

## COMPARATIVO DA UNIÃO ESTÁVEL E AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS COMO INSTITUIÇÃO FAMILIAR FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988\*<sup>1</sup>

### RESUMO

Anna Claudia Lucas dos Santos<sup>2</sup>

Por mais que as uniões homoafetivas tenham sido alvo de muitos preconceitos, a luta pela aplicação dos direitos humanos tem se mostrado vitoriosa e os tribunais vem reconhecendo alguns direitos, a partir da convivência em comum, direitos esses contidos no contexto legal. A convivência de pessoas do mesmo sexo fez nascer polêmicos Projetos de Lei. O propósito de dar as parcerias homossexuais *status* de união estável possui fundamento, no reconhecimento dos direitos de todo o ser humano, além de deveres e obrigações, protegendo assim, disposições de caráter patrimonial, a propriedade construída pelos parceiros e o direito à adoção, garantindo ainda o direito de sucessão nos bens do parceiro falecido, marcando assim, a saída da clandestinidade destas relações e a regulamentação, como entidade familiar, que são baseados nos direitos fundamentais do ser humano.

**Palavras-chave:** União homoafetiva. Princípios constitucionais. Família homoafetiva. Adoção. Sucessão.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem a pretensão de analisar as relações homoafetivas à luz da Constituição Federal de 1988, mormente em confronto, com o princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, *Caput*, da Magna Carta, através de comparativo com a união estável formada entre um homem e uma mulher.

O tema possui importância ímpar, considerando-se que a união familiar funda-se precipuamente, em sentimentos nobres, como o amor, a fidelidade, o respeito e a proteção recíproca a seus membros. Atualmente, a tarefa de conceituar *família* tornou-se árdua, em função das mudanças institucionais familiares, na sociedade.

---

\* TCC apresentado como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito, em junho de 2010.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foram levantados os seguintes problemas: Levando-se em consideração os aspectos legais, que envolvem a família, como aquisição de patrimônio comum, obrigação alimentar e a adoção de filhos, a união homoafetiva duradoura é uma forma de instituição familiar? Em caso do rompimento da união homoafetiva, seja pela separação ou pela morte de um dos conviventes, é possível a partilha de bens adquiridos por ambos na constância da união? É possível o aperfeiçoamento do registro de filhos adotados pelo casal homoafetivo?

Tem como objetivo geral demonstrar que as uniões homoafetivas são uma realidade no Brasil, e necessitam da mesma proteção estatal, que as instituições familiares seculares gozam, com fundamento na Carta Magna, que destaca a pessoa humana, em privilegiado patamar.

Os objetivos específicos são: analisar os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, insculpidos na Magna Carta; o estudo do conceito amplo de instituição familiar, abrangendo as uniões homoafetivas, como modalidade de família; a análise da possibilidade de adoção de crianças, por pares homoafetivos, apresentando um caso concreto.

Por se tratar de pesquisa bibliográfica, foram consultados autores polêmicos e de vanguarda, tais como Maria Berenice Dias, que cunhou o neologismo “homoafetividade”, e Paulo Roberto Vecchiatti, Carla de Castro Abreu, Vinícius Marçal Vieira e Liliane Jaime Mendonça de Araújo, dentre outros, bem como jurisprudências pátrias relacionadas ao tema.

## **2 A HOMOSSEXUALIDADE: ORIGENS HISTÓRICAS**

### **2.1 A homossexualidade no curso na história**

As relações homoafetivas existem há séculos, conforme vários relatos históricos, onde os primeiros filósofos célebres da história, dentre eles Platão, dizia-se homossexual.

Na antiguidade, as relações homoafetivas eram comuns entre os homens, e o matrimônio visava essencialmente à perpetuação da espécie.

O amor, a intimidade sexual de caráter prazeroso acontecia com seus companheiros, com quem tinham momentos de absoluto prazer e alegria.

Os homens, naquela época, não conseguiam compreender a natureza feminina. Mensalmente, durante o período menstrual, eram consideradas impuras e não eram tocadas por seus maridos.

A dificuldade em compreender o feminino, suas peculiaridades relacionadas à sua própria natureza, favoreciam as relações homoafetivas entre os homens, bem como sua aceitação social.

Relatos históricos revelam que 3.000 anos antes de Cristo até os primórdios da era cristã, a homossexualidade integrava as culturas antigas, sem nenhuma repressão ou preconceito, sendo livre e aberta a prática da homossexualidade.

No Egito e na Índia, especialmente neste último, relações homossexuais eram alçadas à categoria de divindade. Vários deuses indianos eram homossexuais ou bissexuais.

Na China antiga, os relacionamentos homossexuais eram comuns. Os chineses casavam-se visando a procriação, entretanto eram livres para manterem relacionamentos extraconjugais, sem nenhuma restrição.

Lacerda Neto (2007b, p.1) afirma que:

Na China, anteriormente à era cristã, havia atração sexual e amor romântico dos homens por ambos os sexos. Por norma, os homens casavam-se e procriavam, porém, geralmente, sem conotação afetiva: a exemplo de outras culturas antigas, os membros do casal eram livres para realizar-se afetivamente em outras relações, independentemente do sexo do terceiro.

O marco histórico da proibição da prática homossexual surgiu a partir do cristianismo, conseqüentemente, no poder de persuasão, que a Igreja exercia sobre os fiéis. Entre os judeus, a prática era também repudiada.

### **2.1.1 A homossexualidade na Antiguidade**

Conforme já narrado alhures, a homossexualidade é tão antiga quanto à heterossexualidade, afirmação esta atribuída a Goethe, segundo informa Vechiatti (2008a, p. 40).

Nas sociedades primitivas, o relacionamento sexual entre homens era prática constante e aceitável.

O relacionamento homossexual entre um homem mais velho e outro mais novo relacionava-se à mitologia e conjunto de lendas, que permeavam as tribos antigas.

Acreditava-se que, através de tal relacionamento, o menino atingiria a masculinidade, através da exclusão do contato com a mãe, visando a aprendizagem dos costumes masculinos de seu povo (VECHIATTI, 2008a, p. 41).

Outras crenças fundavam a aceitação do relacionamento homossexual masculino, que somente com essa prática se alcançaria a fertilidade para futura procriação.

Imperioso ressaltar que o conceito de identidade homossexual atual diverge do que existia em tempos antigos, sendo que nessa época, as pessoas não se preocupavam com isso, apenas com a sexualidade (VECHIATTI, 2008a, p. 42).

Os registros históricos referem-se apenas à homossexualidade masculina, deixando de lado a feminina. Ocorre que na antiguidade, a mulher era desprezada, servia apenas, para a procriação e perpetuação da espécie, reinando grande preconceito em relação ao feminino nesse tempo. Os relacionamentos homoafetivos femininos não mereceram registro por essa razão, o que não significa que não existiam na antiguidade.

Os povos considerados mais tolerantes à homossexualidade foram os gregos e romanos, porém não eram os únicos.

Em relação à Esparta, esta é a dicção de Vechiatti (2008a, p. 44):

Já na cidade-estado de Esparta, cuja sociedade dava mais ênfase ao desenvolvimento militar do que ao cultural, a visão do amor entre homens tinha um enfoque um pouco diferenciado. Era ela estimulada dentro do exército espartano, para torna-lo ainda mais eficiente. Isso se explica por um simples fato: com a existência constante de relacionamentos homoafetivos dentro do exército, quando este ia para a guerra, o soldado estaria lutando não apenas por sua cidade-estado, mas igualmente para proteger a vida de seu amado, o que, obviamente, aumentaria o grau de dedicação do combatente.

No mesmo sentido, em relação à Roma, ensina Vechiatti (2008a, p. 45):

A sexualidade em Roma manteve, a princípio, o mesmo modelo 'bissexual' anterior, no sentido de ser comum o amor de homens mais velhos por meninos-adolescentes, mas com uma diferença, ao mesmo tempo sutil e perceptível: o extremo valor dado pelos romanos à virilidade masculina e àquilo que entendiam por virilidade. O macho romano se via como um

dominador agressivo e acreditava que, quando forçava outros a se submeterem, estava lhes proporcionando prazer.

Nesta esteira, verifica-se que a diferença entre as percepções acerca dos relacionamentos homoafetivos entre gregos e romanos consiste no fato de que aqueles cortejavam os meninos, visando a conquista, e estes praticavam o amor homossexual apenas com meninos escravos, vez que a sexualidade era intimamente ligada ao sentido de dominação (DIAS, 2009).

### **2.1.2 A homossexualidade na Idade Média e o início da homofobia**

Enquanto na Antiguidade a homossexualidade era aceita, na Idade Média, com a consolidação da Igreja, surgiram os primeiros sinais de intolerância, contra a prática homossexual, seja masculina ou feminina.

Na Idade Média, o governo administrativo confundia-se com o clero, ambos possuindo grande poder de domínio. A Igreja Católica Apostólica Romana vê o sexo apenas dentro do casamento, com finalidade específica de procriação; o prazer sexual é considerado pecaminoso.

Este pensamento foi consolidado na Idade Média, entretanto, ao invés de coibir as práticas homossexuais, tais continuaram sendo praticadas às escondidas, com muita discrição, para não ser discriminado pela sociedade preconceituosa medieval (VECHIATTI, 2008a).

Havia o pensamento de relacionar o homossexualismo com a feitiçaria, que era de igual forma abominada pela Igreja.

O preconceito atravessou a Idade Média, e nos dias hodiernos, é comum a homofobia, embora seja inaceitável. A violência contra os homossexuais se externa de diversas formas, desde o preconceito escondido até práticas violentas, contra o homossexual, pelo simples fato de possuir orientação diferente.

Nos países islâmicos é prevista pena de morte aos homossexuais. No Afeganistão, Arábia Saudita, Sudão e Emirados Árabes ser homossexual é sinônimo de sentença de morte (DIAS, 2009).

Na América do Sul, apenas o Chile criminaliza a prática homossexual.

No Brasil, tramita o Projeto de Lei 5.003/2001, que propõe sanções às pessoas que pratiquem crime de discriminação e preconceito contra homossexuais, em todos os aspectos de sua vida, seja laboral ou social.

Embora não pareça crível, os religiosos de plantão no Congresso Nacional, cuja bancada é formada em sua maioria por evangélicos, protestantes e católicos, não permitem a aprovação de projetos de lei, que pretende atribuir direitos aos homossexuais.

A regulamentação de sanções para coibir a homofobia é medida que se impõe. Não se pode admitir manifestações homofóbicas, por estar em desacordo com a Constituição Federal, que veda qualquer tipo de preconceito às minorias.

Ressalte-se que o homossexual é a maior vítima de preconceito, dentre as demais minorias, posto que o negro encontra amparo em sua família e com outros negros; os portadores de doenças especiais, no mesmo sentido. Entretanto, o homossexual sofre preconceito no seio de sua própria família, que o abomina e sente vergonha da orientação sexual deste.

### **2.1.3 A homossexualidade e o cristianismo**

Uma das indagações que muitas pessoas fazem quando param para refletir sobre a condição da homossexualidade, repousa na idéia de ser a mesma uma característica exclusiva do ser humano ou não.

Na verdade, a homossexualidade está presente não somente entre os homens, mas entre as inúmeras espécies de animais, sendo este um acontecimento que se dá desde os tempos mais remotos da história da humanidade.

Portanto, a sociedade em geral entende, que a homossexualidade é algo que está intimamente ligado, com os seres humanos e com todos os animais, não sendo possível ser varrida para debaixo do tapete, precisando ser regulamentada urgentemente.

O cristianismo apresenta-se entre outros movimentos religiosos ligados à moral e aos bons costumes, que combatem radicalmente os relacionamentos homoafetivos.

A Bíblia Sagrada não traz a palavra homossexual, mas é possível encontrar uma passagem que demonstra exatamente o tema. No Antigo Testamento, em Levítico 18:22, lê-se, "com o homem não te deitarás, como se fosse mulher; É abominação". Nesse sentido, a igreja entende que a homossexualidade é contrária a lei divina (BÍBLIA DE ESTUDO ALMEIDA, 1999, p. 145).

Mas, quando se fala em textos bíblicos, não se pode olvidar que a doutrina bíblica que condena a homossexualidade, condena também, o julgamento feito por qualquer pessoa, conforme a célebre passagem de João 8:7, " [...] aquele dentre vós que está sem pecado que lhe atire uma pedra" (BÍBLIA DE ESTUDO ALMEIDA, 1999, p. 151).

Sendo assim, segundo a doutrina apresentada por Jesus Cristo, somente Deus pode julgar os seres humanos.

É complexo e delicado o caminho entre o Direito e a Religião, por se tratarem de teorias e valores diferenciados. Como exemplos, cita-se o divórcio e a independência da mulher, questões contrárias a Bíblia e a religião, mas que não acompanham a evolução da sociedade, sendo que o direito tem dever de regularizar tais fenômenos, em razão da evolução da sociedade.

#### **2.1.4 A patologização da homossexualidade**

A partir do século XIX, através da evolução do pensamento humano, o homem foi gradativamente valorizando a racionalidade, e deixando de lado a religiosidade exacerbada.

A busca para explicações científicas para fenômenos aparentemente sem explicação passaram a pautar a conduta do homem desse tempo, assim, "isso levou a que, a partir do século XIX, ganhasse força a posição de que a homossexualidade não deveria ser vista como um pecado contra Deus, mas como uma doença a ser tratada" (VECHIATTI, 2008a, p. 59).

O Professor de Medicina Legal Hélio Gomes, afirmava que o "homossexualismo" traduzia-se em forma de perversão sexual, passível de fazer com que os indivíduos sentissem atração por outros do mesmo sexo, com repulsa absoluta ou relativa para as pessoas do sexo oposto (GOMES, 1985).

Ressalta-se que o pensamento do autor é relativamente recente, posto que externado em pleno século XX, na Idade Contemporânea. Em sua obra "Medicina Legal", de 1985, Gomes faz assertivas extremamente alheias à realidade, permeadas de homofobia.

Em razão da patologização da homossexualidade, diferenciados tratamentos extremamente desumanos foram impingidos a homossexuais, à vista do Estado, e sem qualquer punição deste, visando a cura da pseudo patologia, dentre eles:

terapias de choques convulsivos, lobotomia e terapias por aversão (VECHIATTI, 2008a).

A patologia do homossexualismo perdurou até o ano de 1992, quando foi excluído o sufixo “ismo” (doença), por “dade” (modo de ser). Chiarini Júnior (2003, p. 1), elaborou um estudo acerca do tema, aduzindo que:

*Em decorrência da não caracterização da homossexualidade como doença, o termo homossexualismo deixou de constar nos diagnósticos da CID-10, pois, o sufixo "ismo" que significa doença, foi substituído por "dade" que designa modo de ser. Segundo os médicos o homossexualismo não pode mais ser “... sustentado enquanto diagnóstico médico. Isto porque os transtornos dos homossexuais realmente decorrem muito mais de sua discriminação e repressão social derivados do preconceito do seu desvio sexual. Desde 1991, a Anistia Internacional considera violação aos direitos humanos a proibição da homossexualidade.*

Entretanto, a despeito da despatologização recente da homossexualidade, a mesma continua sendo um desafio aos profissionais da psicanálise, em sua tentativa de compreender o psiquismo humano (DIAS, 2009).

Visando coibir o preconceito, através do uso de práticas terapêuticas para “cura” do homossexual, o Conselho Federal de Psicologia baixou a Resolução 1/1999, e o Conselho Federal de Serviço Social editou a Resolução 489/2006, que vedam condutas discriminatórias, por parte de psicólogos e assistentes sociais, em função da orientação social, no exercício de suas respectivas funções (DIAS, 2009).

## **2.2 A história da homossexualidade no Brasil**

Relatos históricos remontam que a homossexualidade existe no Brasil desde antes da colonização, através de relacionamentos bissexuais ou homossexuais entre os índios nativos.

A homossexualidade indígena foi considerada pelos cristãos colonizadores como sendo consequência, de seus costumes pagãos, fato que os levaram a catequizar os nativos, visando a adequação dos costumes.

Em relação às punições, vale trazer à colação o seguinte relato de Trevisan (2004) apud Vechiatti (2008a, p. 64):

*Na Europa dos séculos XVI, XVII e XVIII, não apenas a Espanha, Portugal, França e Itália católicas, mas também a Inglaterra, Suíça e Holanda protestantes puniam severamente a sodomia. Seus praticantes eram*

condenados a punições capazes de desafiar as mais sádicas imaginações, variando historicamente desde multas, prisão, confisco de bens, banimento da cidade ou do país, trabalho forçado (nas galés ou não), passando por marca de ferro em brasa, execração e açoite público e até castração, amputação das orelhas, morte na forca, morte na fogueira, empalamento e afogamento.

Verifica-se que as leis possuíam cunho implacável, visando extirpar de modo definitivo a homossexualidade da vida humana, através de penas de fogueira, confisco de bens e infâmia previstas nas Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, a última aplicável até o advento do Código Civil em 1916 (VECHIATTI, 2008a).

As decisões eram chocantes, proferidas com requintes de crueldade e sadismo, e executadas do mesmo modo, visando a instauração da moral e dos bons costumes cristãos.

Paulatinamente, a homossexualidade foi deixando o caráter de crime e passando a ter contornos de enfermidade, conforme já narrado alhures, época na qual os criminalistas passaram a defender a internação dos homossexuais, como forma de cura da pseudo-patologia.

Entretanto, a despeito das tentativas de extirpar a homossexualidade da sociedade, nenhuma logrou êxito. A homossexualidade era retratada por vários autores, dentre eles Gregório de Matos, Álvares de Azevedo, Aluísio de Azevedo, Adolfo Caminha, João Guimarães Rosa, Olavo Bilac, Mário de Andrade, dentre outros (VECHIATTI, 2008a). A repressão à homossexualidade prevaleceu forte no Brasil até o século XX, em especial a partir da década de 1990, quando foi despatologizada.

Entretanto, a homofobia permanece no seio da sociedade brasileira. O absoluto silêncio do legislador constituinte e ordinário demonstra de forma clara e inequívoca a inadmissível omissão estatal, em relação aos pares homoafetivos.

Não existe uma lei sequer que ampare essa minoria, discriminada em toda sociedade, inclusive pela própria família. Apenas a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha refere-se ao termo orientação sexual, em seus artigos 2º e 5º (DIAS, 2009).

Vários projetos de lei relacionados a homoafetividade foram apresentados, no Congresso Nacional, entretanto, o exacerbado preconceito e visível homofobia dos parlamentares impedem o conhecimento das matérias deduzidas nos projetos.

A despeito da omissão estatal, vários direitos tem sido assegurados aos pares homoafetivos, seja através da via administrativa, ou pela via judicial. Administrativamente, são concedidos o Seguro DPVAT, em decorrência de decisão liminar proferida pela Justiça Federal de São Paulo, em ação civil pública promovida pelo Ministério Público, que ensejou a edição pela SUSEP, da Circular 257/2004 (DIAS, 2009).

Outros direitos, como o visto de permanência; pensão por morte no âmbito da Justiça Federal; financiamento habitacional no Estado de São Paulo; condição de dependente, por força da Resolução 39/2007, do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, dentre outros.

Na esfera judicial, as decisões são diversificadas, dependendo se o magistrado possui ou não o preconceito em relação ao tema; havendo, extingue o feito por impossibilidade jurídica do pedido.

Em sendo o magistrado agente político de vanguarda, não se eximirá em dizer o direito ao caso concreto, em razão da omissão legislativa, valendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, para a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

### **3 ANÁLISE DA HOMOAFETIVIDADE EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Para analisar com segurança as relações homoafetivas, é necessário que sejam estudados os princípios constitucionais, que tratam da proteção à família, dentre eles, a dignidade da pessoa humana e igualdade.

A Constituição Federal afirma, em seu art. 226, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, que a entidade familiar é formada pelo casamento, a união estável e família monoparental, descrevendo, destarte, o pluralismo familiar.

Entrementes, permanece de modo nefasto, a idéia taxativa de que família é constituída pela união de um homem e uma mulher, desconsiderando de forma inequívoca, as uniões homoafetivas, formadas, pelo amor entre pessoas do mesmo sexo.

O casamento e a união estável têm como fundamento a pluralidade de sexos, divergindo um e outro apenas em aspectos formais. O casamento enseja formalidade procedimental, através de processo de habilitação, publicação de

proclamas dentre outros, e a união estável dispensa todas as solenidades previstas, ao matrimônio.

A família monoparental é constituída pela entidade familiar formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Não existe ordenamento legal para amparar as uniões homoafetivas, a despeito de tramitarem no congresso projetos de lei acerca do tema, que não são transformados em lei, pela atuação da Igreja Católica e dos segmentos evangélicos, embora o Brasil seja um Estado laico.

Os fenômenos sociais ensejam a criação de leis para os regularem, essa é uma regra padrão para o surgimento das leis. A despeito desta máxima, em relação aos companheiros de uniões homossexuais, o legislador mantém os olhos fechados.

A única referência legal vigente é discreta, e está contida na Lei 11.340/2006, (Brasil, 2010, p. 2505). também denominada Lei Maria da Penha, em seus artigos 2º e 5º. Embora de maneira tímida, a lei em comento tutela os interesses da mulher vítima de violência doméstica, ressaltando que as garantias contidas na lei independem da orientação sexual.

Nos outros sentidos, restam apenas fragmentos constitucionais, para ampararem os direitos destas famílias diferenciadas, que devem ser reconhecidas, pelo ordenamento jurídico e respeitadas à luz da dignidade da pessoa humana.

### **3.1 Princípio da igualdade**

O princípio da igualdade encontra amparo no art. 5º *Caput*, e inciso I, da Constituição Federal, que afirma serem todas as pessoas iguais perante a lei, sem distinção alguma. Este princípio é deveras amplo, e seu estudo será restrito ao objeto do presente trabalho monográfico.

O princípio da igualdade possui aspecto duplo, sendo um formal e outro material. O aspecto formal estabelece a igualdade de todos perante a lei, e o aspecto material se consubstancia no fato de que todas as pessoas devem ter tratamento igualitário pela lei, com observância a situação, em que se encontram.

Há que se considerar entre os desiguais as minorias, dentre elas, as famílias formadas com base no homoafeto. Ora, se a Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, em relação às uniões homoafetivas prevalece a

discriminação odiosa da lei, externada através do silêncio absoluto do legislador em relação ao tema.

Assim, a Constituição Federal, ao outorgar a proteção do Estado à família, reconhecendo como união estável somente aquela existente entre um homem e uma mulher, ignorando as entidades familiares homoafetivas, infringe a norma, que veda qualquer tipo de discriminação, bem como afronta o fundamental princípio constitucional da igualdade, consagrado em cláusula pétrea.

A Constituição Federal prevê e privilegia a liberdade de escolha, pouco importando o sexo da pessoa eleita, se igual ou diferente do seu. Se um indivíduo nada sofre ao se vincular a uma pessoa do sexo oposto, mas recebe o repúdio social por dirigir seu desejo a alguém do mesmo sexo, está sendo discriminado, em função de sua orientação sexual.

A família, nos dias atuais, apresenta como preceito de formação familiar muito mais do que a simples caracterização de sexo, mas de outros valores dignos relativos à natureza humana.

Sob este enfoque, a escolha do sexo, não pode ensejar tratamento desigualitário em relação à pessoa que escolhe, vez que tal tratamento faz gerar a distinção pelo sexo que possui (DIAS, 2009).

Dito impedimento discriminatório não tem exclusivamente assento constitucional. Está posto na Convenção Internacional Americana de Direitos Humanos e no Pacto de San José, dos quais o Brasil é signatário. Como preceitua o parágrafo segundo do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, são recepcionados por nosso ordenamento jurídico os tratados e convenções internacionais.

A ONU tem entendido como ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos, seja com base no princípio de respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída a opção sexual que se tenha.

Contraditoriamente, as investidas tímidas do legislador na criação de leis, que amparem os direitos dos casais homoafetivos não saem do papel. Como dito em linhas volvidas, a igreja interfere fortemente contra o tema, que acreditam pecaminoso. Lembrando: o Brasil é um estado laico!

A sociedade não concebe a discriminação jurídica, tendo por escopo a religiosidade e seus dogmas, é inconstitucional e extremamente repudiada no Estado Democrático de Direito.

Para os doutrinadores, as discriminações jurídicas são admissíveis apenas em cumprimento ao princípio da igualdade, que deve ser aplicada de forma isonômica e proporcional. É o caso de leis como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, haja vista a hipossuficiência da qualidade especial que detém a criança e o adolescente, bem como o idoso. Ambos necessitam de cuidados especiais, e em relação à lei, não poderia ser diferente.

### **3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Os Direitos Humanos estão sempre ligados com as mais diversas situações que envolvam os seres humanos, desta forma não seria diferente, com os homossexuais, sendo os mesmos direitos reservados a eles, pois, estes não se tratam de uma espécie diferente do ser humano.

O indivíduo tem o direito de ser homossexual, ou de optar por ser homossexual, pois esta escolha somente lhe diz respeito, não afetando os direitos de ninguém, mas este mesmo indivíduo terá dificuldade, para assumir a sua opção sexual em uma sociedade altamente discriminativa e homofóbica, não podendo fazer de sua escolha algo reconhecido juridicamente, com todos os direitos inerentes a um casal heterossexual.

O Direito, na atualidade, se direciona no sentido de resguardar a cada um o direito a “ser diferente”, ou seja, a resguardar os direitos individuais. Isso se mostra como uma nova tendência jurídica, onde teremos uma nova dimensão com vistas a regulamentar os direitos individuais e suas peculiaridades.

Cada ser humano é diferente entre si, e a Constituição Federal já resguardava este direito, coibindo qualquer forma de discriminação, relacionada à individualidade de cada pessoa, sob qualquer aspecto.

A Constituição Federal resguarda a cada um o direito a “ser diferente”, e a viver em sociedade com essas diferenças. O princípio da dignidade da pessoa humana traz ao homem o respaldo necessário a viver em sociedade de forma plena, tendo respeitado sua individualidade.

É pacífico o entendimento de que a dignidade da pessoa humana constitui um princípio jurídico essencial do Estado Democrático de Direito (VECHIATTI, 2008a, p. 145).

Os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, que visam a garantia da dignidade da pessoa humana, encontra assento no art. 3º, inciso IV, da Magna Carta, *verbis* (BRASIL, 2010, p. 13):

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
[...]  
IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A promoção do bem de todos inclui o aspecto sexual. Seguindo o raciocínio do legislador constituinte, não há como ser excluído deste rol os casais homoafetivos, que merecem atenção especial do aplicador do direito, ante a omissão legislativa.

Nesta trilha, tem-se que o amor é o sentimento que faz com que pessoas se unam, com ânimo de constituir família e compartilhem uma vida comum. Tal sentimento não é exclusivo dos casais heterossexuais, sendo comum pessoas do mesmo sexo se apaixonarem uma pela outra, e entabularem uma união de fato.

Vecchiatti (2008a, p. 146), chama a atenção para o direito da felicidade, *verbis*:

A dignidade humana constitucionalmente consagrada garante a todos o direito à felicidade, na medida em que a realidade empírica demonstra que a própria existência humana destina-se a evitar o sofrimento e a buscar aquilo que acreditamos que trará felicidade. Parafraseando Luiz Alberto David Araújo, a própria noção de contrato social implica a compreensão de que esse pacto coletivo só é aceito em geral por acreditarem que a vida em sociedade, com toso os seus ônus e benefícios, propiciará maiores condições de alcançar a felicidade do que se vivessem isoladamente.

Qualquer pessoa inserida dentro do Estado Democrático de Direito tem que ter seu direito a liberdade respeitado, não podendo ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Não há razão para não se tratar com dignidade os homossexuais e reconhecer a sua entidade familiar e seus direitos inerentes.

Neste norte, o respeito é o cerne do princípio da dignidade da pessoa humana. O direito à sexualidade também está inserido no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme leciona Dias (2010, p. 200).

A sexualidade integra a própria condição humana. É direito humano fundamental que acompanha a pessoa desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independe da tendência afetiva. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade, pois é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange sua dignidade.

Portanto, a partir dos pensamentos doutrinários jurídicos atuais, vê-se que, havendo identidade, ainda que meramente biológica, de sexos do par e comprovando-se uma convivência duradoura, pública e contínua, cumprindo os parceiros, com os deveres de lealdade, fidelidade e assistência recíproca em uma verdadeira comunhão de vida, há que se reconhecer formarem eles uma união estável homoafetiva, não se pode desconhecer desses fatos com as barreiras do preconceito e da hipocrisia.

A convivência homoafetiva, desde que preenchidos os requisitos ensejadores da união estável, deve ser reconhecida como instituição familiar. Pensar de forma diversa representa o rompimento com os princípios maiores contidos na Constituição Federal, garantidores da harmonia e paz social.

#### **4 SILÊNCIO DA LEI EM CONFRONTO COM O AVANÇO JURISPRUDENCIAL**

A despeito do silêncio do legislador em relação ao reconhecimento das uniões homoafetivas como sendo instituição familiar, os magistrados não têm se mantido inertes em relação ao tema, julgando procedentes os pedidos deduzidos em juízo, quais são sempre mantidos pelos tribunais pátrios.

Vários são os julgados favoráveis, reconhecendo as uniões homoafetivas como lícitas e constitucionais, mediante fundamentação nos princípios constitucionais maiores, dissertados em linhas volvidas no presente trabalho monográfico, a saber: princípio da igualdade e princípio da dignidade da pessoa humana.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul é pioneiro em apreciar as uniões homoafetivas. Através de reiteradas decisões proferidas pelo Tribunal gaúcho, reconhecendo as uniões homoafetivas, como instituição familiar, em analogia com o instituto da união estável, iniciou-se uma progressão do entendimento anterior, onde

os juízes julgavam tais feitos extintos sem resolução do mérito, em razão de impossibilidade jurídica do pedido, ou timidamente, reconhecia o liame através do direito obrigacional ou trabalhista.

Atualmente, vários doutrinadores e estudiosos do direito de família seguem a corrente, que apregoa a existência do núcleo familiar formado por pares homoafetivos, que se unem em nome do amor recíproco, convivendo sob o mesmo teto e amealhando patrimônio comum.

Sobre o tema, até o Tribunal Superior Eleitoral manifestou-se, decidindo que da regra da inelegibilidade prevista na Constituição Federal alcança os pares afetivos, conforme anotaram:

Registro de Candidato – Candidata ao cargo de prefeito – Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município – inelegibilidade (CF 14, § 7º). Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra da inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CF. Recurso a que se dá provimento (VIEIRA E ARAÚJO, 2007, p. 72).

A evolução jurisprudencial chegou até o Supremo Tribunal Federal, decisão proferida pelo Ministro Celso de Melo, na ADI 3300 MC/DF.

Conforme Vieira e Araújo (2007, p. 72), o Poder Judiciário tem realizado o papel honroso de suprir o silêncio legislativo em regulamentar as uniões homoafetivas. A evolução contínua da jurisprudência reclama atitude urgente dos legisladores para que supram a omissão inconstitucional de reconhecer as uniões de pessoas do mesmo sexo, formada com base no amor e respeito recíprocos, como sendo entidade familiar, garantindo a tais famílias todos os direitos previstos em lei.

Mesmo com a chegada da discussão do tema junto ao Supremo Tribunal Federal, os Projetos de Lei regulando as uniões homoafetivas permanecem emperrados, sem apreciação da Casa de Leis brasileira.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O artigo que ora se conclui não pretende apresentar soluções definitivas para a união, entre pessoas do mesmo sexo, haja vista o absoluto e imponente silêncio legislativo em relação ao tema.

Os problemas suscitados foram resolvidos durante o estudo bibliográfico do tema delimitado, com enfoque especial na Constituição Federal, entendimentos

doutrinários e jurisprudenciais, eis que não existe lei regulamentadora da união homoafetiva, como instituição familiar.

As hipóteses levantadas para a resolução do problema proposto foram confirmadas através das pesquisas realizadas, eis que a união familiar funda-se precipuamente, em sentimentos nobres, como o amor, a fidelidade, o respeito e a proteção recíproca a seus membros. Ora, neste início do terceiro milênio, com a sociedade plenamente evoluída e em constante mutação, a tarefa de conceituar *família* tornou-se árdua, haja vista a variedade de instituições familiares existentes. Seguindo este raciocínio, não se pode crer que a união entre pessoas do mesmo sexo, que nutrem um pelo outro intenso amor, deixe de ser considerada como instituição familiar.

Enquanto não existe lei específica que regule a união homoafetiva, os juízes, por absoluta imposição legal contida no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e art. 126 do Código de Processo Civil, deverão julgar as pretensões deduzidas em juízo, relacionadas à homoafetividade, valendo-se da analogia e princípios gerais de direito, e mais importante, de princípios constitucionais de superior importância, minuciosamente detalhados, no presente estudo.

Os objetivos geral e específicos foram alcançados, demonstrando, que as uniões homoafetivas são uma realidade no Brasil, e necessitam da mesma proteção estatal, que as instituições familiares seculares gozam, com fundamento na Carta Magna, que coloca a pessoa humana em privilegiado patamar, resguardando suas garantias fundamentais.

Ademais, não se pode aceitar que o Estado cruze seus imponentes braços, deixando que parceiros sobreviventes não tenham o direito a sucessão de bens de companheiros falecidos, patrimônio que ajudou a amearhar, dentre outros direitos garantidos a companheiros que convivem em união heterossexual estável, acima de tudo, o respeito, à dignidade da pessoa humana, em consonância com o exercício de sua opção sexual.

Ante a ausência de conceito legal de *família*, deve ser garantido aos conviventes em união homoafetiva, direitos similares aos garantidos às pessoas, que vivem em união estável, inclusive o direito à adoção de filhos.

A metodologia de pesquisa utilizada colaborou para alcançar soluções aos problemas suscitados, vez que os doutrinadores consultados, especialmente Maria Berenice Dias e Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, apresentaram fundamentos sólidos

para o reconhecimento constitucional da união homoafetiva, garantindo aos conviventes do mesmo sexo o *status* de família.

Na conclusão do presente artigo, há que se ressaltar que a jurisprudência pátria evoluiu de tal forma, que criou precedente para o conhecimento de pedidos formulados por pares homoafetivos. O juiz não pode e não deixa de proferir despachos ou sentenças alegando a lacuna da lei.

A evolução humana tem se revelado mais célere, que a evolução do direito, necessitando do respaldo das decisões judiciais para acompanhar este processo, eis que o direito não pode se manter isolado do meio em que vigora, deixando de atender as manifestações da vida social e econômica.

A união homoafetiva é uma realidade incontestável, que necessita ser regulamentada e amparada pelo Direito Positivo.

É imperioso excluir do pensamento doutrinário jurídico, o medo de reconhecer as mudanças sociais ocorridas no que diz respeito ao conceito e aos critérios da instituição familiar na sociedade atual.

Depreende-se que as uniões homoafetivas é uma realidade que o Direito Civil deve reconhecer efetivamente para perpetuar o que a Constituição Federal já garante ao indivíduo, no que diz respeito à liberdade de escolha, em suas variantes, fazendo com que o Estado Democrático de Direito se concretize de forma igualitária, digna e justa em sociedade.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Carla Castro de; BASILE, Marina. **A união homoafetiva e o direito de família.** Disponível em: <[http://www.facs.br/revistajuridica/edicao\\_janeiro2004/discente/disc06.doc](http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_janeiro2004/discente/disc06.doc)>. Acesso em: 28 mar 2010.

AMIM, Valéria. **Violência e Homossexualismo.** Disponível em: <[http://www.uesc.br/viverbrincando/violencia\\_e\\_homossexualismo.htm](http://www.uesc.br/viverbrincando/violencia_e_homossexualismo.htm)>. Acesso em: 18 abr 2010.

BIBLIA DE ESTUDO ALMEIDA, Barueri-SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999. Tradução: João Ferreira de Almeida. Edição Revista e Atualizada. 2. ed.

BRASIL. Vademecum RT Universitário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. .

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. A união homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 235, 28 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4902>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. A Igreja Católica e os homossexuais: a gota d'água. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 112, 24 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4420>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família, 5. vol.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES NETO, Adauto d'Alencar. **Do cabimento da prestação de alimentos nas relações homoafetivas**. 18 dez. 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3084/Do-cabimento-da-prestacao-de-alimentos-nas-relacoes-homoafetivas>. Acesso em: 10 de mai. 2010.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 24. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985.

HENDGES, Ana Nice Gemelle. Requisitos Essenciais para Caracterização da União Estável. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**, v.6, n.2, p.123/138, jul./dez., 2003. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/juridica/article/viewFile/1304/1156>>. Acesso em: 09 abr 2010.

LACERDA NETO, Artur Virmond de. **A homossexualidade em Platão**. 15/08/2007a. Disponível em: <<http://www.revistaladoa.com.br/website/artigo.asp?id=5286&cod=1592&idi=1&moe=84>>. Acesso em: 24 fev 2010.

LACERDA NETO, Artur Virmond de. **História da homossexualidade**. 09/10/2007b. Disponível em: <<http://www.revistaladoa.com.br/website/artigo.asp?cod=1592&idi=1&moe=84&id=5847>>. Acesso em: 24 fev 2010.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões**. 18. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOVAES, Ane Carolina. A função notarial e as uniões homoafetivas . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 680, 16 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6732>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Método, 2008a.

VIEIRA, Vinícius Marçal; ARAÚJO, Liliane Jaime Mendonça de. A Homoafetividade e a Constitucionalização do Conceito de Entidade Familiar. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, ano 10, nº 14, março de 2007.