



# O DIREITO À DIFERENÇA, MAS NA IGUALDADE DE DIREITOS: O RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO DA UNIÃO HOMOAFETIVA<sup>1</sup> ENQUANTO ENTIDADE FAMILIAR

THE RIGHT TO DIFFERENCE BUT THE EQUAL RIGHTS: THE RECOGNITION BY THE SUPREME COURT OF THE BRAZILIAN FEDERAL UNION HOMOAFECTIVE AS SEPARATE FAMILY

---

## Domingos do Nascimento Nonato

Licenciado Pleno e Bacharel em História pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Metodologia do Ensino de História. Especialista em Direito do Trabalho. Professor de História da Secretaria Estadual de Educação do Pará. Advogado. Mestrando em Direitos Humanos e Inclusão Social pela UFPA. E-mail: dnnonato@yahoo.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1120283991012294>.

## Pastora do Socorro Teixeira Leal

Mestre em Direito Público pela UFPA. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Pós-Doutora pela Universidade Carlos III, de Madrid, Espanha. É Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Professora da UFPA e da UNAMA. E-mail: pastoraleal@uol.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3244282344643324>.

---

<sup>1</sup> O termo homoafetividade, cunhado pela ilustre jurista, advogada, desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e presidente da Comissão de Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, Dra. Maria Berenice Dias, busca realçar que o aspecto relevante dos relacionamentos amorosos é a afetividade e o afeto independe do sexo do par.

## Resumo

O presente artigo analisa o processo de reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF) das uniões homoafetivas enquanto entidade familiar brasileira equiparada à união estável. Para tanto, buscamos discutir acerca da proibição constitucional da discriminação em razão da orientação sexual do ser humano à luz dos princípios constitucionais. Em seguida, faremos uma análise sobre a família homoafetiva e a tutela constitucional, dando ênfase à homoafetividade que a partir do referido julgamento passa a merecer total proteção do Estado. Na sequência, serão realizadas algumas considerações sobre a união homoafetiva após o julgamento pelo STF. Finalmente faremos algumas considerações acerca da suposta obrigatoriedade de normatização da união homoafetiva após o julgamento, o qual tem efeito vinculante em relação aos poderes públicos e eficácia erga omnes.

**Palavras-chave:** União homoafetiva. Princípios constitucionais. Tutela jurídica.

## Abstract

This article examines the process of recognition by the Brazilian Federal Supreme Court (STF) of the unions as a family unit homoafetivas Brazilian equivalent to stable relationships. To this end, we discuss about the constitutional prohibition of discrimination on grounds of sexual orientation of the human being in the light of constitutional principles. Then do an analysis on the family homoafetivas and constitutional protection, emphasizing that homoafetivas from that trial is to deserve full protection of the state. Following will be held a few remarks about the union homoafetivas after the trial by the Supreme Court. Finally we will briefly comment about the supposed requirement for standardization of the union homoafetivas after the trial, which has binding effect relation to government and effective erga omnes.

**Keywords:** Homoafetivas union. Constitutional principles. Legal protection.

**Sumário:** Introdução. 1. Proibição constitucional da discriminação em função da opção sexual do ser humano. 2. A união homoafetiva e o processo de interpretação do direito à luz dos princípios constitucionais. 2.1. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2. O princípio da igualdade. 3. A entidade familiar à luz da Constituição Federal de 1988. 4. A família homoafetiva e proteção do Estado. 5. União homoafetiva: algumas considerações após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo Supremo Tribunal Federal (STF). 6. É obrigatória a normatização da união homoafetiva após o julgamento da ADPF 132 e da ADIN 4.277 pelo STF? Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 à luz de princípios como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, proíbe expressamente toda e qualquer forma de discriminação fundada no cerceamento do exercício da livre orientação sexual do ser humano. Ela não faz menção às uniões homoafetivas. Reconhece expressamente como entidades familiares merecedoras de proteção estatal o casamento civil e religioso, às uniões estáveis e a família monoparental.

A despeito da ausência de normatização expressa sobre união homoafetiva, a postura do Estado em relação ao assunto tem sido de crescente reconhecimento dessa relação familiar. Em território brasileiro, as relações homoafetivas vinham sendo reconhecidas, dia após dia, pelos tribunais estaduais e pelos magistrados de 1º grau. Toda sorte de direitos já vinham sendo concedidos aos parceiros homossexuais, como partilha de bens, pensão por morte, condição de dependente em planos de saúde, extensão de benefícios previdenciários ao companheiro (a)

homoafetiva, direito real de habitação, direito à declaração conjunta de Imposto de Renda, alimentos, adoção conjunta, entre outros.

Apesar dos pronunciamentos judiciais divergentes sobre o tema, no dia 05 de maio de 2011, através de julgamento, o Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu, em decisão unânime, a equiparação da união homossexual à heterossexual. Reconheceu que a união homoafetiva é uma entidade familiar. O STF realizou um julgamento proativo no sentido da interpretação dada ao artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

Com esse reconhecimento, as uniões homoafetivas equiparam-se, a partir de então, às uniões estáveis para todos os efeitos legais, ou seja, passam a ter os mesmos direitos garantidos aos casais heterossexuais, numa união estável. Ocorreu a inclusão de uma “nova” entidade familiar no elenco de famílias já reconhecidas juridicamente no Brasil, demonstrando certa tolerância do judiciário brasileiro frente à diversidade humana, pois é inadmissível nos dias atuais que as pessoas sejam discriminadas por expressarem livremente sua orientação sexual. Particularmente para a população GLBT (gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros), esse julgamento é condição *sine qua non* para o reconhecimento e respeito à diversidade sexual. Para a população em geral, esse julgamento gerou um legado de perplexidade e temor, sentimentos que sempre explodem quando muda o paradigma.

## **1 PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DA DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DA OPÇÃO SEXUAL DO SER HUMANO**

Em diferentes épocas da história brasileira o tratamento dispensado à condição homossexual foi de intolerância, de repressão sexual, inclusive por parte do poder público. Os valores e regras estabelecidas histórica e culturalmente, encarregaram-se de imprimir um sistema de exclusões baseado em atitudes discriminatórias. Foram e em certa medida ainda são valores dominantes, pois segregam o diferente e en-

cerram padrões de comportamentos da maioria. Nesse sentido, devemos recorrer aos escritos de Dias (2009, p. 29):

A discriminação contra os homossexuais é uma histórica, universal, notória e inquestionável realidade social. As barreiras do preconceito, por sua vez, são ainda mais desafiantes: esmaecem a razão, quando não produzem rejeição sistemática e violência. O fato é que nenhum estado contemporâneo pode ignorar essa realidade cada vez mais transparente, pois não se trata de questão isolada ou frouxidão dos costumes, como querem os moralistas, e sim expressão da sexualidade que qualquer estado democrático tem o dever de respeitar.

Infelizmente, o Brasil ainda convive com manifestações de homofobia, inclusive com o emprego de violência contra os homossexuais. Contudo, progressivamente, as relações homoafetivas vêm conquistando aceitação e respeito, tanto na esfera privada quanto na esfera pública.

É público e notório que nas últimas décadas as uniões homoafetivas adquiriram maior amplitude social no Brasil, pois inúmeros casais assumiram publicamente suas relações homoafetivas. Percebemos que sucessivamente a sociedade passa a ser mais tolerante e suscetível à compreensão da condição homossexual. Essa fase de maior abertura representou o surgimento e consolidação de inúmeras organizações sociais instituídas para defender os interesses de tais uniões.

Essa realidade reflete-se em termos legislativos. A legislação pátria proíbe qualquer tipo de discriminação contra o ser humano, sendo vedado o tratamento humilhante e vexatório em relação aos homossexuais, o que constitui, inclusive, violação à sua intimidade. De acordo com o artigo 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover

o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Após discorrer com muita maestria sobre o emprego do vocábulo “sexo” no referido inciso, o ministro Ayres Brito, em seu voto, explica que “o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”. O que o ministro deixa claro é que tal dispositivo constitucional (artigo 3º, IV, da CF/88) veda qualquer forma de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos.

Já no seu artigo 5º, caput, a Constituição Federal estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. No inciso X, do mesmo artigo, está expresso, ainda, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A escolha da orientação sexual do indivíduo, hoje, no nosso ordenamento, por força da Constituição Federal, é direito fundamental, além do que é atributo inerente à personalidade humana. Em uma sociedade como a brasileira que se denomina democrática e plural qualquer forma de discriminação deve ser rechaçada. Não podemos admitir que na contemporaneidade que um ser humano possa ser discriminado por expressar livremente sua orientação sexual. É dever de todos o respeito às diferenças humanas, sejam elas de quaisquer natureza.

Do ponto de vista da dignidade humana, ser é muito mais do que ter. Rawls (2002) em sua obra “Uma teoria da justiça”, refuta as concepções clássicas da justiça, em particular a utilitarista, a qual visa à realização de interesses de classe se utilizando de alternativas como beneficiar certas maiorias, em detrimento de certas minorias. Grupos hegemônicos ditam um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos. Agem com indiferença em relação ao diferen-

te, revelando, na verdade, um juízo de desvalor em relação à diversidade humana.

Ao fazer algumas reflexões sobre a dinâmica de uma crise mundial verificada nas duas últimas décadas, Capra (2006), explica que são problemas sistêmicos, o que significa que estão estritamente interligados e são interdependentes. Para serem devidamente entendidos, devem ser utilizadas metodologias apropriadas. Portanto, uma mudança de perspectiva metodológica faz-se necessária, mas a grande transformação deve acontecer nas complexas relações sociais, em nossos valores e ideias. Uma interpretação sistêmica do artigo 226 da Constituição Federal pautada em princípios constitucionais resulta na conclusão da união homoafetiva enquanto entidade familiar. Ocorrer, portanto, mudança de perspectiva ou de recorte metodológico para atender aos reclames da diversidade humana.

O direito à igualdade se concretiza também no respeito ao direito fundamental à diferença. Sem o reconhecimento e o respeito à diferença, o conteúdo da igualdade se transforma em discriminação negativa. Ao Estado cumpre criar as condições para que essa igualdade se verifique. E cabe-o fazer independentemente de se verificarem eventuais consensos sociais acerca de determinada matéria decisivamente implicada na sua realização. Torna-se mister que o reconhecimento e o respeito ao diferente passam por um inexorável vínculo com o princípio da **dignidade da pessoa humana**, o que reclama e exige especiais posturas estatais de proteção daqueles que são diferentes em razão de quaisquer fatores.

Ao postular em defesa do direito fundamental à diferença, Torres (2009), assim se manifesta:

Dessa maneira, a compreensão da existência do direito à diferença passa necessariamente pela fenda do § 2º, art. 5º, da Lei Maior, analisado anteriormente, segundo o qual, autoriza-se a extração de direitos fundamentais **implícitos, decorrentes**

do regime e dos princípios constitucionais adotados. Com efeito, o **direito fundamental de ser diferente**, e de ser respeitado por conta de seus fatores diferenciais, está subentendido nos princípios constitucionais, mais especificamente, na dimensão substancial do **direito fundamental à igualdade** (art. 5º, **caput**), bem como decorre de elementos encontrados nos princípios fundamentais estatuídos pelo constituinte consistentes na **democracia, dignidade humana e pluralismo** (art. 1º, **caput** e incisos III e V).

Legisladores e doutrinadores argumentam que a legislação brasileira atual não disciplina especificamente a questão da união homoafetiva. Isso não deixa de ser verdade. Não obstante, como veremos com maior ênfase mais adiante, na ausência de proibição expressa à união homoafetiva, não se pode presumir tal proibição. Não há limites semânticos no texto constitucional a impedir o seu reconhecimento.

Portanto, não resta dúvida que o Estado e a sociedade não podem adotar qualquer postura discriminatória ou restritiva à liberdade que os homossexuais têm de se unirem, por meio do afeto, da solidariedade, dos projetos de vida em comum com o fito de formarem publicamente uma entidade familiar.

## 2 A UNIÃO HOMOAFETIVA E O PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A interpretação constitucional, como a interpretação jurídica em geral, não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social. Segundo Barroso:

A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de pré-compreensão. É hoje pacífico que o papel do intérprete não é apenas o de descobrir e revelar a solução que estaria abstratamente contida na norma. Diversamente, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, a ele caberá fazer, com frequência, valorações *in concreto* e escolhas fundamentadas.

Gadamer (2007) mostra que, no encontro com o texto, somos irremediavelmente guiados por nossa pré-compreensão. Esta resulta de nossa formação pessoal, de nossos valores, de nossa cultura, de nossa língua, de nossa história, enfim, de nosso contato com o mundo. Cada um de nós tem um determinado conjunto de referências que é utilizado na constante busca da construção de sentido: os pré-juízos, referências que, para o autor, não representam algo forçosamente negativo. Nosso lastro de juízos prévios não indica, necessariamente, sob o prisma gadameriano, que estamos condenados a uma espécie de incapacidade intelectual que inviabilizaria qualquer atitude crítica, ou que estamos atados a um passado imutável, permeado de tradições dogmáticas e interpretações fixistas, que traduziriam uma limitação absoluta da nossa liberdade – significa, apenas, que somos, em parte, condicionados por nossa finitude e historicidade.

O intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais. Nesse sentido, o ato de interpretar pressupõe a explicitação dos valores ou crenças que influenciam a argumentação do intérprete. Tal atitude de honestidade intelectual e transparência do intérprete permite a compreensão correta da fundamentação adotada, bem como o controle e a crítica do processo interpretativo. Como assinalado, o intérprete constitucional deve ser consciente de suas pré-concepções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia. Seus sentimentos e

escolhas pessoais não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e deve inspirar-se pela razão pública.

Ao afirmar que o novo paradigma interpretativo do constitucionalismo contemporâneo brasileiro é marcado pela bem sucedida reaproximação entre Direito e Ética, Barroso, assevera que os princípios constitucionais assumem fundamental importância. Para ele:

Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito.

A ação geral dos princípios jurídicos consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema jurídico. Assim, nos princípios é que são encontradas as diretrizes valorativas válidas aplicáveis à interpretação constitucional.

Sendo os princípios os alicerces básicos da ciência jurídica, os sustentáculos do ordenamento jurídico, a partir dos quais se ergue toda estrutura normativa subsequente, normalmente eles são normas com um alto grau de abstração e generalidade; são vagos e indeterminados, por isso carecem de mediações concretizadoras para sua aplicação.

Essa proeminência no rol de normas é primordial para operacionalizar os princípios jurídicos com o intuito de que o sistema normativo seja dotado de ideias matrizes e de balizas diante da resolução de casos concretos, com o objetivo de aproximação máxima de exigência de justiça. Por isso, Mello (2004, p. 86) define princípio jurídico como

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espí-

rito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Os princípios constituem a síntese ou a matriz de todas as restantes normas constitucionais. São as bases do sistema jurídico, os seus fundamentos últimos. Por serem normas que consagram valores que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico, Mello (2004, p. 85), considera que

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Alguns princípios são decisivos ou indispensáveis para o enquadramento ético e jurídico da questão aqui enfrentada. No que diz respeito à discussão sobre união homoafetiva, os referidos princípios são: a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Tais princípios são valores humanos que devem guardar entre si uma relação de interdependência e complementaridade, de modo a funcionarem de maneira imbricada.

## 2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana constitui o fundamento maior do Estado Democrático Social de Direito brasileiro (artigo 1º, inciso III, da CF/88). É um princípio intangível, pois a dignidade humana é um valor

que deve ser preservado e fortalecido. Enquanto valor supremo inerente ao homem que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana está relacionada com a satisfação de suas necessidades básicas.

A dignidade da pessoa humana é o centro e o fim supremo de todo o Direito; logo, expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação, integração e aplicação normativa.

Todo homem tem dignidade, porque possui um valor intrínseco ao seu ser, pelo simples e único fato de ser homem, logo, ela é inerente à condição humana e a sua preservação faz parte dos direitos humanos. O respeito pela dignidade humana deve existir sempre, em todos os lugares, independente de qualquer situação e de maneira igual para todos. Nesse sentido, uma definição multidimensional, aberta e inclusiva que exprime de forma completa a ideia de dignidade da pessoa humana é apresentada por Sarlet (2009, p. 67), a qual

É a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a terra.

A dignidade uma qualidade intrínseca e indissociável do ser humano, sendo que a sua proteção deve constituir meta permanente da

humanidade, por isso é valor fundamental positivado, que consagra a ideia de que todo ser humano é titular de direitos, simplesmente pela sua condição biológica de ser humano e independentemente de qualquer outra condição.

Compreendendo-se a dignidade da pessoa humana como um conceito construído, ou uma conquista de nossa civilização, ela deve estar sempre conjugada com o princípio da solidariedade social, porque compreende a pessoa como cidadã e não apenas como indivíduo. A dignidade da pessoa humana se expressa na noção de que o ser humano é sempre um valor em si e por si, e exige ser considerado e tratado como tal. A dignidade humana está intrinsecamente vinculada ao respeito à liberdade e à igualdade dos seres humanos.

É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana. Segundo Barroso, dentre as múltiplas possibilidades de sentido da ideia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: (i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e (ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”. A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

## 2.2 O princípio da igualdade

O princípio da igualdade constitui um dos postulados básicos da República Federativa do Brasil e tem se apresentado como diretriz para a correta compreensão e interpretação de todas as demais normas que compõem o sistema jurídico. Assim, verifica-se que a vigência e utilidade desse princípio é matéria de interesse geral.

O texto constitucional brasileiro enuncia o conceito de igualdade de todos sem qualquer distinção (artigo 5º, *caput*), sendo que a exata compreensão que se deve extrair desse dispositivo não é no sentido de

uma igualdade absoluta, mas sim relativa, uma vez que as pessoas não são iguais entre si. O que o STF decidiu através do respectivo julgamento foi conferir amplitude à interpretação do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, permitindo o reconhecimento legal da união homoafetiva como entidade familiar, ou seja, a referida decisão não apenas reconheceu a legalidade da união estável homoafetiva, mas também ratificou a regra insculpida no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Dessa forma, percebe-se que esse primado da igualdade deve ser encarado como um dos postulados da democracia, tratando-se, pois, de um vetor que tem por escopo servir como instrumento balizador da vida em sociedade, impondo a todas as pessoas um tratamento igualitário e sem qualquer discriminação ou preconceito. Para os casais homoafetivos significa que não pode haver nenhuma discriminação, restrição ou impedimento apenas em razão da sua livre orientação sexual. Qualquer menosprezo ou desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas deve ser rechaçado com base no estrito cumprimento de dispositivo constitucional. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. Todos os projetos de vida, ainda que não sejam majoritários, devem merecer igual respeito.

É de fundamental importância o entendimento do dispositivo vigente, nos termos do que preceitua o artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988 que não deve ser restritivo, ou seja, deve ser compreendido com o intuito de realizar as demandas sociais. Assim procedendo, aquela igualdade que era somente formal, passará a ser, também, material, realizando, na íntegra, seu escopo.

Nesse sentido, são válidas as lições de Bester (2008, p. 176), que afirma que “de uma concepção passiva o princípio da igualdade adquiriu uma concepção de ação ativa, com o escopo de eliminar as discriminações e promover oportunidades de acesso de todas as pessoas aos diversos setores sociais”.

Como foi possível perceber, o princípio da igualdade possui duas vertentes: a igualdade formal e a igualdade material. A primeira

ilumina o artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, direitos fundamentais reconhecidos a todos, em igualdades de condições; a exigência de igualdade na aplicação do direito sem olhar as pessoas de maneira individualizada, o seja, não levando em conta a singularidade do indivíduo. A segunda está consubstanciada na exigência de uma sociedade livre, justa e solidária, que promova o bem de todos, sem preconceitos ou discriminações de quaisquer espécies, conforme estabelece o artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

É inegável que a questão da tutela da união homoafetiva passa pelo cumprimento rigoroso do princípio da igualdade. Desse modo, a igualdade garantida de forma genérica no *caput* do artigo 5º da CF de 1988 protege os homossexuais de qualquer forma de discriminação, contudo, ao lado da igualdade formal, a própria CF trouxe várias hipóteses de igualdade material, ou seja, além da igualdade perante a lei, é necessário garantir a igualdade na lei, como bem entende Ribeiro (2010, p. 42) que “a igualdade perante a lei será insuficiente se não vier acompanhada da igualdade na própria lei, que considera o indivíduo em concreto, com suas particularidades”.

O princípio da igualdade não é estático, mas sim dinâmico no sentido de que visa propiciar condições para que as desigualdades possam ser superadas, a fim de que seja possível atingir a igualdade efetiva, a igualdade material ou substancial. As diferenças humanas são fontes de valores positivos que devem ser protegidas e estimuladas através da efetivação da igualdade material, pois como afirma Atchabashian (2006, p. 79),

O princípio da igualdade deve ser considerado não como igualdade absoluta, mas sim como igualdade proporcional vez que varia de acordo com as exigências do ser humano. É proporcional, pois longe de ser algo inalterável, relativo aos homens, deve levar em conta as peculiaridades destes.

Com relação ao princípio da igualdade, Barroso refuta alguns argumentos que justificariam a desequiparação entre o tratamento jurídico e social dispensado às relações heterossexual e às uniões homoafetivas, pois nenhum deles resiste ao crivo da razão pública: “a) a impossibilidade de procriação; b) as relações entre pessoas do mesmo sexo não podem ser reconhecidas como familiares porque escapariam aos padrões de “normalidade moral”; e c) não ser possível atribuir status familiar a tais relações, por serem elas contrárias aos valores cristãos”.

### **3 A ENTIDADE FAMILIAR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição Federal de 1988 recepção e aprofunda essa evolução. À medida que avançavam as concepções sociais verificamos uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família.

O *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 mudou o perfil da família constitucionalmente protegida, pois operou a mais radical transformação no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família.

Observamos que o constituinte não apresentou um conceito do que seria a família, contudo, expressamente ampliou a abrangência da proteção estatal, ao excluir do *caput* a menção ao matrimônio ou casamento, como faziam as Constituições anteriores. O referido *caput* estabelece apenas que a família é a base da sociedade brasileira e tem especial atenção do Estado. Depreendemos desse *caput* que em nenhum momento ele coloca o casamento civil e religioso, a união estável e a família monoparental como as únicas entidades familiares merecedoras de proteção do Estado. Igualmente, não proíbe em nenhum momento o reconhecimento do *status* jurídico das uniões homoafetivas.

Esse mesmo entendimento pode ser observado em relação nos parágrafos do referido dispositivo. Vejamos de maneira breve: o § 1º estabelece que o casamento com validade jurídica é apenas o civil, não proibindo, portanto, o casamento civil homoafetivo; o § 2º não estabelece

uma relação necessária entre o casamento civil e religioso, o qual só produzirá efeitos jurídicos caso seja ratificado pelo ordenamento jurídico, que expressamente não proíbe o casamento civil homoafetivo; o § 3º reconhece a união estável como entidade familiar e novamente não proíbe a união homoafetiva; o § 4º expressa proteção estatal a família monoparental, não permitindo interpretação que resulte na proibição ou restrições de direitos às uniões homoafetivas; o § 5º preceitua a equiparação (direitos e deveres iguais) entre o homem e a mulher no que tange a sociedade conjugal, não trazendo, desse modo, nenhuma disposição sobre a relação homoafetiva, no sentido de proibi-la ou permiti-la; o § 6º, já alterado pela EC-000.066-2010 (que extingui o instituto da prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos), constitui norma de dissolução do casamento civil por meio do divórcio, nada apresentando que coíba a existência da família homoafetiva; o § 7º dispõe sobre os princípios e procedimentos para o planejamento familiar, nada dispondo sobre homoafetividade; finalmente o § 8º coloca o Estado na condição de protetor de cada integrante familiar e prevê a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, não proibindo a família homoafetiva.

A Constituição rompeu definitivamente com dogmas conservadores e teve efeito imediato, tirando a eficácia das normas que contrariassem os seus preceitos, a exemplo do Código Civil de 1916, já obsoleto na parte de direito de família.

O caráter patrimonialista e patriarcal da família brasileira, fundada em preceitos ético-religiosos, foi substituído por concepção de família baseada na igualdade entre os cônjuges na administração da sociedade conjugal, na equiparação entre os filhos, na introdução de novas matérias constitucionais como a união estável e a família monoparental, desfazendo a concepção de sociedade conjugal advinda exclusivamente do casamento, o qual era considerado indissolúvel e sacralizado etc. Essas e outras mudanças advindas com a Carta Magna de 1988 transformaram o perfil da família brasileira no século XXI.

Capra (2006), afirma que as transformações culturais, portanto, históricas, são etapas essenciais ao desenvolvimento das civilizações, ou seja, as sociedades apresentam um período de crescimento e um período de colapso ou desintegração. Aponta para a necessidade de ressignificarmos conceitos e modelos de análises no sentido de avançarmos em direção ao entendimento de nossa multifacetada crise cultural atual, a qual deve ser vista a partir de uma perspectiva ampla e ver a nossa situação no contexto da evolução cultural humana. Devemos substituir a noção de estruturas sociais estáticas por uma percepção de padrões dinâmicos de mudanças estruturais mais complexas.

Um novo perfil se encarrega de atribuir à família brasileira re-dimensionamentos e expressivas mudanças. A família brasileira adquire uma natureza aberta, heterogênea, multifacetada e inclusiva, pois no plano fático não seguem padrões rígidos e formais de formação e desenvolvimento frente às possibilidades de novas uniões conjugais. Ela refuta ideologias ético-religiosas retrógradas. Nas palavras de Nahas (2010, p. 105-107):

Sendo plural, aberta e inclusiva, resta ao interprete o estudo dos critérios que levarão a identificar qual é a família constitucionalmente protegida, através da análise dos parâmetros atuais, aceitos pela doutrina e pela sociedade, sem perder de vista a Constituição. [...] Uma das molas propulsoras desta mudança foi a busca pela realização do indivíduo. A família deixa de ser uma entidade, que objetiva a procriação e a transmissão de patrimônio, para se tornar o local de busca pela realização individual do ser humano. Há uma repersonalização no aspecto civil-familiar. [...] O paradigma do casamento, do sexo e a procriação não serve mais para identificar um vínculo interpessoal digno de proteção.

Antigos padrões familiares não mais deitam raízes nas novas configurações familiares advindas das mudanças sociais. Vínculo sócio-afetivo, solidariedade e busca da felicidade dos seus membros individualmente considerados, constituem alguns dos elementos integrantes do modelo de família, fundada nos princípios da dignidade da pessoa, da igualdade e da liberdade, insculpido pela Constituição de 1988. Nesse sentido, recorreremos às palavras de Dias (2009, p. 95-96):

O moderno enfoque dado à família volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que aproxima seus integrantes do que à identidade sexual de seus membros. Admitir a existência de comunidade familiares que não se caracterizam pelo vínculo matrimonial é respeitar os valores constitucionais da democracia e a eficácia dos direitos fundamentais, pena de a Constituição ser concretizada de forma discriminatória e ofensiva a esses postulados.

Para Fungie (2002, p. 134), “hoje a noção de família não se atrela exclusivamente à noção do matrimônio. É possível reprodução sem sexo, sexo sem matrimônio e também é comum matrimônio sem reprodução”.

Ao destacar o amor familiar como elemento formador da família contemporânea, especialmente relacionado com as uniões homoafetivas, Vecchiatti (2008, p. 199-200):

Nesse sentido, é de se reconhecer o *status* jurídico-familiar das *uniões homoafetivas*, visto que pautadas no mesmo amor que as *heteroafetivas*, das *comunidades anaparentais*, pois pautadas por um afeto análogo ao do casamento civil e da união estável e de toda e qualquer comunidade *eudemonista*, que baseada no *princípio jurídico do afeto*, na

busca pela felicidade e na solidariedade, defini-se como a família que “busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros”.

Os aspectos existenciais, voltados à proteção da dignidade da pessoa humana, que contribuem para o desenvolvimento da personalidade dos membros da família substituíram questões de cunho meramente patrimoniais que até então justificavam em grande medida a existência da família. Os laços afetivos constituem a mola propulsora do novo paradigma familiar. Segundo Barroso:

No cerne da concepção contemporânea de família, situa-se a mútua assistência afetiva, a chamada *affectio maritalis*, conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, entrelaçando as vidas e gerenciando em parceria os aspectos práticos da existência. A afetividade é o elemento central desse novo paradigma, substituindo a consangüinidade e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos. A nova família, entendida como “comunidade de afeto”, foi consagrada pelo texto constitucional de 1988.

#### 4 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E PROTEÇÃO DO ESTADO

Os parágrafos do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 preveem algumas formas de entidade familiar, como o casamento civil e religioso, a união estável entre heterossexual e a família monoparental. Portanto, resta provado que a Constituição faz menção expressa a essas três configurações familiares. Essa ausência de previsão legal era o principal motivo para a negativa de reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

A omissão do constituinte não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar. Na avaliação do caso concreto, conforme a vivência social, cabe ao interprete a tarefa de concretização dos critérios para a inclusão familiar, ou seja, para além de estudar as concepções da legislação ordinária, para se ter uma noção do que é família é necessário contextualizá-la na sociedade e no tempo, por ela ser uma realidade dinâmica, um fenômeno sócio-histórico e cultural, suscetível à realidade que a circunda. Definir o que é família significa interpretar a Constituição conformando-a a realidade jurídico-social brasileira, ou seja, os limites interpretativos do texto constitucional devem buscar ao máximo a correspondência da Constituição com as demandas advindas do seio social, que no caso aqui abordado, é o reconhecimento das uniões homoafetivas enquanto entidade familiar.

Com relação à omissão do legislador e seus desdobramentos sócio-jurídicos, Dias (2009, p. 96) assim se manifesta:

Ainda que tenha se omitido o legislador de referir-se às uniões homoafetivas, não há como deixá-las de fora do atual conceito de família. a diversidade de sexo e a capacidade procriativa não são elementos essenciais para reconhecer a entidade familiar como merecedora da especial proteção do Estado. Já que se está vivendo a era dos direitos humanos, o silêncio legal não pode significar inexistência de direito.

O *caput* do artigo 226 da Constituição não apresentou um conceito do que seria a família. Não obstante, ao excluir a menção ao matrimônio, aumentou a proteção do Estado à família. O *plus* do constituinte foi incluir *ao lado* do matrimônio outras entidades familiares a exemplo da união estável e família monoparental. Como já afirmamos, o artigo 226, que regula a proteção à família na Constituição de 1988 possui textura aberta e inclusiva, ou seja, o constituinte não faz menção ou delimita qual família é merecedora de tal proteção, tampouco definiu o

que é família, deixando ao interprete a função de conceituá-la à luz dos reclames sociais. Ao excluir do referido *caput* a locução “constituída pelo casamento”, sem substituí-la por qualquer outra, o legislador pôs sob a chancela estatal “a família”, ou seja, qualquer família.

A opção do constituinte em fazer menção à proteção de grupos específicos de entidades familiares, não centrados exclusivamente no casamento, não significa que outras configurações familiares não sejam objeto de proteção jurídica e social. Como o artigo 226 é norma de inclusão, alberga a entidade familiar homoafetiva, pois o fato do legislador não regular as uniões homoafetivas, não significa que as considere inexistentes.

Já afirmamos que o ordenamento jurídico brasileiro nada disponha acerca da união homoafetiva, de modo que não a proibia, mas também não tratava especificamente do tema. O princípio geral do Direito afirma que aquilo que não é expressamente proibido tem-se por permitido. A Constituição deve se atualizar constantemente ao momento da interpretação do texto normativo. Há doutrinadores que discutem se as hipóteses de família apontadas no respectivo artigo constituem um rol taxativo ou exemplificativo. A esse respeito Vecchiatti (2008, p. 196) assim se posiciona:

Não são taxativas as hipóteses de família apontadas na Constituição (casamento civil, união estável e monoparental), pois, se assim o fosse, o constituinte teria elaborado um dispositivo com a dicção: “Só são protegidas as famílias oriundas de ...” ou similar, o que não existe em nosso ordenamento jurídico. Ou seja, é claramente exemplificativo o rol de entidades familiares citado pelo art. 226 da CF/1988.

Reafirmando seu posicionamento, Vecchiatti (2008, p. 212) assevera que:

Cumpra esclarecer que *esses modelos não são taxativos*, porque, se esse fosse o intuito da Constituição o constituinte teria elaborado um dispositivo que declarasse expressamente tal restrição – mesmo porque restrições a direitos devem ser expressas, pois tudo que não é por lei expressamente proibido tem-se por permitido, conforme explicita o art. 5º, II, da CF/1988, em interpretação *a contrario sensu*.

É possível identificarmos nas uniões homoafetivas todos os elementos fundamentais que têm sido considerados determinantes para o reconhecimento das uniões estáveis como entidades familiares: a intenção de ter um plano de vida em comum, com mútua assistência afetiva e patrimonial, solidariedade, fidelidade, durabilidade, continuidade e publicidade. Portanto, se os Ministros do STF caminhassem no sentido de desconsiderar essa realidade pública e notória, estariam realizando apenas uma interpretação estritamente formal-legal do texto constitucional. O que vimos foi uma interpretação extensiva e concretista da Constituição, diretamente conectada à realidade social, norteadas pelos princípios fundamentais constitucionais, de modo a tornar o Estado um instrumento garantidor de direitos extensivos à união homoafetiva a exemplo da união estável. Essa extensão deve ser imediata, sem que isso importe em violação do artigo 226, § 3º da Constituição Federal. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificam.

Segundo Vecchiatti (2008, p. 183):

Dessa forma, o não-reconhecimento de efeitos jurídicos atinentes ao Direito de Família às uniões homoafetivas caracteriza afronta à Constituição Federal, tendo em vista que o princípio da isonomia não admite tratamento preconceituoso para quem quer que seja e por motivo algum que não

aquele expressamente previsto em lei. Ademais, exige o mencionado princípio que tal tratamento diferenciado deva ser necessariamente fundamentado com provas de sua pertinência, sendo que a discriminação juridicamente válida supõe, ainda que dita diferenciação seja coerente com os demais valores constitucionais. Outrossim, a dignidade da pessoa humana garante que todas as pessoas são igualmente dignas pelo simples fato de serem pessoas humanas, independentemente de quaisquer características suas, donde é incoerente com esse princípio, e conseqüentemente inconstitucional, o tratamento menos digno hoje ofertado às uniões homoafetivas em comparação com as heteroafetivas.

De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo artigo 1.723 do próprio Código Civil, quais sejam, convivência pública, contínua e duradoura e com o intuito de constituir família, estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar – afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e patrimonial/material – são igualmente encontrados nas duas situações.

Já que o casamento, a presença de um casal heterossexual, a prática sexual e a capacidade produtiva constituem os elementos essenciais para que o relacionamento entre duas pessoas merca a tutela estatal, não se justifica excluir da noção de família a convivência pautada na mútua afetividade entre pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, todas as espécies de vínculos que tenham como pressuposto o afeto mútuo são merecedoras da tutela do Estado. É perfeitamente possível encontrar o vínculo afetivo na união homoafetiva. E, como já podemos afirmar que legalmente a relação homoafetiva constitui uma entidade familiar, ela merece a proteção da sociedade e especialmente do Estado, o que foi reconhecido pela recente decisão proativa do STF.

A Constituição Federal reconhece expressamente três tipos de família: a decorrente de casamento (art. 226, §§ 1º e 2º); a decorrente de união estável entre pessoas de sexos diferentes (art. 226, §3º); e a família monoparental (art. 226, § 4º). Há, contudo, um tipo comum de família não expressamente reconhecido: a *união homoafetiva*. Apesar da falta de norma específica, o reconhecimento dessa quarta modalidade ocorreu por meio de recente julgamento do STF, baseado nos princípios constitucionais, nos novos perfis familiares e na presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis extensivas às uniões homoafetivas.

O óbice gramatical foi contornado com o recurso a instrumentos presentes nas ferramentas tradicionais de hermenêutica jurídica, particularmente em função da compreensão do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Através dessas ferramentas, concluímos que a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, é o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais.

Considerando que a união homoafetiva forma uma família conjugal por ser pautada pelo mesmo afeto que justifica a proteção estatal da união heteroafetiva, tem-se por cabível a interpretação extensiva ou analogia para reconhecer a união estável homoafetiva, por serem situações idênticas (interpretação extensiva) ou, no mínimo, idênticas no essencial (analogia), pois o essencial para esses dois tipos de famílias é a afetividade, o amor familiar.

Segundo Dias (2009, p. 101):

Os grandes pilares que outorgam efetividade aos direitos humanos – verdadeira viga-mestra assentada de forma saliente na Carta Constitucional – são os princípios do respeito à dignidade humana, da liberdade e da igualdade. Como o direito à iden-

tidade sexual é direito humano fundamental, necessariamente também o é o direito à identidade homossexual, melhor dizendo: o direito à homoafetividade. Portanto, a união homoafetiva corresponde a um direito humano fundamental.

O relator das ações que estavam sendo julgadas, Ayres Brito, por meio de seu voto, assim se manifestou sobre os novos contornos que as famílias brasileiras veem adquirindo nos últimos tempos:

mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão insimilar a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos.

## 5 UNIÃO HOMOAFETIVA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES APÓS O JULGAMENTO DA ADPF 132 E DA ADI 4277 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

O STF vem enfrentando nos últimos tempos temas ideologicamente muito polêmicos. Um deles foi o reconhecimento jurídico da união homoafetiva enquanto entidade familiar equiparada à união estável. Ainda que saibamos que o STF em certas ocasiões assume posicionamentos anacrônicos e reacionários, não podemos negar o quanto o julgamento em tela representou ares progressistas.

É preciso reconhecer que, como acontece com qualquer outra instituição, na configuração ideológica do STF estão presentes crenças, sentimentos, fé e valores enormemente diferentes. Tudo isso forma pré-compreensões, pré-juízos, preconceitos sobre algo e muitas vezes esses padrões são impostos para a coletividade. No julgamento, a nossa Suprema Corte deixou transparecer uma ideologia proativa, uma decisão de vanguarda, oportuna, memorável, de extrema sensibilidade humana na interpretação dos enunciados normativos constitucionais do artigo 226, que resultou no reconhecimento do *status* jurídico-familiar das uniões homoafetivas que afetam diretamente milhares de cidadãos e exigiu posicionamento do STF frente à injustificada omissão do Poder Legislativo brasileiro representado pelo Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado).

10 (dez) Ministros votantes no julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4.277 manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à mesma o regime de bens concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro. O Ministro José Antonio Dias Toffoli se absteve por impedimento, pois, enquanto Advogado-Geral da União, proferiu parecer favorável à procedência da ADPF n.º 132, julgada conjuntamente com a ADIn 4.277, por conexão.

Talvez nunca se tenha visto a Suprema Corte brasileira com um posicionamento tão homogêneo e consensual, ao menos no que diz respeito ao resultado, ao considerar que a união homoafetiva é, sim, um modelo familiar e a necessidade de repressão a todo e qualquer tipo de discriminação.

Alguns votos possuíram como fundamentação a interpretação conforme a Constituição, de acordo com o pedido formulado nas petições iniciais de ambas as ações. Outros votos divergiram, apontando que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser considerada união estável homoafetiva, mas ao revés, deveria ser considerada união homoafetiva estável. Ainda apontou-se que a constitucionalidade da união homoafetiva como entidade familiar possuía sustentáculo nos direitos fundamentais. Argumentou-se também no sentido de existir uma lacuna legislativa, que deveria ser suprida por meio da analogia com o instituto mais aproximado: a união estável e, por fim, ainda existiu entendimento de que se deveria aplicar extensivamente o regime jurídico da união estável. Todos os entendimentos, com a sua variedade de fundamentações, levaram a um mesmo resultado: a submissão da união homoafetiva ao regime jurídico da união estável.

A decisão do STF causou uma grande celeuma doutrinária entre os constitucionalistas. Há quem afirme que o Judiciário está a usurpar o papel do legislativo, na forma do ativismo judicial. Não obstante, o STF não podia assumir uma posição passiva frente à inércia injustificada ou retardamento excessivo do Poder Legislativo. Ainda que ele tenha exercido uma prática de ativismo judicial, sua postura foi necessária e coerente, principalmente em se tratando de atitudes ofensivas à Carta Magna brasileira, uma vez que estavam, em certa medida ainda estão, sendo desrespeitados os direitos fundamentais de muitos cidadãos brasileiros e, o grande papel crucial do Tribunal Constitucional Brasileiro (STF) é de guardião da Carta da República, resguardando os direitos constitucionais fundamentais de todos.

Os Ministros mostraram extrema sensibilidade humana na interpretação dos enunciados normativos constitucionais em estavam em

discussões e na análise do *status* jurídico-familiar das uniões homoafetivas. Todos os votos ressaltaram a postura consensual da Corte contra a discriminação em relação à liberdade sexual do ser humano. Todos os votos apontaram no sentido de que haveria guarida constitucional para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar e a permissão para que se declarasse a incidência do artigo 1.723 do Código Civil sobre a união de pessoas do mesmo sexo.

## **6 É OBRIGATÓRIA A NORMATIZAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA APÓS O JULGAMENTO DA ADPF 132 E DA ADIN 4.277 PELO STF?**

Muito se discutiu, e ainda se discute, sobre a repercussão e aplicação dessa decisão. O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Antonio Cezar Peluso, ressaltou a importância do Poder Legislativo em exercer uma de suas funções precípuas: a função legislativa. Discutiu-se, nessa esteira, se a decisão do STF apenas vislumbrava a possibilidade da existência da união estável homoafetiva, ou se a mesma precisaria de regulamentação para ser aplicada.

Também vem se discutindo, após o julgamento do STF, sobre a necessidade de casais homoafetivos ajuizarem medidas judiciais a fim de reconhecer, por sentença judicial, sua união estável e poder, enfim, garantir o exercício de seus direitos.

Por outro lado, a decisão da Suprema Corte demonstrou não só despertou a necessidade de maior movimentação do Poder Legislativo, como também chamou a atenção desse Poder da necessidade de célere votação de Projeto de Lei em tramitação junto ao Congresso Nacional, a fim de coibir a discriminação de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou o § 2º do artigo 102, conferindo-lhe a seguinte redação:

**Art. 102, § 2º** As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Depreende-se da leitura do mencionado dispositivo que as decisões definitivas de mérito em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade produzem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, não apenas aos órgãos do Poder Judiciário, mas, também, à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Significa dizer, portanto, que não apenas o Poder Judiciário tem de aplicar, obrigatoriamente, a decisão proferida pelo STF, vez que estão vinculados, mas também toda a Administração Pública, direta e indireta.

Considerando que o julgamento proferido pelo STF tem efeito vinculante, concluímos que a união estável homoafetiva não necessita de normatização seja por via de lei ordinária, seja por via de emenda constitucional. Por analogia, o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, regulamentada pela Lei federal nº 9.728/96, e o artigo 1.723 do Código Civil devem ser aplicados às uniões homoafetivas por equiparação às uniões estáveis. Resta provado, portanto, que não é obrigatório aguardarmos qualquer regulamentação/normatização advinda do Poder Legislativo para aplicar a decisão proferida.

Concluímos que será inconstitucional qualquer proibição de adoção conjunta e de conversão em casamento civil por parte dos casais em união estável homoafetiva.

Dessa forma, a fim de restar configurada a união estável homoafetiva, os respectivos casais apenas têm de cumprir os mesmos requisitos já cumpridos pelos casais heterossexuais. Requisitos esses previstos na legislação e na jurisprudência pátria. Se um casal homoafe-

tivo mantém união estável pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, está configurada a entidade familiar, sem a obrigatoriedade de edição de qualquer outra norma acerca da matéria. Com a publicação da decisão proferida e, portanto, com o início da vigência dos seus respectivos efeitos vinculantes, os casais homoafetivos podem habilitar-se perante qualquer instituto de previdência a fim de requerer a respectiva pensão de seus companheiros, estabelecer na entidade familiar, legalmente, o regime da comunhão parcial de bens, regime aplicável pelo Código Civil à união estável, dentre outras possibilidades. Por exemplo, se a união homoafetiva foi equiparada à união estável para todos os efeitos legais, se a Constituição Federal determina que seja facilitada a conversão da união estável em casamento e o Supremo Tribunal determinou que não fosse feita qualquer distinção entre uniões hétero e homoafetivas, é possível que os casais homoafetivos consagrem suas uniões pelo casamento civil, ou seja, não há mais nenhuma justificativa jurídica para que se negue o direito de casais homoafetivos pleiteiem judicialmente a conversão de tais uniões em casamento.

Reafirmamos: os direitos dos casais homoafetivos estão resguardados pelos efeitos vinculantes da decisão do STF, devendo a aplicação de tais efeitos ocorrer de imediato. A comunicação feita pelo Presidente do STF a todos os tribunais e juízes, reafirma a eficácia contra todos e o efeito vinculante do julgamento e assevera: Este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Alguns opositores à decisão do STF argumentam que agora teríamos um modelo constitucional não discutido na Casa Legislativa e supostamente contrário à vontade dos legisladores de 1988. Ocorre que o STF decidiu com base nos princípios constitucionais, demonstrando que na ausência de proibição expressa à união estável homoafetiva não se pode presumir tal proibição e que, portanto, não há limites semânticos no texto a impedir o reconhecimento da união estável homoafetiva.

Portando, as dúvidas ainda são muitas e as respostas tendem a reconhecer que as relações homoafetivas são verdadeiras entidades familiares, as quais devem ser colocadas em harmonia com as demais entidades similares, posto que, o fruto dessa normatização advinda da decisão do STF é a proteção à dignidade do ser humano. O papel do Estado agora é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que infelizmente ainda são vítimas de preconceito e intolerância. Similar à união estável, ninguém mais vai poder negar direito à herança, a alimentos, à pensão, à adoção, ao casamento etc. às uniões homoafetivas sob a alegação de não constituírem verdadeiras entidades familiares.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A ideia de igual respeito e consideração se traduz no conceito de reconhecimento e respeito ao diferente, enquanto símbolo de alteridade. As identidades particulares, ainda que minoritárias, são dignas de reconhecimento. A exclusão das uniões homoafetivas do rol de entidades familiares funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório. As uniões homoafetivas não podem ser vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas de grupos sociais conservadores que estabelecem valores e padrões sociais homogeneizante.

O princípio constitucional da igualdade, em sua dimensão material, se congratula com a noção do direito fundamental à diferença já que, substancialmente, a isonomia reclama muito mais que o mero tratamento equitativo perante a norma jurídica (igualdade formal), mais sim uma tomada de decisões e posturas públicas concretas no sentido de se efetivar as individualidades e garantir que as diferenças existentes em determinados grupamentos humanos adquiram visibilidade.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu enquadramento jurídico. Longe de configurar uma aproximação artificial, é possível identificarmos nas uniões homoafetivas todos os elementos que têm sido considerados determinantes para o reconhecimento de união estável. Demonstrada a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de união homoafetiva como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

Um sistema axiológico-normativo fundado nos princípios constitucionais exigiu que o artigo 226 da Constituição Federal fosse interpretado e aplicado de um modo que não choquem com os reclames de justiça social. A prática jurídica há de servir para promover a efetiva realização do ser humano, ou seja, esse é o papel que cabe ao operador do direito a partir de uma práxis social e hermenêutica comprometida com uma concepção robusta e sana da natureza humana. E, sobretudo, deixa manifesto o reconhecimento de que quando a injustiça não é oportunamente eliminada pelo legislador, corresponde ao magistrado o dever (ético e jurídico) e a virtuosa coragem de corrigi-la, porque a práxis da justiça não é um valor abstrato senão um valor cujo alcance, precisão e sentido dependem de sua realização na unidade da vida humana.

Ao estabelecer que a união homoafetiva forma uma instituição familiar, devemos reconhecer aos homossexuais direitos legais, análogos aos direitos reconhecidos às uniões estáveis. Necessidade de casamento, procriação e sexo oposto devem ser superadas quando se trata de uniões homoafetivas. O Poder Judiciário deste país cumpriu com o seu papel de ser guardião dos princípios constitucionais que devem reger a sociedade, mesmo quando a lei é omissa. Afinal, não se pode viver a tirania do Legislativo, em que os juízes se curvem às tentativas de segmentos que se escudam atrás de preceitos religiosos para disfarçar posturas homofóbicas e discriminatórias.

A Justiça Brasileira deve responder às provocações sociais; e se os acontecimentos se engravidam e amadurecem ao sol das épocas, cabe a ela conferir resposta, usando princípios e regras do ordenamento jurídico, ou seja, dizer o direito ao caso posto. Ainda que o preconceito faça com que os relacionamentos homossexuais recebam o repúdio de segmentos conservadores, movimentos libertários e progressistas que transformaram a sociedade acabaram por mudar o próprio conceito de família. A homossexualidade existe, sempre existiu, e cabe à Justiça emprestar-lhe visibilidade. Em nada se diferenciam os vínculos heterossexuais e os homossexuais que tenham o afeto como elemento estruturante.

Logo, o STF meramente reconheceu que o conceito material de família se pauta no afeto conjugado à publicidade, durabilidade e continuidade da união amorosa e que isso independe de o casal ser de sexos diversos ou de sexos idênticos.

O reconhecimento legal da união homoafetiva como entidade familiar, põe fim à discriminação legal às uniões homoafetivas. Pela decisão do Supremo, os homossexuais passam a ter reconhecido o direito de receber pensão alimentícia, ter acesso à herança de seu companheiro em caso de morte, podem ser incluídos como dependentes nos planos de saúde, poderão adotar filhos e registrá-los em seus nomes, dentre outros direitos.

Com o resultado positivo do julgamento o Brasil pôde festejar a justiça, com fundamento na efetivação da dignidade da pessoa humana, na reafirmação da liberdade, na garantia da igualdade, na consagração do pluralismo e no resgate da cidadania dos membros das uniões homoafetivas, que se traduz na busca da felicidade, que é um direito de todos. Esse foi o primeiro passo. As uniões homoafetivas estão equiparadas às uniões estáveis. A decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Agora esperemos pela criminalização da homofobia (com a aprovação do PL 122) e, num futuro não muito distante, que venha à baila discussões que ampliem o rol de direitos extensivos às uniões homoafetivas.

---

**REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas** – 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2011.

BESTER, Gisela Maria. **Principiologia Constitucional e as Ações Afirmativas em Prol da Inclusão das Pessoas Idosas no Brasil**. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (Orgs.). **Direitos das minorias e grupos vulneráveis**. Ijuí: Unijuí, 2008.

CAPRA, Fritjof. **A inversão da situação**. In: **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 2006.

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

FUGIE, Érica Harumi. **A união homossexual e a Constituição Federal**. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 15, p. 131-164, out./nov./dez. 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Vol 1. 7. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2007.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual: proteção constitucional**. Curitiba: Juruá, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Lauro Luis Gomes. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Verbatim, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TORRES, Marcelo Monteiro. Direito fundamental à diferença. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2321, 8 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13821>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

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

Recebido em: 20/06/2011

Pareceres emitidos em: 30/06/2011 e 28/09/2011

Aceito para a publicação em: 30/09/2011