



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A judicialização do afeto

Patrícia Caetano Fuly

Rio de Janeiro
2011

PATRÍCIA CAETANO FULY

A judicialização do afeto

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Professores Orientadores:

Nelson Tavares

Neli Fetzner

Mônica Areal

Guilherme Sandoval

Rafael Iorio

Rio de Janeiro

2011

A JUDICIALIZAÇÃO DO AFETO

Patrícia Caetano Fuly

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos. Advogada.

Resumo: A presente pesquisa analisa a judicialização do afeto em seu processo construtivo, passando pelo gradativo reconhecimento das uniões informais ao longo do tempo até a Constituição Federal de 1988. Em seguida, mostra como ocorreu a sua regulamentação, e o caminho percorrido para haver o reconhecimento legítimo das uniões homoafetivas. O objetivo deste trabalho é fazer uma análise crítica da evolução histórica para o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, bem como demonstrar a utilização do afeto como valor jurídico, sendo analisadas as orientações jurisprudenciais que estão se formando, com a finalidade de buscar uma interpretação que proteja a entidade familiar.

Palavras-Chaves: Relação Homoafetiva. Afeto. Valor Jurídico. Família.

Sumário: Introdução. 1. O Direito das Famílias. 1.1. Direito à Felicidade. 2. Princípios do Direito das Famílias. 2.1. Da Dignidade da Pessoa Humana. 2.2. Da Igualdade e Respeito à Diferença. 2.3. Do Pluralismo das Entidades Familiares. 2.4. Da Afetividade. 3. O Reconhecimento da Família Homoafetiva. 3.1. Previsão Legal. 3.2. Da escolha da orientação sexual. 3.3. Julgamento Emblemático. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o longo caminho percorrido até a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar.

Essa afirmação só foi possível por meio da evolução do conceito de entidade familiar dentro da ordem jurídica brasileira, ao permitir o reconhecimento à união homossexual, dentro dos moldes do que dispõe o §3º do artigo 226 da Constituição da República.

Frequentemente, as pessoas do mesmo sexo quando demonstravam interesse de manter uma união estável, sofriam todos os tipos de humilhações e desrespeito por parte de alguns da sociedade. Contudo, a orientação sexual não pode ser considerada motivo para restrições no campo do ordenamento jurídico, haja vista a liberdade pessoal que no estado democrático garante a autonomia individual.

A primazia do princípio da dignidade da pessoa humana é utilizada para afastar a exclusão e a intolerância aos homossexuais que, vítimas de preconceito, tiveram os seus direitos tolhidos durante grande parte da história.

Assim, com decisões emblemáticas, o Supremo Tribunal Federal orienta no sentido de afastar quaisquer tipos de discriminações, coibindo a exclusão de minorias em razão da orientação sexual.

1. O DIREITO DAS FAMÍLIAS.

A família é o primeiro agente socializador do ser humano.¹ A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos² no artigo XVI, institui que: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Nesse contexto, o casamento foi instituído, socialmente, como regra de conduta³; para que assim, se pudesse organizar a sociedade em torno da entidade familiar.

Tradicionalmente, a figura clássica da família passa pela figura de pai, mãe e, talvez, filhos; erigida pelo casamento entre homem e mulher.

Nota-se que entre as muitas transformações sofridas ao longo do tempo, essa

¹ PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.151.

² BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/DH8.HTM>. Acesso em 10 dez. 2011.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 49.

instituição sofreu forte abalo na sua estrutura convencionalmente concebida. Sofreu, diretamente, influência do direito romano e canônico, que, respectivamente, subordinava todos da família à autoridade do *pater*⁴ e não concebia casamento diverso do religioso, atribuindo-lhe o caráter de ilegalidade⁵.

Com o tempo, e com o distanciamento entre a Igreja e Estado, houve uma transformação social que gerou, naturalmente, na alteração do conceito de família, levando a ruptura do seu caráter monolítico, em que se percebeu que não só a reunião pelo casamento de um homem e uma mulher deveriam ser considerados como família; mas também as relações construídas entre os pais e filhos, entre os parentes próximos, assim como a monoparental.

Nesse contexto, como bem afirma Teresa Wambier⁶, a “cara” da família moderna mudou. O conceito, hoje, de família foi abrandado, tornando-se flexível à casuística. Defini-la é tarefa árdua, que está intrinsecamente ligada à noção de casamento, devido à própria visão hierarquizada da instituição.

Porém, esse conceito está ultrapassado. Os novos contornos da família desafiam a elaboração de um conceito único para a sua apresentação, mas a doutrina a constrói calcada na presença perene dos sentimentos de afeto, solidariedade, respeito, devotamento, entre tantos outros; na intenção de promover, entre aquelas pessoas, uma comunhão de vidas.

É necessário ter uma visão pluralista da família, como bem leciona a ilustre professora Maria Berenice Dias⁷, “abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação”.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V.VI: 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.15.

⁵ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.13.

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 83

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

1.1. DIREITO À FELICIDADE

O direito à felicidade é um postulado constitucional implícito, derivado do Princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da CRFB/88; sendo, portanto, um vetor interpretativo da norma constitucional.

Merece destaque, porém, a proposta de emenda constitucional – PEC 19/2010, que “direciona os direitos sociais à realização da felicidade individual e coletiva”,⁸ por meio da inclusão da busca da felicidade no artigo 6º da CRFB/88, dentro do Capítulo dos Direitos Sociais, como objetivo do Estado e direito de todos.

Nesse sentido, a ONU – Organização das Nações Unidas, através de uma resolução que recebeu o título "A Felicidade: para um Enfoque Holístico do Desenvolvimento", reconhece que a felicidade é "um objetivo e uma aspiração universal" e que também é "a manifestação do espírito dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio" (ODM).⁹

Assim, o STF, demonstrou “constituir um tribunal com a preocupação e a missão de consagrar o respeito e garantir a efetividade dos direitos fundamentais, em defesa da Sociedade e do Estado de Direito”¹⁰, quando do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, tendo essa decisão¹¹ caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, que conduzem a sociedade a respeitar a liberdade individual na busca da felicidade.

⁸ BRASIL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/pec-da-felicidade-aguarda-inclusao-na-pauta-do-plenario.aspx>>. Acesso em 10 dez. 2011.

⁹ BRASIL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/pec-da-felicidade-aguarda-inclusao-na-pauta-do-plenario.aspx>>. Acesso em 10 dez. 2011.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. Supremo Tribunal Federal em defesa dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_32/artigos/stf.htm>. Acesso em: 10 dez. 2011.

¹¹ BRASIL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em: 24.03.2012.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

É nesta seara em que mais se observa o reflexo dos princípios positivados pela CRFB/88. Segundo Paulo Bonavides¹², os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que em razão da força normativa dos princípios, altera a interpretação da lei.

Nesse contexto, portanto, “os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à ideia de justiça ou, ao menos, são instrumentos mais capazes de produzir justiça no caso concreto”.¹³

Desta forma, não é mais possível desvincular, na sistemática atual, o Princípio da Supremacia da Constituição na aplicação da legislação civil, haja visto, que as normas infraconstitucionais buscam a sua validade na CRFB/88; de modo que, os princípios constitucionais tornam-se informadores de todo o sistema jurídico, viabilizando, assim, que se respeite a dignidade humana nas relações jurídicas.

No dizer de Daniel Sarmento, “os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados”.¹⁴

À sua vez, para Luiz Roberto Barroso¹⁵, os princípios desempenham no ordenamento jurídico os papéis de: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema, e c) ser uma diretriz do aplicador do Direito. Com efeito, interessante trazer à colação trecho de sua obra, na qual faz pontual análise sobre os princípios.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 237.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.186-187.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 55.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos de Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), In: BARROSO (org.) *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29-30.

Assim, condensam valores porque passam a ser síntese dos valores existentes no ordenamento jurídico, espelhando a ideologia da sociedade e seus postulados básicos (eles condicionam e são condicionadores pela sociedade). Ao mesmo tempo, os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando as tensões normativas. E, finalmente, servem de diretriz ao intérprete e aplicador do Direito, que deve se pautar nesses postulados normativos para definição das regras de conduta.

Assim, falar de princípios não é das tarefas mais fáceis, devido à vasta gama de seu elenco; contudo, cabe trazer os mais significativos dentro da ordem de direito das famílias.

2.1. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É princípio constitucionalmente previsto no artigo 1º, III da CRFB/88, que o consagrou como fundamento do Estado Democrático de Direito. É valor maior, que norteia a interpretação dos demais princípios, sendo o mais amplo deles. No dizer de Rodrigo da Cunha Pereira¹⁶, é um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.

Ao tornar-se princípio fundante da ordem constitucional, houve uma elevação da pessoa humana, haja vista a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, que juntos colocaram a pessoa humana no centro protetor do direito.¹⁷

A noção de dignidade da pessoa humana, por quaisquer dos lados que se analise, observa-se a sua íntima ligação com o direito de família, que possui contornos cada vez mais amplos, que abarcam situações, que às vezes ainda não foram contempladas pela legislação,

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 68.

¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso). *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2004, p. 21.

razão pela qual se torna necessária a sua aplicação na proteção daquele que visa uma existência digna.

2.2. DA IGUALDADE E RESPEITO À DIFERENÇA

Todos são iguais perante a lei. Essa é a máxima trazida pela carta constitucional ao proclamar o Princípio da Igualdade, que é uma das bases do Sistema Democrático de Direito. Nesse tema, não há possibilidade de não citar a célebre frase de Rui Barbosa, que definiu de maneira simples e brilhante a igualdade, na qual pontuou o seu lado mais próximo: a diferença; ao afirmar que: tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade .¹⁸

Assim, não obstante ao fato de a CRFB/88 ter consagrado o aludido princípio em seu preâmbulo, é difícil para o legislador prever todas as situações possíveis dentro de uma sociedade em constante evolução, razão pela qual torna-se imperiosa a atuação do judiciário para tutelar as mais diversas situações, assim como ocorreu com o reconhecimento da união estável homoafetiva.

Nesse caso, os Tribunais Superiores trouxeram proteção a uma situação pré-existente, que privilegia o ser humano, independentemente de sua orientação sexual, negando a visão anacrônica sobre o homossexualismo; e o mais importante, garantindo o direito de escolha que conduz a cada pessoa de buscar a sua felicidade, mesmo que diferente do modelo social à tempos engessado.

Afinal, o próprio Supremo Tribunal Federal dita como uma das funções básicas do

¹⁸ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Elos, 1916, p. 27.

constitucionalismo a proteção dos direitos das minorias do arbítrio ou do descaso das maiorias.

2.3. DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

Com admirável percepção da evolução social, a atual Constituição Federal inaugurou uma entidade plural, no que tange à formação da família, não mais constituída, exclusivamente, pelo casamento.

O artigo 226 da CRFB/88 trouxe uma amplitude para o seu conceito, reconhecendo a união estável como entidade familiar, acobertando-a com o manto da proteção jurídica, tornando-se, portanto, uma unidade familiar.

Nesse ponto, faz-se mister destacar o julgamento emblemático do STF que por unanimidade de votos, julgou procedentes a ADPF n°132¹⁹ e a ADI n°4277²⁰, para que se exclua qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

2.4. DA AFETIVIDADE

O afeto foi, aos poucos, alçado ao *status* de direito fundamental, que apesar de não

¹⁹ BRASIL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em: 24.03.2012.

²⁰ BRASIL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em 4.03.2012.

constar, expressamente, do texto constitucional, está, de fato, presente na sistemática atual nas interpretações de normas de direito das famílias. Tornou-se um princípio jurídico, que como bem pontua Maria Berenice Dias²¹, “o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”.

Vale referir, a valiosa hermenêutica construtiva feita pelos Tribunais Superiores, apoiada nos princípios fundamentais que identifica na Constituição da República fundamentos essenciais do princípio da afetividade, que, analisado por Paulo Lôbo²², afirma ser o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares.

Com a sua consagração, a família e o casamento adquiriram novos contornos, cuja principal preocupação tornou-se a realização pessoal e afetiva daqueles que a integram. Há uma nova perceptiva sobre o afeto, que permitiu o reconhecimento da filiação²³ e da família²⁴, bem como a pretensão alimentícia²⁵, todos pelo afeto.

Sendo o afeto, humano, inerente às pessoas, nada mais legítimo do que reconhecê-lo como meio para garantir a felicidade plena, ou, ao menos, tutelar a sua busca.

3. O RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Essa visão do tema, sob a ótica da aplicação dos princípios constitucionais, mostra a superação dos preconceitos e as transformações permanentes sofridas pela sociedade até o

²¹ DIAS, op cit., p.71

²² LÔBO, Paulo. *Código civil comentado*. Famílias. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

²³ BRASIL. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/Jurisprudência>. Embargos Infringentes Nº 70004514964, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/10/2002). Acesso em: 10.12.2011.

²⁴ BRASIL. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/Apeleção Cível Nº. 70003110574>, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 14/11/2001. Acesso em: 12.12.2011.

²⁵ BRASIL. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/consultas/AC 2006.001.51839>; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Conv. Mauro Nicolau Junior; Julg. 30/01/2007. Acesso em: 12.12.2011.

reconhecimento de uma situação fática, assumindo contornos de uma manifestação onde se privilegia o ser humano, como cidadão, independentemente de sua orientação sexual.

3.1. PREVISÃO LEGAL

A união homoafetiva é uma realidade. E não é de hoje. Existe desde os primórdios dos tempos gregos²⁶. Sua origem é desconhecida, não se sabe se decorre de fatores genéticos ou sociais, apenas, que é um fato. Fato este, notório. Que inegavelmente merece a chancela do Estado.

Com efeito, ao longo do tempo, muitas foram as teses criadas para não garantir direitos aos homossexuais; sofriam preconceitos de todos os lados. Começou sendo tratado como pecado pela Igreja, algo que não era de Deus; era também encarada como grave doença²⁷, estando no catálogo de doenças da OMS – Organização Mundial de Saúde até o ano de 1985.

Para aqueles que afastam a ideia da existência da família formada pela união homossexual, o fazem com base em argumentos de ordem sociológica, pontuando a inexistência de previsão legal, a impossibilidade da formação da família, se não pelo matrimônio, entre homem e mulher, e a violação de valores sociais, morais e éticos.

De fato, por simples preconceito ou para não desagradar a maioria, o legislador sempre se esquivou de editar leis direcionadas à classe homossexual – que até então, é minoria, porém em constante crescimento. Talvez, essa seja uma das razões da omissão

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p.35.

²⁷ OLANDOSKI, Shanda Preidi. *O reconhecimento da união entre homossexuais como uma nova entidade familiar*. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/shanda-previdi-olandoski.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2011.

legislativa sobre o tema.

Dispõe o artigo 226 da CRFB/88 sobre a família de forma a não contemplar este dispositivo a possibilidade de sua constituição por pessoas do mesmo sexo, pois o §3º fala em “homem e mulher”. Leia o dispositivo²⁸:

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, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 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.

Não é possível, nos tempos de hoje, insistir na tipicidade constitucional, porque a família é um conceito elástico, aberto, e o principal elemento para caracterizá-la, é o afeto com o intuito de realizar a vida em comum, com a reunião de seus integrantes. Os sujeitos homem e mulher, não devem mais ser encarados apenas para configurar um casal entre eles; mas sim, vislumbrar a possibilidade, de o homem tanto quanto de a mulher, ser sujeito autônomo de uma relação, onde cada qual escolhe o seu parceiro para formar uma família.

O regramento sobre esse tema na atual legislação começou no âmbito previdenciário²⁹, por meio da Instrução Normativa do INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) de número 25/00, que inseriu o companheiro homoafetivo como dependente do consorte, para

²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12 dez. 2011.

²⁹ BRASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/235077/agravo-de-instrumento-agtr-52117-ce-20030500028714-6-trf5>>. Acesso em 12 dez. 2011.

fins previdenciários.

Visando a eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher, a Lei Maria da Penha³⁰ insere as uniões homoafetivas no âmbito de sua proteção, pois reconhece a família formada por duas mulheres ou constituída por dois homens.

No âmbito das entidades da administração pública do Estado do Rio de Janeiro, a Lei estadual n° 5.260/08 prevê ao companheiro homoafetivo o benefício previdenciário. Veja o artigo 14, I da lei:

Art. 14- São beneficiários da pensão por morte, na qualidade de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira ou o companheiro, os parceiros homoafetivos e os filhos não emancipados, de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou até 24 (vinte e quatro) anos, se estudantes universitários, ou maiores, se inválidos ou interditados (...)³¹

Insta consignar ainda o Ato Deliberativo n° 27/09 do STF, em que autoriza a inclusão dos companheiros no plano de saúde do Supremo.

Tramita o Projeto de Lei n° 2.285/07, que busca a autonomia do Direito de Família, o qual propõe um Estatuto das Famílias, em razão de normas presentes no Código Civil de 2002, que apesar de recente, já tiveram o seu sentido alterado radicalmente, devido aos avanços sociais, tornando-se rapidamente inadequada, assim, mister trazer a colação trecho desse projeto³² no que tange à união estável homoafetiva.

A jurisprudência brasileira tem procurado preencher o vazio normativo infraconstitucional, atribuindo efeitos pessoais e familiares às relações entre essas pessoas. Ignorar essa realidade é negar direitos às minorias, incompatível com o Estado Democrático. Tratar essas relações cuja natureza familiar salta aos olhos como meras sociedades de fato, como se as pessoas fossem sócios de uma sociedade de fins lucrativos, é violência que se perpetra contra o princípio da dignidade das pessoas humanas, consagrado no art. 1º, III, da Constituição.

³⁰ BRASIL. Lei n° 11.340/06. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 12 dez. 2011.

³¹ BRASIL. Lei n° 5260/08. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/store/legislacao/mp/L5260-RJ.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

³² BRASIL. Projeto de lei n° 2285/07. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=338>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

Uma vez reconhecida, numa interpretação de princípios norteadores, a união entre homossexuais, que antes era uma sociedade de fato, sendo resolvida pelo direito obrigacional apenas; superou preconceitos e a intolerância para haver reconhecido o seu direito como entidade familiar. E conseguiu.

3.2. A ESCOLHA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

A escolha da orientação sexual é direito personalíssimo, individual. O direito à sexualidade decorre da própria natureza do ser humano. Não deve seguir modelos, sob pena de se aprisionar a sua essência. Acima de tudo deve haver o respeito à escolha da orientação sexual do indivíduo, permiti-lo buscar a sua felicidade, onde quer que esteja. Ninguém deve ser tolido de ser você mesmo.

Nesse ponto, mister citar que “ a orientação sexual adotada na esfera da privacidade não admite restrições, o que configura afronta ao direito à liberdade a que faz jus todo ser humano, pois diz com sua condição de vida”.³³

3.3. JULGAMENTO EMBLEMÁTICO

O Poder Judiciário tem que estar aberto às transformações sociais, promovendo

³³ DIAS, op. cit. 2011, p. 199.

modificações legislativas necessárias a abarcar os direitos e franquias individuais. Desse modo, com uma visão a superar conceitos preconceituosos, começou com a ADI n.º. 3.300-MC do DF³⁴, a pretensão de qualificar as uniões homoafetivas como entidades familiares, através da alegação de inconstitucionalidade da Lei n.º. 9.278/96, artigo 1.º, que impregnada de conteúdo discriminatório, não incluiu, no âmbito de proteção da família, as uniões entre pessoas do mesmo sexo pautadas por relações homoafetivas.

Por razões de ordem formal, a ação direta não foi conhecida, porém, colocou-se em evidência a importância jurídico-social da matéria, ficando em evidência, em valiosa hermenêutica construtiva, o reconhecimento como entidade familiar, das uniões homoafetivas.

Sobre essa visão do tema, mesmo reconhecendo as incompreensíveis resistências sociais, utilizando-se da analogia e defendendo a aplicação dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da não-discriminação, os Tribunais Superiores demoraram a decidir sobre o assunto, e atender uma demanda que é crescente nas relações sociais e na esfera do Direito.

O Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADPF n.º 132 se pronunciou:

A presente ação se desenvolve em torno de duas teses centrais. A primeira é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A segunda tese é a de eu, ainda quando não fosse uma consequência imediata do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorre de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo, sob pena de se produzir discriminação inconstitucional.³⁵

³⁴ BRASIL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

³⁵ BRASIL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

Decorrente de uma nova interpretação, essa decisão manipuladora, analítica, junto com o julgamento da ADI nº 277, veio para garantir aos homossexuais direitos anteriormente a eles negados, assim como ocorreu ao longo do tempo, com os “filhos impuros” e de pessoas que viviam sem casamento.

Com esses julgamentos, rompeu-se com paradigmas históricos, culturais e sociais³⁶, o que acabou por remover obstáculos que, até então inviabilizavam a busca da felicidade pelos homossexuais, vítimas de preconceito e discriminação.

Com o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, houve também o reconhecimento dos efeitos pessoais, formados entre os companheiros, constituídos da possibilidade de adoção do sobrenome; possibilidade da adoção de um filho em conjunto; a formação de relações de parentesco por afinidade; e o surgimento de deveres comuns, recíprocos.

Sobre os deveres comuns, o Código Civil prevê para o casamento o dever de fidelidade, enquanto para a união estável impõe o dever de lealdade. Contudo, há vozes dissonantes que reputam diferentes esses deveres, mas sem, efetivamente, traçar diferenças entre eles. Deve-se observar que a relação construída entre um casal deve seguir modelos por eles estipulados, e não, um modelo pré-ordenado por aquele que não faz parte do casal, pois o modelo de felicidade é individual, e neste caso, é do casal.

Com relação aos efeitos patrimoniais, esses se limitam à aplicação das regras do regime de comunhão parcial de bens, da mesma forma que este regime se aplica ao casamento.

Assim, demonstrada a convivência homoafetiva, pública, contínua e duradoura, formada com o intuito de constituir família, sem a presença dos impedimentos previstos no

³⁶ BRASIL. Disponível em: < <http://stfinformativos.blogspot.com/2011/08/push-stf-informativo-n-635.html>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

Código Civil para contrair o matrimônio, previstos no artigo 1.521 do CC³⁷, deve-se reconhecer o direito do companheiro à meação dos bens adquiridos a título oneroso durante o relacionamento, mesmo que registrados em nome de um dos parceiros, sem que haja a necessidade de comprovar o esforço comum, que nestes casos, é presumido³⁸.

Dessa forma, o afeto foi erigido ao mais alto conceito, tornou-se vínculo jurídico³⁹, reconhecendo direitos e deveres aos casais homossexuais, assim como existe entre os casais heterossexuais.

Não só a união estável entre pessoas do mesmo sexo é permitida, assim como o casamento também o é. O STJ em decisão emblemática⁴⁰ admitiu, no Resp. 1.183.378 o casamento civil homossexual, devido a inexistência de regra que o proíba. Destacou que o casamento possui regras diversas da união estável e, naturalmente, confere mais proteção aos cônjuges do que aos companheiros.

O relator do processo, o Min. Luiz Felipe Salomão, pontua em seu voto que esse reconhecimento é a forma mais segura de se proteger a família, pois “sendo múltiplos os arranjos familiares, não há de se discriminar qualquer família que por ele optar, uma vez que as famílias constituídas por casais homossexuais possuem o mesmo núcleo axiológico das famílias formadas por casais heterossexuais”.

³⁷ BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 dez. 2011.

³⁸ BRASIL. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1085646&b=ACOR>. Acesso em: 10 dez. 2011.

³⁹ BRASIL. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=725>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

⁴⁰ BRASIL. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249>. Acesso em: 25 março 2012.

Ressalte-se que em nada atinge a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional consagrado, a possibilidade do casamento civil homossexual, e que a orientação sexual, que é livre, não pode ser utilizada como pretexto para excluir a família da proteção estatal.

CONCLUSÃO

Existe uma crescente preocupação de não só buscar a justiça, mas de atingi-la, por meio de práticas que respeitem, sempre, a dignidade da pessoa humana e que observe os novos contornos sociais, especialmente, no que tange a família.

Com enfoque no vínculo afetivo, o conteúdo da família atual utiliza-se de uma nova ordem de valores. Além de ter se tornado uma entidade plural, busca-se enxergar a família pelo o que ela é intrinsecamente, não apenas pelas formas exteriorizadas, e abarcadas em conceitos pré-definidos. Hoje existe o interesse real de se proteger a legítima busca à felicidade. Família, não pela forma; mas sim pelo conteúdo.

Diante de uma sociedade mais tolerante, a vivência em pares iguais encontrou o respaldo necessário e justo para haver seus direitos reconhecidos. Não é porque a lei não prevê determinado fato que inexistente o direito.

Essa omissão legal perdeu espaço diante dos últimos julgados dos Tribunais Superiores, em que, expressamente se reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo e, o casamento civil homossexual.

Esta inovação jurisprudencial veio para solidificar uma sociedade mais justa e fraterna, fundada em princípios como da igualdade, solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Tem como ideal o respeito, visa amenizar séculos de preconceitos e sofrimentos, transmutados no repúdio social que os homossexuais sempre sofreram ao longo de toda história.

O carinho e o amor deixaram de ser coadjuvantes na formação de uma família e, tornaram-se indispensáveis. A inovação maior que a CRFB/88 trouxe para o âmbito do direito de família foi à valorização do afeto.

Não é mais possível imaginar que a omissão legislativa possa neutralizar, ou até mesmo esterilizar direitos individuais. Por isso, sem qualquer exclusão, o Estado, seja através do legislador ou pelo Judiciário, tem o papel precípua de garantir o pleno gozo e exercício das garantias e direitos fundamentais individuais.

O preconceito vem sendo, lentamente desestimulado, e a orientação sexual está deixando de ser um rótulo pejorativo e tornando-se um gênero, entre tantos que existem para a formação de uma família. O fato é que houve a judicialização do afeto, uma nova perceptiva sobre a liberdade de escolha, que de fato, define o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Elos, 1916.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos de Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), In: BARROSO (org.) *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12 dez. 2011.

BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/DH8.HTM>. Acesso em 10 dez. 2011.

BRASIL. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=725>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

BRASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/235077/agravo-de-instrumento-agtr-52117-ce-20030500028714-6-trf5>>. Acesso em 12 dez. 2011.

BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 12 dez. 2011.

BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 dez. 2011.

BRASIL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/pec-da-felicidade-aguarda-inclusao-na-pauta-do-plenario.aspx>>. Acesso em 10 dez. 2011.

BRASIL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/pec-da-felicidade-aguarda-inclusao-na-pauta-do-plenario.aspx>>. Acesso em 10 dez. 2011.

BRASIL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/info/documento/informativo_414.htm>. Acesso em: 12 dez. 2011.

BRASIL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em: 24.03.2012.

BRASIL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em 4.03.2012.

BRASIL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

BRASIL. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249>. Acesso em: 25 março 2012.

BRASIL. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1085646&b=ACOR>. Acesso em: 10 dez. 2011.

BRASIL. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/shanda-previdi-olandoski.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2011.

BRASIL. Disponível em: [http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/consultas/ AC 2006.001.51839](http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/consultas/AC_2006.001.51839); Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Conv. Mauro Nicolau Junior; Julg. 30/01/2007. Acesso em: 12.12.2011.

BRASIL. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/site/ Jurisprudência.Embargos Infringentes Nº 70004514964](http://www.tjrs.jus.br/site/Jurisprudência.Embargos_Infringentes_Nº_70004514964), Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/10/2002). Acesso em: 10.12.2011.

BRASIL. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/site/Apeleção Cível Nº. 70003110574](http://www.tjrs.jus.br/site/Apeleção_Cível_Nº_70003110574), Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 14/11/2001. Acesso em: 12.12.2011.

BRASIL. Disponível em:< <http://stfinformativos.blogspot.com/2011/08/push-stf-informativo-n-635.html>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 5260/08. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/store/legislacao/mp/L5260-RJ.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

BRASIL. Projeto de lei nº 2285/07. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=338>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: RT,2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V.VI: 5. ed. São Paulo: Saraiva,2008.

LÔBO, Paulo. *Código civil comentado*. Famílias. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. Supremo Tribunal Federal em defesa dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_32/artigos/stf.htm>. Acesso em: 10 dez. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso). *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.