

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Juliana Craidy

**A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO
CASAMENTO HOMOAFETIVO: O AFETO FACE AOS
VALORES E IMPEDITIVOS CONSTITUCIONAIS**

Carazinho

2012

Juliana Craidy

**A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO
CASAMENTO HOMOAFETIVO: O AFETO FACE AOS
VALORES E IMPEDITIVOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia Jurídica da Faculdade de Direito da
Universidade de Passo Fundo, *campus* Carazinho
como requisito parcial para a aprovação no curso
de Direito, sob orientação da Professora Me.
Josiane Petry Faria.

Carazinho

2012

Dedico este trabalho a minha avó Maria Ilca Penz,
a qual é o maior exemplo de afeto que
sustenta um vínculo familiar.

AGRADECIMENTOS

À minha família, a qual se constitui de cinco mulheres guerreiras e corajosas: minha Avó Maria Ilca Pez, minha Mãe Sandra Suzana Penz e minhas irmãs de sangue e de alma Micheli Polippo e Betina Craidy.

Aos amigos de verdade que estiveram juntos nessa jornada e que de alguma forma, contribuíram para essa conquista.

À minha orientadora, professora Me. Josiane Petry Faria, por acreditar e apoiar o objetivo concretizado em cada página deste trabalho.

"Uma coisa não deixa de ser verdadeira por não ser aceita por muitos homens" (Baruch Spinoza)

RESUMO

A sociedade contemporânea, sendo complexa, exige atuação dos juristas para aplicação do Direito assegurando os direitos e garantias fundamentais suprimidos por diversas faces de comportamentos. Com efeito, o afeto passou a ser o elemento formador de vínculos e não mais algo acessório em um relacionamento, pois a identificação do outro como alguém digno de ser amado e ser feliz tornou-se primordial nas relações. Dessa forma, os cidadãos passaram a fazer suas escolhas sexuais e os homoafetivos a terem o direito de serem reconhecidos. A constituição de uma família de pares homoafetivos logrou aceitação principalmente após o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, em 05 de maio de 2011, pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a união estável entre homoafetivos e, conseqüentemente, conferiu-lhes vários direitos decorrentes do Direito de Família. A questão que surge, a partir da inovadora decisão do Supremo Tribunal Federal, é a respeito da possibilidade de reconhecimento do casamento civil, como direito assegurado a todos na Constituição Federal de 1988, para casais homoafetivos, bem como os direitos derivados do instituto. Considerando o princípio da dignidade da pessoa humana e na liberdade de escolha de cada indivíduo para a formação de uma família sobre o alicerce do afeto É possível o reconhecimento do casamento civil entre pares homoafetivos, uma vez que são sujeitos de direito e tiveram sua união reconhecida como uma sociedade de fato e de direito, dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Afeto. Casamento Civil. Dignidade da pessoa humana. Homoafetividade. Igualdade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O AFETO E A ANÁLISE DO PERCURSO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	10
1.1 Dignidade humana e igualdade na sociedade complexa.....	10
1.2 Análise do percurso do conceito jurídico de família.....	13
1.3 O Afeto como direito fundamental.....	17
2 O CASAMENTO E AS DIVERSAS FORMAS DE RELACIONAMENTO: UMA ABORDAGEM JURÍDICA E DA SEXUALIDADE	22
2.1 O casamento Civil dentro do ordenamento jurídico brasileiro.....	22
2.2 Das diferentes manifestações do afeto.....	26
2.3 Da sexualidade: homossexualidade, transsexualidade e bissexualidade.....	29
3 O CASAMENTO HOMOAFETIVO E AS CONSEQUÊNCIAS DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA E DO AFETO	35
3.1 A Dignidade Humana e as Uniões Homoafetivas.....	35
3.2 As decisões do Supremo Tribunal Federal de Reconhecimento da União Estável entre Homossexuais: análise dos fundamentos jurídicos.....	41
3.3 A repercussão das decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao reconhecimento do casamento homoafetivo: as novas perspectivas no Direito brasileiro orientado pela dignidade e pelo afeto.....	46
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	55
ANEXO	60

INTRODUÇÃO

A mudança comportamental e estrutural da sociedade contemporânea ocasionou a manifestação de diversos tipos de relacionamentos, inclusive os homoafetivos, o que constitui um fato importante e deve ser estudado e priorizado pelos operadores do Direito, pelo legislador e pela sociedade em geral, em razão da importância que possui. Assim, na presente monografia será abordada a possibilidade ou não do reconhecimento do casamento homoafetivo com fundamento no afeto e nos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988, especialmente a dignidade humana.

A escolha do tema justifica-se em razão dos inúmeros debates realizados na Faculdade de Direito e nos meios de comunicação. Não se pode mais ignorar o fato de que, cada vez mais, as pessoas têm assumido publicamente sua homossexualidade, o que tem gerado problemas de ordem social, pois sofrem discriminações e têm seus direitos violados pelo Estado e por muitos cidadãos que não reconhecem a igualdade entre todos, consoante prevê a Magna Carta. Tais cidadãos necessitam de amparo legal.

O problema lançado para a presente pesquisa é se o valor do afeto na união homoafetiva autoriza o reconhecimento da existência de família, bem como da possibilidade de casamento civil, nos termos da legislação brasileira? Por consequência, as hipóteses preliminares a serem enfrentadas são: a) seria possível o casamento civil entre homossexuais baseando-se no reconhecimento da união homoafetiva (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, STF); b) se a dignidade da pessoa humana pode ser a base para a vedação de discriminação entre sexos (artigo 3º da Constituição Federal de 1988) e c) o conceito de afeto como direito fundamental para fundamentar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Dessa forma, objetiva-se analisar se há possibilidade do reconhecimento do direito do casamento civil no caso de relacionamentos homoafetivos, com fundamento no afeto, na dignidade da pessoa humana, na igualdade e nos demais direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, utilizando-se, ainda, como paradigma a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal nas ações constitucionais referidas acima.

A metodologia de estudo consistirá na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de forma gradativa, onde se buscará fontes sobre o assunto em um contexto histórico cultural, bem como no contexto social atual, analisando o desenvolvimento do conceito de família, com ênfase nos direitos fundamentais e no princípio da afetividade. Além disso, basear-se-á

em decisões recentes do Supremo Tribunal Federal e jurisprudência dos tribunais do Rio Grande do Sul, Bahia e Santa Catarina. O método a ser utilizado para a abordagem da pesquisa será o dedutivo, o qual se baseia em uma verdade geral e universal para a obtenção da verdade em casos particulares e específicos.

No primeiro capítulo serão abordadas as dimensões da dignidade da pessoa humana e a importância do afeto, como elemento essencial para a formação de vínculos, bem como a análise do percurso do conceito de família numa perspectiva histórica, pois há uma necessidade constante de acompanhamento dos operadores do Direito às novas mudanças sociais para melhor adequação legislativa, interpretação e aplicação das normas.

No segundo capítulo será analisado o instituto do casamento civil dentro do ordenamento jurídico brasileiro e as diversas formas de relacionamento, passando-se a analisar de forma psicológica e filosófica os modos de relacionamentos atuais. Além disso, será abordada a sexualidade vista sobre a ótica médica e psicológica.

Nessa esteira, no terceiro capítulo, buscar-se-á analisar o casamento homoafetivo e as consequências da posição do Supremo Tribunal Federal, após pronunciamento definitivo nas ações ADPF n. 132 e ADI n. 4277, em 2011, na perspectiva da dignidade da pessoa humana. Tais decisões da Corte Superior representam um marco teórico da temática e merecem estudo detido e minucioso do direito afirmado e suas consequências.

A análise do tema proposto será feita sob a ótica dos valores e das normas constitucionais, pois a Constituição Federal, ao explicitar os direitos e garantias fundamentais, os quais devem ser conferidos a todos, sem qualquer distinção, mencionou de forma implícita a garantia da felicidade, por intermédio de todos os ditames constitucionais. Assim, pretende-se verificar a possibilidade de reconhecimento dos direitos dos homoafetivos, especialmente o casamento civil, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no afeto.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O AFETO E A ANÁLISE DO PERCURSO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Nesse capítulo será feita uma análise da dignidade da pessoa humana dentro da sociedade complexa, a evolução do conceito jurídico de família e a abordagem jurídica do afeto como direito fundamental de todos os cidadãos.

Consagrar o respeito à dignidade da pessoa humana na sociedade contemporânea é essencial por ter um caráter assegurador dos direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal. Analisar a evolução do conceito da família na história da sociedade se faz necessário para melhor compreensão dos diversos modos de formação de grupo familiar na atualidade. Além disso, o afeto como direito fundamental deve ser interpretado como elemento fundamental formador de novos tipos de famílias, aos quais devem ser assegurados os mesmos direitos de uma família convencional.

1.1 Dignidade humana e igualdade na sociedade complexa

O ordenamento jurídico brasileiro positivou os direitos fundamentais na Constituição Cidadã para garantir uma vida digna a todos os seus cidadãos. Dessa forma, a dignidade humana e igualdade estão garantidos a todos, sem distinções.

Com a constante mudança da sociedade deve-se atentar para os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna, mas também concentrar esforços em descobrir o sentido da vida e da cidadania. Nesse sentido:

Os problemas mudaram, as grandes questões da modernidade (verdade, objetividade, ideologia, poder, etc.) estão sendo substituídas por uma grande preocupação que ameaça ocupar o centro de todo o debate deste final de século: o **sentido da vida**, nossos vínculos com ela e a própria possibilidade de sua continuidade. A "eco-cidadania" parte desta discussão¹. (grifo do autor)

O Estado protege a autonomia privada e trata as pessoas sob o seu domínio como agentes responsáveis e capazes de tomar por si as decisões que lhe dizem respeito. Assim, cabe a cada indivíduo tomar as decisões por si próprios, tornando concreta a liberdade que o

¹ WARAT, Luis Alberto. **Eco-cidadania e Direito**: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1063-1077-1-PB.pdf>. Acesso em: 05. out.2012.

Estado garante na Carta Magna². Dessa forma, a garantia da igualdade a todos, sem qualquer distinção, torna possível a efetivação da dignidade humana, como também preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

De acordo com Sarlet, os direitos fundamentais atuam como pressupostos, garantias e instrumento da democracia no Estado:

Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressupostos, garantias e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidade), de um espaço de liberdade real, bem como por meio de outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática³.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito concretiza-se e alcança suas finalidades quando proporciona aos seus cidadãos os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Lei Maior, sem distinções, e almejando sempre a liberdade de escolha.

Ademais, a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente. Somente após a segunda guerra mundial é que passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições, principalmente após ter sido consagrado na Declaração Universal da ONU em 1948⁴.

Nessa senda, pode-se concluir que as garantias fundamentais estabelecidas na Carta Magna foram incorporadas após mudanças sociais que exigiram uma maior proteção do Estado em relação aos seus cidadãos. Dentre as mudanças está a transformação da sociedade em razão do fenômeno da globalização, conforme Maffesoli explica:

Talvez seja preciso voltar a reflexões pré-modernas, que se interdiziam de postular o indivíduo como único sujeito do conhecimento capaz de discriminar, distinguir, dominar o mundo natural e social. Seria, para dizer o mínimo, interessante ver como a sociedade contemporânea, pelo próprio fato de estar apegada ao cotidiano, à “proxemia”, não consegue mais acomodar-se a uma divisão estrita entre aquilo que seria da ordem da razão, e aquilo que pertenceria à da paixão, aquilo que privilegiaria a ação em detrimento das atitudes- individuais e sociais- mais passivas, ou, para retomar uma dicotomia bem conhecida, aquilo que valorizaria as luzes, vetor de progresso, por oposição ao obscurantismo da tradição⁵. (grifo do autor)

² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 97.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 61.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 65.

⁵ MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008, p. 38.

Diante da nova estrutura da sociedade, a qual está sempre em constante transformação e cada vez mais complexa, é que deve ser observado o fenômeno do consumo excessivo, o que conseqüentemente acarreta uma perda de valores morais importantes para a formação do ser humano, como, por exemplo, o direito de liberdade de escolha.

O fato do ser humano viver de acordo com sua liberdade é tão importante quanto o fato de possuí-la. A liberdade de consciência pressupõe uma responsabilidade pessoal de reflexão e perde muito de seu significado quando essa responsabilidade é ignorada⁶. Dessa forma, a garantia da liberdade de escolha, dentro da sociedade complexa, é essencial para que os indivíduos não se tornem indiferentes dentro da sociedade em que pertencem. Efetivamente, é importante que os indivíduos não se tornem meros objetos de consumo e possam expressar suas escolhas de forma livre. Contudo, o reconhecimento do outro, como sendo outro sujeito, ocorre a partir da expressão de vontade e de liberdade que todo indivíduo deve expressar. A consistência da pessoa, a sua essência, é determinada pela comunidade em que se situa⁷.

Na sociedade pós-moderna o modo como o homem está inserido e de como é visto por outros indivíduos passou a ser algo complexo, devendo ser considerado em sua globalidade, regido não apenas pela razão, mas também por sentimentos:

Dessa forma, estar atento à necessidade, à propensão das coisas, ao destino, tudo isso nos obriga a considerar o indivíduo em sua globalidade, em seu contexto. É dizer que não o rege unicamente a razão, como ocorreu na modernidade, mas que o movem, igualmente, os sentimentos, os afetos, os humores, todas as dimensões não racionais do mundo dado⁸.

Assim, o reconhecimento do indivíduo dentro da sociedade complexa como sendo igualmente sujeito de direitos é algo que deve ser buscado dentro do entendimento de cada ser humano, para que se encontre equidade e liberdade para todos os cidadãos. Ainda, no ambiente familiar deve haver o reconhecimento dos direitos de todos. Dessa forma, passa-se à análise do percurso do conceito jurídico de família dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão da trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 343.

⁷ MAFFESOLI, Michel. **O ritmo da vida**: variações sobre o imaginário pós-moderno. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 133.

⁸ MAFFESOLI, Michel. **O instante eterno**: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas. Trad. Rogério de Almeida, Alexandre Dias. São Paulo: Zouk, 2003, p. 30.

1.2 Análise do percurso do conceito jurídico de família

De início, importante referir que o Direito de Família é o ramo do Direito privado que rege as relações que unem pessoas com os mesmos valores e objetivos. A estrutura familiar foi definida desde os primórdios, onde as pessoas conviviam em grupos por uma questão de sobrevivência. Esse conceito de família foi modificado ao longo dos anos.

A constante modificação da sociedade, seja no âmbito do Direito de Família ou em outro ramo do Direito, deve ser estudada e acompanhada pelos estudiosos, pois é necessária uma análise mais detalhada dessas questões para que se possa acompanhar a evolução da humanidade. Aprofundar o conhecimento sobre essas mudanças torna-se essencial para o entendimento da nova forma de estrutura familiar.

Anteriormente, a família era voltada para a comunidade rural, onde todos tinham que ajudar no trabalho para o sustento da casa. Tratava-se de entidade patrimonializada, identificando-se seus membros pela força do trabalho. Quanto maior a família, melhores condições de vida eles teriam. O homem era a figura central, pois administrava a família e os bens da mulher⁹.

A estrutura família tinha um perfil patriarcal e hierarquizado, onde a união do casal era consolidada somente visando à questão financeira e à continuidade da família. A mulher não era sujeito de direitos e deveria apenas seguir as regras de seu marido.

A família sempre seguiu um modelo tradicional, tanto de formação quanto de aceitação. Ocorre que esse modelo se transformou:

Em verdade, tinha-se um modelo estereotipado de família como a presença de pai e da mãe e dos filhos que gerasse. Ocorre que a sociedade transformou-se completamente e novos sentimentos nasceram à margem da lei. Nem a lei tem como represá-los. Parece à imagem de Brecht, que todos reclamam da torrente da água que corre pelos rios causando inundações, mas ninguém observa as margens que a restringe. É o visualizar apenas a formalidade e ignorar a realidade¹⁰.

Com efeito, a estrutura familiar era voltada para o sustento e perpetuação da prole. Dessa forma, não se buscava o afeto como elo formador do vínculo, mas sim a necessidade de se ter um pai provedor e uma mãe que zela pelo lar e cuida das crianças.

⁹DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.121.

¹⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.167.

Em razão da revolução industrial, a qual gerou modificações em todos os cenários da sociedade, também ocorreram mudanças na família-padrão para uma reunião de pessoas com os mesmos sonhos e identificações, sejam afetivas ou financeiras, mas que também possuem a vontade de conviver juntos.

Portanto, não se pode negar a transformação do núcleo familiar, onde o afeto passou a ter mais espaço e tornou-se o cerne do clã. Assim, a lei não pode se eximir de proteger essas novas famílias, uma vez que a sociedade está em constante mutação e o Direito precisa acompanhar o dinamismo social. Nas palavras de Dias, a família é uma formação social e com a sociedade transforma-se no tempo. Houve uma grande mudança na Lei Maior de 1988, não apenas no texto da lei, mas por uma visão teleológica, onde passa a informar a necessidade de o Direito de Família abrir-se à sua plural possibilidade, estando as duas novas entidades familiares expressamente tratadas a exemplificar novos modelos¹¹.

Vê-se que a família, bem como o Direito de Família, renovam-se não apenas no Brasil, mas na maioria da sociedade globalizada. O casamento deixa de ser o fundamento das uniões e passa a ser reconhecida a união estável e a família monoparental, as quais ganham espaço dentro da sociedade¹².

Em razão dessa significativa mudança na estrutura familiar é que o direito deve ampliar sua atuação se reciclando e atendendo às novas demandas da sociedade, a qual se modifica constantemente.

A família sempre ocupou papel central nas mais diversas comunidades, pois é nela que se busca o apoio, a ajuda psicológica e financeira, considerando-se que todos trabalham por uma só causa que consiste em prover o sustento e o desenvolvimento de seus membros, embora o afeto fosse ignorado no modelo familiar anterior, consoante relata Vecchiatti:

A família jurídica do início do século XX, do Código Civil de 1916, de modelo predominantemente rural, não se preocupava com o amor ou com as pessoas nela existentes: tinha um intuito meramente patrimonialista de garantir que o modelo econômico do País se mantivesse intacto. Nessa forma familiar, o afeto era completamente ignorado¹³.

¹¹DIAS, Maria Berenice. **Diversidade homossexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 138.

¹²VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva: direitos sucessórios e novos direitos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 82.

¹³Idem. p. 188.

A busca da felicidade fez com que surgissem novas famílias, as quais floresceram vinculadas no afeto: “o imenso desejo de felicidade é ser a gente mesmo, escolher a própria atividade, profissão, amores e vida”¹⁴.

Dessa forma, a liberdade conferida pelo Direito de Família, na esfera privada, fez com que as escolhas fossem mais pessoais e baseadas no afeto, como a escolha de formar uma família homoafetiva ou uma união estável.

O casamento é a forma mais tradicional de se constituir uma família. Com o tempo, a sociedade evoluiu e passou a aceitar e incorporar no dia a dia outros meios de constituir família, como, por exemplo, a união estável, a qual passou a ser usualmente utilizada como forma de constituição de família¹⁵.

Conforme enfatiza Vecchiatti: “[...] a humanidade sempre prezou a vida a dois, dando cada vez mais importância aos relacionamentos afetivos entre pessoas com o passar dos séculos, tendo em vista que é deles que surgem as famílias”¹⁶. Além disso, é inegável que a família contemporânea constituída por casais e por outras formas de relacionamentos forma-se pelo amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura (amor familiar), o que é o elemento de maior valor protegido pelas normas que consagram a união estável¹⁷.

Hodiernamente, diante da centralidade atingida pelo afeto e pela felicidade, o Direito de Família foi constitucionalizado e realizou uma transformação significativa no tocante à tutela da família. Assim, percebe-se que as mudanças ocorridas são latentes, uma vez que a estrutura familiar está amplamente modificada, especialmente por fundamentar-se no afeto, evidenciando o amor e as questões pessoais de cada indivíduo da família, além de conferir ampla autonomia na liberdade privada. Nesse sentido:

¹⁴Idem, p.123.

¹⁵OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.163.

¹⁶VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 186.

¹⁷VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 309.

Existe no Direito de Família campo para o exercício da autonomia privada. Há, com efeito, liberdade relativa de casar; liberdade de separar-se judicialmente; liberdade, só excepcionalmente retirada. De escolha de regime matrimonial de bens e de pacto antenupcial; liberdade relativa de adotar. Nesse ponto, o novo Código Civil ampliou de modo significativo o exercício da autonomia privada no Direito de Família, ao flexibilizar a regra da imutabilidade do regime matrimonial de bens, permitindo a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os cônjuges (CC, art.1.639,§2º), o que era terminantemente proibido no art. 230 do CC/1916¹⁸.

Portanto, esse novo elemento dentro da estrutura familiar consagra-se como mais uma mudança dentro do vínculo e dos objetivos de se querer formar uma família, uma união que muitas vezes é necessária por questões financeiras ou por advento de filhos, mas que sempre forma uma relação de afeto.

A nova ideia de família pode ser expressa por diversas formações, como a convivência em união estável, não concebida por intermédio do casamento, a união homossexual, as famílias constituídas apenas pela mãe ou pelo pai. Enfim, são diferentes formas de família nas quais o afeto é que caracteriza e fundamenta a família. Nesse sentido: “[...] família é o conjunto de indivíduos aparentemente ligados entre si, seja pela aliança (o casamento), seja pela filiação, mas excepcionalmente pela adoção (parentesco), e vivendo sob o mesmo teto (coabitação)”¹⁹.

A organização da sociedade ocorre em torno da estrutura familiar, mesmo que antigamente não se valorizasse o porquê dessa união de pessoas, mas sim a finalidade e o valor financeiro que se atribuía à família. Porém, essa visão evoluiu e atualmente o afeto é o alicerce da família. Ademais, a família contemporânea é marcada pela valorização de cada um dos seus membros, que passaram a ter mais autonomia e mais liberdade de ação, dentro da estrutura familiar²⁰. Nesse aspecto, cabe dizer que uma das principais causas da mudança da estrutura familiar foi a revolução feminista. A mulher conquistou seu espaço no mercado de trabalho e na sociedade, modificando o convívio familiar, onde apenas o pai trabalhava e a mulher cuidava da casa e dos filhos. Além disso, a formação de famílias monoparentais também foi um marco na evolução da família.

O conceito de família molda-se ao cumprimento de sua função social, renovando-se sempre como ponto de referência central do indivíduo na sociedade, ou seja, uma espécie de

¹⁸ROCHA, Silvio Luís Ferreira. **Introdução ao direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19-20.

¹⁹UZIEL, Ana Paula. **Homossexualidade e adoção**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 20.

²⁰SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23.

busca da solidariedade e de dignidade da pessoa humana²¹. Dessa forma, a união estável passou a ser reconhecida pela sociedade e no âmbito jurídico, após ter sido utilizada com mais frequência e tornado-se algo comum dentro da sociedade. Outrossim, a sociedade transformou-se e passou a ter outra forma de constituição de vínculo familiar.

A família mudou e passou a considerar a felicidade e o afeto como pilar da estrutura familiar, buscando sempre a otimização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal, ao elencar as entidades familiares, faz referência expressa ao casamento, à união estável entre homem e mulher e à família monoparental. Entretanto, não regulamenta as uniões homoafetivas, como se fossem inexistentes, em total incoerência com os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade²².

Sendo o afeto formador do elo entre os indivíduos seria prudente que a Carta Maior regulasse a união de pessoas do mesmo sexo, uma vez que contempla os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, os quais deve garantir, não podendo fazer distinções entre sexos para regular a união de pessoas que se amam.

Dessa forma, o afeto passou a ser considerado o elemento formador da instituição família e constitui um vínculo entre os membros. Assim, passa-se à análise do afeto como um direito fundamental dentro do ordenamento jurídico.

1.3 O Afeto como direito fundamental

O reconhecimento e a proteção dos direitos humanos estão amplamente consagrados na Constituição Federal de 1988. Todavia, o novo desafio do ordenamento jurídico consiste em proteger todos os direitos relativos ao cidadão, inclusive dos homoafetivos. Com efeito, sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia e sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos²³.

Os direitos fundamentais estão garantidos pela Constituição Federal, em seu texto, mas percebe-se, na prática, que muitas vezes não são efetivados. Sendo assim, compreende-se que uma vez que existe essa garantia constitucional deve ser priorizada e almejada sempre.

²¹TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372.

²²DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 95.

²³BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 21.

Desse modo, a constitucionalização do Direito de Família ressalta a importância desse instituto na sociedade. Nesse contexto, é importante registrar que o artigo 3º da Constituição Federal elenca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceito de raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação, o que demonstra a importância da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o artigo 5º da Carta Magna.

Como dito anteriormente, a dignidade da pessoa humana deve ser almejada sempre e, nesse ponto, está englobado o afeto, como bem maior. Para que um indivíduo seja plenamente feliz e possuidor dessa dignidade seus afetos devem ser preservados e respeitados. A dignidade da pessoa humana não se trata de algo específico, absoluto para cada ser humano, mas de uma qualidade tida por muitos, algo muito subjetivo para cada indivíduo, um valor próprio que identifica cada ser individualmente²⁴. O afeto está inserido dentro da liberdade de escolha e da dignidade da pessoa humana, pois é um elemento formador da sociedade e da família. Assim, o direito ao afeto consagra o direito fundamental da dignidade da pessoa humana e dignidade.

Dessa forma, os direitos dos homens, não apenas os englobados na Carta Magna, mas sim de forma ampla, acompanham sempre o desenvolvimento da sociedade, como ilustra Bobbio²⁵:

[...] que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizada por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas [...].

Em razão de ser considerado um aspecto muito subjetivo do que seria digno para cada pessoa deve-se ter cuidado na aplicação das normas constitucionais e procurar interpretá-las e aplicá-las sempre com equidade, visando a uma ampla garantia constitucional.

Assim, como a família contemporânea passou a existir em razão do amor, por priorizar-se a felicidade, a afetividade, deixaram-se de lado protocolos como o casamento civil e qualquer outra forma preconcebida de família²⁶.

²⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.16.

²⁵BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 25.

²⁶VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 220.

A formação da família está baseada no afeto e não mais nos modelos tradicionais de família, onde a expressão do afeto era algo secundário. Atualmente, as relações passaram a priorizar afetividade e a formação da família começou a se dar de diversas formas e não mais apenas com o ato do casamento, como a união estável.

Por tratar-se de algo subjetivo, como assegurar o direito de afeto para o indivíduo? O respeito às escolhas individuais e a garantia dos direitos sem distinções seria uma forma de propiciar as garantias a todos e com isso efetivar a dignidade.

Destarte, o afeto passou a ser considerado como princípio oriundo da dignidade da pessoa humana, conforme ressalta Vecchiatti:

Essa evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerente à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como o do casamento civil²⁷.

O afeto é a base da família moderna em razão da vida complexa que cada vez mais está presente dentro da estrutura familiar. Com efeito, a convivência a dois muitas vezes apenas é tolerada porque está fundamentada no companheirismo, no respeito e, sobretudo, no afeto.

Para corroborar a tese de que o afeto é um direito fundamental, ensina Vecchiatti:

O princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para reconhecimento do *status* jurídico familiar de uniões não-matrimonializadas²⁸.

Tanto a Constituição Federal como o Código Civil de 2002 reforçam a liberdade de escolha, deixando a interferência estatal limitada dentro da estrutura familiar, pois cabe a esta fazer escolhas quanto à forma da estrutura, quanto ao regime de bens, quanto à adoção, quanto ao número de filhos, quanto à separação, ou seja, a livre escolha de como a família será constituída. Além disso, o sonho de encontrar a felicidade é uma busca constante de todos os humanos e consiste em algo intrínseco, tanto que a Carta Magna, ao consagrar todos os direitos para a sobrevivência de forma digna, contempla o direito fundamental à felicidade.

²⁷VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008. P221.

²⁸Idem, p. 221.

Afinal, quem tem vida digna, igualdade, liberdade, acesso à educação, saúde, habitação, tem assegurado o direito de ser feliz²⁹.

Diante da busca da idealizada felicidade é que se enquadram os direitos homoafetivos, pois, por serem os homoafetivos sujeitos de direitos, igualmente como os demais, não há motivos para terem seus direitos banidos em razão de escolhas diferenciadas do convencional, porquanto a Constituição Federal não tolera o preconceito.

Nesse sentido, o reconhecimento do *status* jurídico-familiar de união estável englobou o afeto como princípio jurídico implícito na medida em que o afeto é o amor romântico, ou seja, o motivo que enseja que duas pessoas decidam viver juntas³⁰. O desejo de manter uma união estável com outro indivíduo está relacionado ao afeto, com a vontade de estar junto com aquele, de compartilhar felicidade e tristeza.

O afeto dá embasamento ao reconhecimento da natureza familiar tanto para a união estável quanto à família monoparental, além de outros núcleos sociais fundados no amor, em laços de parentesco, em comunhão afetiva e econômica, os quais também devem ser considerados família³¹. Trata-se da base de todas as relações familiares, sejam elas tradicionais ou não, a união homoafetiva também possui como princípio maior o amor romântico como alicerce da união.

Dessa forma, a igualdade e a dignidade da pessoa humana como princípios maiores no ordenamento jurídico brasileiro, devem prevalecer sobre os dogmas da sociedade. Nesse sentido, enfatiza Rios:

[...] o imperativo da igualdade exige igual aplicação da mesma lei a todos endereçada. Disto decorre que a norma jurídica deve tratar de modo igual pessoas e situações diversas, uma vez que os destinatários do comando legal são vistos de modo universalizado e abstrato, despidos de suas diferenças e particularidades. O resultado que daí advém é a regulação igual de situações subjetivas e objetivas desiguais: eis a aplicação formal da igualdade, contrariando materialmente a consagrada máxima segundo a qual ser justo é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades³².

²⁹DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 118.

³⁰VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008. p. 220.

³¹VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva**: direitos sucessórios e novos direitos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 85.

³²RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

Em razão do princípio da igualdade ser amplo e constitucionalmente garantido é que se deve buscar sua máxima aplicação e prevalecer, sempre que possível, sobre os conflitos na esfera privada. Ademais, importante salientar que a Carta Magna, em seu artigo 226³³, prevê a juridicização do afeto, uma vez que representa a porta para o Direito de Família e para todas as discussões que lhe dizem respeito³⁴. O referido artigo 226 da Constituição Federal reconhece o afeto como sendo o fundamento da natureza familiar, tanto no casamento civil como na união estável ou monoparental e, por consequência, acolhe todas as relações fundadas no amor e em que se tenha o *animus* de constituir uma família.

Constitui característica essencial do ser humano a busca pela felicidade e a formação de vínculos baseados no afeto. Assim, não se pode impedir um ser de encontrar seu caminho, pois sua felicidade apenas decorre de uma escolha diversa, uma vez que também está sob o alicerce do afeto.

³³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - 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.

³⁴ VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva: direitos sucessórios e novos direitos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.84.

2 O CASAMENTO E AS DIVERSAS FORMAS DE RELACIONAMENTO: UMA ABORDAGEM JURÍDICA E DA SEXUALIDADE

No presente capítulo será abordado o instituto do casamento civil dentro do ordenamento jurídico brasileiro e em diversas culturas. Além disso, será realizada uma análise das diferentes formas de relacionamentos, inclusive o relacionamento homoafetivo. Por fim, será abordada a sexualidade e suas diferentes classificações sob uma análise psicológica e jurídica.

2.1 O casamento civil no ordenamento jurídico brasileiro

O casamento constitui a oficialização da união de duas pessoas. Ocorre que, para diferentes culturas, sociedades e ordenamentos jurídicos, possui significados e regras diversas, o que será abordado no presente tópico.

O conceito de casamento pode ser analisado diante de diversos parâmetros, tais como o fim específico da procriação, para educação dos filhos, para efetivação do amor, entre outros. Nas palavras de Wald “O casamento é o vínculo jurídico estabelecido entre os nubentes e é também o ato jurídico criador desse vínculo. Temos, pois, o casamento-vínculo e casamento-ato jurídico”³⁵. Observa-se que o casamento civil possui um papel importante dentro da instituição família e possui a ideia de um direito de todos, pois estabelece o vínculo conjugal entre o casal, os quais se tornam portadores de direitos e deveres entre eles e em relação à família.

O casamento civil no Brasil foi introduzido pelo Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, em razão da desvinculação do Estado e da religião. Em razão de o país ser laico, o casamento passou a ser a constituição do vínculo da família brasileira. A Constituição de 1934 dedicou um capítulo à família e as demais constituições seguiram estabelecendo o casamento como o instrumento de constituição da família³⁶. Dessa forma, o instituto do casamento civil passou a ser respeitado e considerado primordial para a formação da sociedade familiar. Ainda, o casamento possui um significado de formação de um elo de amor e respeito entre o casal, estando elencado entre um dos direitos da pessoa humana.

Atualmente, o artigo 226 e seguintes da Constituição Federal de 1988 dispõe que o casamento civil é a forma de se constituir uma família, atingindo a finalidade do Estado de proporcionar aos seus cidadãos os direitos fundamentais garantidos.

³⁵ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14. ed. ver.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

³⁶ UZIEL, Ana Paula. **Homossexualidade e adoção**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 96.

No ordenamento jurídico brasileiro existem duas formas de casamento: o casamento religioso com efeitos civis (artigo 1.515 e 1516 do Código Civil) e o casamento civil (artigo 1512 do Código Civil). Ainda que haja duplicidade de formas, o casamento é regido apenas pelo Código Civil de 2002³⁷.

O casamento civil é uma das principais formas de constituição de família dentro da sociedade. Nessa senda, a possibilidade de todos os cidadãos constituírem uma família, por intermédio do casamento civil, seria a efetivação de direitos fundamentais. Embora reconhecido pela jurisprudência, ainda não está previsto no Código Civil brasileiro, o que fere diretamente a dignidade da pessoa humana e restringe a formação de uma família convencional e conseqüentemente impede a busca da felicidade pelos cidadãos homoafetivos.

A dignidade da pessoa humana é a base do ordenamento constitucional brasileiro, ou seja, constitui o pilar de todos os demais direitos inerentes ao ser humano. Portanto, excluir os pares homoafetivos do rol dos legitimados desses direitos é uma ofensa direta à Carta Constitucional. Nesse sentido, ao considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana garante a todos o direito à felicidade e a uma vida digna, o casamento civil está inserido na sociedade há longa data, razão pela qual as pessoas que querem se casar somente serão felizes se o fizerem³⁸. Ainda que de maneira diversa, a sociedade sempre prezou pela vida a dois e o casamento civil possui um papel importante, pois constitui a forma de se construir uma família dentro dos parâmetros normais e aceitáveis pelo grupo e confere a proteção do Direito de Família.

A Constituição Federal regula o casamento entre pessoas de sexo distintos no artigo 226 e seguintes, porém não refere expressamente a possibilidade de casamento entre pessoas de sexos iguais, o que contraria seus princípios fundamentais. Não se pode desmerecer a união de casais homoafetivos apenas porque o parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal estabelece que a união estável formada entre homem e mulher merece proteção do estado, pois o sentido da norma não é exclusivo. Com efeito, a interpretação deve ser feita de forma ampla e constitucional e não acarreta a repulsa do Estado para esses casos³⁹.

Assim, o reconhecimento do casamento homoafetivo legitima o exercício da dignidade da pessoa humana. Admitir o acesso ao matrimônio reflete a garantia de direitos

³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4º. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.141.

³⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 357.

³⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 172.

assegurados a todos os cidadãos de uma sociedade justa e igualitária, consoante leciona a Carta Magna.

A possibilidade do Estado conferir o direito do casamento civil aos casais homoafetivos reflete na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois assegura a busca à felicidade como prevê a Carta Maior. Além disso, ao reconhecer o direito ao casamento civil para casais homossexuais seria uma forma de se buscar a igualdade. O princípio da igualdade, como mandamento constitucional de igualdade perante a lei, requer a igual aplicação do direito vigente sem consideração de qualidades ou atributos pessoais dos destinatários da lei⁴⁰.

Dessa forma, o reconhecimento dos direitos homossexuais vem ao encontro da concretização dos princípios constitucionais, entre eles a dignidade da pessoa humana e a igualdade formal perante a lei, onde os destinatários da lei não importam para que esta seja aplicada de forma geral para conferir direitos.

O casamento homoafetivo não diz respeito apenas a reconhecer os direitos daí advindos para os particulares que optarem por esse instituto, mas sim reconhecer o próprio direito a casais homossexuais de serem tratados com igual consideração pelo ordenamento jurídico brasileiro, atentando sempre para a dignidade da pessoa humana⁴¹.

Importante salientar que o modelo da família brasileira atual ainda permanece, por vezes, conservador. O casamento é considerado um ato matrimonial, muitas vezes celebrado pela igreja, e exclusivamente heterossexual, ou seja, limitando os destinatários da lei. No entanto, Segundo salienta Vargas, o Direito deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade e amparar novas formas de relacionamentos e comportamentos:

Aqueles que pretendem defender e julgar as pessoas, legislar a respeito de suas vidas, devem orientar-se pela obrigação moral, ética e profissional, de conhecer o fato social, saber o que se passa no íntimo dos lares de centenas de casais homossexuais que, se na prática constituem famílias hábeis ao desenvolvimento psicossocial de seus membros, ainda são marginalizadas por um dos mais importantes instrumentos de controle social: o Direito⁴².

Cabe salientar que o Direito é o principal instrumento de controle dos fatos sociais para que sejam todos beneficiados pelos direitos assegurados na Carta Magna, sem restrição alguma. Nesse sentido, torna-se inadmissível negar que o reconhecimento da família, como

⁴⁰ RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

⁴¹ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo. LTr, 2008, p. 141.

⁴² VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva**: direitos sucessórios e novos direitos. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 23

um elo de pessoas ligadas por sentimento e vínculo, dependa do selo do casamento, apenas por ser uma prática usual da sociedade para a formação de uma família tradicional.

Dessa forma, o casamento civil possui um importante papel na sociedade, como uma instituição respeitada e utilizada para constituição de família dentro dos moldes aceitáveis pela sociedade, que mesmo em constante evolução, ainda possui uma visão conservadora.

O casamento civil estabelece e cria uma união familiar, a qual é aceita pela sociedade como forma convencional e necessária para a constituição da família. O casamento acarreta deveres de natureza patrimonial e não patrimonial. Observe-se:

O casamento cria deveres legais de natureza diferentes, alguns de caráter nitidamente patrimonial, que se enquadram perfeitamente no campo das obrigações (dever que recai sobre o cônjuge de prover com o seu trabalho e com os seus bens à manutenção da família, regulado no art. 233, IV, CC), e outros não patrimoniais (como o dever de fidelidade- art. 231, I, do CC). A regulamentação das obrigações oriundas do casamento, referente aos deveres de conteúdo econômico, é conhecida como regime de bens, sendo tratada por alguns códigos, como o francês, no campo dos contratos⁴³.

Com efeito, o casamento civil passou a ser visto como o instituto basilar para a formação da família brasileira. Dessa forma, excluir os pares homossexuais desse instituto seria uma forma de impedir a constituição de uma família e conseqüentemente a busca da felicidade. Ademais, o casamento pode ser dissolvido a qualquer tempo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é um direito assegurado a todos, tanto para constituição como desconstituição do casamento.

Além do casamento civil, importante ressaltar que a união estável também passou a ser um instituto reconhecido como forma de constituição de família, como restou estabelecido no artigo 226 da Constituição Federal. A união estável possui os mesmos requisitos do casamento civil, porém não há a celebração do casamento⁴⁴. Portanto, a possibilidade da realização da união estável para a formação da família passou a ser mais uma hipótese de constituição de vínculo em que não se precisa o ato solene do casamento civil, o que facilita a organização da estrutura familiar.

A nova definição legal da família brasileira vem ao encontro do conceito de casamento entre pessoas do artigo 1.511 do Código Civil, não apenas deixando de fazer qualquer alusão à oposição de sexos, mas explicitando que a heterossexualidade não é condição para o

⁴³ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 14. ed. ver.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

⁴⁴ SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 35.

casamento, consagrando-se como um direito humano universal e não mais um privilégio heterossexual⁴⁵.

Portanto, as uniões homoafetivas também são baseadas no afeto e no desejo de constituição de vínculo familiar, como será abordado no tópico a seguir.

2.2 Das diferentes manifestações do afeto

Conforme já analisado no capítulo anterior, o afeto tornou-se a base da família contemporânea. Atualmente, a estrutura das relações humanas está fundamentada no afeto e no *animus* de construir uma relação estável e duradoura, consolidada em uma união estável ou pelo casamento civil. Dessa forma, o fato de amar alguém do mesmo sexo constitui a mesma forma de amor das demais relações. Os cidadãos adultos, dotados de capacidade, têm direito à autonomia de vontade, ou seja, direito de tomar, por si só, decisões importantes em suas vidas⁴⁶.

Além disso, há manifestações de afeto entre amigos e familiares que estruturam e formam relações dentro da sociedade. Nem sempre o afeto se expressa em pessoas de sexos diferentes, podendo ocorrer entre pessoas do mesmo sexo, amigos e, mais frequentemente, entre familiares.

Portanto, entende-se que a autonomia de vontade do indivíduo dotado de capacidade é essencial para a garantia de um direito constitucional, qual seja o afeto, direito de escolher quem amar e de que forma será exercido esse amor.

A ideia de amor romântico contribuiu para abrir espaço para a formação de relacionamentos puros no domínio da sexualidade, mas atualmente tornou-se enfraquecida por algumas das próprias influências que ela ajudou a criar⁴⁷. A relação íntima entre os seres humanos passou a ser algo extremamente necessário para a construção de uma vida plena na sociedade capitalista, em razão de proporcionar um amparo psicológico e financeiro para o casal.

Para Bauman,⁴⁸ o relacionamento puro, nos dias de hoje, é predominantemente do convívio humano, onde as partes se relacionam para trocar experiências e satisfações enquanto perdurar a relação. O amor pode ser a base para a formação de uma família

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Diversidade homossexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 315.

⁴⁷ GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**. São Paulo: Unesp, 1993, p. 69.

⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 111.

constituída por pares heterossexuais ou homossexuais, pois o amor não se distingue, possuindo uma linguagem universal.

Tratando do tema do afeto, Maffesoli complementa dizendo que constitui elemento base dos acontecimentos cotidianos:

As paixões, as emoções, os afetos contam-se entre elas, cujo retorno em massa pode ser constatado em todos os domínios. Estes constituem, de fato, os elementos de base dos acontecimentos cotidianos, daquilo que advém sem que se quer se tome conhecimento. Estão na base daquilo que Bérghson chamava de ‘duração’ feita de pequenos ‘instantes eternos’ que, de modo fractal, formam o mosaico de uma sociedade que não possuem um sentido unívoco que pudesse ser determinado *a priori*, mas cujo conjunto é feito de significações ao mesmo tempo efêmeras dentro do momento, mas não menos perduráveis em sua globalidade⁴⁹.

Os instantes eternos citados pelo autor podem ser interpretados como as escolhas feitas por cada ser humano, onde seu ego se satisfaz e sua plenitude é alcançada, ou seja, por mais absurda que seja a escolha, desde que venha ao encontro da felicidade, deve ser respeitada pela sociedade.

Destarte, as relações humanas devem ser escolhidas por intermédio da autonomia de vontade. Em razão da importância do reconhecimento da autonomia da vontade de amar determinados seres humanos, Ost afirma que o mundo seria adequado quando todos pudessem fazer suas escolhas no amor livremente. Enfatiza que:

A articulação móvel e electiva de trajectórias pessoais, encontro de talhadas de vida colocadas sob o signo da sedução e do amor, mais do que cumprimento durável de um modelo instituído. Um mundo, em suma, onde todas as relações seriam escolhidas, queridas, desejadas [...]⁵⁰.

Desse modo, a união de pessoas com *animus* de constituir uma família está sob a premissa do afeto, onde existe o desejo de convivência e de partilhar os momentos bons e ruins da vida, ou seja, a família está fundamentada no afeto. A sociedade familiar não se caracteriza pelo objetivo de visar ao lucro ou à construção de patrimônio. Ao contrário, visa a obter dessa união a realização pessoal por meio do amor e da convivência cotidiana⁵¹. Em razão de estar baseada no afeto, deve-se aplicar a mesma reflexão às famílias constituídas por

⁴⁹ MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 177.

⁵⁰ OST, François. **O tempo do Direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 385.

⁵¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 453.

casais homoafetivos, pois estes também possuem os mesmos direitos, porquanto formam uma sociedade de direito e de fato.

O afeto é um elemento a ser considerado nas decisões judiciais, não apenas pertinentes à temática, mas sim em sentido amplo no Direito de Família. O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu que a sociedade familiar não visa a obter resultados econômicos, mas sim troca de afeto entre duas pessoas do mesmo sexo com o partilhamento de uma vida em comum⁵².

Pode-se concluir, de acordo com o referido julgado, que a união de casais homoafetivos não pode ser enquadrada somente como uma sociedade de fato, mas sim uma sociedade de direito, pois está baseada no afeto e, portanto, devem ser assegurados todos os direitos constitucionais aplicáveis aos casais heterossexuais, inclusive a adoção, conforme mencionado no citado acórdão.

Cumprir destacar que ao legislador não compete fazer juízo valorativo a respeito dessas uniões, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo disciplinar estas “relações jurídicas de afeto” e suas consequências no mundo jurídico⁵³. Desse modo, considera-se que o amor é o que une as pessoas e impulsiona para partilhar uma vida em comum, tanto na alegria como na tristeza, com a intenção de encontrar a felicidade e a comunhão plena de vida. Veja-se que a evolução da sociedade trouxe inúmeras mudanças, mas uma das principais foi a transformação da família e sua estrutura, pois a pós-modernidade exigiu o amor e a cumplicidade como elemento fundante da estrutura familiar.

Com efeito, não pode a sociedade, principalmente os legisladores, permanecer alheios à mudança de paradigma em relação ao conceito de família e à importância do afeto que fundamenta as relações homoafetivas, tendo em vista que a pós-modernidade é marcada pelo pluriculturalismo, exigindo uma abertura de espírito, conforme ressalta Maffesoli:

⁵² APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJRS, Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/04/2006).

⁵³ Disponível: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20nova%20familia%20brasileira.pdf>. Acesso em: 15 out. 2012.

A época é de pluriculturalismo, e todas as filosofias, religiões, maneiras de ser e modos de pensamento que consideramos arcaicos, retróados, ou simplesmente anacrônicos, estão agora solidamente estabelecidos no próprio seio de nossas sociedades. Sendo assim, o momento não é mais de desprezo, ou de lamentação desolada, mas sim de abertura de espírito. É somente sob esta condição que, bem longe das frivolidades que nos são- com exagerada frequência- habituais, saberemos responder aos desafios que nos lança a pós-modernidade⁵⁴.

Nesse contexto, salienta-se que em 1997, na Espanha, ocorreu o XIII Congresso Mundial de Sexologia, ocasião em que foi elaborada a Declaração dos Direitos Sexuais. Em 1999, durante o Congresso Mundial de Sexologia, na China, foi aprovado e referendado o documento, o qual assegura onze direitos aos homossexuais, quais sejam: direito à liberdade sexual, à autonomia sexual, à privacidade sexual, igualdade sexual, prazer sexual, expressão sexual, livre associação sexual, às escolhas reprodutivas livres e responsáveis, à informação baseada no conhecimento científico, à educação sexual compreensiva e, por fim, direito à saúde sexual⁵⁵.

Em razão da promulgação dessa declaração dos direitos homoafetivos pode-se concluir que estes possuem direitos semelhantes aos heterossexuais, uma vez que são direitos básicos e fundamentais, os quais não necessitariam de uma declaração específica. Além disso, o direito ao afeto está amplamente explícito no texto da referida declaração.

Portanto, impõe-se o reconhecimento das diferentes formas de relacionamento, conferindo-lhes direitos decorrentes dessas uniões. Ademais, acreditar nas mais variadas formas de afeto é garantir a liberdade e a dignidade da pessoa humana, sendo portadora de autonomia de vontade e merecedora da felicidade.

2.3 Da sexualidade: homossexualidade, transsexualidade e bissexualidade

A sexualidade do ser humano é intrínseca a cada indivíduo e estabelece as características e traços da personalidade. Com isso percebe-se que nem todos os seres possuem as mesmas características e a sexualidade é um dos elementos de distinção.

O primeiro registro de um casal homossexual na história é do casal Egípcio Khnumhotep e Niankhkhnum⁵⁶, ambos de sexo masculino, que viveram por volta de 2.400

⁵⁴ MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 37.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

⁵⁶ ANEXO nº 3. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade>>. Acesso em: 05. out. 2012.

a.C. Os pares são retratados durante um beijo, a mais íntima pose na arte Egípcia, rodeados pelo que parecem ser seus herdeiros⁵⁷.

Na Idade Média era comum o relacionamento entre gregos e romanos, ou seja, não havia uma discriminação quanto ao relacionamento de pessoas do mesmo sexo. Ocorre que, com o poder da igreja e a identificação do sexo para a finalidade apenas de procriação, passou-se então a entender o relacionamento como aceitável somente entre homem e mulher. A sociedade, dessa forma, começou a apresentar dificuldades na aceitação de relacionamento entre pares homoafetivos⁵⁸.

Apesar de realidade presente ao longo da história da humanidade, as culturas ocidentais tendem a não aceitar a homossexualidade por serem mais conservadoras, valorizando a heterossexualidade. Explicam a homossexualidade como anomalia genética e marginalizam gays e lésbicas, o que ocorre erroneamente e preconceituosamente⁵⁹, consoante demonstrado.

Efetivamente, a homossexualidade é tão antiga quanto a heterossexualidade e, na Idade Média, era vista como algo comum e corriqueiro e não estava relacionada a nada de perverso ou errado. Tratava-se de comportamento comum entre duas pessoas do mesmo sexo. Ocorre que, ao longo do tempo, essa visão foi se modificando e tornou-se um comportamento não aceito pela sociedade⁶⁰.

Reportando-se ao passado, no período em que deixou de ser aceita a homossexualidade, verifica-se que esta continuou presente na história, porém um dos principais motivos de ser escondida e discriminada foi a influência da Igreja Católica Apostólica Romana, a qual dominou politicamente a sociedade por séculos e posicionou-se contra a relação de pessoas do mesmo sexo, por ser uma prática não convencional da igreja.

Assim, independentemente da existência de períodos em que, apesar da reprovação teórica, práticas homossexuais eram toleradas, é inegável a influência da condenação cristã na formação da mentalidade sexual ocidental. Além disso, houve períodos de perseguição e condenação em razão da Inquisição⁶¹. Nesse sentido, o reconhecimento e aceitação da

⁵⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4º. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

⁶⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 42.

⁶¹ RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.103.

homossexualidade passou a ser questionada e não mais aceita com o passar do tempo, nesse sentido:

A homossexualidade passou de um comportamento amplamente tolerado, e às vezes até vangloriado pelas sociedades humanas em determinadas circunstâncias (*pederastia institucionalizada*), como na Grécia Clássica, para amplamente rejeitada, ante a influência das religiões nesse sentido⁶². (grifo do autor)

Verifica-se que após a Idade Média o preconceito era manifestado em razão da influência das religiões que pregavam ser pecado e até mesmo doença, o que sustenta até os dias atuais. Em virtude dessa influência acabou arraigando-se uma compreensão na sociedade de que a homossexualidade não é natural, não é coisa de Deus e sim uma doença, um comportamento imoral⁶³.

Contudo, os homoafetivos são pessoas que não têm nenhum problema com seu sexo biológico, ou seja, que não sofrem dissociação entre seu sexo físico e seu sexo psíquico - diferentemente do transexual -, ou seja, são homens que se entendem como homens e amam outros homens, assim como as mulheres que se entendem como mulheres e amam outras mulheres⁶⁴. Nota-se que o homossexual é uma pessoa sem qualquer problema com seu sexo biológico, mas apenas se interessa por pessoa de mesmo sexo, conforme explica a Psicologia.

Dessa forma, a aceitação de uma sexualidade diversa deve ser respeitada, pois não há nenhum prejuízo à cidadania ou a direitos de qualquer indivíduo. Com efeito, “a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida, que não viola qualquer norma jurídica nem é capaz, por si só, de afetar a vida terceiros”⁶⁵.

A sexualidade é um fato da vida e não pode ser vista como algo perverso. Nesse sentido:

De acordo com as mais atuais pesquisas científicas, a homossexualidade não deve ser encarada como desvio, doença ou distúrbio; trata-se tão somente de mais uma forma natural de expressão da sexualidade humana. Estudos em diferentes países, de histórias e culturas diametralmente díspares, concluíram que a homossexualidade não foi criada por uma forma particular de organização social, mas seria antes uma forma fundamental de sexualidade, que se exprime em todas as culturas, e de uma maneira numericamente estável⁶⁶.

⁶² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 71.

⁶³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 35.

⁶⁴ Idem, p. 78.

⁶⁵ Idem, p. 46

⁶⁶ VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva**: direitos sucessórios e novos direitos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.20.

Nesse ponto, calha mencionar que há diversas distinções dentro da Medicina para explicar a sexualidade. Em relação ao travestismo, entende-se como um transtorno de identidade sexual. Ocorre em indivíduos homossexuais e heterossexuais que se sentem impelidos a usar roupas do sexo oposto, fato este que lhe proporciona satisfação sexual⁶⁷.

Quanto a homossexualidade, França afirma:

O problema do homossexualismo continua a desafiar o mundo, principalmente pela sua repercussão e pelo seu crescimento exagerado em todas as partes. A psicologia e a psicanálise disputam a primazia da elucidação de tão sério o problema. Seja qual for a sua etiologia, o homossexual não tem de ser encarado como alguém que fez uma opção sexual e não como antes, um caso estritamente médico⁶⁸.

Dessa forma, a sexualidade de cada indivíduo faz parte de uma soma de características genéticas e psicológicas que são objeto de estudo pela Medicina e Psicologia, não sendo mais tratada como uma doença, distúrbio de personalidade ou anomalia.

Em 1974, a Associação Americana de Psiquiatria afirmou que a homossexualidade não é uma perturbação mental. Em 1993, a Organização Mundial de Saúde excluiu a homossexualidade de sua classificação internacional de doenças (CID 10/1993). Em 1999, no Brasil o Conselho Federal de Psicologia revolucionou ao afirmar não se tratar de uma doença, de um desvio psicológico e nem de uma perversão (Resolução 01/1999)⁶⁹. Dessa forma, A homossexualidade não constitui doença mental nem mesmo um transtorno, uma vez que o indivíduo se aceita como tal e somente possui atração por pessoas do mesmo sexo.

A transexualidade, por sua vez, ocorre quando o indivíduo se projeta como sendo do sexo oposto, não aceitando mais a sua sexualidade biológica original. Trata-se de uma inversão psicossocial, uma aversão e negação do sexo de origem, o que leva a desejarem a cura através de uma cirurgia de reversão genital, assumindo, assim, a identidade de seu desejado gênero⁷⁰.

Ainda, o transexualidade constitui-se na identidade de gênero invertida em indivíduos inequivocamente pertencentes ao outro gênero, do ponto de vista anatômico e fisiológico. Um homem não se vê como um homem, mas ele se identifica como uma mulher⁷¹.

⁶⁷ FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2004, p. 232.

⁶⁸ FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2004, p.234.

⁶⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 63.

⁷⁰ FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2004, p. 235.

⁷¹ DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 359.

Portanto, travestismo e transexualidade são manifestações diferentes da homossexualidade, esta pode ser vista como algo comum dentro da sociedade atual, conforme salienta Roughgarden:

Mudando para as características GLBT, elas poderiam ser efeitos genéticos? A porção de pessoas que são gays ou lésbicas está entre 1 em 10 e em 100, dependendo de como a categoria é definida. Usando os dados mais recentes para os Estados Unidos, 6% dos homens são atraídos sexualmente por outros homens, dos quais 2,8% identificam-se como gays; e 4% das mulheres por outras mulheres, das quais 1.4% identificam-se como lésbicas. Vamos tomar 5% como um número para trabalhar. Cinco em 100 é 2.500 vezes maior que 1 em 50.000, então gays e lésbicas são 2.500 vezes mais comuns que pessoas com um defeito genético. O critério de extrema raridade é violado por mais de três ordens de grandeza, e a alegação de que homossexualidade é um defeito genético é falsa só com este cômputo⁷².

Além disso, pode ser expressada quando se ama alguém do mesmo sexo, porém ainda há uma outra classificação, que distingue da bissexualidade, a qual se expressa quando um sujeito se relaciona com uma pessoa diversa do seu sexo e também com pessoas de mesmo sexo, ou seja, com ambas.

A homossexualidade pode ser classificada quando o interesse e desejo sexual são direcionados a uma pessoa do mesmo sexo. Os indivíduos homossexuais não são transsexuais, pois aceitam seu sexo sem qualquer problema, estando bem identificados com o seu gênero, porém apenas desejam sexualmente pessoas de mesmo sexo⁷³.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que a escolha de um sexo diverso ou a não aceitação do sexo de origem possui características de traços da personalidade e aspectos genéticos e, em alguns casos, pode ser diagnosticado como um transtorno. Porém, não há qualquer indício de que sejam pessoas doentes e que não possuam os mesmos direitos dos demais indivíduos.

A nomenclatura homoafetivo advém da doutrinadora Dias, a qual sempre lutou em defesa das causas homossexuais. Assim, a expressão homoafetividade busca evidenciar que as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são que vínculos de afetividade⁷⁴, cumprindo a missão de negar que as relações entre pessoas do mesmo sexo são afastadas do afeto e baseadas somente em fatores de ordem meramente sexual.

⁷² ROUGHGARDEN, Joan. *Evolução do gênero e da sexualidade*. Trad. Maria Edna Tenório Nunes. Londrina: Editora Planta, 2004, p. 287/288.

⁷³ DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 359.

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

Cumprе salientar, que todos os transtornos sexuais, assim definidos pela Medicina, não se tratam de doenças, mas são decorrentes de aspectos genéticos, psicológicos e em razão do meio em que o indivíduo está inserido.

Dessa forma, a expressão homoafetivo busca defender as minorias e obter a igualdade e liberdade sexual, a qual todo indivíduo deve exercer livremente sem qualquer preconceito quanto às suas escolhas, pois o direito à afetividade é garantia de todos os cidadãos. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, conforme será abordado no capítulo a seguir.

3 O CASAMENTO HOMOAFETIVO E AS CONSEQUÊNCIAS DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA E DO AFETO

Neste capítulo será abordada a possibilidade reconhecimento do casamento homoafetivo, constituindo o afeto elemento formador da estrutura familiar, diante do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em ações constitucionais a respeito da temática. Nesse ponto, serão analisadas a Ação de Descumprimento Fundamental n. 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277, as quais foram julgadas no ano de 2011 e abriram precedentes relevantes, na pós-modernidade, acerca da possibilidade de reconhecimento do casamento homoafetivo.

3.1 A dignidade humana e as uniões homoafetivas

A homossexualidade, na história da humanidade, é muito antiga e experimentou várias fases. Passou de comportamento normal para pecado, foi considerada como doença e até mesmo crime, ou seja, a homossexualidade sempre esteve presente na sociedade, mas foi entendida de modos diversos com o passar do tempo, consoante restou demonstrado nos capítulos anteriores.

Diante disso, para que haja maior aceitação dos homoafetivos é imperioso que se tenha respeito por todos os cidadãos, pois são todos seres humanos. Nesse sentido, Vecchiatti enfatiza que: “quanto mais o entendimento de que o homossexual é tão humano quanto o heterossexual, não havendo diferença nenhuma nesse sentido, maior é a aceitação de pessoas homossexuais ou, no mínimo, maior é o *respeito* a elas⁷⁵.” (grifo do autor).

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro prevalece como princípio maior a dignidade da pessoa humana, o qual se encontra expresso na Constituição Federal e deve ser otimizado sempre. A definição de dignidade da pessoa humana, segundo Sarlet, consiste em:

⁷⁵VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 71.

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, 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 mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover suas participações ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁷⁶.

Dessa forma, entende-se como bem maior a dignidade da pessoa humana, valor esse referendado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, considera-se violação desse princípio qualquer discriminação, inclusive aquela baseada na sexualidade. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por solidificar estigmas sociais e fortalecer sentimentos de rejeição, além de ser fonte de sofrimento a quem não teve a liberdade de escolha nem mesmo o destino de sua vida⁷⁷. Nesse aspecto, ignorar e desrespeitar as escolhas de cada indivíduo configura violação literal do texto constitucional e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, a qual é tida como bem maior.

Além disso, a igualdade atua como um princípio norteador do ordenamento jurídico, o qual deve ser otimizado nas relações sociais. Dessa forma, Rios salienta a importância da valorização e busca da igualdade na sociedade: “O raciocínio jurídico, ao defrontar-se com a interpretação do princípio constitucional da igualdade, parte sempre da máxima da igualdade como tratamento igual aos iguais e desigual na proporção de sua desigualdade”⁷⁸.

Efetivamente, um dos principais problemas enfrentados pelos homoafetivos é a discriminação, uma vez que não são aceitos pela sociedade por serem diferentes do grande grupo, porque não se enquadram nos padrões normais de aceitação.

Por outro lado, as definições de preconceito e discriminação são amplas, podendo ser classificadas de diversas formas. Observe-se:

⁷⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

⁷⁷DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.104.

⁷⁸RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo *discriminação* (grifo do autor) designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direito dos indivíduos e dos grupos [...]⁷⁹.

O preconceito parece ser algo intrínseco na sociedade capitalista, a qual não valoriza o ser humano e sim as questões materiais e o consumo e, como consequência, acaba violando direitos fundamentais de sujeitos de direitos iguais.

Nota-se que os direitos assegurados na Constituição Federal são aplicados de forma abrangente, mas nem sempre os desiguais gozam desses direitos por enfrentarem preconceito ou discriminação. Assim, no entender de Dias, os homoafetivos são os desiguais que mais sofrem, pois os portadores de deficiência e os negros, que também sofrem com a discriminação, encontram o apoio de suas famílias, mas os homoafetivos não gozam da mesma prerrogativa, pois são excluídos e rejeitados, razão por que precisam ser acolhidos pela sociedade, tutelados pela lei e protegidos pela justiça⁸⁰.

Dessa forma, a aceitação da homossexualidade pela sociedade, como forma natural de amor, ocorrerá de forma gradativa, pois não é a forma tradicional e frequente de constituir uma família ou até mesmo uma forma de encontrar a felicidade. Não há exagero algum em afirmar que a sociedade brasileira está voltada para uma visão moralista e religiosa, o que não permite a aceitação dos movimentos GLS (gays, lésbicas e simpatizantes) por parte das pessoas. Conforme Mello:

[...] as lutas em torno do reconhecimento social e jurídico da dimensão familiar das uniões homossexuais estão constitutivamente associadas à afirmação/negação do mito da complementaridade dos sexos e dos gêneros, o qual restringe ao casal homem-mulher a competência moral e social para desempenhar as funções atribuídas à instituição familiar, especialmente no que diz respeito à parentalidade⁸¹.

Além disso, o aspecto moral da relação homoafetiva é uma das maiores barreiras para que se rompa o paradigma, pois a sociedade ainda está fundada em princípios religiosos e morais ultrapassados para o atual contexto. Dessa forma, a homossexualidade deve ser

⁷⁹RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.15.

⁸⁰DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 76.

⁸¹MELLO, Luiz. **Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil**. Cad. Pagu n. 24 Campinas 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000100010&lang=pt>. Acesso em: 24 jun. 2012.

aceita como uma escolha que engloba sentimento e vontade de constituir uma família, seja com filhos ou apenas uma união por companheirismo e afeto:

A homossexualidade caracteriza-se pelo sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo. Tecnicamente, pode ser definida como a atração erótica-afetiva que se sente por uma pessoa do mesmo sexo. Dessa mesma forma, a heterossexualidade caracteriza-se pelo sentimento de amor romântico que se sente por pessoa de sexo diverso, sendo assim igualmente, a atração erótico-afetiva que se sente por uma pessoa de sexo diverso⁸².

A aceitação da homossexualidade pela sociedade não é o principal caminho a ser percorrido, mas sim toda a adequação do ordenamento jurídico a essa nova realidade, com fundamento nas garantias constitucionais que devem ser conferidas a todos, independentemente de qualquer critério. O desafio dos operadores do Direito no novo milênio, principalmente legisladores e aplicadores da lei, consiste em compreender que nenhuma norma será eficaz sem o efetivo conhecimento da realidade social, que deve ser utilizado na edição da legislação, bem como aplicado na interpretação das leis⁸³.

Essa nova compreensão da sociedade complexa pelos operadores do Direito e pelo legislador é essencial, pois o Brasil é um Estado Democrático de Direito, o qual deve acompanhar as mudanças sociais e respeitar todos os indivíduos de forma igualitária. Ademais, o Poder Constituinte Originário proclamou uma Constituição Cidadã, em 1988, com o nítido objetivo de permitir a felicidade de todos, sem discriminação e preconceito.

A democracia no país é algo extremamente importante, onde pessoas de todo mundo, pertencentes a diferentes culturas e etnias, reúnem-se e convivem em perfeita paz e harmonia. Outrossim, ressalta-se que o Estado brasileiro é laico, conforme preconiza a Constituição Federal, embora a igreja e seus líderes insistam em querer influenciar a atividade política para impor dogmas e comportamentos que acreditam ser corretos e morais⁸⁴.

Não é possível reduzir e controlar sentimentos, pois a sociedade é livre e não pode ficar restrita aos mandamentos da igreja ou da política. Os cidadãos brasileiros são livres para fazer suas escolhas dentro da lei e sempre devem ser resguardados seus direitos constitucionais. Nesse sentido, a ideia de constitucionalização dos direitos civis vem ao encontro dos direitos dos homoafetivos, consoante salienta Medeiros:

⁸²VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 76.

⁸³VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva**: direitos sucessórios e novos direitos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 22.

⁸⁴DIAS, Maria Berenice. **Diversidade homossexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 177.

É importante ressaltar que a ideia de constitucionalização do direito civil também não ocorre por simples escolha, mas é fruto da adequação da interpretação jurídica ao paradigma do Estado Democrático de direito previsto pela Constituição da República, paradigma esse que concede importante dimensão aos princípios constitucionais dentro do ordenamento e na sua relação com os diversos ramos do Direito, superando, dessa forma, leituras tradicionalistas que defendiam a ideia de desnecessidade de adequação do ramo civilista aos princípios presentes na Constituição⁸⁵.

Efetivamente, a Constituição Federal de 1988 menciona o princípio da igualdade em várias partes do seu texto, inclusive no preâmbulo, em razão de ser um objetivo fundamental da República a não discriminação de pessoas por qualquer diferença. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro atual acolhe o princípio da igualdade em sua dupla feição formal e material, inclusive dando ênfase à proibição de discriminações em razão dos critérios adotados na Carta Magna⁸⁶.

Nessa esteira, decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 132, ressaltando a “proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles”. Referiu ainda que a proibição do preconceito consiste em um capítulo do constitucionalismo fraternal, em homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Além disso, enfatizou que os indivíduos possuem liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais, sendo expressão da autonomia de vontade, além do direito à intimidade e à vida privada. Aduziu que se trata de cláusula pétrea e que o sexo das pessoas, ressalvada disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator para desigualdade jurídica. Salientou que o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal proíbe o preconceito, em virtude de colisão com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Na mesma decisão, a Suprema Corte reconheceu o direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”, constituindo direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo, bem como direito à busca da felicidade. Mencionou o salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual⁸⁷.

⁸⁵MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008, p. 40.

⁸⁶RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

⁸⁷ STF, ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28homoafetivos%29&base=baseAcordao>>. Acesso em: 10 out. 2012.

Portanto, não procede a alegação de lacuna legislativa sobre a regularização dos direitos homoafetivos, a fim de criar obstáculo para o reconhecimento de vários direitos assegurados constitucionalmente de forma ampla. Deve ser efetuada interpretação conforme a Constituição, conforme referido acima. Dessa forma, deve ser rechaçada a discriminação por parte dos operadores do Direito em relação aos homossexuais, os quais restam carentes de exercício dos direitos fundamentais.

Conforme Oliveira, diante do descaso legislativo perante essa parcela crescente de cidadãos homoafetivos é que se utiliza a analogia como parâmetro:

O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos⁸⁸.

A amplitude das garantias fundamentais expressas na Carta Magna é que fundamenta a tese de que os homoafetivos possuem os mesmos direitos assegurados aos demais, ou seja, possuem o direito de casar, ter filhos, buscar a felicidade e o afeto de forma ampla. Os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição, a base de argumentação de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente na Lei Fundamental⁸⁹. Todavia, para que sejam garantidos tais direitos é necessário protegê-los, função esta que cabe os operadores do direito, principalmente os legisladores, que devem representar o povo em sua maioria.

Em razão da inaplicabilidade das garantias fundamentais aos homossexuais, pode-se relatar o que Bobbio ensinou: “[...] o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”⁹⁰.

No caso, o desrespeito aos homoafetivos manifesta-se pela privação de acesso aos institutos de Direito de Família, os quais reconhecem a proteção a laços afetivos e às relações patrimoniais que surgem no âmbito de uma relação voltada para o compartilhamento da vida a dois. Essa negação de direitos conduz à perda de auto-respeito, ou seja, a capacidade de

⁸⁸OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 187.

⁸⁹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 70.

⁹⁰BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 45.

referir-se a si mesmo como um igual dentro da interação social, ferindo assim o exercício de uma vida privada, uma vez que delimita o campo de atuação do sujeito, como da autonomia pública, ao rotular o homossexual como inferior, como sujeito de menor valor dentro da sociedade⁹¹.

Portanto, resta demonstrada a importância da crescente valorização do afeto nos relacionamentos da pós-modernidade e a evolução do conceito de família para abarcar não somente a união entre homem e mulher, mas também a união entre pessoas do mesmo sexo, otimizando o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal como princípio norteador do Estado Democrático de Direito.

Assim, fixadas tais premissas, passa-se à análise do entendimento do Supremo Tribunal de Federal sobre a possibilidade do casamento civil entre homoafetivos, sob o viés da dignidade da pessoa humana.

3.2 As decisões do Supremo Tribunal Federal de Reconhecimento da União Estável entre Homossexuais: análise dos fundamentos jurídicos

Em razão de toda a evolução da estrutura familiar, como já exposto, o ordenamento jurídico não poderia permanecer inerte diante das evoluções sociais. Dessa forma, o relacionamento homoafetivo foi reconhecido por vários órgãos do Poder Judiciário nos últimos anos com a finalidade de incorporar ao ordenamento jurídico essa alteração comportamental da sociedade brasileira.

O código Civil de 2002 regulamenta fartamente o instituto do casamento, dedicando-lhe 110 artigos. Ainda assim, não define casamento e entre os impedimentos não está prevista a diversidade de sexo para a realização do ato. Limita-se a afirmar que o casamento deve se realizar através de livre manifestação de vontade dos noivos e perante o juiz de paz⁹².

As mudanças no âmbito do legislativo, para o reconhecimento da sociedade homoafetiva de fato e de direito, iniciaram-se com o projeto de Lei n. 1.151/95, de autoria da então deputada Marta Suplicy, que sugeriu a denominação de “união civil”. Após a proposição deste foram apresentados outros, como o projeto de Lei 5.252/01, da autoria do deputado Roberto Jefferson, que denominou a união como “pacto de solidariedade”⁹³.

⁹¹MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo. LTr, 2008, p. 29.

⁹² DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.

⁹³ VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva: direitos sucessórios e novos direitos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 144.

Dessa forma, com a reformulação do modo de pensar a sociedade formada por duas pessoas do mesmo sexo e a comprovada mudança social que abateu o Judiciário, tornou-se necessário o pronunciamento dos tribunais.

Após diversos clamores públicos, os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, em 05 de maio de 2011.

As ações buscavam a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Além disso, pretendiam reconhecer os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis para que fossem estendidos aos companheiros nas uniões heterossexuais⁹⁴.

Em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, expressos na Constituição Federal. Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que se aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro⁹⁵.

Dessa forma, o reconhecimento da união homoafetiva como uma sociedade de direito e não apenas de fato equiparou-a com a união estável. Assim, a Suprema Corte julgou a ação favoravelmente ao reconhecimento do direito dos casais homoafetivos, pois o Judiciário não poderia deixar de estabelecer parâmetros para essa nova forma social. O Supremo Tribunal Federal julgou a ADI n. 4277 em 05 de maio de 2011⁹⁶.

Além disso, em razão do clamor social, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF n. 132, reconhecendo a existência da união estável para casais homossexuais. Portanto, conferiu vários direitos e equiparou às uniões heteroafetivas as uniões homoafetivas.

⁹⁴ STF, ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁹⁵ STF, ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁹⁶ STF, ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4277&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 out. 2012.

Os julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277⁹⁷ e da Ação Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132⁹⁸, pela Corte Suprema, cujas decisões encontram-se em anexo, constituem importante evolução legislativa, pois a família formada por pares homossexuais necessita de amparo legal. Assim, as decisões reconheceram a união homoafetiva como uma sociedade familiar e, portanto, possuidora de direitos.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, conforme constou na ADPF n. 132, deve ser feita a interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal, utilizando-se a técnica da “interpretação conforme” na exegese do art. 1.723 do Código Civil. Disso decorre o reconhecimento da união homoafetiva como família e a exclusão do dispositivo referido de qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Assim, os relacionamentos homoafetivos deverão ser regulados segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva⁹⁹.

No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 477554, reconhecendo a união estável homoafetiva como entidade familiar, segundo a posição consagrada na jurisprudência da Corte (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). Afirmou que o afeto consiste em valor jurídico impregnado de natureza constitucional, enfatizando a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família. Mencionou que o direito à busca da felicidade configura verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Assim, reconheceu o direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, bem como o direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, de acordo com os requisitos do art. 1.723 do Código Civil, em interpretação conforme a Constituição, no art. 226, § 3º, o qual constitui típica norma de inclusão, para a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional. Enfatizou que o Estado possui o dever constitucional de impedir

⁹⁷ ANEXO 1 p. 60

⁹⁸ ANEXO 2 p. 62

⁹⁹ STF, ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em: 10 out. 2012.

“qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, consoante art. 5º, inc. XLI, da Constituição Federal¹⁰⁰.

Nessa esteira, recentemente, decidi em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 687432¹⁰¹, concedendo pensão por morte em união homoafetiva, mediante a aplicação das regras e consequências jurídicas válidas para a união estável heteroafetiva. O relator, Min. Luiz Fux, mencionou no acórdão que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, na sessão de 05/05/2011, consolidou o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva. Referiu que deve ser utilizada a técnica de interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Relembrou que o direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro restou decidida no RE nº 477.554/AgR, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe de 26/08/2011¹⁰². No mesmo sentido foi julgado o RE 607562 AgR, em 18/09/2012¹⁰³.

Dessa forma, o entendimento do Supremo Tribunal Federal veio ao encontro dos anseios da parcela da sociedade que aceita e clama aos Tribunais, pois se trata de um direito individual e essencial para a consolidação da dignidade da pessoa humana, como prega a Carta Magna. Após o pronunciamento da Corte Suprema, o grande questionamento que surgiu foi sobre a possibilidade ou não de os homossexuais casarem. Todavia, para os conservadores teriam sido assegurados aos homossexuais os direitos da união estável, o que não lhes garante acesso ao casamento¹⁰⁴.

¹⁰⁰ STF, RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=477554&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 out. 2012.

¹⁰¹ STF, RE 687432 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=687432&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 out. 2012.

¹⁰² STF, RE 687432 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=687432&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 out. 2012.

¹⁰³ STF, RE 607562 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2012 PUBLIC 03-10-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=607562&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 out. 2012.

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. Um sonho convertido em casamento. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/um_sonho_convertido_em_casamento.pdf>. Acesso em: 15 out. 2012.

Diante do pronunciamento favorável do STF, em reconhecer a união homoafetiva, restou um questionamento a ser respondido. Seria possível a conversão da união estável entre homossexuais em casamento civil? Atualmente, segundo Vargas, o casamento homoafetivo figura como ato inexistente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que há ausência de celebração de autoridade competente, ausência da manifestação de vontade de contrair matrimônio e ausência da diversidade de sexos¹⁰⁵. Entretanto, todos os requisitos formais para a validade da celebração do casamento civil, dentro do ordenamento jurídico, podem ser efetivados, desde que a lei confira esse direito aos pares homossexuais e exclua a diversidade de sexo como requisito essencial para a realização do ato.

Ainda, o ponto fundamental de se negar o casamento aos pares homoafetivos estaria voltado para o fato dos mesmos não poderem procriar e gerar vida humana. Porém, não se pode olvidar que o casamento civil não é proibido para casais estéreis, ou seja, que não podem ter filhos, o que desmonta a tese de que o casamento tem por objetivo a procriação¹⁰⁶.

Dessa forma, nota-se uma discriminação em relação aos casais homossexuais, uma vez que estes estão impedidos de contrair matrimônio, enquanto os casais estéreis não passam por esse preconceito, em que pese também não possam gerar filhos da maneira natural, mas apenas por adoção ou inseminação artificial. Volta-se a pensar que a discriminação seria o impedimento para a concretização do direito ao matrimônio para casais homossexuais. Nesse sentido:

A discriminação, com efeito, é um fenômeno objetivo e difuso. Seu enfrentamento exige, muito além da censura às suas manifestações intencionais (explícitas ou encobertas), o cuidado diante de sua reprodução involuntária. Mesmo onde e quando não há vontade de discriminar, distinções ilegítimas nascem, crescem e se reproduzem, insuflando força e vigor em estruturas sociais perpetuadoras de realidades discriminatórias¹⁰⁷.

O impedimento para a concretização da formação da família, através do casamento civil, está respaldado no prisma do preconceito, que mesmo não sendo explícito está inserido na sociedade e impede que os direitos fundamentais sejam garantidos para todos. Cabe ressaltar que reconhecer o direito do casamento homoafetivo não diz respeito apenas a reconhecer os direitos dele inerentes, mas sim reconhecer o próprio direito a casais

¹⁰⁵ VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva: direitos sucessórios e novos direitos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.52.

¹⁰⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008, p. 392.

¹⁰⁷ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 117.

homoafetivos de serem tratados com igual consideração pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, garante-se o exercício da livre autonomia de vontade de cada indivíduo¹⁰⁸. O reconhecimento de direitos iguais a todos os cidadãos do país é uma caminhada árdua, mas que efetivará os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal.

A maioria dos países europeus já admite o casamento formado por pessoas do mesmo sexo. O primeiro país a autorizar o casamento foi a Holanda, em 01 de abril de 2001, que estabeleceu iguais direitos e deveres e idênticas consequências jurídicas do casamento homossexual¹⁰⁹.

O tema merece respaldo e atenção no cenário jurídico atual, pois repercute em toda a sociedade. Os pares homoafetivos devem ter seus direitos equiparados aos demais, consolidando os direitos assegurados na Carta Magna, pois, como já referido, são seres igualmente de direitos.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI n. 4277 e na ADPF n. 132, bem como nos demais recursos mencionados, consoante restou demonstrado. Por fim, a aceitação da união homoafetiva pela Corte Suprema gerou inúmeras consequências, inclusive repercutiu em decisões dos Tribunais inferiores, consoante será abordado no item a seguir.

3.3 A repercussão das decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao reconhecimento do casamento homoafetivo: as novas perspectivas no Direito brasileiro orientado pela dignidade e pelo afeto

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 4277 e a ADP n. 132, reconheceu a relação homoafetiva como uma sociedade de fato e de direito e comparou com uma união estável, incorporando vários direitos a esse grupo, como direito sucessório, adoção, pensão, ou seja, direitos essenciais a uma vida digna e decorrentes de casamento civil. Nesta senda, o projeto Lei n. 1151/1995¹¹⁰, de autoria de Marta Suplicy, disciplina a união civil entre pessoas

¹⁰⁸ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008, p. 141.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

¹¹⁰ 14/08/2007 PLENÁRIO (PLEN) Apresentação do Requerimento nº 1447/2007, pelo Deputado Celso Russomanno, que solicita a inclusão na ordem do dia do Projeto de Lei nº 1151/95, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329> Acesso em: 13. Out. 2012.

do mesmo sexo e dá outras providências. O projeto está com a pauta no plenário pronto para ser votado desde o ano de 2007¹¹¹.

Alguns magistrados, comprometidos com a plena aplicação da Carta Magna e a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, passaram a entender que o casamento civil seria possível entre pares homossexuais e os demais direitos consequentes desse instituto jurídico.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da Bahia publicou, no Diário de Justiça Eletrônico de 10.10.12, o Provimento 12/2012¹¹², estabelecendo normas que regulamentam o casamento civil e estendendo os mesmos direitos para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O Provimento entrará em vigor no dia 26 de novembro de 2012, tempo considerado necessário pelo Tribunal para notificação e adequação do sistema do Tribunal e dos cartórios de registro civil em todo o Estado da Bahia. Dessa forma, os Tabelionatos de Notas do Estado da Bahia estão autorizados a realizar os procedimentos de escrituras públicas de inventário e partilha de bens, divórcio consensual, com ou sem partilha de bens, e de restabelecimento da sociedade conjugal, para casais homoafetivos assim como os cartórios de registro civil passam a habilitar o casamento também entre pessoas do mesmo sexo¹¹³.

Portanto, a atuação do Tribunal de Justiça da Bahia que, sensível às modificações sociais e após as decisões do Supremo Tribunal Federal antes referidas, publicou o Provimento n. 12/2012, garantindo o direito de igualdade para todos ao permitir aos homoafetivos o exercício dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Espera-se que outros Tribunais do Brasil adotem a mesma postura inovadora e regulamentem o casamento civil entre homoafetivos. Vale mencionar que já foram decididos muitos processos judiciais no sentido aqui sustentado, garantindo-se o casamento civil nos relacionamentos homoafetivos. Nessa esteira, a recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul¹¹⁴, publicada no dia 27 de outubro de 2012, de autoria do Desembargador

¹¹¹ Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329> Acesso em: 13. Out. 2012.

¹¹² Disponível em: < http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimento_conjunto_12_2012.pdf>. Acesso em: 12 out. 2012.

¹¹³ Disponível em: < http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=92275:agora-e-lei-casamento-homoafetivo-ja-pode-ser-realizado-na-bahia&catid=55:noticia&Itemid=202>. Acesso em: 12 out. 2012.

¹¹⁴ APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO. CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA PARA REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO.

1. Tendo em vista o julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, resta superada a compreensão de que se revela juridicamente impossível o reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo.

2. Considerando a ampliação do conceito de entidade familiar, não há como a omissão legislativa servir de fundamento a obstar a conversão da união estável homoafetiva em casamento, na medida em que o ordenamento constitucional confere à família a “*especial proteção do Estado*”, assegurando, assim, que a conversão em casamento deverá ser facilitada (*art. 226, § 3º, CF/88*).

Ricardo Moreira Lins Pastil, reconheceu a conversão de união estável em casamento civil entre homoafetivos. Com efeito, o desembargador enfatizou que não há que se cogitar de vedação implícita ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo e livre planejamento familiar.

Importante salientar que a decisão é inovadora e merece atenção dos legisladores, pois dotada de cunho humano e constitucional, atenta para as novas tendências da sociedade e notadamente protetora dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Dessa forma, pode ser vista como uma decisão precursora e que corrobora a tese lançada de que a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o afeto são garantias que devem ser estendidas a todos, sem qualquer distinção. Assim, resta amplamente demonstrado que o casamento civil entre homoafetivos pode ser reconhecido com base no afeto, como garantia fundamental de todo sujeito de direito.

Em relação à possibilidade da concessão de pensão por morte, em casos de união estável homoafetiva, a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na AC 2011.073023-1 enfatiza sabiamente a possibilidade da concessão do direito, uma vez comprovados todos os requisitos da união estável¹¹⁵. O direito do companheiro, na união estável homoafetiva, de receber o benefício da pensão por morte deve atender os requisitos do artigo 1.723 do Código Civil, em interpretação conforme a Constituição Federal.

Ainda, é possível a adoção de crianças por casais homoafetivo, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, de Relatoria do Desembargador Fernando Wolff Bodziak, acórdão n. 16302¹¹⁶, publicado em 17/06/2010, por estar preenchidos os mesmos requisitos da adoção por casais heterossexuais.

3. Inexistindo no ordenamento jurídico vedação expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não há que se cogitar de vedação implícita, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo e livre planejamento familiar. Precedente do STJ.

4. Afirmada a possibilidade jurídica do pedido de conversão, imperiosa a desconstituição da sentença, a fim de permitir o regular processamento do feito. Apelo provido. (TJ- RS. 8. CAMARA CIVEL, Apelação n. 70048452643).

¹¹⁵ ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO - IPREV - PENSÃO POR MORTE DE SERVIDORA PÚBLICA - PLEITO DA COMPANHEIRA - UNIÃO HOMOAFETIVA ESTÁVEL COMPROVADA E RECONHECIDA - CONVIVÊNCIA SOB O MESMO TETO E AQUISIÇÃO DE PATRIMÔNIO COMUM - DEPENDÊNCIA FINANCEIRA PRESUMIDA - ISONOMIA COM A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA - BENEFÍCIO DEVIDO.

Comprovada a união homoafetiva estável, pela convivência sob o mesmo teto e a aquisição de patrimônio comum, não pode a autarquia previdenciária, com o argumento de que a legislação ampara somente casais oriundos de união estável heteroafetiva e violação ao princípio da isonomia, negar à companheira a pensão por morte de servidora pública estadual. (TJ, Estado de Santa Catarina, AC 2011.073023-1, Des. Renato Luiz Carvalho Roberge, j. 14.05.2012).

Disponível em: <<http://app.tjse.jus.br/jurisprudencia/busca.do>> Acesso em: 13. out. 2012.

¹¹⁶ DECISÃO: ACORDAM os Magistrados integrantes da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em afastar a preliminar de ilegitimidade ativa e, no mérito, também por maioria, dar provimento ao recurso de apelação, julgando prejudicado o recurso adesivo. Restou vencido o Presidente e Relator originário, Des. Mendonça de Anunciação (com declaração de voto), que votava preliminarmente pela extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa das autoras e, no mérito, pelo provimento do recurso adesivo, restando prejudicada a apelação. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. CASAL HOMOAFETIVO. PRELIMINAR DE

Nota-se que há a possibilidade de concessão de todos os direitos consequentes do casamento civil, aos casais homossexuais, conforme decisões pioneiras a respeito da temática, em diversos Tribunais de Justiça do país. Ademais, existem inúmeros outros julgados neste sentido, dentre os quais vale colacionar, a título meramente exemplificativo, a seguinte decisão da relatoria da Desembargadora Maria Berenice Dias na AC 70009550070¹¹⁷. Cabe ressaltar que todas as ementas colacionadas e todos os pronunciamentos favoráveis a respeito do tema são fundados na dignidade da pessoa humana como bem maior e o afeto como direito fundamental.

Como fundamento constitucional para os referidos julgados, salienta-se que o artigo 1º da Constituição Federal prescreve a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal estabelece como objetivo fundamental do Brasil promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ainda, a Carta maior refere em seu artigo 5º, *caput*, e inciso VI, que todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade¹¹⁸.

Em que pese decisões jurisprudenciais favoráveis, verifica-se que os direitos assegurados pela Constituição Cidadã não são aplicados de forma igualitária dentro da

ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. ATRIBUIÇÃO POR ANALOGIA DE NORMATIVIDADE SEMELHANTE À UNIÃO ESTÁVEL PREVISTA NA CF/88 E NO CC/02. HABILITAÇÃO EM CONJUNTO DE CASAL HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ATENDIDOS AOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE IDADE E SEXO DO ADOTANDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO QUE DEVE SER ANALISADO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO, E NÃO NA HABILITAÇÃO DOS PRETENDENTES. APELAÇÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. (Tribunal de Justiça do Paraná, de Relatoria do Des. Fernando Wolff Bodziak, acórdão n. 16302. Publicado em: 17.06.10). Disponível em: < <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>> Acesso em: 13. Out. 2012.

¹¹⁷ APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (TJ, Estado do Rio Grande do Sul, AC 70009550070, Des. Luiz Felipe Brasil Santos, DESA. MARIA BERENICE DIAS, 2004).

¹¹⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 192.

sociedade moderna, pois há a limitação de sua aplicabilidade quanto ao destinatário da norma jurídica.

Conforme exposto, o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais inferiores consolidam os direitos fundamentais dos homoafetivos previstos na Constituição Federal. Garante a todos a autonomia de vontade de se relacionar com outro indivíduo do mesmo sexo com direito de formação de família nos moldes da sociedade pós-moderna, com as consequências jurídicas iguais às decorrentes das uniões heteroafetivas. Assim, ocorreu o reconhecimento do afeto como valor constitucional formador de entidade familiar entre homoafetivos, garantindo-se o direito fundamental à busca da felicidade, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Em razão da busca pela felicidade registrou-se o surgimento de diversas formas de famílias baseadas na afetividade. Dentre as novas estruturas familiares pode-se destacar como objeto do estudo as denominadas como famílias homoafetivas, constituídas por pares do mesmo sexo.

O direito homoafetivo, assim definido pela pioneira sobre a temática, Maria Berenice Dias, tem sido objeto de inúmeros debates no âmbito jurídico, pois a estrutura da família brasileira mudou. Assim, deve ser regulado pelo Direito. A decisão do Supremo Tribunal Federal fez com que a união homoafetiva fosse reconhecida como uma entidade familiar e, portanto, regida pelas mesmas regras que se aplicam à união estável dos casais heterossexuais, conforme previsão do Código Civil.

Dessa forma, entre vários direitos que passaram a ser reconhecidos a partir das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal estão a união estável, a adoção e a pensão por morte. Enfim, todos os direitos decorrentes da união foram reconhecidos a casais homossexuais. Entretanto, o reconhecimento desses direitos não é evidente, sendo motivo de acaloradas discussões nos âmbitos jurídico e social.

O reconhecimento desses “novos direitos” para casais do mesmo sexo possui relevante papel social, a fim de que se rompam dogmas e preconceitos criados pela sociedade. Devem-se reconhecer e conceder os direitos assegurados constitucionalmente a todas as pessoas, independente de sexo, religião e raça. Com efeito, não se pode excluir dessa lista os homoafetivos, pois ocupam uma parcela cada vez maior da população que não pode ver seus direitos defasados por uma opção sexual diferente da convencional.

Efetivamente, pode-se afirmar que a configuração da família está sob o alicerce do afeto e, portanto, a união homoafetiva também deve ser classificada como uma família de direitos, pois a sociedade criou novas formas e admite novos tipos de relacionamentos que anteriormente não eram cogitados.

A liberdade de expressão e autonomia da vontade também figuram como uma consequência da sociedade complexa e por essa razão os direitos e garantias fundamentais devem ser assegurados a todos, de forma igualitária, sem qualquer distinção, pois dessa forma a Carta Magna será efetivada.

Cumprido salientar que o afeto configura valor jurídico de natureza constitucional e não está restrito a um grupo de pessoas, tampouco exige formalidades especiais. Ao contrário, o afeto pode reger diversos tipos de estrutura familiar, inclusive a família monoparental e adotiva, bem como está presente nos relacionamentos entre amigos e namorados, do mesmo sexo ou não.

A crescente expansão da admissão da sexualidade de forma livre acarreta reflexos dentro da sociedade e busca igualar todos de uma forma democrática. Dessa forma, as decisões de cada indivíduo devem ser respeitadas e protegidas, cabendo ao Estado garantir os direitos e garantias constitucionais a estes cidadãos.

Ademais, pode-se concluir que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, ao julgar as ações constitucionais ADI n. 4277 e ADPF n. 132, vem ao encontro dos anseios decorrentes da sociedade complexa, conferindo prerrogativas aos homoafetivos, uma vez que o julgamento foi baseado no afeto, reconhecendo a união homoafetiva digna e merecedora de amparo legal, assegurando os direitos fundamentais a todos, consoante prega a Magna Carta.

Assim, a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais inferiores, conclui-se que o casamento civil seria possível quando baseado no afeto e na vontade de constituir uma família com vínculos fortes capaz de gerar direitos e deveres para o casal, independentemente do sexo dos nubentes. Ademais, os institutos da adoção, sucessão e pensão por morte estariam amplamente assegurados com a realização do ato do casamento civil, garantindo-se os mesmos direitos das famílias heterossexuais.

Além disso, cumpre salientar que a dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade são tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo inadmissível que sejam vedados aos indivíduos homossexuais em virtude de realizarem escolhas diversas. A restrição dos direitos aos homoafetivos implica em afronta à Constituição Federal, uma vez que proíbe a discriminação em virtude de raça, sexo, cor e idade, estabelecendo como um dos objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, vedando preconceitos. Portanto, a dignidade da pessoa humana pode ser a base para a vedação de discriminação entre sexos, consagrada no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Em que pese a possibilidade do casamento civil entre pares homoafetivos não esteja positivada expressamente no texto constitucional, pode-se concluir, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, que o casamento civil constitui direito fundamental de todos os indivíduos, inclusive os homoafetivos, para garantia da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, conclui-se que, baseado no afeto, no princípio da dignidade da pessoa humana e na liberdade de escolha e igualdade, o casamento civil está ao alcance dos casais homossexuais, uma vez que são sujeitos de direito e devem ter os mesmos direitos de constituir uma família e buscar a felicidade, tais como os pares heterossexuais. Com efeito, o legislador foi omissivo ao deixar de regular expressamente esse direito decorrente da nova estrutura da sociedade. Assim, não acompanhou a evolução da sociedade dinâmica e complexa. Dessa forma, impõe-se a adequação das normas, estendendo a possibilidade do casamento civil aos homossexuais. Além disso, o casamento civil entre homoafetivos não causa qualquer prejuízo aos demais, sendo algo totalmente adequado e digno.

Enquanto o legislador não efetiva seu compromisso de adequar as normas às novas tendências sociais, cumpre ao Judiciário, de forma subsidiária, por intermédio de juízes comprometidos com a Justiça, decidir as questões que envolvam direitos constitucionais, tais como o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, considerando-se a união homoafetiva digna do mesmo tratamento conferido à união heterossexual, não há que se fazer distinções entre elas, tampouco conceder vantagens a uma em detrimento da outra. Tendo em vista a vedação do preconceito e a necessidade de observância do princípio da igualdade impõe-se a concessão de tratamento isonômico na legislação e nas decisões judiciais.

Por fim, vale destacar que o objetivo do presente trabalho não é disseminar ou elevar a homossexualidade a um grau superior aos demais, tampouco contrariar a opinião de alguns ou causar qualquer ofensa, mas sim demonstrar a importância do afeto dentro das relações humanas, pois somente esta forma elos eternos entre as pessoas. Não seria admissível que a parcela de cidadãos homoafetivos fosse excluída do direito de desenvolver livremente seus afetos, amar e ser feliz, o que seria algo cruel e desumano. Todos, sem quaisquer distinções, possuem o direito de viver ao lado de quem ama, com direitos assegurados pelo Estado e com a possibilidade de constituir uma família mediante o casamento civil.

Nesse sentido, destaca-se que o casamento civil é um direito que deve ser garantido a todos, pois é o meio jurídico de formar uma família e, conseqüentemente, de proteger o elo

formador do afeto. Não se pode negar direitos a um grupo de pessoas que são igualmente dignas e merecedoras, apenas em virtude de escolhas diversas.

A busca pelo bem estar e pela realização pessoal é uma forma de encontrar a felicidade e, diante dessa perspectiva, está a possibilidade de ter a autonomia de vontade para relacionar-se e constituir uma família, mesmo que seja com uma pessoa do mesmo sexo. Dessa forma, o casamento civil, como instituto do Direito de Família, é assegurado a todos e protegido nos termos do art. 226 da Constituição Federal. Assim, a possibilidade do casamento civil ser consumado por um casal homoafetivo consiste na concretização e alcance de todos os direitos e garantias constitucionais, inclusive da felicidade.

Ademais, o princípio da afetividade deve ser otimizado em todas as situações conflituosas da nova sociedade complexa, a fim de impedir que as questões afetivas sejam afastadas em prol do consumo e da capitalização. Efetivamente, deve se dar prioridade ao afeto e, a partir da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, conferir os direitos previstos na Constituição Federal de 1988. Portanto, conclui-se que o afeto pode ser o elemento norteador para fundamentar o reconhecimento dos direitos homoafetivos e, conseqüentemente, possibilitar o casamento civil para os homoafetivos, uma vez que estes são merecedores da felicidade plena e devem ser respeitadas suas escolhas na sociedade complexa.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

BAUMAM, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4277. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4277&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. direta de constitucionalidade n. 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=477554&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 687432 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=687432&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 607562 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2012 PUBLIC 03-10-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=607562&classe=R-E-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão n. 16302. Publicado em: 17.06.10. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>> Acesso em: 13. Out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2011.073023-1. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>> Acesso em: 13. Out.2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70009550070. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70009550070&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 24 jul. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013801592. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=apela%E7%E3o+civil+70013801592&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 24 jul. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70048452643 Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70048452643&num_processo=70048452643&codEmenta=4924581&temIntTeor=true>. Acesso em: 24 jul. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade homossexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4º. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Um sonho convertido em casamento**. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/um_sonho_convertido_em_casamento.pdf>. Acesso em: jul.2012.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2004.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. Trad. Maria Thereza da Costa Albulquerque e J. A. Guilhon Albulquerque. São Paulo: Graal, 2010. Vols.1, 2 e 3,

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**. São Paulo: Unesp, 1993.

MAFFESOLI, Michel. **O instante eterno: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas**. Trad. Rogério de Almeida, Alexandre Dias. São Paulo: Zouk, 2003.

MAFFESOLI, Michel. **O ritmo da vida: variações sobre o imaginário pós-moderno**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4.ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OST, François. **O tempo do Direito**. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. **Introdução ao direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROUGHGARDEN, Joan. **Evolução do gênero e da sexualidade**. Trad. Maria Edna Tenório Nunes. Londrina: Editora Planta, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UZIEL, Ana Paula. **Homossexualidade e adoção**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva: direitos sucessórios e novos direitos**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 14. ed. ver.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **Eco-cidadania e Direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1063-1077-1-PB.pdf>. Acesso em: 05. out.2012.

ANEXO 1

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o

sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado.

A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina¹¹⁹.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adpf+4277%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: jul. 2012.

ANEXO 2

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA

ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “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”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva¹²⁰.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adpf+132%29&base=baseAcordaos> Acesso em: jul.2012.

ANEXO 3

