil, mas todos os países do mundo. Os países mais desenvolvidos sócio e culturalmente adotam uma postura de integração das minorias. Em vários países há um avanço no que tange ao reconhecimento dos direitos aos homossexuais, o que se mostra através da inserção na legislação de normas que possibilitam o casamento ou a união estável dos casais homoafetivos. Esse trabalho adotará a classificação de Maria Berenice Dias, que subdivide os países do mundo em países de extrema repressão, de modelo intermediário e os de modelo expandido.

O primeiro grupo é composto por países que preveem punições criminais aos casais homoafetivos, inclusive a pena de morte. Os países desse grupo são aqueles que adotam uma estrutura de governo teocrática, ou seja, os países islâmicos (embora não apenas eles). São mais de setenta países que adotam punições criminais às práticas homossexuais. Na América do Sul, o Chile é o único país que criminaliza a prática homossexual.

A Eslovênia, Hungria, República Tcheca, Eslováquia, Polônia, Bulgária descriminalizaram os atos homossexuais praticados privadamente entre adultos ao entrarem no Conselho da Europa. Na Romênia, os homossexuais eram condenados à pena de morte e até cinco anos de prisão. Entretanto, a lei que permitia tal atrocidade foi revogada como consequência da pressão da União Européia.

Já nos países de modelo intermediários, não há punição à prática homoafetiva, mas também não há nenhuma regulamentação a respeito. É o que ocorre com o Brasil. Nesses países não há legislação específica que defina os efeitos jurídicos derivados das uniões homoafetivas, e para que os casais homossexuais não fiquem a mercê desse vazio legislativo, resta que as situações envolvendo os direitos homoafetivos sejam regulamentadas pelo Poder Judiciário, com base em regras de hermenêutica.

Nos países de modelo expandido, além da homossexualidade não ser considerada crime, há uma efetiva regulamentação das uniões homoafetivas. O primeiro país a reconhecer a homossexualidade - tendo assim inspirado os países nórdicos - foi a Dinamarca, que instituiu a Parceria Registrada através da lei 371, de 1989. Esse instituto reconhece os mesmos direitos que são concedidos pelo casamento, com algumas exceções.

Os países que reconhecem as uniões homoafetivas sem o status de casamento e com denominações distintas são: França, Alemanha, Reino Unido, Hungria, Dinamarca, Finlândia, Suíça, Croácia, Eslovênia, República Tcheca, Latvia, Andorra, Luxemburgo, Mônaco, em algumas regiões da Itália, Israel, Martinica, Antilhas Holandesas, Guadalupe, África do Sul, Colômbia, Guiana Francesa, Nova Caledônia, Nova Zelândia e os estados de New Jersey e Wisconsin, dos Estados Unidos.

Cumprido ressaltar que na França, em 1999, foi instituído o Pacto Civil de Solidariedade (PACS), através da alteração do Código Civil. Ele possibilita que duas pessoas adultas plenamente capazes, de sexos opostos ou não, firmem um contrato que regulará sua vida em comum.

Dentre os países que reconhecem o casamento entre homossexuais está a Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia e por fim, Argentina e por fim, na cidade do México.

O país mais evoluído no que tange à concessão de direitos aos homossexuais é a Holanda, pois além de possibilitar o contrato de parceria registrada desde 1998, também possibilita a consagração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, previsto expressamente no Código Civil holandês, desde 2001. Após a Holanda legalizar o casamento, Bélgica, Espanha e Canadá caminharam no mesmo sentido no ano de 2005. No mesmo ano, o Tribunal Constitucional da África do Sul determinou que o Parlamento sul-africano reconhecesse o casamento entre pessoas do mesmo sexo no prazo máximo de um ano.

Foi no presente ano que Argentina, Portugal e Islândia passaram a fazer parte do grupo dos países de modelo expandido. A Argentina foi o décimo país no mundo a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo e tal fato foi considerado histórico, pois foi o primeiro país na América Latina a promover a legalização.

Dos cinqüenta estados dos Estados Unidos, apenas seis admitem o casamento entre casais homossexuais. São eles: Massachussets, Connecticut, Iowa, Vermont, Maine e New Hampshire. Além desses, há também o reconhecimento no District of Columbia, onde se situa a capital dos Estados Unidos. No Hawai, foi instituída a figura dos “beneficiários recíprocos” (reciprocal beneficiaries), que concedem direitos e obrigações aos parceiros do mesmo sexo. Na Califórnia, Columbia e Oregon são reconhecidas parcerias domésticas entre homossexuais, as quais têm sido reconhecidas pelos tribunais a fim de se assegurarem direitos patrimoniais.

### **3.2 NO DIREITO BRASILEIRO**

Conforme o art. 3, IV, CF, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nota-se que o referido artigo menciona a discriminação em relação ao sexo, mas não a oriunda de orientação sexual. Ademais, o art. 226 ao estabelecer especial proteção à família, menciona apenas o casamento, a união estável entre homem e mulher e a família monoparental. Em relação à união homoafetiva, a Constituição Federal é omissa, o que transgride o princípio da igualdade, pois os homossexuais merecem igual proteção, sob pena de incorrer em discriminação social. A justifica dessa não regulamentação não pode se pautar em posicionamentos morais e religiosos, pois esses não se confundem com questões jurídicas e emitem um juízo de valor, que é mutável com o passar do tempo.

Da mesma forma que a Constituição Federal, o Código Civil não dispõe como condição para a formação do casamento a diversidade de sexo entre os noivos. Tal conclusão se extrai dos artigos 1514<sup>1</sup> 1517<sup>2</sup> e 1565<sup>3</sup>. Além disso, a

---

<sup>1</sup> Art. 1.514,CC: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

<sup>2</sup> Art. 1517, CC: “ O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”.

<sup>3</sup> Art. 1.565, CC: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

diversidade de sexo não está entre os impedimentos do casamento.

Devido a essa omissão, alguns autores defendem a teoria do casamento inexistente, que segundo Orlando Gomes, "é uma construção doutrinária destinada a explicar situações nas quais não se justificava tecnicamente a aplicação da teoria das nulidades<sup>4</sup>". Segundo essa teoria, a diversidade dos nubentes é um pressuposto para a existência do casamento<sup>5</sup>.

Da mesma forma que o casamento, o Código Civil de 2002 não trata da união das pessoas do mesmo sexo, o que demonstra seu forte conservadorismo e apego a um conceito de família que é preso à diversidade de sexos como requisito fundamental para a formação do casamento.

Um dos grandes marcos da legislação foi a promulgação da Lei Maria da Penha, que pela primeira vez reconhece a união homoafetiva como entidade familiar, através do seu art. 2º e 5º: O seu art. 2º dispõe que "toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual (...) goza de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (...). Já o parágrafo único do art. 5º diz que "as relações pessoais anunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

A referida lei tem como objetivo evitar a violência em âmbito doméstico e ao dispor em seu parágrafo único que as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual, ela quis dizer que as uniões entre pessoas do mesmo sexo são entidades familiares, alargando assim, o conceito de família. Entretanto, apesar da lei ter como fim proteger a mulher, ela deve também ser estendida ao homem, pois acabou inserindo um novo conceito de família.

Essa omissão só vem demonstrar o preconceito que ainda existe na sociedade e a discriminação sexual sofrida pelos homossexuais. Não bastasse isso, há uma intensa resistência por parte do poder legislativo em aprovar projetos de lei que visam regulamentar as uniões entre casais homossexuais. Destarte, enquanto houver essa barreira por parte do legislativo, que se influenciam por questões morais e religiosas, torna-se pequena a esperança de se reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, deixando os homossexuais em situação de desamparo jurídico.

---

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro, Forense, 1981, 4ª ed.

<sup>5</sup> <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9704/o-casamento-inexistente>

O movimento LGBTTT luta pelos direitos das lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transsexuais. Dentre suas prioridades está a aprovação do projeto de Lei 122, de 2006, que criminaliza a homofobia e o projeto de lei 1.151, de 1995. O movimento foi responsável pela criação do Programa Brasil sem Homofobia, que é um programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB, lançado no ano de 2004 através de uma articulação entre governo federal e sociedade civil organizada. Tem como objetivo a ampliação e fortalecimento do exercício de cidadania no Brasil, estabelecendo bases para políticas públicas que visam incidir no combate a homofobia<sup>6</sup>.

Não só projetos de lei foram criados a fim de regularizar a união dos homossexuais, mas também propostas de emendas constitucionais. A PEC 66/2003 dá nova redação ao art. 3º, IV e 7º, XXX da Constituição Federal a fim de incluir entre as proibições de discriminação sexual a orientação sexual. Há também a PEC 70/2003 que altera o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, para permitir a união estável entre casais homossexuais.

Com o intuito de proporcionar uma condição de igualdade para os homossexuais, a fim de evitar qualquer tipo de discriminação sexual, foram criados vários projetos de lei. Para evitar uma leitura exaustiva, não cabe aqui mencionar todos os existentes.

O primeiro projeto de lei a ser criado com os fins acima expostos foi o de número 1.151, em 1995, pela atual senadora Marta Suplicy. O projeto - denominado Parceria Civil - visa disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, há mais de onze anos encontra-se parado, encostado em alguma “gaveta” da Câmara dos Deputados.

Os projetos de lei mais recentes são o de número 4914 de 2009 e o de número 31 de 2010. O primeiro insere no Código Civil o art. 1727-A, segundo o qual os artigos referentes à união estável serão aplicados às pessoas de mesmo sexo, com exceção do art. 1726<sup>7</sup>, que promove a conversão da união estável em casamento. O segundo altera o §4º do art. 121 do Código Penal, para agravar as penas dos crimes de homicídio e lesões corporais motivados por discriminação ou preconceito, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual ou procedência nacional.

---

<sup>6</sup> [www.direitoshumanos.gov.br](http://www.direitoshumanos.gov.br)

<sup>7</sup> Art. 1726,CC: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

Em 2000, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) expediu a Instituição Normativa nº 25/2000 a fim de estabelecer procedimento para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro homossexual.

Uma novidade é a inclusão do companheiro homossexual como dependente no Imposto de Renda, desde que seja comprovado a convivência durante 5 anos. Isso foi possível graças ao parecer do Ministro da Fazenda. Conforme diz o coordenador-geral de assuntos gerais da PGFN, Ronaldo Baptista, há 30 anos não existia divórcio e há 20 anos a mulher não podia ser chefe de família. Os conceitos de valores da sociedade se alteram com o tempo e a interpretação da lei também deve ser alterada<sup>8</sup>.

Um dos outros avanços nesse sentido foi o reconhecimento pela AGU da união homoafetiva. O documento sugere a inclusão do parceiro homoafetivo como beneficiário de um trabalhador segurado pelo Regime Geral de Previdência Social. Na condição de dependente, o parceiro pode receber benefícios como pensão por morte e auxílio-reclusão, pago a dependentes de presidiários<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2220803/uniao-homoafetiva-e-reconhecida-pela-agu>

## **4 PERFIL CONSTITUCIONAL**

Após a Segunda Guerra Mundial, surgiu o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, isto é, o Código Civil deixou de ter primazia nas regulamentações de Direito Privado, devendo ser interpretado conforme os princípios constitucionais. Ademais, foi a partir desse fenômeno que os princípios do direito de família foram elevados ao patamar constitucional.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a expressão “constituída pelo casamento” foi retirada do texto, o que nos leva a concluir que não só a família constituída pelo casamento é protegida, mas sim todos os modelos familiares. A interpretação da Constituição Federal deve se dar de forma ampla e o fato da mesma ter se referido a casamento, união estável e família monoparental não significa que as famílias não mencionadas serão excluídas do ordenamento jurídico, sob pena de configurar flagrante discriminação a determinados grupos (DIAS, 1999).

### **4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Apesar de não haver hierarquia entre princípios, o princípio da dignidade da pessoa humana é visto como um princípio máximo, base para a formação da Carta Magna. É um princípio que não pode ser aferido somente nas Constituições que a prevêm, pois é preexistente as mesmas.

Baseado no pensamento kantiano, o homem não pode servir de instrumento para a ação de outra pessoa. O que torna o homem superior à coisa - que pode ser dotada de preço - é o seu valor intrínseco, ou seja, a dignidade. E o fato de não ser possível equiparar o homem à coisa implica conceber uma denominação mais específica ao homem: pessoa. (PEREIRA, 2006). Destarte, quando o ordenamento jurídico não reconhece as uniões homoafetivas, a sociedade está tratando o homem como um instrumento para a garantia de fins que ele não partilha: a manutenção de uma sociedade arraigada a um conceito de família retrógrado, que é vista como uma instituição com o fim precípua de gerar e criar filhos.

Para definir dignidade da pessoa humana, temos a conceituação de Ingo Sarlet:

Dignidade da pessoa humana é a qualidade extrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, neste sentido, em 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 existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET APUD DIAS, 2009)

O valor como pessoa do ser humano deve ser reconhecido para que ele possa exercer livremente a sua personalidade, a fim de que ela não seja menosprezada. Conforme ensina Daniel Sarmiento (2010, p.645), a “desvalorização das características típicas e do modo de vida dos integrantes de determinados grupos, como os homossexuais, tende a gerar nos seus membros conflitos psíquicos sérios, infligindo dor, angústia e crise na sua própria identidade”. Desse modo, negar o reconhecimento das uniões homoafetivas é o mesmo que rejeitar um aspecto essencial de sua personalidade.

Excluir da sociedade determinados grupos familiares é o mesmo que atentar contra a dignidade da pessoa humana. O Direito de Família só estará em consonância com a Constituição Federal quando esses grupos familiares estiverem inseridos no contexto jurídico. A dignidade da pessoa humana no contexto do Direito de Família se refere ao respeito à liberdade e autonomia dos sujeitos, para que eles possam exercer livremente a sua personalidade. Caso contrário, estariam sendo marginalizados, tendo tratamento indigno.

Conclui-se portanto, que os pressupostos da dignidade da pessoa humana são a garantia de condições justas de vida, isonomia e identidade.

## **4.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

O preâmbulo da Constituição Federal enuncia o propósito de se constituir

uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Outrossim, o art. 3º dispõe os objetivos fundamentais da República do Brasil que são “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Através dessa leitura, fica evidente que a Constituição Federal tem aversão a qualquer forma de discriminação e preconceito, consagrando assim, o princípio da igualdade.

Segundo Ronald Dworkin (1985 APUD SARMENTO 2010, p.634) “o princípio da igualdade proclama que todas as pessoas devem ser tratadas pelo Estado com o mesmo respeito e consideração”. Extrai-se desse princípio a vedação ao tratamento desigual destinado a um grupo em função de sua opção sexual. Isso é desconforme com o princípio em estudo. Contudo, não é dessa maneira que vem agindo o nosso poder legislativo. Há omissão no que diz respeito ao reconhecimento das uniões homoafetivas e os deputados e senadores nada fazem a respeito.

Deve-se salientar que não são todos os tratamentos desiguais que afrontam o princípio da igualdade. Existem situações em que é necessário esse tratamento para promovê-la. Um exemplo é a licença concedida à gestante, disposta no art. 7º, XVIII, CF<sup>1</sup>. Enquanto a licença materna é de cento e vinte dias, a paterna é apenas de cinco dias. Tal diferenciação não pode ser considerada uma discriminação em função do sexo, pois se justifica devido às necessidades específicas da mãe, que se referem à amamentação e desenvolvimento do filho. Todavia, a medida discriminatória só poderá ser aplicada se existir algum fundamento razoável e suficiente para tal. Nesse sentido, ensina Roger Raupp Rios:

Em cada uma das questões onde surgir a indagação sobre a possibilidade da equiparação ou da diferenciação em função da orientação sexual, é de rigor a igualdade de tratamento, a não ser que fundamentos racionais possam demonstrar suficientemente a necessidade de tratamento desigual, cujo ônus de argumentação será tanto maior quanto mais intensa a distinção examinada. No caso da homossexualidade (...) constata-se que o estágio do conhecimento humano que hoje compartilhamos desautoriza juízos discriminatórios com base exclusiva no critério da orientação sexual. (RIOS APUD VECCHIATTI, 2009)

---

<sup>1</sup> Art. 7º, XVIII,CF: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.”

Os fundamentos utilizados pelos opositores da legalização da união estável são absurdos. O primeiro é de que essa união seria “pecado”, o que é incompatível com os princípios de liberdade religiosa e laicidade do Estado, dispostos nos arts. 5º, VI<sup>2</sup> e 19, I<sup>3</sup>, CF. O segundo argumento é de que os relacionamentos homossexuais são contrários à “natureza das coisas”, o que não justifica o tratamento desigual, uma vez que a dignidade da pessoa humana não pode ser cerceada por argumentos dessa ordem. Outro argumento é a impossibilidade de procriação. Como já foi abordado, as famílias são formadas com base no afeto e não com o fim de obter filhos.

A igualdade subdividi-se em igualdade formal e igualdade material. A primeira é a igualdade perante a lei, ou seja, pressupõe a existência de lei já elaborada e é destinada aos Poderes Executivos e Judiciários, a fim de que a lei seja aplicada de forma igualitária, sem a promoção de discriminação em razão de sexo, religião, raça, etc. Já a igualdade material tem por destinatário o legislador, que ao elaborar normas não poderá incluir fatores de discriminação.

Por fim, conforme ensina Maria Berenice Dias (2009.p.109), a “igualdade nada mais é do que o direito de ser diferente, sem sofrer discriminações por isso”.

#### **4.3. PRINCÍPIO DA LIBERDADE**

Em um Estado Democrático de Direito, o reconhecimento da liberdade individual é um dos seus principais fundamentos. A Constituição Federal recepcionou o princípio da liberdade ao prever como fundamentos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa (art. 3º,I,CF). Deve-se garantir a qualquer pessoa a possibilidade de realizar suas escolhas e projetos de vida, desde que isso não invada a esfera de terceiros.

---

<sup>2</sup> Art. 5º, VI, CF: “(...) é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias

<sup>3</sup> Art. 19,I,CF: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I- Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles os seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Após o Welfare State, a liberdade passou a ter um enfoque mais voltado à proteção da liberdade individual ligada ao desenvolvimento da personalidade humana. Destarte, tal liberdade, protegida constitucionalmente com enfoque diferenciado, diz respeito à autonomia do indivíduo em escolher o sexo do parceiro com quem quer se relacionar, constituir família e dividir os momentos de felicidade e tristeza. Para enfatizar a importância do papel existencial da liberdade de escolha do parceiro, Rodrigo Cunha colaciona:

Para que a família desempenhe realmente este papel vital para a realização existencial dos seus membros, a sua constituição deve basear-se num ato de liberdade, em que cada indivíduo tenha a possibilidade de escolher o parceiro ou parceira com quem pretende compartilhar a vida. Mas é exatamente essa liberdade que se nega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua família, sob o amparo da lei, com pessoas do sexo para qual se orienta a sua afetividade. Ao não reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado compromete a capacidade do homossexual de viver a plenitude da sua orientação sexual, enclausurando as suas relações afetivas no “armário. ( APUD SARMENTO, 2010)

Assim como todos os direitos fundamentais, a liberdade individual pode ser restringida em face de outros, desde que haja interesse legítimo pautado no direito de terceiros ou no interesse coletivo. O reconhecimento legal da união entre pessoas do mesmo sexo não invade a esfera de terceiros e não infringe bens jurídicos que façam jus a proteção constitucional. Logo, não cabe ao Estado interferir na opção sexual das pessoas, devendo-lhes garantir a constituição de família com pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto. Caso contrário, haverá grave ofensa ao princípio da liberdade, com óbvia discriminação à pessoa, em função de sua opção sexual.

#### **4.4 ARGUMENTOS DE ORDEM CONSTITUCIONAL**

Um dos argumentos constitucionais favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva é o alargamento do conceito de família, que se deu com a promulgação

da Constituição de 1988. Isso ocorreu pois a Carta Magna reconheceu a existência de entidades familiares fora do casamento. Deste modo, não só existe família quando há a celebração do sacramento e também quando há relação sexual. Ademais, a capacidade de procriação e a existência de filhos não são pressupostos necessários à proteção legal.

O Direito Civil deve ser interpretado a luz da Constituição, pois as premissas constitucionais são os valores mais relevantes da ordem jurídica brasileira, sendo a dignidade da pessoa humana a mais preciosa delas. Ela reúne todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana e possui como principais corolários a igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade. Assim, mesmo que a união homoafetiva não tenha sido contemplada explicitamente na Constituição Federal, a sua admissão como entidade familiar deve ser reconhecida, pois o ordenamento jurídico tem como postulado fundamental a dignidade da pessoa humana.

Não bastassem os argumentos de ordem constitucional, há também a existência de tratados internacionais, cujas normas são recepcionadas pela Constituição, conforme dispõe o art. 5º, §2º<sup>4</sup>. O Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo I dispõe que todos os homens nascem livres e iguais em dignidades e direitos e em seu artigo IV que todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação.

Ademais, há também o princípio da afetividade, segundo o qual o afeto familiar é o elemento essencial a todos os tipos de família. Assim, duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo que mantêm relação duradoura, pública e contínua, com o intuito de constituir família, formam uma entidade familiar, independente se são heterossexuais ou não.

Por fim, existem opositores do reconhecimento da união homoafetiva que se pautam em questão morais e religiosas. Eles alegam que a relação entre duas pessoas do mesmo sexo é pecado. Entretanto, tal argumento é incompatível com os princípios de liberdade religiosa e da laicidade do Estado, já expostos em capítulos anteriores. O Estado é laico e por isso não pode deixar de legalizar uma união com base em justificativas de cunho religioso, mesmo sendo a religião majoritária, pois

---

<sup>2</sup> Art. 5º, §2º, CF: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

não são todos os cidadãos que as pregam.

## 5 BREVES POSTURAS JURISPRUDÊNCIAIS

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar vem ganhando terreno na doutrina, o que influencia significativamente na jurisprudência. Apesar de não existir legislação em nosso país que contemple os direitos oriundos de relações entre indivíduos do mesmo sexo, algumas questões são encaminhadas ao Judiciário, pois segundo o art. 4º da LICC, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Nesse mesmo sentido há a previsão do art. 126, CC<sup>1</sup>. Além disso, as normas deverão ser interpretadas de acordo com o art. 5º da LICC<sup>2</sup>. Apesar da previsão dos dispositivos acima, um dos principais argumentos contrários ao reconhecimento da união estável e do casamento aos casais homossexuais é a omissão legislativa.

Ensina Venosa (2003 APUD PRADO 2008) que “a analogia trata-se de um processo de raciocínio lógico pelo qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos na descrição legal<sup>3</sup>”. Contudo, para haver essa aplicação, o corpo textual do preceito deve ser semelhante ao caso examinado, tendo com ele um elemento de identidade. Quando é desconsiderado o sexo dos companheiros, percebe-se que não há diferença entre as relações homo e heterossexuais, pois ambos são vínculos que tem como objetivo alcançar a felicidade e compartilhar uma vida em comum. Assim, as questões levadas ao judiciário devem ser solucionadas por meio de normas que regulamentam as relações familiares, através da analogia. Conforme ensina Maria Berenice Dias (2009,p.153), “o óbice constitucional estabelecendo a distinção de sexos, ao definir a união estável, não impede o uso da analogia”.

Outrossim, o juiz pode se valer dos princípios gerais de direito e dos costumes. Os costumes são práticas repetitivas de uma sociedade que as aceitam como de cunho obrigatório. Entretanto, eram mais aplicados antigamente, quando não havia grande quantidade de leis escritas.

Inicialmente, ao se depararem com questões que envolviam o

---

<sup>1</sup> Art. 126, CPC: “ O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

<sup>2</sup> Art. 5º, CPC: “ Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

<sup>3</sup> Disponível em <http://www.webartigos.com/articles/4192/1/Fontes-Do-Direito/pagina1.html>

reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, os juizes recorreram ao Direito das Obrigações e equipararam as famílias homoafetivas a meras sociedades de fato. Este entendimento foi sustentado pelo STF em 1998, pela sua 4ª Turma, com unanimidade de votos<sup>4</sup> e é o posicionamento majoritário da jurisprudência, que não se coaduna com a finalidade da família. Quando há a equiparação, o companheiro perde uma série de direitos, ao revés, caso fosse atribuída a tais uniões o caráter de entidade familiar, isso não ocorreria. Na separação, igualmente à união estável, é concedida a meação do patrimônio construído durante o período de vida em comum. Contrariamente, em caso de falecimento e não existência de herdeiros necessários, o sobrevivente somente recebe a meação do patrimônio e não a totalidade dos bens (gerando assim enriquecimento ilícito dos parentes que não são herdeiros necessários).

No Resp 773.136/RJ, a Ministra Fátima Nancy Andrighi relatou o posicionamento do STJ :

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. EFEITOS PATRIMONIAIS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM - Sob a ótica do direito das obrigações, para que haja partilha de bens adquiridos durante a constância de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova do esforço comum, porque inaplicável à referida relação os efeitos jurídicos, principalmente os patrimoniais, com os contornos tais como traçados no art. 1º da Lei n.º 9.278/96. - A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso em lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a proibição de alienação dos bens arrolados no inventário da falecida, nada aduzindo a respeito de união estável. Recurso especial conhecido e provido" (Resp nº 773.136-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, fl. 509)

Apesar do retrocesso existente nas decisões jurisprudenciais pautadas no Direito das Obrigações, já se encontram na jurisprudência decisões mais evoluídas nesta matéria. Nesse ponto, cabe ressaltar o destaque do Tribunal do Rio Grande do Sul, que foi pioneiro no reconhecimento da união homoafetiva como entidade

---

<sup>4</sup> Resp. nº 148.897-MG

Familiar. Além disso, já se pronunciou a respeito da competência das varas de família para julgamento das ações de dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo, sobre a viabilidade de adoção conjunta por casal homossexual e também sobre a possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. A seguir estão colacionadas algumas jurisprudências explicitando os posicionamentos do TJRS:

APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. APELO DE SUCESSÃO. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Seja como parceria civil (como reconhecida majoritariamente pela Sétima Câmara Cível) seja como união estável, uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento de efeitos patrimoniais nas uniões homossexuais, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Caso em que se reconhece as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. (TJRS, 8.<sup>a</sup> C.Cív. AC 70035804772, rel. Des. Rui Portanova, j. 10.06.2010).

RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA FAMÍLIA. O juízo da família é o competente para processar e julgar as causas que versam sobre uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Negado provimento. (TJRS, AI 70027172428, 8.<sup>a</sup> C. Civ., Rel. Des. Rui Portanova, j. 27.10.2008).

O argumento utilizado pelos tribunais que não reconhecem a união homoafetiva como união estável é o de que a Constituição, o Código Civil e a legislação específica ao regular a união estável, fazem referência à diversidade de sexos. Todavia, não demorou para que os Tribunais abandonassem esse argumento e reconhecessem a união homoafetiva como união estável. Só que não são a maioria e não recebe guarida pelo STJ.

No que diz respeito ao casamento, a jurisprudência nunca a admitiu. Conforme ensina Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros, a discussão sobre a igualdade, liberdade e dignidade que perpassa o tema não se restringe ao tratamento igualitário no atinente às conseqüências jurídicas do casamento, mas à própria concretização do direito de se casar. (2008 APUD DIAS 2009). A maior parte da doutrina se fundamenta no art. 1514 do Código Civil, alegando que a diversidade de sexo entre

os noivos é condição preexistente ao casamento e que pessoas do mesmo sexo somente poderiam contrair o matrimônio se a lei fosse expressa nesse sentido. Sustentam também que não cabe ao Poder Judiciário a decisão acerca da possibilidade do casamento homoafetivo, pois ela cabe exclusivamente ao Congresso Nacional. Contudo, esse argumento não tem fundamentação normativa, pois o Código Civil não traça uma definição de família e muito menos de casamento. Ademais, não está entre os impedimentos matrimoniais o fato dos noivos terem o mesmo sexo. Segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

A expressão “o homem e a mulher” não é capaz de impedir o casamento homoafetivo. Significa tão-somente a regulamentação do fato heteroafetivo, sem proibir o fato homoafetivo, por interpretação extensiva ou analógica (VECHIATTI, 2009).

Assim, a lei apenas institui requisitos para a celebração do casamento, listando os direitos e deveres dos cônjuges. O obstáculo meramente formal deve ser derrubado a fim de que a democracia seja concretizada.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu recentemente acórdão a respeito:

APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Inteligência dos arts. 226, § 3º, da Constituição Federal e 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 do Código Civil que tipificam a realização do casamento somente entre homem e mulher. Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachussets, nos USA, que prevêem o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes. Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher. Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo. Tampouco sob inspiração da constitucionalização do

direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. 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. 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. (TJRS, AC 70030975098, Rel. Dr. José Conrado de Souza Júnior, j. 30.09.2009).

No que diz respeito ao Direito Previdenciário, os Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 4ª, 5ª Regiões e o STJ<sup>5</sup> reconhecem o direito do companheiro ao recebimento de pensão do INSS ou estatutária, em caso de óbito.

O STF e o STJ não proferiram ainda decisão defrontando de forma direta o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, mas já proferiram decisões favoráveis, como a do Ministro Celso de Mello, que apesar de extinguir a ADI 3.300/DF por questão de ordem formal, posicionou-se a favor do reconhecimento da união estável homoafetiva.

O TSE<sup>6</sup> impugnou o registro de candidatura à prefeitura de Viseu - PA, de uma candidata, companheira de uma deputada, com o argumento de afronta ao Art. 14, §7º, CF, que proíbe aos cônjuges do Presidente da República, Governadores e Prefeitos a concorrer a qualquer cargo eletivo. Nesse acórdão, concluído por unanimidade, a união estável é equiparada às relações homossexuais duradouras. Ora, se foram impostas limitações ao exercício de um direito, igualmente devem ser concedidas todas as garantias atribuídas às demais uniões afetivas.

No que tange a possibilidade de inscrição do companheiro em plano de assistência médica, o STJ<sup>7</sup> alega que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. Recentemente, ele decidiu pela possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união homoafetiva<sup>8</sup>.

Assim, apesar da posição majoritária jurisprudencial ser a de equiparação

---

<sup>5</sup> REsp. nº 395.904/RS, 6ª Turma, rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 13.12.2005.

<sup>6</sup> Resp Eleitoral 24.564, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 01.10.2004

<sup>7</sup> REsp 238.715/RS, 3ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 07.03.2006

<sup>8</sup> REsp 820475/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 02.09.2008

da união homoafetiva a sociedade de fato, percebe-se que há avanço no sentido de ser reconhecida como união estável.

## 6 CONSEQÜÊNCIAS SOCIAIS

Apesar da legislação ser omissa a respeito das uniões homossexuais, o Poder Judiciário se tornou o refúgio daqueles que se encontram em desamparo legal. E como já foi exposto, percebe-se que já se encontram na jurisprudência decisões mais avançadas nesta matéria, inclusive posicionamentos favoráveis de Ministros do STF e STJ. Entretanto, enquanto o Judiciário dá os seus passos em direção ao reconhecimento da união homoafetiva, a sociedade ainda demonstra que está em cima do muro.

Recentemente foi divulgado na Internet<sup>1</sup> a recusa de um clube em incluir como dependente o companheiro homossexual de um de seus sócios. O fato ocorreu em um dos clubes mais tradicionais de São Paulo, o Athletico Paulistano. O médico infectologista Ricardo Tapajós queria incluir como seu dependente o cirurgião plástico Mário Jorge Warde, com quem vivia junto desde 2004. Todavia, no dia 26 de Agosto do presente ano, o Conselho Deliberativo do clube recusou a solicitação, com o fundamento de que tanto o Estatuto quanto o Código Civil só reconhecem a união estável entre homem e mulher.

Ricardo frequenta o clube todos os Domingos, aonde almoça com os pais, as irmãs e os maridos das irmãs. Para participar dessa reunião, Mário tem que pagar uma taxa de 62 reais, mas não pode frequentar a área da piscina e do cinema. Para se associar, teria que pagar 5.000 reais fora a taxa de transferência, que é de 180.000 reais. Não bastasse isso, teria que ser indicado por dois membros sócios há mais de dez anos e ter referências positivas de mais cinco. Ricardo relatou que há 15 anos atrás, quando era casado, ao pedir a inclusão da esposa como dependente, a solicitação foi aceita em uma semana. É evidente a discriminação sexual sofrida pelo casal, pois se Mário não fosse do mesmo sexo que Ricardo, sua inclusão não seria impugnada. Mário está sendo excluído dos benefícios propiciados pelo Clube - tais como teatro, festas, show, exposições de artes plásticas, cursos, etc - exclusivamente por sua opção sexual.

O Estatuto do Clube é omissa a respeito das uniões homoafetivas e em seu Artigo 21 dispõe o seguinte:

---

1 <http://vejasp.abril.com.br/revista/edicao-2181/clube-athletico-paulistano-companheiro-dependente>

“§1º: O cônjuge, o(a) companheiro (a) em união estável nos termos dos arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil, os filhos e enteados menores de 18 (dezoito) anos.

§2º: A união estável entre homem e a mulher não impedidos de contrair matrimônio, nos termos da lei civil, é reconhecida como entidade familiar, comprovada com a apresentação da escritura pública e demais meios de prova.”

Fazendo uma análise literal dos artigos mencionados do Código Civil, poderia se chegar à conclusão de que a união estável só é reconhecida entre casais de sexos opostos. Contudo, como já foi exposto no trabalho, essa seria uma conclusão extremamente equivocada. Da mesma forma que o Código Civil, o Estatuto também é omissivo no que tange a inclusão de dependentes que possuem o mesmo sexo que o companheiro. Ademais, o Clube tem autonomia para dispor em seu Estatuto sobre o seu quadro associativo. Assim, se levarmos em conta apenas essas considerações, de maneira isolada, chegaríamos à igual conclusão. Todavia, deve-se fazer uma leitura sistêmica e constitucional dos dispositivos, que se traduz na igualdade de direitos das pessoas, sem qualquer tipo de discriminação. Os homossexuais, que são a minoria, devem receber o mesmo tratamento que os casais de sexos opostos em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Os Diretores do Clube alegam que tem o amplo poder de auto-regulamentação e competência para estabelecer regras referentes à aceitação de novos membros. Pergunta-se: a autonomia privada se sobrepõe a princípios constitucionais? É certo que as associações civis são constituídas com o fim de associar pessoas com características comuns, possuindo ampla autonomia para se autodeterminar. Entretanto, a autonomia da vontade não está acima dos direitos fundamentais e nem dos valores que foram promovidos como fundamentos da República ou objetivos fundamentais do Estado. Nesse sentido, o TJRJ proferiu acórdão em caso semelhante:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS PELO RITO SUMÁRIO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA ENTRE HOMENS. Os autores aduzem que, durante reunião presidida pelo representante do clube réu, sofreram discriminação e constrangimento, pelo fato do 1.º Autor ter solicitado a inclusão do 2.º Autor como seu dependente no quadro de associados do clube réu, e de forma discriminatória tiveram seu pedido negado.

Sentença julgando improcedentes os pedidos. Inconformismo. Desprovisão do apelo, confirmando-se integralmente a sentença recorrida. Entende esta Desembargadora vencida quanto à incidência dos dispositivos do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ) constantes no Artigo 85, I, g, em razão da matéria. Competência absoluta, em razão da matéria, das Varas de Família. Necessidade de ajuizamento de Ação Declaratória de União Homoafetiva Estável. Nos presentes autos, além de sede imprópria, não há elementos configuradores da alegada união homoafetiva à luz da legislação vigente, possibilitando, desta forma, eventual concessão do pedido supracitado que fora negado pelo clube. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Provisão do apelo, por maioria. Para reformar a sentença recorrida, vencida Esta Desembargadora que desprovia o Recurso (TJRJ, AC 2009.00118469, Rel. p/ acórdão Des. João Carlos Guimarães, j. 24.6.2009)

O clube, ao permitir a inclusão de dependentes heterossexuais e não fazer o mesmo com os dependentes homossexuais, além de agir de forma preconceituosa e discriminatória, atenta contra os princípios da Carta Magna, que são a base do ordenamento jurídico. A justificativa do Clube em não permitir tal inclusão com base na falta de disposição legal do Estatuto é descabida, uma vez que a autonomia de vontade não prevalece sobre as normas da Constituição. O Clube deveria agir em consonância com a realidade social e se pautar conforme os avanços jurisprudências e até mesmo instruções normativas. O INSS, ao se deparar com uma situação análoga, ou seja, a inclusão de dependente como beneficiário, regulou os procedimentos para a concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual através da Instrução Normativa n.25. Destarte, a tendência da jurisprudência e dos Órgãos Administrativos é de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, como foi já exposto no trabalho. Ademais, os direitos dos casais homossexuais de terem as suas uniões reconhecidas não se direciona apenas ao Estado, mas também às relações privadas, segundo a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Ao se referir a eficácia vertical e horizontal, o que se pretende é distinguir entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que o não reconhecimento da união homoafetiva pode ser considerado como discriminação e preconceito, infringindo os princípios da Carta Maior, principalmente os que objetivam a dignidade da pessoa humana, o tratamento igualitário e a liberdade individual.

O afeto passou a ser o centro formador de toda família, elevando a patamar equânime aquelas formadas a partir de indivíduos do mesmo sexo, e as originadas por pessoas de sexo oposto, tornando ambas merecedoras de proteção jurídica igualitária. Destarte, se duas pessoas vivem juntas de forma pública, contínua e duradoura, pautando-se no amor e na cumplicidade, com objetivo de construir uma família, esta relação não pode ser desamparada juridicamente, independente do sexo dos membros constituintes.

Diante da falta de regulamentação das uniões homoafetivas, o juiz não poderá se eximir de julgar a lide usando como argumento a lacuna do ordenamento jurídico. Ao revés, deve encontrar soluções em conformidade com os princípios constitucionais, nesse caso o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Enquanto aguarda-se pela regulamentação, casais de indivíduos do mesmo sexo recorrem ao Poder Judiciário, a fim de que tenham seus direitos efetivados. Apesar de ser dominante a posição jurisprudencial que equipara a união homoafetiva à sociedade de fato, existe uma forte tendência ao reconhecimento jurídico da mesma, baseado na aplicação dos princípios constitucionais.

Além de estarem desamparados legalmente no que tange as suas uniões afetivas, indivíduos de orientação homossexual sofrem conseqüências também no âmbito social. Do ponto de vista jurídico, os clubes recreativos e associações civis têm respaldo legal para não tratarem uniões homoafetivas como especie de união afetiva, mas a vedação à discriminação imposta à homossexuais deve estar acima de qualquer “estatuto”, devendo sempre os princípios constitucionais prevalecer sobre as demais especies normativas.

Diante do exposto, conclui-se que urge ao legislador a percepção de que a união entre pessoas do mesmo sexo é uma evolução da sociedade, e, deste modo, faz-se necessária a regulamentação, de modo que as leis devem estar em

consonância com as mutações para não tornarem-se ineficazes. Ao referir-se a um Estado Democrático de Direito, deve-se observar o princípio da dignidade da pessoa humana, que esta no cerne do ordenamento jurídico brasileiro. Tal princípio estará efetivamente consagrado quando for criado um regime jurídico próprio para as relações homossexuais, uma vez que abarcam os mesmos elementos das famílias formadas por indivíduos de orientação heterossexual. Não se pode mais deixar a margem da legalidade tantas pessoas, apenas por possuírem orientação sexual diversa. Há que prevalecer o direito à busca da felicidade, inerente a todo ser humano.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito da Famílias**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. São Paulo, 2009

FARIAS, Cristiano Chaves de.; Rosenvald, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Lúmen Júris, 2010.

FERNANDES, Jacinta Gomes. **União Homoafetiva como entidade familiar: Reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro**. 1.ed. Disponível em <[http://www.nagib.net/variedades\\_artigos\\_texto.asp?tipo=14&area=3&id=448](http://www.nagib.net/variedades_artigos_texto.asp?tipo=14&area=3&id=448)> Acesso em 17 nov. 2010.

GUERREIRO, Fátima Maria Marins. **A família homoafetiva e os principais desafios**. 2007. 119 f. Monografia ( Pós-graduação em Direito Civil Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em [http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads\\_trabaho\\_tese/a\\_familia\\_homoafetiva\\_e\\_os\\_principais\\_-\\_ftima\\_guerreiro\\_-\\_verso\\_ibdfam.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_trabaho_tese/a_familia_homoafetiva_e_os_principais_-_ftima_guerreiro_-_verso_ibdfam.pdf)> Acesso em 8 nov.2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais do Direito de Família**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIOS, José Lázaro Carneiro. **Princípio da Igualdade e a Razão Material**. 2006. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2607/principio-da-igualdade-e-a-razao-material>>. Acesso em

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. 1 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel.; Ikawa, Daniela.; Piovesan. (coord). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. 2.ed. Rio de Janeiro, 2010.

SOUZA, Thaís Carvalho. **União Homoafetiva e a Competência das Varas de Família: Uma análise sob a perspectiva dos princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 2007. 40 f - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007.

VENOSA, Silvio de Sauvo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo, 2003.

VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 1 ed. Editora Método. São Paulo, 2008.

SOUZA, Thaís Carvalho. **União Homoafetiva e a Competência das Varas de Família**: Uma análise sob a perspectiva dos princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. 2007. 40 f - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007.