

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A EFETIVAÇÃO MATERIAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DIANTE DO RECONHECIMENTO DA
UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA.**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Adele Pinheiro Henriques

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

A EFETIVAÇÃO MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA.

por

Adele Pinheiro Henriques

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial
para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora Prof^a. M^a. Maria Ester Toaldo Bopp

Santa Maria, RS, Brasil

2013

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**A EFETIVAÇÃO MATERIAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DIANTE DO RECONHECIMENTO DA
UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA.**

elaborada por
Adele Pinheiro Henriques

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof.^a M^a. Maria Ester Toaldo Bopp
(Presidente/Orientadora)

Dr. Alexandre Vinagre Barrocas
(Procurador do Estado do Rio Grande do Sul)

Mestranda Letícia Bodanese Rodegheri
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 16 de dezembro de 2013.

“E aqueles que foram vistos dançando foram julgados insanos por aqueles que não podiam escutar a música”.

(Friedrich Nietzsche)

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

A EFETIVAÇÃO MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA.

AUTOR: **ADELE PINHEIRO HENRIQUES**
ORIENTADOR: **MARIA ESTER TOALDO BOPP**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 16 de dezembro de 2013.

A legislação infraconstitucional deve obedecer aos princípios e valores trazidos pela Constituição Federal, que é o pilar central do ordenamento jurídico de um Estado. O rol do artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988 é exemplificativo e não excludente de outras estruturas familiares que também necessitem de proteção estatal e que possam ser reconhecidas como união estável. A interpretação do artigo 1.723 do Código Civil de acordo com o dispositivo constitucional acima mencionado trouxe vários benefícios aos casais homossexuais na medida em que efetivou materialmente os direitos fundamentais à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Com a inclusão dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo no conceito de família as situações de conflito resultantes destas estruturas devem ser resolvidas no âmbito do direito de família, no qual predomina o princípio da afetividade, não sendo relevante somente as questões de ordem patrimonial. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 4.277 consistiu em um ativismo judicial que se tornou um marco teórico na seara do direito de família e que possibilitou a regulamentação de entidades familiares que anteriormente viviam sob a insegurança jurídica devido à falta de legislação pertinente e à inércia do Poder Legislativo. Dessa forma, para a realização do presente estudo foi utilizado o método de abordagem indutivo, bem como os métodos de procedimento documental, bibliográfico e histórico, a fim de verificar em que medida a decisão do STF contribuiu para tratamento jurídico igualitário dispensado às uniões estáveis homoafetivas.

Palavras-Chaves: direitos fundamentais, família, união estável homoafetiva.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE MATERIAL EFFECTIVE OF FUNDAMENTAL RIGHTS FACE TO THE RECOGNITION OF HOMO-AFFECTIVE STABLE UNION.

Author: Adele Pinheiro Henriques
Adviser: Maria Ester Toaldo Bopp

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 16, 2013.

The infraconstitutional legislation must comply with the principles and values brought by the Federal Constitution , which is the central pillar of the legal system of a State . Laws should not exclude any individual from the State protection , on the contrary, they must be applied so that they can focus on the largest possible number of factual situations in order to preserve the fundamental rights of citizens . The list of Article 226 , § 3 of the Federal Constitution of 1988 is illustrative and not exclusive of other formations that also require protection of the state to be recognized as a stable union. The interpretation of Article 1723 of the Civil Code in accordance with the aforementioned constitutional provision brought several benefits to homosexual couples in the sense that materially effected the fundamental right to freedom, equality and human dignity rights . With the inclusion of relationships between persons of the same sex in the concept of family , the conflict situations arising from these structures should be resolved within the family law , in which is predominant the principle of affection, not being relevant only issues of patrimonial order. The judgment of the Unconstitutionality Lawsuit N° 4.,277 consisted of a judicial activism that led to the regulatory bodies of relatives who previously lived under the legal uncertainty due to lack of relevant legislation and the inertia of the Legislature. Thus, currently the homo-affective stable unions should receive the same legal treatment given to other stable unions , being applied to them all legislation dealing on this topic .

Key Words: fundamental rights, family, stable homo-affective union.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS E VALORES CONSTITUCIONAIS PARA O RECONHECIMENTO JURÍDICO DE UMA ESTRUTURA FAMILIAR HOMOAFETIVA	10
2 A EFETIVAÇÃO MATERIAL DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS E DO DIREITO DE FAMÍLIA APÓS O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: UMA ANÁLISE DA ADI Nº 4.277.....	23
3 AS MUDANÇAS RELACIONADAS AO TRATAMENTO JURÍDICO DADO ÀS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS APÓS O JULGAMENTO DA ADI nº. 4.277.....	38
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

As mudanças ocorridas na sociedade moderna contribuíram para a modificação das estruturas familiares, que são cada vez mais diversas. Atualmente não há como adotar um conceito uniforme e estanque de família, tendo em vista que as pessoas desejam formar uma entidade familiar através de laços afetivos e com o objetivo de terem uma vida em comum, sem atenderem às imposições conceituais que o direito brasileiro as vezes estabelece.

Apesar da existência de entidades familiares plurais e diversificadas, por muito tempo o conceito de família esteve ligado à solenidade do casamento, contudo, após a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher, bem como da família monoparental (art. 226 § 3º e § 4º), houve um alargamento desse conceito, que atualmente abrange outras formas de estruturas familiares merecedoras de proteção estatal. Nesse sentido, os relacionamentos formados com base na união estável não são mais considerados “clandestinos” sob o ponto de vista jurídico e são equiparados ao casamento para fins de enquadramento no conceito de entidade familiar.

Diante desse novo enquadramento jurídico da diversidade ou pluralidade familiar, a interpretação que era dada ao artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002), antes do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 4.277 (BRASIL, 2011a), afrontava os princípios e valores constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, pois não reconhecia a união estável homoafetiva como família. A interpretação hermenêutica dos dispositivos infraconstitucionais é de suma importância nesse caso, pois permite a efetivação de direitos constitucionalmente garantidos, mas que em alguns casos não influenciam de forma prática na vida daqueles que encontram-se em situação desfavorável. Nesse diapasão, o artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), ao dispor sobre o reconhecimento da união estável entre um homem e uma mulher, não teve como objetivo excluir da proteção estatal as demais uniões estáveis ali não citadas. O rol do mencionado dispositivo constitucional é exemplificativo quando reconhece as uniões estáveis como entidades familiares e lhes dispensa proteção por parte do Estado. Dessa forma, todo o

relacionamento, independentemente do sexo de seus integrantes, merece ser protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Especialmente no caso das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, a referida proteção e tutela deve acontecer no âmbito do direito de família, tendo em vista que essa área jurídica trata das questões referentes aos indivíduos que convivem com o objetivo de constituir uma entidade essencialmente familiar.

Assim, mostra-se relevante uma análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI de nº. 4.277, que reconheceu as uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares e determinou a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil (CC/02) em conformidade com a Constituição Federal de 1988. Imprescindível verificar os direitos garantidos pela nossa Carta Magna que foram materialmente efetivados através do provimento jurisdicional acima mencionado, bem como as implicações práticas proporcionadas pela referida decisão.

Nessa senda, para a realização do presente estudo foi utilizado o método de abordagem indutivo, tendo em vista que a pesquisa foi realizada a partir de um caso concreto específico (ADI nº. 4.277) até a verificação de algumas consequências jurídicas advindas do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, o trabalho foi desenvolvido com a utilização das técnicas de pesquisa documental, bibliográfica e histórica, pois analisou-se o tratamento jurídico dado às uniões estáveis antes do advento da Constituição Federal vigente e após a inclusão destas estruturas no rol do artigo 226, § 3º com a sua consequente proteção estatal. Cumpre salientar, ainda, que foi verificada a contribuição dada pela decisão proferida pelo nosso Tribunal Maior e a doutrina referente ao instituto da união estável e dos relacionamentos homoafetivos sob o ponto de vista jurídico.

O trabalho foi estruturado de maneira a explicar, no primeiro capítulo, os fundamentos e princípios constitucionais presentes no direito de família e a necessidade da interpretação dos dispositivos infraconstitucionais ser feita teologicamente, ou seja, em conformidade com os valores trazidos pela Constituição Federal de 1988. Ademais, foi exposto o conceito de família adotado pelo direito brasileiro e que anteriormente era atrelado ao instituto do casamento, sendo que atualmente o direito de família, e conseqüentemente o conceito de estrutura familiar, é

pautado pelos princípios da afetividade e da solidariedade. Por tal motivo foi exposta a interpretação do artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988 como rol exemplificativo e não excludente de outras estruturas familiares que devem ser enquadradas no conceito de união estável. Partindo do pressuposto de que a nossa Constituição Federal de 1988 deve ter os seus direitos estendidos ao maior número possível de pessoas, foi analisado o disposto no artigo 1.723 do Código Civil e a interpretação que deve ser feita do referido dispositivo diante da sua não aplicação aos casais homoafetivos, antes do julgamento da ADI nº. 4.277.

No segundo capítulo foi realizada uma análise dos fundamentos e princípios constitucionais que justificaram os votos proferidos pelos Ministros na ADI nº. 4.277, a fim de verificar a importância do reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e a sua inclusão na área do direito de família, abolindo as normas de direito comercial como reguladoras destas estruturas familiares. E no último capítulo foi realizada uma análise das normas aplicáveis aos casais homossexuais após a decisão do Supremo Tribunal Federal, ou seja, quais os dispositivos legais que não abrangiam as uniões homoafetivas e que atualmente podem solucionar possíveis conflitos que venham a surgir desses relacionamentos.

1 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS E VALORES CONSTITUCIONAIS PARA O RECONHECIMENTO JURÍDICO DE UMA ESTRUTURA FAMILIAR HOMOAFETIVA

Os direitos fundamentais são entendidos como direitos humanos constitucionalmente positivados, ou seja, são intrínsecos ao ser humano e reconhecidos pela ordem constitucional de um Estado. Eles servem não apenas para proteger os cidadãos da ingerência discricionária do poder público, como também garantem que as pessoas possam reivindicá-los e efetivá-los materialmente.

A partir de 1919, com a promulgação das constituições intervencionistas, ao contrário do que acontecia no Estado Liberal, o poder público passou a não somente abster-se de gerir as relações privadas indistintamente, mas também passou a regular estas, a fim de não haver qualquer desrespeito aos direitos fundamentais. O Estado assumiu um papel ativo e social, protegendo os direitos dos cidadãos, para alcançar a igualdade substancial entre eles. Dessa forma, os valores e princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) devem garantir que ninguém seja tolhido de sua liberdade, igualdade perante os demais indivíduos e, principalmente, da sua dignidade, na qual se assenta todo o ordenamento jurídico brasileiro, pois:

[...] se descobriu que os princípios possuem invidiosa *força normativa*, superando a falsa crença de que teriam, tão somente, uma dimensão puramente ética ou valorativa, desprovidos de eficácia e força jurídica. Assim sendo, é reconhecido, hodiernamente, um caráter normativo aos princípios, permitindo a sua aplicação direta e imediata, reconhecida uma eficácia negativa e uma eficácia positiva a eles. (DE FARIAS, 2010, p. 33).

Essa concepção, de que pode ser exigida do Estado a proteção aos direitos fundamentais, ou seja, que devem ser adotadas medidas efetivas que proporcionem a igualdade material entre as pessoas que vivenciam situações idênticas, consiste no *status* positivo do ser humano diante do poder público. É assegurado, dessa forma, o direito de exigir uma solução para os problemas que o indivíduo enfrenta no dia-a-dia e que obstam a sua vivência e convivência digna em sociedade. E a solução almejada pode ser alcançada através da aplicação prática dos princípios insertos na CF/88. Nesse sentido:

[...] os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico. (SARLET, 2012. p. 60).

Nessa esteira, foi de suma importância o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas através da ADI tombada sob o nº 4.277, como forma de efetivação dos direitos à igualdade e à liberdade dos homossexuais, cuja importância também será explicitada neste trabalho monográfico.

Tais direitos têm como característica a sua inviolabilidade, pois a legislação infraconstitucional não pode contrariar o que a Constituição garantiu, bem como não devem ser desrespeitados por autoridades que se submetam à ingerência do poder público. Eles devem abranger todos os indivíduos, independente de cor, sexo, convicções e de suas escolhas particulares e ser interpretados conjuntamente, e nunca de forma isolada, assim:

Fica claro [...] que a interpretação de todo o texto constitucional deve ser fincada nos princípios da *liberdade* e *igualdade*, e despida de qualquer preconceito, porque tem como 'pano de fundo' o macro princípio da *dignidade da pessoa humana*, assegurado logo pelo art. 1º, III, como princípio fundamental da República. (DE FARIAS, 2010, p. 40).

Atualmente não é mais possível que o direito privado seja visto de maneira estanque, sem amoldar-se aos direitos e princípios constitucionalmente garantidos, pois estes são os fundamentos do ordenamento jurídico pátrio. As normas vigentes em um país devem formar um todo axiológico e harmônico, tendo como ápice do ordenamento a Constituição Federal, pois:

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material. (SARLET, 2012. p. 62).

É importante ressaltar, também, que os direitos fundamentais não possuem eficácia tão somente em relação ao Estado (eficácia vertical), mas possuem eficácia horizontal, no sentido de que são aplicáveis às relações privadas. Os particulares

devem, assim, respeitar os direitos dos demais, se abstendo de adotar condutas preconceituosas, homofóbicas e racistas, por exemplo. Dessa forma, o Ministro Luiz Fux, em seu voto na ADI nº. 4.277, dispôs que:

[...] o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional. (BRASIL, 2011a, p. 52).

Nesse sentido, os particulares também devem respeitar os direitos fundamentais, seja nas relações jurídicas em que estão envolvidos, seja nas suas relações pessoais. Essa concepção é importante, pois os princípios e valores constitucionais devem fazer parte do cotidiano da população, evitando condutas contrárias à dignidade da pessoa humana, à igualdade e à liberdade de cada um. Assim, revela-se imprescindível uma visão não apenas jurídica dos valores e direitos trazidos pela Constituição, mas uma visão ética. Nesse sentido:

[...] o problema teórico em torno da fundamentalidade material dos direitos fundamentais está justamente (ou pelo menos também) na possibilidade de lhe reconhecer fundamento ético, ou seja, compreendê-los de tal forma vinculados com os valores e deveres morais que possam manter a coerência do sistema de valores no qual se acham inseridos. (PEREIRA, 2007, p. 41).

Com a promulgação da CF/88, houve uma verdadeira reviravolta nas questões pertinentes aos direitos fundamentais e o sistema jurídico pátrio passou a valorizar o indivíduo em si, a formação do seu caráter, da sua personalidade. Todos os ramos do direito passaram a ser interpretados com um novo olhar, um olhar social e constitucional. Ocorreu a humanização do ordenamento jurídico, pois o homem em si passou a ser mais importante que as relações patrimoniais por ele geridas.

A partir desse marco, a legislação brasileira começou a reger-se prioritariamente pelos princípios e valores trazidos pela CF/88, os quais servem de parâmetro para tomada de decisões judiciais e devem ser analisados diante de uma lei que não se adéque à realidade atual. Em um caso concreto deve ser realizada uma interpretação conjunta entre a norma infraconstitucional e os direitos e princípios catalogados na Carta Magna. Dessa forma:

Os valores constitucionais supõem, portanto, o contexto axiológico *fundamentador* ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, o postulado-guia para *orientar* a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição, e o *critério* para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade. (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 294-295) [tradução nossa].

Nessa esteira, é inaceitável que uma decisão judicial não sopesse os valores constitucionais, de maneira a proporcionar a efetivação de um direito fundamental, quando uma norma infraconstitucional não o garante. O reconhecimento de uma situação fática existente é imperioso, sob esse prisma, tendo em vista que através dos princípios e valores insculpidos na Constituição pode-se concretizar um direito que não está normatizado, mas que pela sua importância na vida e desenvolvimento do ser humano, merece ser regulamentado ao menos através de decisões judiciais vinculantes:

Com efeito, é preciso que o jurista contemporâneo, em postura de respeito à supremacia constitucional, busque conferir-lhe efetividade, inclusive ao tratar das relações privadas, não se restringindo a aplicar a norma constitucional apenas em momentos de conflitos entre normas. É no dia-a-dia, no cotidiano forense (inclusive nas lides do Direito das Famílias), que se há de respeitar a *eficácia irradiante* das garantias e normas constitucionais. (DE FARIAS, 2010, p. 37).

A proteção estatal à família e à união estável entre homem e mulher, inscrita no art. 226 da CF/88 é um exemplo da necessidade de uma interpretação extensiva dos direitos catalogados. Não é possível, segundo a perspectiva irradiante dos preceitos constitucionais, reconhecer apenas duas figuras inscritas no dispositivo constitucional quando existem diversas outras, que também merecem atenção e proteção do poder público. É nesse sentido que:

A acepção dos princípios do direito como *metanormas* se insere no que podemos considerar como seu significado *metodológico* sendo entendidos como *principia cognoscendi*, ou seja, como regras orientadoras para o conhecimento, para a interpretação e para a aplicação das restantes normas jurídicas (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 295, tradução nossa).

Esse entendimento em muito contribui para a valorização do ser humano, que atualmente é o centro de atenção do direito brasileiro, onde as questões patrimoniais

passaram a ocupar um lugar secundário. Ao contrário do que ocorria no Estado Liberal, atualmente é dada maior importância às questões relacionadas ao indivíduo, seu desenvolvimento social, psicológico e afetivo. É exatamente por isso que a doutrina refere a uma constitucionalização do direito civil, pois durante o século XX, a pessoa não era valorizada como sujeito de direitos e as suas relações patrimoniais eram mais importantes que qualquer individualização.

No âmbito do Direito de família, por exemplo, esta era protegida como instituto matrimonializado e seus membros eram apenas coadjuvantes, não merecendo proteção pela sua condição em si, mas pela sua participação no grupo constituído. Dessa forma, é possível perceber que a formação de uma entidade familiar somente era possível diante da celebração do casamento, ou seja, não era aceitável outra origem para a família que não fosse esta. Essa visão estanque e matrimonializada, no entanto, não tem lugar no momento vigente, pois a formação da personalidade humana é mais importante que qualquer constituição familiar pré-determinada e:

[...] podendo se extrair diferentes sentidos da leitura de determinado dispositivo constitucional, deve prevalecer o que determine maior alcance social, conferindo eficácia ao princípio da dignidade de cada um dos que integram o núcleo familiar (§ 8º, do art. 226, CF). (DE FARIAS, 2010, p. 39).

Com o distanciamento entre Estado e Igreja e a entrada em vigor da CF/88, houve a desvinculação do casamento como imposição para a formação de uma família. No último século o direito constitucional ganhou nova roupagem, um caráter social e ativo, pois os direitos do indivíduo devem ser respeitados pelo Estado e ao mesmo tempo concretizados por ele. A família passou a ser vista não apenas como instituto, mas principalmente como instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana e de formação da personalidade de seus membros, tendo em vista que as pessoas necessitam de condições mínimas para o desenvolvimento de uma vida digna e feliz. É exatamente por isso que qualquer entidade familiar, inclusive a união estável entre pessoas do mesmo sexo, deve ser reconhecida como tal e protegida pelo Estado, independentemente da sua formação:

Tem-se, portanto, como inadmissível um sistema familiar fechado, eis que, a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada

constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente na vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada (DE FARIAS, 2010, p. 41).

Quando a CF/88 faz referência, em seu art. 226, § 3º, à figura da entidade familiar, resta claro que abrange a união estável (em todas as suas concepções) e que esta merece, também, proteção do Estado. O fato de não haver menção expressa à união estável homoafetiva não significa que essa entidade familiar não esteja protegida pelos valores e princípios constitucionais, pois é importante ressaltar que o principal elemento para a constituição de uma família é a criação de laços afetivos e não a conceituação legal. Os indivíduos não precisam casar para constituir um lar, necessitam apenas de objetivos em comum, convívio duradouro e público, com a intenção de constituir uma família feliz e realizada emocionalmente. É exatamente por tais motivos que atualmente:

A grande procura [...] é pela felicidade, por isso a flexibilidade na forma de composição da família, permitindo a todos o direito de escolha, a fim de que haja maior possibilidade de sucesso nas relações afetivas. Não mais se justifica qualquer tipo de norma que vise favorecer determinado tipo de representação social da família, como já ocorreu em relação ao casamento (PENA JUNIOR, 2008, p. 24)

A representação social familiar deve ser determinada não por uma norma, mas sim pela situação fática que o indivíduo está enfrentando. É consabido que existem relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo de maneira idêntica a uma relação heterossexual, contudo não eram reconhecidas como união estável, revelando notória inconstitucionalidade. Cada vez mais há a necessidade de atendimento aos anseios do ser humano e a família serve também como meio de alcance da felicidade, sendo necessário modificar o seu conceito sempre que o desenvolvimento, social, cultural e econômico exigir uma maior abrangência de formas, pois:

O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. (DE FARIAS, 2010, p. 4).

O molde estabelecido pela legislação quanto à família não possui tanta importância diante da necessidade de pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Na escolha entre o progresso social e psicológico de um ser humano e o atendimento aos conceitos insertos na lei, quanto à formação de uma família, por óbvio que se deve dar prioridade àquele fator do que às formalidades estabelecidas pela legislação.

Entretanto, para que seja possível uma interpretação extensiva quanto à estruturação de uma família, é preciso efetivar, no caso concreto, os direitos fundamentais e fazer uso dos valores estabelecidos pela Constituição, sem os quais não seria possível o pleno desenvolvimento de um ser humano. O art. 226 da *Lex Fundamentallis* faz uma enumeração das entidades familiares protegidas pelo Estado, contudo, o referido rol não é taxativo, pois comporta outros agrupamentos que ali não constam em razão das infinitas possibilidades que o indivíduo possui quando decide formar uma família. Nesse sentido:

[...] o conceito trazido no *caput* do artigo 226 é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira *cláusula geral de inclusão*. Dessa forma, são o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal. (DE FARIAS, 2010, p. 39)

É exatamente pela diversidade das formas que uma entidade familiar pode assumir que a interpretação da legislação deve ser feita sempre sob a óptica dos direitos constitucionais. Estes devem ser aplicados em todos os ramos do direito, de maneira abrangente e irradiante, pois:

A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a 'humanização' da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, re-examinadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional. (SARMENTO apud DE FARIAS, 2010, p. 35, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p.155).

Dessa forma, para a concretização de alguns direitos não catalogados expressamente na legislação, mas que são imprescindíveis para a felicidade e realização do ser humano, é preciso haver uma interpretação teleológica dos princípios

e valores constitucionais, a fim de reconhecer determinadas situações que a norma infraconstitucional não previu.

A possibilidade de formação de uma entidade familiar saudável e feliz perpassa, dessa forma, pela necessidade de aplicação e concretização de alguns princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família e que se revelam essenciais para que as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo sejam reconhecidas como entidades familiares tanto nos Tribunais quanto na vida em sociedade. A valorização do indivíduo e a sua realização pessoal através da família são direitos assegurados pela CF/88 em seu art. 1º, III, através da dignidade da pessoa humana, que consiste na:

[...] 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, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoas tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. (SARLET, 2001, p. 60 apud PENA JUNIOR, 2008, p. 10).

A dignidade da pessoa humana, nesse sentido, é um macroprincípio que pode ser aplicado em diversas situações em que seja necessário garantir o bem estar, a felicidade e condições existenciais dignas ao indivíduo. Ele tem extrema relevância na área do direito de família, pois esta é a seara que abriga as relações afetivas desenvolvidas entre as pessoas. Como a entidade familiar é instrumento de formação da personalidade, deve sempre ser permeada por este princípio tão importante, merecendo reconhecimento independentemente da sua forma, tendo em vista que:

O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. (DIAS, 2007, p. 60).

Nessa mesma linha, é importante, além do respeito à essência do ser humano, a garantia de liberdade nas escolhas que ele faz, pois a todos deve ser garantida a constituição de uma família, seja qual for a sua forma, desde que presentes os princípios que permeiam essa área. A liberdade, dessa maneira, é um direito humano fundamental que deve ser aplicado à todas as relações familiares, inclusive à união estável homoafetiva, pois (DIAS, 2007, p. 61) “Em face do primado da liberdade, é

assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual”.

No âmbito das relações familiares este princípio possui suma importância para construção de laços afetivos verdadeiros e não apenas decorrentes da imposição legal. O princípio da liberdade, inscrito no artigo 5º, *caput*, da CF/88, permeia todas as relações que tenham como objetivo a constituição de uma entidade familiar, pois o livre arbítrio na escolha de um companheiro, por exemplo, é essencial para o desenvolvimento do *animus familiae* e indispensável para a o enquadramento de uma relação no conceito de família. A igualdade, também constante no dispositivo constitucional mencionado acima, está interligada à necessidade de tratamento isonômico entre pessoas que estão em situações iguais, de maneira a garantir-lhes a liberdade de escolha. No caso das uniões estáveis homoafetivas (entre pessoas do mesmo sexo), a aplicação de tais princípios revela-se imprescindível para o reconhecimento dessas entidades familiares e para evitar situações de preconceito e injustiça. Dessa forma:

Os princípios da liberdade e da igualdade, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que forem, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. (DIAS, 2007, p. 61).

Caso não seja assegurado ao indivíduo o pleno gozo de sua liberdade de escolha, estar-se-á violando a sua dignidade, pois ninguém pode obter realização pessoal estando atrelado a um conceito estanque de família, sem considerar outros aspectos que não sejam os estritamente legais. A possibilidade de escolha do parceiro ou parceira, independente do sexo, é essencial para concretizar os princípios constitucionais diante das uniões estáveis homoafetivas, pois:

No Direito de Família que tem suas bases delineadas na Constituição, a partir de princípios que reforçam as normas definidoras de direitos fundamentais, a família se apresenta, como vimos, com a finalidade essencial de facilitar a seus membros o exercício de seus direitos fundamentais. É sob essa ótica da funcionalidade do direito de família que o legislador exerce o importantíssimo papel de aproximar as leis de família aos valores dos direitos fundamentais, estendendo a eficácia desses direitos às relações familiares. (PEREIRA, 2007, p. 120).

A afetividade, nesse sentido, é outro princípio basilar para a criação de laços familiares. Sem esse elemento não é possível a aproximação entre os membros de um grupo familiar. Este princípio revela que na atualidade o importante são as semelhanças e o sentimento recíproco entre as pessoas que pretendem compor uma família e não a forma como esta será estruturada. Os laços afetivos são tão relevantes que devem se sobrepor às questões jurídicas burocráticas quando for preciso assegurar o bem-estar de uma pessoa. Nesse diapasão:

O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos em comum. (DIAS, 2004, p. 5 apud PENA JUNIOR, 2008, p. 11).

Dessa forma, se estiverem presentes a afetividade, a solidariedade e a necessidade de planejamento de uma vida em comum, devido às afinidades existentes entre as pessoas, o relacionamento, inclusive o homoafetivo, deverá receber a proteção jurídica do Estado e ser enquadrado no conceito de família. Nessa esteira, o Ministro Celso de Mello ressaltou em seu voto na ADI nº. 4.277 que:

[...] a qualificação da união estável entre pessoas *do mesmo sexo* **como entidade familiar, desde** que presentes, *quanto a ela, os mesmos* requisitos **inerentes** à união estável **constituída** por pessoas de gêneros distintos, **representará** o reconhecimento de que as *conjugalidades homoafetivas, por repousarem* a sua existência **nos vínculos** de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, **hão de merecer** o *integral amparo* do Estado, **que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo** tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais. (BRASIL, 2011a, p. 251) [grifo do autor].

Ademais, outros princípios aplicados nessa seara também são importantes para a formação de uma estrutura familiar, pois é necessário que o ser humano viva dignamente, e que não receba um tratamento desigual devido às escolhas feitas com o objetivo formar e estruturar uma família. Deve-lhe ser assegurado o livre arbítrio na escolha do companheiro e um tratamento igual entre as diversas estruturas familiares que podem ser formadas ao longo de sua vida.

É devido à liberdade de escolhas e da democratização de sentimentos, que existe a busca pela formação de uma estrutura familiar feliz e realizada. Dessa forma, a estruturação de uma entidade familiar torna-se plural e diversificada, sem o estigma que

a letra fria da lei lhe confere. O indivíduo busca o desenvolvimento de sua personalidade por meio da sua família, objetivando construir uma vida em comum juntamente com as pessoas que ama e deseja conviver continuamente. Assim, o relacionamento entre as pessoas não existe mais apenas em razão do casamento ou da diversidade de sexos, mas em virtude dos sentimentos que são nutridos entre os indivíduos e:

Nesse passo, forçoso é reconhecer que, além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares merecem *proteção constitucional* (arts. 1º, III, 3º, 5º e 226, *caput*: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”), por cumprir a função que a sociedade contemporânea destinou à família: *entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna*. Por isso, é necessário compreendê-la como *sistema democrático*, como um espaço aberto ao diálogo entre seus membros, onde é almejada a felicidade e realização plena (DE FARIAS, 2010, p. 88) [grifo do autor].

As uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, portanto, também merecem proteção estatal, pois se fundam em elos de afetividade e solidariedade como qualquer outro relacionamento. O que possui relevância nas relações familiares, e que merece a referida proteção, é o sentimento desenvolvido entre os indivíduos, o objetivo de constituição de um núcleo familiar e principalmente, a regulamentação das situações emergentes nesse âmbito. Não reconhecê-las como pertencentes ao Direito de Família, seria ferir os direitos e valores insertos na CF/88 e deixar alguns indivíduos à margem do conceito de entidade familiar e de toda a proteção que ela recebe. Dessa maneira:

Faz-se necessário ter uma **visão pluralista** da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação (DIAS, 2007, p. 41) [grifo do autor].

Nossa Carta Magna garantiu o direito à diversidade das entidades familiares, não podendo haver restrições quanto a essa garantia na legislação infraconstitucional. Portanto, o art. 1.723, *caput*, do CC/02, quando refere que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, deve ser interpretado de acordo com a hermenêutica e o sistema de valores

constitucionais, com aplicação extensiva às demais uniões estáveis, inclusive aquelas entre pessoas do mesmo sexo. Esse entendimento deriva do princípio que proíbe o retrocesso social, ou seja, um direito conquistado em sede constitucional não pode, posteriormente, ter seu âmbito de alcance reduzido. Nesse sentido, é importante que os dispositivos do CC/02, entre eles o art. 1.723, não sejam aplicados de tal forma que excluam algumas pessoas do seu âmbito de regulamentação, pois se um direito foi garantido constitucionalmente e elevado ao nível de direito fundamental, não é aceitável que a legislação infraconstitucional o restrinja, como vinha ocorrendo em algumas decisões judiciais que negavam aos casais homossexuais as oportunidades dispensadas às demais uniões estáveis. Dessa forma:

[...] qualquer forma de representação social da família que tenha o afeto como elemento norteador e que seja sólida e notória, mesmo que compostas por pessoas do mesmo sexo, tem especial proteção do Estado. (PENA JUNIOR, 2008, p. 13).

É visivelmente contrário aos valores presentes na CF/88 e conseqüentemente contrário aos princípios que regem nosso ordenamento jurídico, negar aos casais homoafetivos a condição de entidade familiar, e todos os direitos a ela inerentes, somente porque a Carta Magna e o Código Civil não referiram expressamente a esta situação atual. Anteriormente ao julgamento da ADI nº 4.277, era recorrente o enquadramento das uniões estáveis homoafetivas, hoje reconhecidas com tal pelo Supremo Tribunal Federal através da mencionada ação, como sociedades de fato, relacionadas ao direito obrigacional e não ao direito de família, como ocorre atualmente. No presente momento é inconcebível que pessoas do mesmo sexo, que convivem de maneira duradoura, pública e com intenção de formar uma família, tenham seus direitos negados em razão da não previsão legislativa acerca do tema, pois a interpretação das leis, como já referido, deve ser feita em respeito e com a aplicação dos preceitos insertos na Constituição e sob os quais se assenta o Estado Democrático de Direito.

Negar a inclusão das entidades familiares homoafetivas no conceito de família é negar-lhes, também, o direito à cidadania, entendida atualmente como o direito de

participação na vida em sociedade com os mesmos direitos e deveres que são impostos a outras pessoas em situações fáticas semelhantes. Assim sendo:

Cidadania, valor de grande importância para a vida em sociedade, é sinônimo de inclusão, principalmente de afeto, não permitindo que se exclua do laço social aquele que é diferente. Por meio dela, aprendemos a conviver com as diferenças e a respeitar o modo de ser de cada pessoa (isso é democracia), permitindo a todos o direito à convivência e às mesmas oportunidades (PENA JUNIOR, 2008, p. 13).

O ajuizamento da ADI nº 4.277 e o reconhecimento da união estável homoafetiva como instituto jurídico foi de suma importância para a efetivação dos direitos fundamentais à liberdade, igualdade, cidadania e dignidade da pessoa humana. Ademais, permitiu aos homossexuais a formação de uma entidade familiar reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro como um núcleo composto essencialmente pelo sentimento nutrido entre as pessoas. Esse reconhecimento é importante, pois orienta as demais decisões judiciais que surgirão, porém, o ideal seria alterar a redação, tanto no artigo 226, *caput*, da CF/88 quanto do art. 1.723 do CC/02, para torná-los mais abrangentes, sem que haja uma especificação estrita do conceito de família, assim, tanto as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como as demais formas de entidades familiares estariam resguardadas e regulamentadas através de um processo legislativo. Apesar de a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 4.277) repercutir de maneira prática no cotidiano dos casais homossexuais, fica evidente que ainda é preciso interpretar a legislação, a fim de proteger todas as formas de família e promover a igualdade entre elas de maneira a permitir o pleno desenvolvimento de seus membros.

Dessa forma, mostra-se relevante a análise da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, que permitiu aos casais homossexuais serem reconhecidos e enquadrados no conceito de entidades familiares e protegidos pelo Estado através do direito de família.

2 A EFETIVAÇÃO MATERIAL DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS E DO DIREITO DE FAMÍLIA APÓS O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: UMA ANÁLISE DA ADI Nº 4.277

Como exposto no capítulo anterior, a efetivação material dos valores e princípios constitucionais é imprescindível para a inclusão das uniões estáveis homoafetivas no conceito de família adotado pelo direito brasileiro, em especial o Direito de Família. Conforme se depreende dos argumentos trazidos por este trabalho, a nossa Carta Maior não faz nenhuma diferenciação entre a família, constituída pelo casamento, e as demais relações familiares que não são registradas oficialmente. Portanto, deve ser oportunizada a efetivação dos direitos que envolvam todas as estruturas de maneira que ninguém se sinta discriminado em razão de sua condição sexual.

A falta de regulamentação das entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo foi um entrave, por muito tempo, para o reconhecimento de direitos patrimoniais e sociais que lhes são inerentes. Esses relacionamentos eram tratados como uma simples constituição societária com essência puramente negocial, sem qualquer relação com o direito de família e sem que lhes fosse atribuído o devido caráter de afetividade e *animus familiae* sob os quais elas são realmente constituídas.

Dessa forma, conforme bem explicitou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto (BRASIL, 2011a, p. 20) em seu voto, as questões pertinentes à união estável homoafetiva devem ser tratadas no âmbito do direito de família, que é o ramo jurídico que soluciona os conflitos entre os membros de uma entidade familiar estruturada sob o afeto e a vontade de construir uma vida conjunta, tendo em vista que ela é um “vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil”. Como restou consignado, atualmente não é mais aceitável enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo na seara empresarial, com o objetivo de apenas remunerar serviços prestados, pois a referida questão envolve também os sentimentos que são nutridos entre os companheiros que formam a entidade familiar.

Apesar de o art. 226, § 3º, da CF/88 fazer menção expressa apenas à união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar protegida pelo Estado,

resta claro que o dispositivo constitucional não está abrangendo somente aquela formação estrutural de família. É consabido que o nosso ordenamento jurídico deve ser interpretado de acordo com o que preceitua a Constituição, contudo, até o julgamento da ADI nº 4.277 não era dada uma aplicação do art. 1.723 do CC/02 em conformidade com os direitos à igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

A referida demanda consistiu em uma análise conjunta da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 132/RJ, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.277/DF, proposta pela Procuradoria-Geral da República. A primeira requeria uma interpretação, de acordo com a CF/88, do artigo 19, II e V, e do artigo 33, do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei nº 220/1975), tendo em vista a dificuldade de aplicação dos referidos dispositivos diante de situações que envolviam casais homossexuais, pois lhes era negada administrativamente, por exemplo, a licença por motivo de doença em pessoa da família (inciso II do artigo 19 do Decreto-Lei nº 220/1975). Já a segunda ação tinha como objetivo a aplicação do artigo 1.723 do CC/02 para todas as uniões estáveis, inclusive as homoafetivas, seguindo o método de interpretação conforme o texto constitucional¹. Como as duas demandas possuíam o mesmo fundamento, qual seja, o tratamento igualitário entre relacionamentos hétero e homossexuais, seja através da regulamentação, pelo art. 1.723 do CC/02, das uniões estáveis homoafetivas, seja através da aplicação dos princípios constitucionais à legislação infraconstitucional, a ADPF nº 132 foi recebida como Ação direta de Inconstitucionalidade e julgada conjuntamente com a ADI nº 4.277. Ambas objetivavam estender a estas uniões todos os direitos despendidos às demais, sem que houvesse nenhuma discriminação em razão da condição sexual dos seus membros.

1 A interpretação conforme a Constituição compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Cuida-se, por certo, da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outras que o Texto comportaria. Mas, se fosse somente isso, ela não se distinguiria da mera presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, que também impõe o aproveitamento da norma sempre que possível. O conceito sugere mais a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É, ainda, da sua natureza excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição. (BARROSO, 2004, p. 188-189).

Um dos pontos analisados na ação que reconheceu a união estável homoafetiva, foi a vedação a qualquer ato preconceituoso em razão do sexo das pessoas, inserto no artigo 3º, IV, da CF/88. O referido dispositivo constitucional deixa claro que um dos objetivos fundamentais da República é promover o bem comum, sem preconceitos de qualquer natureza, inclusive em razão do sexo. Nesse sentido, se não é aceitável a discriminação em razão do sexo dos indivíduos, ou seja, em razão do gênero masculino e feminino, também não é aceitável que as pessoas sejam reprimidas pela sua condição sexual. Dessa forma, todos devem ter a liberdade de escolha quanto ao seu companheiro e serem capazes de desenvolver as suas potencialidades sexuais, e conseqüentemente sociais, sem que isso acarrete reações homofóbicas ou a supressão de direitos que são garantidos a outros indivíduos em situações análogas. A proteção estatal dada pelo *caput* do artigo 226 da Carta Magna abrange todas as formações familiares, pois não refere expressamente a uma ou outra estrutura ou conceito de família. Assim, deve ser aplicado às uniões homoafetivas em sentido pleno, sem nenhuma distinção devido à condição sexual dos seus membros.

Outro ponto relevante tratado na ADI nº. 4.277, pelo Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2011a, p. 24), é a necessidade de previsão legal proibitiva ou autorizadora de determinada conduta para que o cidadão seja obrigado a realizá-la ou a abster-se, conforme preceitua o artigo 5º, II, da Carta Magna. Tal situação não acontece com as uniões estáveis homoafetivas, pois em nenhum momento a CF/88 regulamenta a condição sexual das pessoas, deixando ao livre arbítrio destas a criação de laços afetivos e de caráter sexual. Depreende-se, dessa forma, que a questão relacionada à formação de uma união estável, seja hétero ou homossexual, não deve sofrer interferência proibitiva do Estado, devendo este somente agir de maneira positiva, para estender a esses relacionamentos, os direitos e deveres insertos no Direito de Família. Coadunando-se a esse entendimento o Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto na ADI nº. 4.277, deixou claro que não há qualquer menção (que proíba) expressa no texto constitucional acerca das uniões entre pessoas do mesmo sexo e dispôs que:

Nessa linha de pensamento, é imperioso notar, de início, que não há, no texto constitucional, qualquer alusão ou mesmo proibição ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Mas não podemos esquecer, por outro lado, que a própria Constituição estabelece que o rol de direitos fundamentais não se

esgota naqueles expressamente por ela elencados. Isto é, outros direitos podem emergir a partir do regime e dos princípios que ela própria, Constituição, adotou, ou dos tratados internacionais firmados pelo Brasil. (BRASIL, 2011a, p. 114-115).

Quanto à redação e abrangência do artigo 226 da CF/88, incluindo o seu § 3º, resta claro que não houve a intenção de criar um conceito estanque de família de maneira a não abranger outras estruturas familiares ali presentes. Ademais, o reconhecimento da união estável entre homem e mulher através do artigo 226, § 3º, também não objetiva excluir os casais formados por pessoas do mesmo sexo, mas tão somente de incentivar a igualdade entre esses dois gêneros, como bem colocou o Ministro Ayres Britto:

[...] a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano [...]. (BRASIL, 2011a, p. 42).

Dessa forma, a interpretação conjunta do artigo 3º, inciso IV e do artigo 226, § 3º, da CF/88 deixa claro que a intenção do legislador foi apenas expungir qualquer preconceito entre o homem e a mulher, e não restringir o conceito de família para excluir do seu âmbito os casais homossexuais. A redação dos referidos dispositivos apenas expressa a efetivação do direito à igualdade entre homens e mulheres estabelecido no artigo 5º, I, da Carta Magna.

Em seu voto na ADI nº. 4.277, o Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011a, p. 68) dispõe sobre a importância de regulação jurídica das uniões estáveis homoafetivas sob pena de violação ao direito constitucional à segurança jurídica, pois essas pessoas sofrem com a incerteza das consequências que o relacionamento pode acarretar. É justamente pela falta de previsão legal expressa que os indivíduos homossexuais acabam não tendo os mesmos direitos das demais pessoas que estabelecem um relacionamento afetivo. Apesar de não haver nenhuma proibição na CF/88 referente à constituição de uma estrutura familiar entre pessoas do mesmo sexo, o que se revela deveras importante e razoável, isso não é o bastante para garantir a igualdade entre as uniões estáveis hétero e homoafetivas. Além de não coibir as referidas estruturas familiares, o

Estado tem o dever de proporcionar a igualdade material entre todos os indivíduos, independente da sua orientação sexual. Portanto, deixar de regulamentar, seja através da lei, seja através de uma decisão judicial vinculante, os relacionamentos duradouros entre homossexuais é o mesmo que negar-lhes a efetivação aos direitos constitucionais à igualdade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Algumas contradições também são inaceitáveis quanto ao reconhecimento da união entre pessoas homossexuais, pois em alguns ramos do direito essa questão é bastante desenvolvida, como por exemplo no direito tributário, em que há a possibilidade de inclusão do companheiro homoafetivo como dependente econômico para fins de dedução no Imposto de Renda, desde que cumpridos os requisitos impostos às demais uniões estáveis, apesar de essa área estar relacionada apenas a questões econômicas. O Parecer exarado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em 2010 (PGFN/CAT nº 1503) deixa claro que a orientação sexual das pessoas não é relevante, para fins tributários, assim como não deve ser nas relações submetidas ao direito de família, nesse diapasão

À luz do novel constitucionalismo, autoriza-se o reconhecimento da orientação sexual como direito oponível ao Estado. A afirmação da homossexualidade da união, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à fruição de direitos assegurados à união heterossexual. A lei tributária, vinculada à isonomia de tratamento, não colhe razões que têm por fundamento o preconceito e a discriminação, sendo vedado ao intérprete limitar o que a lei expressamente não limita. (BRASIL, 2010a, p. 4).

Apesar de o referido parecer deixar expresso que não tinha ali a intenção de reconhecer a união estável homoafetiva, é importante perceber a necessidade de haver uma interpretação constitucional das leis, inclusive às relacionadas ao direito tributário. Ressaltou, ademais, outras questões aqui já tratadas, como a redação do § 3º, do artigo 226, CF/88, tendo em vista que não foi a intenção do legislador constitucional tolher os direitos daqueles que não se enquadram nas situações expressas no texto constitucional, pois:

A tutela do modelo tradicional de família prevista na Lei Maior longe está de constituir a chamada “norma de clausura”, segundo a qual tudo o que não for juridicamente permitido encontra-se automaticamente proibido. Isso levaria a compreender que o silêncio equivale a proibição, com negação de outras

formas de organização familiar, sem atentar para preceptivos de igual ou superior valor principiológico espalhados no texto constitucional. (BRASIL, 2010a, p. 14).

Nesse diapasão, o reconhecimento das uniões homossexuais já vinha sendo tratado pelo Poder Público, contudo, ainda não tinha uma padronização de condutas relativa aos casais compostos por pessoas do mesmo sexo. Isso demonstra que a questão tem importância para o direito e que merece atenção sob o ponto de vista jurídico.

Considerando que a CF/88 não restringe as estruturas familiares, inclusive as homoafetivas, é possível determinar que o seu reconhecimento como entidade familiar é a realização material dos direitos fundamentais à igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Na ADI nº. 4.277, o Ministro Luiz Fux deixa claro que não é possível dar interpretação diversa ao dispositivo constitucional (artigo 226, §3º), que adveio para regulamentar relacionamentos que anteriormente eram considerados clandestinos e conceituados como concubinato e negar a sua aplicação às uniões homoafetivas, assim sendo:

Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil. Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas. (BRASIL, 2011a, p. 71).

Nesse sentido, o artigo 1.723 do CC/02, assim como o art. 226, § 3º da CF/88, deve incluir em seu âmbito de aplicação os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo concedendo-lhes os efeitos práticos que são concedidos às uniões estáveis heterossexuais, pois tal fato não agride direitos de outrem, ao contrário, estabelece a igualdade material e jurídica entre pessoas que vivenciam situações idênticas. A Ministra Cármen Lúcia dispôs brilhantemente sobre a questão ao deixar claro que a CF/88 não consagrou a liberdade dos indivíduos para depois oprimi-los com uma restrição na escolha do companheiro, seja ele de qualquer sexo, pois:

Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido,

porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda. Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito. (BRASIL, 2011a, p. 91).

Ademais, a Ministra destacou que a intenção do legislador constituinte foi o de reconhecer as figuras insertas no artigo 226, § 3º, CF/88 (BRASIL, 2011a, p. 89-90), contudo, a redação que lhe foi dada era usada, anteriormente ao julgamento da ADI nº. 4.277, como empecilho ao reconhecimento das uniões homoafetivas. Dessa forma, imprescindível que o Supremo Tribunal Federal desse uma interpretação constitucional do dispositivo civilista (artigo 1.723 do CC/02). Ressalta-se, também, que a Ministra Cármen Lúcia fundamentou seu voto não na significação dos artigos. 226, *caput*, da CF/88 e 1.723, do CC/02, ou seja, não embasou seu voto na questão referente à taxatividade dos referidos dispositivos, mas sim na necessidade de efetivação material dos direitos fundamentais à liberdade, igualdade, respeito e intimidade (BRASIL, 2011a, p. 90).

O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto na ADI nº. 4.277, entendeu não ser possível a equiparação união estável homoafetiva com o instituto da família, estruturado através do casamento ou da união estável (BRASIL, 2011a, p. 100-101), apesar de conhecer a importância no reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Segundo Ricardo Lewandowski, a intenção do legislador foi a de reconhecer a estrutura familiar entre um homem e uma mulher, explicitando que o texto constitucional (artigo 226, § 3º) e o CC/02 (art. 1.723) são claros nesse sentido. Contudo, ressaltou a necessidade de uma aplicação analógica dos referidos dispositivos, a fim de reconhecer uma quarta forma de entidade familiar, qual seja, a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A respeito do posicionamento do ilustre Ministro, fica evidente que não há como confundir um relacionamento entre pessoas hétero e homossexuais sob o ponto de vista da condição sexual, pois são situações reais distintas. Contudo, sob o ponto de vista jurídico e de efetivação dos direitos aplicados à união estável, não há como diferenciá-los, pois cumprem, os dois, os mesmos requisitos exigidos em lei para

configuração da união estável e conseqüente enquadramento no conceito de família. Ao reconhecer que a união estável homoafetiva é uma quarta forma de entidade familiar estar-se-ia dando margem a interpretações restritivas, como ocorria outrora. Se não houver equiparação, literal e materialmente, entre as uniões estáveis homossexuais e heterossexuais, poderia haver uma abstenção na aplicação dos dispositivos civilistas que tratam da matéria. Ou seja, ao “criar” uma nova estrutura familiar seria preciso regulamentá-la através de uma lei, o que não configura o objetivo dos casais homoafetivos. Estes desejam a aplicação dos dispositivos legais de forma igualitária; ou seja, que os artigos do CC/02 que tratam sobre a matéria (artigos 1.723 a 1.727) sejam aplicados aos seus relacionamentos, a fim de expungir qualquer insegurança e indiferença existente no ordenamento jurídico.

A decisão proferida na ADI nº. 4.277 serviu como uma normatização extraordinária, pois regulamentou uma situação de fato existente e que não tinha previsão legal. O ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2011a, p. 120) destacou a importância do Supremo Tribunal Federal analisar a questão em pauta, tendo em vista que o Congresso Nacional não posicionava-se a respeito das uniões estáveis homoafetivas. Estas, a seu turno, se submetiam à clandestinidade e insegurança jurídica no que tange aos efeitos resultantes destes relacionamentos. A omissão do Poder Legislativo através da morosidade em criar uma lei por vezes pressiona o Judiciário a posicionar-se sobre determinado tema, pois não há como o juiz deixar de solucionar um caso em razão da inexistência de uma lei aplicável, conforme dispõe o artigo 126 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973a). Esse foi o caso em pauta, em que o Supremo Tribunal Federal teve que decidir a questão, pois tratava-se de assunto que transcendia às questões particulares e alcançava diversas pessoas que encontravam-se na mesma situação sem uma lei regulamentadora, como bem observado pelo Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2011a, p. 139).

Sob outro viés, o Ministro Gilmar Mendes analisou a importância de atribuir afeitos modificativos às leis que são consideradas inconstitucionais ou que não estão sendo interpretadas de acordo com a Constituição. Ele ressalta que é desnecessário simplesmente declarar a nulidade de uma determinada norma ou apenas julgar a demanda improcedente (BRASIL, 2011a, p. 149). Com toda razão, o ilustre Ministro

discorreu sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar como legislador positivo no sentido de atribuir uma nova interpretação legislativa de caráter vinculante para as demais lides que tratem sobre o mesmo tema. Nesse sentido, o papel do Supremo Tribunal não é apenas declarar ou não a inconstitucionalidade de leis ou outros atos normativos, mas principalmente adequá-los à nova roupagem que reveste o nosso ordenamento jurídico, especialmente após a promulgação da CF/88, de explícito caráter social e humanizante. Como é possível verificar em outros julgamentos realizados por aquele Tribunal Supremo, é prática típica a determinação de interpretação, conforme o texto constitucional, de leis com redação que não suprem a necessidade de uma camada considerável da população, ou que são aplicadas de maneira que infringem os valores e princípios insertos na Carta Magna, principalmente a dignidade da pessoa humana, fundamento do ordenamento jurídico brasileiro.

No julgamento da ADI nº. 4.277, foi possível verificar claramente o uso dessa ferramenta tão importante para a efetivação material dos direitos fundamentais, qual seja, a técnica de interpretação conforme a Constituição, pois não há como negar aos indivíduos homossexuais determinados direitos que são imprescindíveis para a construção de uma vida amorosa segura e reconhecida juridicamente por causa da inércia do Poder Legislativo. Dessa forma, a atuação do Supremo Tribunal Federal é importante para a realização de mudanças no paradigma de que a lei deve ser interpretada e aplicada segundo a sua dicção literal, pois como dispôs o Ministro Gilmar Mendes:

A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. (BRASIL, 2011a p. 151).

Ademais, foi ressaltada a problemática quanto à usurpação, pelo Supremo Tribunal Federal, da função legislativa, ou seja, foi levantada a questão da supressão da competência legislativa, pois o CC/02 (artigo 1.723) só poderia ser alterado, como o foi no julgamento da ADI nº. 4.277, através de lei. Contudo, do ponto de vista prático, não há indícios de que a situação referente à união estável homoafetiva fosse regulamentada através do processo legislativo tradicional, tendo em vista que os

projetos de lei nesse sentido estão tramitando há anos no Congresso Nacional sem que esses indivíduos tenham os mesmos direitos que os casais heterossexuais (BRASIL, 2011a, p. 160-162). Nesse diapasão, é desumano e inconstitucional não estabelecer parâmetros para a aplicação do artigo 1.723 do CC/02 em detrimento do desenvolvimento pessoal e social dos milhares de casais homossexuais. Dessa forma, não ocorreu, no caso em tela, supressão de competências, pois como bem ressaltou o Ministro Celso de Mello não há que se alegar:

[...] **a ocorrência de eventual ativismo judicial** exercido pelo Supremo Tribunal Federal, **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam esse comportamento afirmativo** do Poder Judiciário, **de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida e desrespeitada, *como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos.* (BRASIL, 2011a, p. 257) [grifo do autor].

Outro ponto discutido foi a alteração, por lei ordinária, dos limites estabelecidos pela CF/88 quanto à união estável (BRASIL, 2011a, p. 151-152). Entretanto, sob o ponto de vista social e humanizante da nossa Carta Magna, o artigo 226, § 3º é abrangente e não exclui nenhuma estrutura familiar de sua proteção. Dessa forma, não há que se falar na alteração dos limites constitucionais pela nova roupagem do artigo 1.723 do CC/02, que será aplicável também aos casais homossexuais que objetivam formar uma família e conseqüentemente obterem o reconhecimento legal de sua união estável. Se o rol do dispositivo constitucional supracitado não é taxativo, mas apenas exemplificativo, resta claro que ele também abrange as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, e a sua essência não será alterada com a nova interpretação dada ao artigo 1.723 do CC/02, tendo em vista que este dispositivo, ao contrário, apenas foi adequado aos valores e princípios constitucionais. Caso não houvesse essa interpretação conforme a CF/88, do artigo 1.723 do CC/02, continuaria sendo negado o reconhecimento jurídico aos casais homossexuais, que estruturam uma família exatamente nos mesmos parâmetros, legais e sociais, que um casal heterossexual, exceto pela condição sexual diferenciada. Essa situação, se não fosse resolvida, seja pelo processo jurisdicional, como o foi, seja através da elaboração de uma lei, constituiria verdadeira omissão diante da violação do direito à igualdade, garantido

constitucionalmente pelo artigo 5º, *caput* da CF/88. O reconhecimento da união estável homoafetiva foi um grande avanço para banir qualquer conduta discriminatória ou preconceituosa, pelo menos no viés jurídico. O próprio Ministro Gilmar Mendes reconheceu a dificuldade quanto à aprovação de uma lei que regulamentasse a situação vivida por casais de pessoas homossexuais, pois é inegável (BRASIL, 2011a, p. 159) “a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema”.

Dessa forma, apesar de não ser atribuição do Supremo Tribunal Federal alterar dispositivos legais, ou pelo menos determinar a sua interpretação com efeitos *erga omnes*, foi imprescindível o julgamento de procedência da ADI nº. 4.277, tendo em vista que, (BRASIL, 2011a, p. 162-163) “apesar de o Poder Legislativo debruçar-se sobre o tema há mais de 15 anos, até hoje não conseguiu chegar a consenso básico para a aprovação de qualquer regulamentação”. É exatamente por essa demora em solucionar um problema recorrente, que muitas vezes os cidadãos homossexuais recorriam ao litígio para verem os seus direitos reconhecidos, nesse diapasão:

[...] é inegável que a ausência de uma regulamentação legislativa minimamente estruturada durante todo esse período implica uma proteção insuficiente aos cidadãos que pretendem resguardar seus direitos fundamentais e aqueles decorrentes de uma união homoafetiva. (BRASIL, 2011a, p. 164).

Com a análise da referida questão pelo Supremo Tribunal Federal foi possível a efetivação material de uma série de direitos fundamentais que não eram respeitados antes sob o argumento da falta de legislação específica a respeito das uniões estáveis homoafetivas. Esses relacionamentos, assim, como os demais, são pautados pela afetividade, publicidade e vontade em constituir uma entidade familiar, sendo que:

A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes. (BRASIL, 2011a, p. 169 - 170).

Nesse sentido, o reconhecimento da união estável homoafetiva envolve questões não somente conceituais, como o texto literal do artigo 226, § 3º, da CF/88, mas também o respeito aos direitos fundamentais, que estavam sendo denegados tanto na esfera administrativa como em decisões judiciais, através da não concessão de benefícios inerentes à união estável homossexual. Dentro dessa perspectiva o Estado deve promover ações que protejam o cidadão e disponibilizar instrumentos para a efetivação material, e não meramente formal, dos seus direitos. Nesse sentido:

[...] a questão da união entre pessoas do mesmo sexo não se restringe apenas a uma exigência de formulação de políticas públicas, mas, sim, ao reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade. Tais direitos dizem respeito à liberdade de orientação sexual, de desenvolvimento da personalidade e de reconhecimento da união homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente dever de proteção do Estado, por intermédio de um modelo mínimo de proteção institucional, como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação. (BRASIL, 2011a, p. 178).

A inclusão, através do julgamento da ADI nº. 4.277, das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares merecedoras de proteção estatal, além de desestimular condutas preconceituosas também proporcionou maior liberdade aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que atualmente os cidadãos podem constituir uma família independentemente da sua condição sexual e fazem jus aos direitos inerentes às demais uniões estáveis. Como explanado no capítulo anterior, deve ser a afetividade o fator determinante para a conceituação de uma família e a sua proteção diante de alguma ofensa. Dessa forma, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que:

Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. (BRASIL, 2011a, p. 205).

Nessa esteira, dar uma interpretação restritiva aos artigos 226, § 3º da CF/88 e 1.723 do CC/02, seria criar mais um empecilho à tutela dos relacionamentos homossexuais sem motivos, pois a interpretação dos referidos dispositivos pode e deve

ser feita de maneira que tutelem os direitos de todos os indivíduos, sem excluir aqueles que mais necessitam de proteção.

A decisão favorável ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas e a equiparação desta à união entre um homem e uma mulher foi imprescindível para efetivar vários direitos fundamentais e também àqueles que regem o Direito de Família, tendo em vista que a ADI nº. 4.277 pôs fim a uma lacuna existente em tais relacionamentos perante o Poder Judiciário, que em algumas situações ainda prolatava decisões insensíveis ao não reconhecer o caráter familiar das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

O Pretório Excelso, ao determinar a aplicação do artigo 1.723 do CC/02 aos casais homossexuais que desejam formar uma entidade familiar e serem reconhecidos como tal, tanto na ordem jurídica vigente quanto na esfera social contribuiu em muito para a maior aceitação destas famílias que há tempos sofrem pela discriminação e pelo preconceito. Não poderia ser diferente a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à extensão e abrangência do disposto no artigo 226, § 3º da CF/88, pois no atual momento vivido pelo nosso ordenamento jurídico não há que se falar em restrições de direitos fundamentais em detrimento do bem-estar e da formação da personalidade dos cidadãos brasileiros. A questão referente ao conceito de família aplicada na referida decisão é plenamente entendível tendo em vista que as entidades familiares mudam com o tempo, devendo o direito acompanhar tais mudanças e proteger o cerne do direito de família que é o desenvolvimento daqueles que buscam compartilhar uma vida em comum através dos laços de afetividade. Dessa forma, como bem asseverou o Ministro Luiz Fux, em seu voto:

[...] o conceito constitucional pós-1988 de *família* despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais. (BRASIL, 2011a, p. 60).

Nessa esteira, a decisão prolatada na ADI nº. 4.277 serviu não apenas para efetivar materialmente o direito à liberdade na escolha do companheiro, à dignidade dos casais homossexuais e à igualdade de tratamento na esfera constitucional e civil. Mais

do que isso, a inclusão das uniões estáveis homoafetivas no conceito de entidade familiar contribuiu para a maior aceitação destas estruturas familiares perante a sociedade, que cada vez mais deve acostumar-se com tais situações como normais, pois elas são reais e não tão incomuns, como aponta a pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística de 2010 (BRASIL, 2010b), que apontou a existência de cerca de sessenta mil casais homossexuais no Brasil. Nesse sentido, como asseverou o Ministro Celso de Mello, citando a Dra. Deborah Macedo Duprat De Britto Pereira, na petição inicial da ADI nº. 4.277, que subscreveu na condição de Procuradora-Geral da República:

[...] não há qualquer interesse legítimo que justifique o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. **O reconhecimento** em questão **não afeta** qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. **A sua recusa consubstancia** medida autoritária, **que busca impor** uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, **vitimizando** os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. **Daí a grave ofensa** ao princípio constitucional de proteção da liberdade. (BRASIL, 2011a, p. 245) [grifo do autor].

Dessa maneira, a decisão que reconheceu as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo mostrou-se relevante, pois permitiu a aplicação dos dispositivos civilistas relacionados à união estável a estas situações e o tratamento igualitário entre os relacionamentos hétero e homossexuais. Dessa forma, as implicações práticas trazidas pela ADI nº. 4.277 é a maior prova de que os direitos fundamentais dos casais formados por pessoas do mesmo sexo foram efetivados materialmente e que não é mais possível pensar em uma ordem jurídica excludente e discriminatória. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello ressaltou que:

Esta decisão – *que torna efetivo* o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal e à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana **e que**, *rompendo* paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que, *até agora*, **inviabilizavam** a busca da felicidade **por parte** de homossexuais **vítimas** de tratamento discriminatório – *não é nem pode ser* qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor **de apenas** alguns. (BRASIL, 2011a, p. 225) [grifo do autor].

De fato, a aplicação do artigo 1.723 do CC/02 às uniões estáveis homoafetivas não desrespeita e nem fere direitos de outrem, e, portanto, não há motivos para negar aos homossexuais um tratamento igualitário diante das demais situações que são regidas pelo direito de família. Dessa forma:

[...] **para que** o regime democrático *não se reduza* a uma categoria político-jurídica *meramente* conceitual **ou simplesmente** formal, **torna-se necessário assegurar**, às *minorias*, **notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos**, *sem distinção*, são assegurados. (BRASIL, 2011a, p. 243) [grifo do autor].

O julgamento da ADI nº. 4.277, dessa forma, efetivou materialmente os direitos constitucionais à liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana e da não discriminação, não permitindo que os valores essenciais do Estado Democrático de Direito permanecessem apenas no plano teórico e possibilitando uma mudança no dia-a-dia daqueles que eram de certa maneira ignorados pelo Poder Público. Igualmente, a decisão mencionada trouxe efeitos práticos aos casais homossexuais relacionados ao direito de família, conforme será analisado no capítulo seguinte.

3 AS MUDANÇAS RELACIONADAS AO TRATAMENTO JURÍDICO DADO ÀS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS APÓS O JULGAMENTO DA ADI nº. 4.277

Com o julgamento da ADI nº. 4.277, e o conseqüente reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, foi possível perceber uma séria mudança quanto ao tratamento dispensado a esses relacionamentos, tendo em vista que atualmente eles devem ser analisados de maneira igual às demais uniões estáveis. Ademais, a interpretação conforme a CF/88 (artigo 226, § 3º) do artigo 1.723 do CC/02 permite a extensão de diversos direitos espriados na legislação infraconstitucional aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse sentido, os dispositivos do CC/02 que fazem referência ao instituto da união estável devem ser aplicados aos relacionamentos homossexuais, desde que presentes os requisitos legais pertinentes, quais sejam, a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1.723 do CC/02). Dessa forma, o relacionamento homoafetivo deve ser de conhecimento comum no meio social em que os companheiros convivem, bem como deve ter uma duração razoável, pois não enquadra-se no conceito de união estável a relação efêmera, apesar de não ser exigível lapso temporal para a sua configuração. O desejo de constituir uma família também deve estar presente para que sejam estendidos aos casais homossexuais os direitos garantidos às demais uniões estáveis, requisito este subjetivo, pois envolve o ânimo dos companheiros em construir uma vida em comum.

Outrossim, para que reste configurada a união estável faz-se necessário que não haja nenhum dos impedimentos relacionados ao casamento, elencados no artigo 1.521 do CC/02, que dispõe:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Tais impedimentos à constituição de uma família homoafetiva decorrem da aplicação do artigo 1.723, § 1º do CC/02 às demais uniões estáveis, pois a decisão vinculante proferida na ADI nº. 4.277 permite que tais relacionamentos sejam tratados de forma igualitária diante da legislação pátria. Resta claro, portanto, que o reconhecimento das uniões homoafetivas não é ilimitado, tendo em vista que necessita cumprir com as exigências legais impostas às demais uniões estáveis.

Outro aspecto relevante é a não aplicação, às uniões estáveis, tanto hétero quanto homossexuais, das causas suspensivas elencadas no artigo 1.523, pois o referido dispositivo é aplicável aos casos em que os indivíduos desejam se casar, formalmente, com o conseqüente registro civil. Contudo, a união estável é justamente marcada pela informalidade, ou seja, é constituída de maneira que os companheiros optam por não seguir os trâmites legais exigidos pelo casamento. Dessa forma, não seria lógico aplicar as causas suspensivas do artigo 1.523 do CC/02 às uniões homoafetivas. Tal situação revela-se vantajosa na medida que permite aos conviventes estabelecer o regime de bens independentemente da idade e das referidas causas suspensivas, pois no caso de pessoas com mais de 70 (setenta) anos, por exemplo, o regime legal de bens é, obrigatoriamente, a separação total de bens. Ademais, aplica-se este regime de bens no caso de não serem observadas as causas suspensivas no momento da celebração do casamento. Com o estabelecimento da união estável (hétero e homoafetiva), fica mais fácil optar por um outro regime legal de bens que não seja imposto pela legislação.

Quanto aos deveres relacionados à união estável, também são aplicados aos relacionamentos homossexuais na medida em que, deve haver entre os companheiros homoafetivos a lealdade, o respeito, a assistência, e a guarda, sustento e educação dos filhos (artigo 1.724 do CC/02). No que diz respeito ao último aspecto mencionado, é perceptível a possibilidade de os casais homoafetivos utilizarem-se da adoção, para constituir sua prole, tendo em vista que a reprodução assistida e a adoção são as únicas alternativas para a constituição de sua prole. Apesar de a questão ser

controvertida nos tribunais², não há justificativa para negar a essas pessoas a adoção de uma criança ou de um adolescente, desde que cumpridas as exigências insertas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90). Dessa forma, sendo aplicáveis os dispositivos da união estável heterossexual à união homossexual, deve ser assegurado o direito à adoção por parte destes, pois os companheiros homoafetivos só podem dividir os deveres de guarda, sustento e educação dos filhos mediante a adoção ou reprodução assistida. Isso não os impede, contudo, de constituir uma família, pois atualmente não há mais diferenciação quanto aos filhos adotados e aqueles que eram tratados como legítimos pelo Código Civil de 1916.

Com o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, a supremacia da afetividade na formação destas estruturas e a igualdade jurídica entre os filhos biológicos e os adotados, não existem motivos plausíveis para negar aos casais homossexuais o direito à adoção. A lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seu artigo 42, § 2º estabelece que (BRASIL, 1990a) “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Dessa forma, não há qualquer menção à diversidade de sexos como requisito para a adoção, sendo possível a

2 Nesse sentido, há divergências quanto à adoção conjunta por homossexuais, como se depreende das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que seguem abaixo:

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. **ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO.** Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, **possível admitir-se a adoção homoparental, porquanto inexistente vedação legal para a hipótese.** Existindo, nos autos, provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para **adoção** conjunta. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70034811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, **Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em **13/08/2010**). (BRASIL, 2010c).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. **HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. CONCLUSÃO DO ESTUDO PSICOSSOCIAL, ELABORADO POR EQUIPE INTERPROFISSIONAL, QUE CONTRAINDICA A HABILITAÇÃO DO CASAL PARA A ADOÇÃO. INDEFERIMENTO DA HABILITAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.** 1. Para que se defira a habilitação para a adoção, é necessário perquirir a adequação e capacidade dos postulantes para o exercício da função parental, através da realização de estudo psicossocial, porquanto imperiosa a observância dos superiores interesses da criança, segundo a doutrina da proteção integral preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Tendo em vista que o parecer da equipe interprofissional foi pela contraindicação da habilitação do casal para a adoção, **não restando atendidos os requisitos objetivos (sociais) e subjetivos (psicológicos) para tanto, correta a sentença que indeferiu a habilitação. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.** (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70055454359, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 17/10/2013). (BRASIL, 2013a).

realização desta por casais homossexuais depois do julgamento da ADI nº. 4.277. Ora, se o STF decidiu pelo reconhecimento da união estável homoafetiva e se restar comprovada a estabilidade familiar desta estrutura é possível a adoção conjunta de uma criança ou adolescente por um casal homossexual. Apesar de não haver impedimento legal para a adoção conjunta de casais homossexuais, o que ocorre, muitas vezes, é a denegação do pedido judicial devido a uma série de fatores, como por exemplo a confusão psíquica que a criança poderia sofrer quando não há a diversidade de sexos entre os seus pais adotivos. Os casais homossexuais optam, então, pela adoção individual como alternativa à constituição de uma família com filhos, o que revela grande injustiça, tendo em vista que em caso de morte ou separação dos adotantes a criança adotada não terá como exigir os seus direitos sucessórios ou previdenciários em relação a um dos conviventes, pois terá apenas o sobrenome de um deles em seus registros. Nesse sentido:

Os vínculos pais-filhos devem perdurar independentes das vicissitudes da vida dos adultos. Separação e morte não podem privar brutalmente uma criança dos vínculos tecidos com seus pais sociais. O Direito de Família brasileiro estabelece que um pai/mãe não pode impedir o contato de um filho com o outro pai/mãe nas famílias cujo contexto é heterossexual. Porém, no contexto homoparental essa lei não pode ser aplicada, a não ser nos casos onde houver o reconhecimento da parceria homossexual como uma união estável afetiva e familiar e não apenas patrimonial. (ZAMBRANO, 2007, p. 151)

O que deve ser considerado para fins da adoção por casais homoafetivos é simplesmente o melhor interesse para a criança ou adolescente, ou seja, se o casal adotante tem condições de proporcionar um ambiente em que o adotado possa desenvolver as suas potencialidades e formar a sua personalidade através do acesso à educação, saúde e principalmente, com a assistência emocional fornecida pelos pais adotivos. Ademais, é importante verificar se a adoção proporcionará à criança ou adolescente a efetivação dos direitos assegurados no artigo 227 da CF/88. Nesse sentido:

[...] o princípio do melhor interesse da criança, visa a melhor forma de inserção de crianças em famílias, sejam elas heteroafetivas ou homoafetivas, pois somente vai ser concedida a adoção para aqueles que realmente forem garantir os princípios alicerçados na Constituição Federal à criança, ao adolescente e às famílias. Logo, a inclusão de uma criança em uma família homoafetiva,

ancorada em laços de afeto, de forma pública, contínua e duradoura pode ser entendida para a salvaguarda de direitos e garantias fundamentais a eles inerentes, com o alicerce principal do princípio do melhor interesse da criança. (PESSANHA, 2013, p. 16-17)

Sob outro prisma, os relacionamentos formados por pessoas do mesmo sexo envolvem questões de ordem prática, como a possibilidade de alteração do sobrenome dos companheiros após o estabelecimento da união estável. Ressalta-se que a lei civil não estabelece nenhum parâmetro a referida alteração, contudo a Lei dos Registros Públicos (Lei nº. 6.015/73), em seu artigo 57, § 2º, dispõe que:

A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas. (BRASIL, 1973b)

Dessa forma, deve também ser estendido aos casais homossexuais o direito de alteração do sobrenome mediante registro no Cartório de Registro Civil, desde que estejam presentes os requisitos legais exigidos para constituição da união estável. Apesar da Lei nº. 6.015/73 dispor apenas da possibilidade de alteração do sobrenome nos casos de uniões estáveis entre homem e mulher, conforme já explanado, a leitura do dispositivo infraconstitucional deve ser feita de acordo com os princípios e valores insertos na CF/88, não podendo excluir do seu âmbito aqueles que merecem proteção Estatal, sob pena de inconstitucionalidade. A própria decisão proferida pelo STF (ADI nº. 4.277) comprova a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais à igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Dessa forma, não pode a legislação infraconstitucional excluir algumas pessoas do seu âmbito de incidência, quando a Carta Magna as protege.

Outro aspecto de profunda relevância é a possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento, já que o artigo 226, § 3º estabelece que deve ser facilitada tal situação. Com o julgamento favorável da ADI nº. 4.277, esse direito também é, atualmente, estendido aos casais homossexuais. Apesar de não haver nenhuma regulamentação por parte do Congresso Nacional, o Superior Tribunal de Justiça, em seu informativo de nº. 486 (BRASIL, 2011b), estabeleceu a possibilidade de

habilitação para casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, a Resolução nº. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) garante a possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento e o registro do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, sendo vedada a sua recusa pelas autoridades competentes (BRASIL, 2013b). Apesar de o Projeto de Decreto Legislativo nº 871/13 (Partido Democrata Cristão), de autoria do deputado Arolde de Oliveira (PSD-RJ) ter sido aprovado na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos deputados, com o objetivo de suspender a resolução nº 175 do CNJ, esta ainda é mais uma conseqüência do julgamento da ADI nº. 4.277, pois falta a análise do projeto legislativo por parte da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, e se aprovado, seguirá para análise do Plenário (BRASIL, 2013c). Contudo, não é razoável a equiparação das uniões estáveis hétero e homossexuais sem dar as mesmas garantias a ambas, ademais, suspender a referida resolução seria considerado um retrocesso social e a negação aos direitos fundamentais dos casais homoafetivos.

Também é imprescindível analisar os aspectos patrimoniais pertinentes aos relacionamentos estabelecidos entre pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, o artigo 1.725 do CC/02 faz menção expressa ao regime da comunhão parcial de bens, que deve ser aplicado à união estável, salvo se houver disposição contratual diversa, acertada entre os companheiros. Dessa forma, quando ocorre o término da união estável homoafetiva é possível realizar a partilha dos bens adquiridos onerosamente durante o relacionamento de acordo com o regime de bens acordado entre as partes conviventes ou estabelecido em lei no caso de silêncio (regime de comunhão parcial). A situação fática deve ser decidida na seara do direito de família e não como a dissolução de um vínculo empresarial, com efeitos meramente patrimoniais, como era feito outrora. Dessa forma:

No regime de comunhão parcial, todos os bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do trabalho comum, adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em partes iguais. Instala-se um estado de **condomínio** entre o par. Tudo há que ser dividido. A presunção de propriedade do titular aparente no registro não é mais absoluta, e o companheiro é patrimonialmente equiparado ao cônjuge. (DIAS, 2007, p. 166)

Nesse sentido, os bens assim adquiridos são presumidamente de ambos os conviventes, homossexuais ou não, salvo se houver algumas das causas de incomunicabilidade insertas nos artigos 1.659 e 1.661 do CC/02. Ademais, também é necessária a autorização do companheiro para a disposição do patrimônio adquirido de forma comum, sendo outorgada ao companheiro homossexual a oposição de embargos de terceiro (artigo 1.046 do Código de Processo Civil) a fim de defender a meação do bem adquirido durante a união (DIAS, 2007, p. 168). Aplicável à união estável homoafetiva, portanto, a Súmula 332 do Superior Tribunal de Justiça, que torna ineficaz a garantia (fiança, aval ou doação) dada sem a outorga uxória, sob pena de prejudicar o companheiro que ajudou a adquirir o bem comum (BRASIL, 2008). E como nas demais uniões estáveis, a meação dos bens adquiridos durante o relacionamento homossexual respondem pelas dívidas particulares.

Outro ponto relevante diz respeito à revogação da Lei nº. 9.278/96 (BRASIL, 1996) pelo advento do CC/02 e a sua aplicação, à união estável homoafetiva. Apesar de a legislação civil tratar das questões referentes ao patrimônio adquirido durante a união estável e da sua respectiva partilha após o término do relacionamento, não revogou expressamente a lei referida acima. Dessa forma, entende-se que ainda estão em vigor as disposições contidas na Lei nº. 9.278/96 desde que não contrariem a legislação civil, conforme dispõe o artigo 2º, §§ 1º e 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (BRASIL, 1942). Nesse sentido, foi aprovado o enunciado 117 nas Jornadas de Direito Civil, dispondo que:

O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88. (BRASIL, 2012, p. 28)

Tendo em vista que o CC/02 não estendeu ao companheiro o direito real de habitação, previsto apenas para o cônjuge (artigo 1.831), e que a Lei nº 9.278/96 trata dessa matéria, não seria constitucional negar tal direito àqueles que mantiveram união estável somente porque o CC/02 não o previu. Ademais, deixar de aplicar o referido direito seria um retrocesso social. Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que garante o direito real de habitação ao companheiro, pois:

A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002. (BRASIL, 2011c)

Nesse sentido, o direito real de habitação referente à residência da família também é garantido ao companheiro do mesmo sexo, pois a Lei nº. 9.278/96 estabelece em seu artigo 7º, parágrafo único, que “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família” (BRASIL, 1996). O direito real de habitação decorre não somente da lei, mas do dever de assistência e solidariedade presentes no direito de família e em atendimento ao princípio do não retrocesso social. Dessa forma:

Como bem se observa a própria jurisprudência evidencia diversos princípios jurídicos no sentido da necessidade do deferimento do direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, enfraquecendo a tese já mencionada, que afirma inexistir o referido direito depois da edição da Lei nº 10.406/2002. A corrente predominante é a do entendimento doutrinário no sentido do reconhecimento do direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, com base na Lei nº 9.278/1996, mesmo depois da vigência da lei nº 10.406/2002. (SCHLOGL, 2007).

Como atualmente a união estável entre pessoas do mesmo sexo é incluída no conceito de família e o CC/02 não faz menção ao direito real de habitação aplicável às uniões estáveis, aplica-se o dispositivo legal da Lei nº. 9.278/96. Dessa forma, é garantido ao convivente do mesmo sexo o direito real de habitação, desde que não estabeleça nova união estável ou casamento, tendo em vista que estes direitos também foram assegurados aos homossexuais diante do julgamento favorável da AD nº. 4.277 e da publicação da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (conversão da união estável homoafetiva em casamento).

A mesma situação é verificada em relação ao usufruto viual, estabelecido pela Lei nº. 8.971/94, ou seja, o companheiro sobrevivente, que conviveu com o *de cujus* solteiro, viúvo ou separado judicialmente, por mais de cinco anos, tem direito ao

usufruto da quarta parte dos bens do *de cujos*, se houver filhos comuns e ao usufruto da metade dos bens do *de cujos*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes. É o que estabelece a Lei 8.971/94, em seu artigo 2º (BRASIL, 1994). Dessa forma, se um dos companheiros homossexuais falecer é garantido ao sobrevivente o direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos dos bens adquiridos pelo convivente morto, na proporção acima exposta. Não se desconhece a decisão liminar do Superior Tribunal de Justiça que afastou o referido direito tendo em vista que a Lei nº. 9.278/96 estabelece o direito real de habitação (BRASIL, 2013d), contudo, até que haja uma decisão definitiva daquele Tribunal, o referido direito ainda persiste.

Outra questão relevante é a possibilidade de incluir o companheiro homossexual no rol dos herdeiros legítimos (artigo 1.790 do CC/02), ou seja, o convivente que mantenha união estável homoafetiva participará da sucessão do *de cujus* quanto aos bens adquiridos onerosamente durante o relacionamento e concorrerá com os filhos em comum (adotivos ou concebidos por reprodução assistida), com os descendentes e com outros parentes sucessíveis. Ademais, se não houver nenhum outro herdeiro, o companheiro tem direito à totalidade da herança. Anteriormente à ADI nº. 4.277, não era possível estender aos homossexuais os direitos sucessórios dispensados aos casais heterossexuais, pois essas entidades não eram consideradas núcleos familiares merecedoras de proteção pelo direito de família. A referida situação era tratada na esfera empresarial sem qualquer vínculo de afetividade. Dessa forma:

A partir do momento em que há o reconhecimento expresso na doutrina e na jurisprudência no sentido de que, no âmbito do direito de família, o intérprete poderia recorrer à analogia e aos princípios gerais do direito para equiparar a união estável heteroafetiva à união estável homoafetiva, nenhuma justificativa há para não se aplicar o disposto no art. 1790 do Código Civil, *in litteris*, para a sucessão no seio de ambas as espécies de união estável. (CREMASCO, p. 08-09).

Na mesma esteira, aos casais homossexuais também deve ser garantido, atualmente, o direito de estabelecerem contrato escrito a fim de regularem questões patrimoniais e pessoais relativas à união estável formada. Tal acordo, contudo, não é considerado o marco inicial da união estável, nem requisito para a sua constituição, que

ocorre pela convivência pública e duradoura e não depende de nenhum registro. O referido direito decorre da aplicação analógica do artigo 1.725 do CC/02 às uniões estáveis homoafetivas. O dispositivo legal em comento, assim como os demais, deve ser interpretado em conformidade com a decisão proferida na ADI nº. 4.277, ou seja, todo direito ou garantia dado à união estável tem que ser aplicado aos casais homossexuais em atendimento ao princípio constitucional da igualdade.

Há, também, a possibilidade de ajuizamento, por um dos companheiros homoafetivos, de ação declaratória que vise reconhecer a existência da união estável. Assim:

A sentença somente reconhece que a união existiu e identifica o período de convivência em face dos efeitos patrimoniais, pois os bens adquiridos, durante o tempo de vida em comum, pertencem a ambos, ensejando partição igualitária. (DIAS, 2007, p. 175).

Ademais, com o reconhecimento da existência da união estável homoafetiva abre-se a possibilidade de requerimento da pensão alimentícia nos termos do artigo 1.694 do CC/02. Antes do julgamento da ADI nº. 4.277 os casais homossexuais não faziam jus ao recebimento de alimentos, pois não eram considerados companheiros sob o ponto de vista jurídico. Era-lhes negado tal direito sob o argumento da impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que essa questão era tratada segundo as leis de direito comercial e não de direito de família. Contudo, atualmente, não há motivos para negar a percepção de pensão alimentícia, pois as uniões homoafetivas foram equiparadas às demais uniões estáveis, devendo receber o mesmo tratamento legal que estas e conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

No ultimo dia 5 de maio o Supremo Tribunal Federal, reconheceu, em decisão inédita, a união entre pessoas do mesmo sexo. Com o entendimento, casais homossexuais passam a ter os mesmos direitos dos casais heterossexuais, como direito à partilha de bens, pensão alimentícia, herança, inclusão do parceiro ou parceira no plano de saúde, declaração do Imposto de Renda e direito a adoção, em nome do casal. (BRASIL, 2011d).

Nesse sentido, o companheiro de uma relação homossexual pode requerer judicialmente pensão alimentícia, desde que necessite do valor para sobreviver, devendo o montante ser fixado de acordo com o binômio necessidade-possibilidade tanto do alimentando quanto do alimentado. Dessa forma: (DIAS, 2007, p. 179), [...] “o

único requisito para a concessão de pensão em favor do companheiro é a prova da necessidade do pensionamento”, não sendo mais preciso haver a diversidade de sexos para concessão do referido benefício.

Como nas demais uniões estáveis, não há necessidade de comprovação da culpa para auferir o valor a ser pago a título de pensão, que só deve ser arbitrada quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento, conforme dispõe o artigo 1.695 do CC/02. Dessa forma, é razoável que não seja estabelecido o pagamento de alimentos entre os companheiros homoafetivos quando ambos possuem condições de se sustentar dignamente. Ademais, a lei nº. 5.478/68 deve ser utilizada pelo companheiro da união estável homoafetiva, desde que tenha prova pré-constituída da relação, caso contrário o aconselhável é ajuizar a ação de reconhecimento da união estável cumulada com ação de alimentos (DIAS, 2007, p. 179).

No que diz respeito ao direito previdenciário, antes do julgamento favorável da ADI nº. 4.277 dificilmente eram concedidos benefícios previdenciários aos casais homoafetivos, ficando estes à margem dos diplomas legais que tratavam sobre a matéria. Não eram incomuns as decisões judiciais e administrativas que denegavam aos homossexuais direitos concedidos a casais heterossexuais.

. Tal situação era recorrente, pois os casais formados por pessoas do mesmo sexo não eram considerados, para fins legais, como membros de uma família, e, portanto, não eram incluídos no rol de dependentes do artigo 16 da Lei nº. 8.213/91 (Planos de Benefícios da Previdência Social), bem como nas disposições contidas na Lei nº. 8.112/90 (Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais). A primeira lei traz em seu artigo 16 as pessoas que são consideradas dependentes dos segurados da Previdência Social, entre eles a companheira ou companheiro (inciso I). Pela dicção legal é possível perceber que não há qualquer menção à diversidade de sexo como condição para o recebimento dos benefícios trazidos pela Lei nº. 8.213/91 (BRASIL, 1991). Contudo, os casais homossexuais não eram considerados companheiros, mas parceiros civis, como em uma sociedade de fato e não como uma união estável juridicamente reconhecida.

A decisão proferida pelo STF (ADI nº. 4.277) e a inclusão dos relacionamentos homoafetivos no conceito de família possibilitou que estes casais sejam beneficiados por direitos como pensão por morte no caso de falecimento do companheiro e auxílio-reclusão. O artigo 18 da referida lei dispõe que:

Art.18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

II - quanto ao dependente:

a) pensão por morte;

b) auxílio-reclusão; (BRASIL, 1991).

O auxílio-reclusão consiste em benefício pago aos dependentes do segurado da Previdência Social que está preso sob regime fechado ou semi-aberto e que não receba auxílio doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, conforme está disposto no site do Ministério da Previdência (BRASIL, 2013e). Nesses casos o companheiro homossexual tem a sua dependência econômica presumida e faz jus ao recebimento do benefício, tendo em vista que este é concedido nas mesmas condições da pensão por morte, de acordo com a interpretação conjunta do artigo 16, § 4º e do artigo 80 da Lei nº. 8.213/91. Como nas demais uniões estáveis, é preciso cumprir com alguns requisitos para que seja concedido o auxílio referido. Os documentos necessários para a concessão estão dispostos no site do Ministério da Previdência, e, dessa forma:

[...] para comprovar a união estável os casais homossexuais deverão apresentar no mínimo três documentos, como a declaração de Imposto de Renda do segurado, com o beneficiário na condição de dependente; certidão de disposições testamentárias (testamento); declaração especial feita perante tabelião (declaração de concubinato) ou conta bancária conjunta. Os critérios são os mesmos fixados pelo Código Civil para o reconhecimento da união estável para casais heterossexuais. (BRASIL, 2010d).

No que diz respeito aos benefícios concedidos aos dependentes dos servidores públicos federais, a Lei 8.112/90 refere em seu artigo 185 que:

Art.185. Os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor compreendem:

II - quanto ao dependente:

- a) pensão vitalícia e temporária;
- b) auxílio-funeral;
- c) auxílio-reclusão;
- d) assistência à saúde; (BRASIL, 1990b).

Comprovada a união estável entre o dependente e o servidor, seja qual for a sua orientação sexual, o companheiro deve ter deferido o seu pedido quanto aos benefícios previstos no dispositivo acima referido. Apesar de ser notória a necessidade do recebimento da pensão quando os conviventes compartilhavam as despesas domésticas comuns e um deles vinha a falecer, os pedidos administrativos eram negados pela inexistência de previsão legal para o recebimento de pensão no caso de casais homossexuais. Contudo, em alguns estados, como no Rio Grande do Sul, a pensão era paga em razão da ação civil pública de nº. 2000.71.00.009347-0 (BRASIL, 2013f). O pioneirismo em muito ajudou a efetivar direitos negados aos casais homoafetivos, porém não havia uma uniformização das decisões judiciais, o que dificultava um posicionamento que trouxesse segurança jurídica para eles. Com o julgamento da ADI nº. 4.277 e a vinculação de todos os Poderes à decisão proferida, foi realizada essa unificação referente ao tratamento dispensado aos homossexuais, dessa forma, atualmente devem ser estendidos às uniões estáveis homoafetivas os direitos inerentes às demais uniões estáveis.

Outro ponto relevante é a questão referente ao deferimento, para o servidor público federal, da licença por motivo de doença em pessoa da família. Como na maioria das vezes o companheiro do mesmo sexo não era considerado integrante da família homoafetiva, não havia a possibilidade do seu companheiro, servidor público, acompanhar o seu tratamento médico. Apesar de a Lei 8.112/90 prever, em seu artigo 83, o afastamento do funcionário público no caso de doença do cônjuge ou companheiro mediante comprovação por perícia médica oficial, esse benefício também era negado devido à falta de previsão legal para a situação fática vivida. Contudo, o artigo 83 da referida lei não menciona a diversidade de sexos como condição para o afastamento do funcionário. Dessa forma, como nos demais exemplos acima mencionados, não há porque indeferir tais pedidos, tendo em vista o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar e o efeito vinculante da decisão proferida na ADI nº. 4.277.

CONCLUSÃO

A partir da análise dos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana e da fundamentação da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 4.277 é possível perceber a importância do reconhecimento da união estável homoafetiva, com a aplicação do artigo 1.723 do Código Civil de 2002 (CC/02) a estas estruturas familiares. A omissão legislativa sobre o enquadramento jurídico dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo prejudicou em muito os homossexuais, gerando verdadeiras injustiças, e acabou pressionando o Poder Judiciário a se manifestar acerca da questão.

A regulamentação almejada pelos homossexuais adveio de uma decisão judicial vinculante com efeitos *erga omnes* (ADI nº. 4.277) que passou a reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar, efetivando materialmente os direitos dos seus membros à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana. Com a interpretação do artigo 1.723 do CC/02 conforme os preceitos constitucionais, outros dispositivos legais relacionados ao direito de família, direito previdenciário e outras leis são, atualmente, aplicáveis ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que ao enquadrá-los no conceito de família o ramo jurídico pertinente à solução dos conflitos não é mais o direito comercial, eminentemente patrimonialista.

Com o reconhecimento da união estável homoafetiva foi possível uma reformulação do conceito de família no direito brasileiro. Há muito tempo que o referido conceito não está mais atrelado ao casamento ou a questões de ordem patrimonial ou conceptiva. A decisão do Supremo Tribunal Federal possibilitou um alargamento do número de uniões estáveis que devem ser protegidas pelo Estado. Ademais, resultou em implicações práticas na vida daqueles que desejam formar uma família juntamente com uma pessoa do mesmo sexo, pois os dispositivos legais referentes à herança, adoção, benefícios previdenciários, e outros são aplicáveis a estas estruturas graças ao julgamento favorável da ADI nº. 4.277.

Não seria lógico incluir, através da interpretação conforme a Constituição, os relacionamentos homossexuais no rol do artigo 1.723 do CC/02 e não estender a eles os direitos inerentes ao ramo do direito de família, como o direito à meação dos bens

adquiridos na constância da união estável no caso de morte de um dos companheiros ou o direito à pensão alimentícia, caso seja necessário.

Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal é considerada um marco jurisprudencial e teórico relativo à efetivação material dos direitos fundamentais que eram negados àqueles que mantinham um relacionamento homoafetivo e que desejavam que essa união fosse reconhecida como uma família. O referido julgamento, ainda, demonstrou que o ativismo judicial, por vezes criticado, também pode ser útil e necessário diante da omissão legislativa que nega direitos essenciais do cidadão através da falta de regulamentação, como ocorreu no caso das uniões estáveis homoafetivas.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. Planalto: 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 23 out. 2013.

_____. **Código de Processo Civil**. Planalto: 1973a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acesso em 16 out. 2013.

_____. **Lei dos Registros Públicos**. Planalto: 1973b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 jul. 2013.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Planalto: 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. **Lei nº. 8.112/90**. Planalto:1990b. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em 25 nov. 2013.

_____. **Lei nº. 8.213/91**. Planalto: 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 25 nov. 2013.

_____. **Lei nº. 8.971/94**. Planalto: 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. **Lei nº. 9.278/96**. Planalto: 1996. Regulamenta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em 22 nov. 2013.

_____. **Código Civil.** Lei nº. 10.406. Planalto: 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 07 jul. 2013.

_____. **Súmula nº. 332 do Superior Tribunal de Justiça.** Publicada em: 05/03/2008. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0332.htm>. Acesso em 22 nov. 2013.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Embargos Infringentes Nº 70034811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2010c.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Senso realizado em 2010b. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. **Parecer nº. 1503 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional,** exarado em 19 de julho de 2010a. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc/view?searchterm=parecer%201503>>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. **Documentos necessários para comprovar a união estável homoafetiva perante o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS).** Publicado em 10/12/2010d. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/?s=homossexuais>>. Acesso em 25 nov. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.277. Procuradoria Geral da República. Rel. Ministro Ayres Britto. Acórdão de 05 de maio de 2011a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 01 out. 2013.

_____. **RECURSO ESPECIAL Nº 821.660 – DF.** Reconhece o direito real de habitação para o companheiro. Acórdão de 17 de junho de 2011c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600380972&dt_publicacao=17/06/2011>. Acesso em 23 nov. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Especial STJ: União Homoafetiva- conquistas e desafios. Postado em 19/06/2011d. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=102285>. Acesso em: 21 nov. 2013.

_____. **Informativo nº. 486 do Superior Tribunal de Justiça.** Período: 24 de outubro a 4 de novembro de 2011b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp>>. Acesso em 24 nov. 2013.

_____. **Enunciado 117 das Jornadas de Direito Civil.** Publicado em março de 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2013.

_____. **Resolução nº. 175 do Conselho Nacional de Justiça.** Publicada em: 14 de maio de 2013b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em 10 out. 2013.

_____. **Notícia sobre liminar do Superior Tribunal de Justiça que afastou usufruto de companheira sobre a quarta parte dos bens do falecido.** Publicada em 09 de outubro de 2013d. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111655>. Acesso em 23 nov. 2013.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Apelação Cível Nº 70055454359, Oitava Câmara Cíve, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 17/10/2013a.

_____. **Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados.** Aprovação do projeto de Lei nº. 871/13 em 20 de novembro de 2013c. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/457527-COMISSAO-APROVA-SUSPENSAO-DE-RESOLUCAO-DO-CNJ-QUE-AUTORIZA-CASAMENTO-CIVIL-GAY.html>>. Acesso em 26 nov. 2013.

_____. **Informações a respeito do benefício previdenciário de auxílio-reclusão.** Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/perguntas-e-respostas-frequentes/>>. Acesso em 23/11/2013e.

_____. **Ação Civil Pública de nº. 2000.71.00.009347-0.** Equiparou, liminarmente, as relações homossexuais às heterossexuais para fins de concessão de pensão por morte

e auxílio-reclusão pagos pelo INSS. Disponível em:

<http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=vaSJ&hdnRefId=b457d95a99907a89afa686e001d76ce0&selForma=NU&txtValor=200071000093470&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspares=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>. Acesso em 25 nov. 2013f.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

CREMASCO, Suzana Santi. **O direito sucessório do companheiro homossexual**.

Postado em 10/09/2009. Disponível em:

<http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirSucessoes/artigos/01_direito.sucessorio.do.companheiro.homossexual.pdf>. Acesso em 23 nov. 2013.

DE FARIAS, C. C.; ROSENVAD, N. **Direito Civil das Famílias**. 2ª ed. Editora: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. 4ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10ª ed. MADRID: TECNOS, 2010.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **As Mãos que Agasalham: uma análise da família homoafetiva e o princípio da proteção integral**. Disponível em:

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/104__87cf717d87aa4329e51b3a1d9c2ca56b.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

SCHLOGL, Adriana Espezim. **Direito Real de Habitação do companheiro sobrevivente**. Postado em 13/06/2007. Disponível em:

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3562/Direito-real-de-habitacao-do-companheiro-sobrevivente>> Acesso em: 20 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11^a ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Adoção Por Homossexuais**. Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM-RS), 2007.