

UNIÕES HOMOSSEXUAIS E SUA OMISSÃO LEGISLATIVA

Samir Pimentel Juliani¹

RESUMO: O presente trabalho cuida, em síntese, de uma análise crítica feita sobre as uniões homossexuais e sua omissão perante a legislação pátria, o que não impede, todavia, que elas sejam reconhecidas juridicamente. Sabidamente, a Constituição Federal perfilha em seu bojo uma gama de princípios que garantem a essas uniões direitos que são igualmente conferidos as uniões estáveis de pessoas heterossexuais. E, como se não bastasse, a legislação infraconstitucional autoriza o uso da analogia como recurso hermenêutico integrativo, possibilitando assim, de uma forma ou de outra, a aplicação das regras voltadas para o regime das uniões estáveis heterossexuais à uniões estáveis homossexuais.

PALAVRAS-CHAVE: União Estável Heterossexual; União Estável Homossexual; Princípios Constitucionais; e, Analogia

ABSTRACT: In short, this paper attends to a critical analysis done on the homosexual unions and their omission under the national law, what does not block, however, that they could be legally recognized. Well known, the Federal Constitution tiller in its body a range of principles that guarantee to these unions the same rights granted to heterosexual people stable unions. And as if that were not enough, the infra-constitutional legislation authorizes the use of analogy as a hermeneutical resource integrative, allowing, in one form or another, the application of rules aimed at the regime of stable heterosexual unions to homosexual unions.

KEYWORDS: stable heterosexual unions; stable homosexual unions; constitutional principles; analogy

1 INTRODUÇÃO

Há algum tempo o modelo tradicional da família ocidental vem passando por um processo de amadurecimento fático e conceitual que coloca em cheque as velhas crenças etnocêntricas e sem fundamento razoável.

Infere-se que aquele dogma, heteronormativo, de que apenas era possível a constituição familiar se houvesse em seu âmago, essencialmente, um homem, uma mulher, e um filho, vem, aos poucos, sendo modificada.

É que, cada vez mais, pessoas que sentem algum tipo atração por aquelas que possuem o mesmo sexo que o seu se mostram dispostas a enfrentar, em movimentos organizados, a “maioria”, quase esmagadora, que se considera, em termos simples, dona da verdade e do direito de impô-las a todos que ousem destoar do caminho que para elas é considerado certo e probado de normatização.

Essa idéia é tomada a termo na compreensão do que vem a ser hegemonia, já que ela é a grande responsável pela omissão normativa das Uniões Estáveis Homossexuais, vejamos:

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD e Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

[...] hegemonia é um conceito que se refere a uma **forma particular de dominação** na qual **uma classe torna legítima sua posição** e obtém **aceitação**, quando não apoio irrestrito, **dos que se encontram abaixo**. Até certo ponto, toda dominação baseia-se em coerção e no potencial uso da força. Este tipo de **poder**, no entanto, **é relativamente instável**. Para que a dominação seja estável, a classe governante precisa criar e manter estilos de **ampla aceitação de pensar** sobre o mundo que definam sua dominação como razoável, justa e no melhor interesse da sociedade como um todo². (Grifos nossos)

Júlio César de Sá da Rocha, citando Miguel Reale, aduz que: “toda norma jurídica assinala uma direção para algo em virtude de assim ter sido querido por outrem, em função das valorações dominantes em dado ambiente histórico-social³.”

Então, nesse sentido, denota-se que o presente trabalho tem por escopo maior a assertiva de que aqui não se discutirá o embate entre a ciência e a fé, não se envolverá o pensamento jurídico *versus* o pensamento religioso, não se perscrutará a colisão de um pensamento hegemônico, e até certo ponto instável, contra um raciocínio minoritário, e muitas vezes dominado. O que este trabalho desenvolverá é a idéia de que a sociedade atual é uma sociedade plural, uma sociedade tolerante, capaz de compreender e apreciar as divergências.

O escopo principal deste tema é que, mesmo não havendo legislação específica que tutele as Uniões Estáveis Homossexuais elas, amparadas constitucionalmente pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do pluralismo, bem como da não discriminação, são passíveis de receber, pelo operador do direito, o mesmo tratamento dispensado às Uniões Estáveis Heterossexuais.

Este trabalho inscreve ainda que quando este processo não for possível, por questões que por certo serão inócuas, ainda sim será coerente e admissível a aplicação da analogia, como um processo hermenêutico-integrativo capaz de preencher a omissão do legislador, já que, os pressupostos que definem a União Estável Heterossexual se confundem analogicamente com os requisitos que capitulam a União Estável Homossexual, não bastando, para diferenciá-las, a diversidade de sexo.

O estudo pretende destacar, então, em sua essência, que todos os seres humanos são dignos de respeito, e de proteção por parte do Estado, não cabendo a ninguém o direito de estabelecer paradigmas de comportamento desfundados de normas, pois se assim o fizer de

² MACHADO. Igor Suzano. **Pensamento Hegemônico e Norma Jurídica**. Disponível em: http://www.panoptica.org/artigosjulout08/PANOPTICA_013_047_061.pdf. Acessado em 25 de outubro de 2008

³ ROCHA. Júlio César de Sá da. **A interpretação do direito e a ideologia do intérprete: o processo de hegemonia na hermenêutica**. Disponível em: http://www.uefs.br/sitientibus/pdf/17/a_interpretacao_do_direito.pdf. Acessado em 25 de outubro de 2008.

um lado de outro se estará excluindo aquele que não se adequar a esse modelo constituído, respeitando, por certo, o Estado Democrático de Direito⁴.

2 UNIÕES HOMOSSEXUAIS NO “UNIVERSO” FÁTICO BRASILEIRO

Nos idos da Idade Média e até pouco tempo atrás⁵ o posicionamento adotado pela maioria das pessoas e instituições, com seus discursos legitimados, tais como, científico, jurídico, midiático, caminhavam em um sentido contrário às “práticas” homossexuais⁶.

Verificou-se que o foco dado às críticas e resistências realizadas estava voltado aos modelos de família, considerada universal, que cingiam aquele determinado tipo de sociedade ocidental, que apenas reconhecia a união duradoura formada por um homem e uma mulher, e que de certo modo serviu de base para a formação ideológica da nossa realidade. O que se chama entre os estudiosos de gênero e sexualidade de “**heteronormatividade**”⁷.

O antropólogo Luiz Mott, em síntese, menciona que o amor entre pessoas do mesmo sexo foi secularmente considerado como crime hediondo, *verbis*:

Na nossa **tradição ocidental**, herdeira da moral judaico-cristã, o **amor** entre **pessoas do mesmo sexo** foi considerado e tratado como **crime** dos mais graves, equiparado ao regicídio e à traição nacional. O **sexo entre dois homens** era considerado tão horroroso, que os réus deste crime hediondo deviam ser punidos com **pena de morte**: a **pedradas** entre os antigos judeus e até hoje nos países islâmicos fundamentalistas; **decapitados**, no tempo dos primeiros imperadores cristãos; **enforcados** ou **afogados** na Idade Média; **queimados** pela Santa Inquisição; condenados à prisão com **trabalhos forçados** no tempo de Oscar Wilde e na Alemanha nazista⁸. (Grifos nossos).

Impõe-se examinar, ainda, que dentre todos aqueles contrários a esse tipo de relacionamento, como por exemplo a bancada evangélica e os deputados de formação conservadora, a igreja católica foi e ainda é o mais implacável braço-de-ferro, em especial junto ao Congresso Nacional, no não reconhecimento dessas Uniões por parte do Poder Legislativo, exatamente pela “**autoridade**” de seus discursos dogmáticos.

⁴ Sob o prisma do Neoconstitucionalismo, surgido, com força normativa, após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Democrático de Direito deve ser visto como sendo, em suma, a somatória entre direitos fundamentais, encartados no bojo da Constituição, e a Democracia, que pela mesma via vem amparada e protegida.

⁵ No final do século XX, em 1987, no DSM IIR, o homossexualismo deixou de ser doença.

⁶ “Essas manifestações derivam sua eficácia específica do fato de que aparecem encerrar em si mesmas o princípio de um poder que reside efetivamente nas condições institucionais de sua produção e de sua recepção (...). A linguagem de autoridade de autoridade governa sob a condição de contar com a colaboração daqueles a quem governa, ou seja, graças à assistência dos mecanismos sociais capazes de produzir tal cumplicidade, fundada por vez no desconhecimento, que constitui o princípio de toda e qualquer autoridade.” (BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas lingüísticas: O que Falar Quer Dizer**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p. 91.

⁷ MELLO. Luiz. **Outras Famílias: A construção social da conjugalidade homossexual no Brasil**. Disponível em: <http://sistema.clam.org.br/biblioteca/?q=node/175>. Acessado em: 10 de setembro de 2008.

⁸ MOTT. Luiz. **Direitos humanos, homofobia e cidadania homossexual no Brasil**. p. 914-915. Disponível em: <http://br.geocities.com/luizmottbr/artigos09.html>. Acessado em: 26 de outubro de 2008.

Isso se dá porque a sociedade, em sua esmagadora maioria, segue “algum” tipo de ideologia religiosa cristã e, por conseqüência, sua quase totalidade de seguidores prefere “**não enfrentar**” as “**forças**” de Deus no que toca a esse assunto “controverso”, mostrando-se bastante resistentes aos discursos e às vivências de lésbicas e gays que procuram afirmar o direito à liberdade de orientação sexual e a legitimidade dos agrupamentos familiares que fogem ao padrão nuclear, em tese, moderno⁹.

Nesse sentido, a Desembargadora Maria Berenice Dias, assevera que, *in verbis*:

O maior preconceito contra a homossexualidade provém das religiões. A concepção bíblica vem do preceito judaico, na busca de preservação do grupo étnico. Toda relação sexual deveria tender à procriação. Daí a condenação da homossexualidade masculina por haver perda de sêmen, enquanto a homossexualidade feminina era considerada mera lascívia. A Igreja Católica, ao pregar que sexo se destina fundamentalmente à procriação, considera a relação homossexual uma aberração da natureza, uma transgressão à ordem natural, verdadeira perversão, baseada na filosofia natural de São Tomás de Aquino. Daí serem consideradas antinaturais a masturbação, a homossexualidade e o sexo sem procriação. Por coerência, deveria ser vedado o casamento de mulheres na menopausa ou de pessoas que se sabem estéreis. De qualquer forma, pratica-se mais o sexo recreativo do que o procriativo¹⁰. (Grifos nossos).

O tempo, e juntamente com ele os movimentos sociais e seus impactos sobre as tais instituições de autoridade, todavia, estão se modificando. Aos poucos se passa a conviver e a respeitar, de forma mais entoadada, as práticas sociais existentes. O homem, como é sabido, é o resultado do meio cultural em que foi socializado. Ele é o herdeiro de um longo processo acumulativo, que reflete o conhecimento e a experiência adquiridos pelas numerosas gerações que o antecederam¹¹.

No Brasil, milhares de pessoas do mesmo sexo convivem em companhias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto, amizade, amor, pelo projeto de vida em comum, esperanças, valores, pela intenção de constituir uma família...¹²

Cresce a cada dia o número de indivíduos que assumem, mesmo que com medo, sua **orientação sexual**¹³. Publicamente, e em diferentes capitais do país, manifestações e

⁹ MELLO. Luiz. **op. cit.** p. 202.

¹⁰ DIAS. Maria Berenice. **União Homossexual – aspectos sociais e jurídicos**. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=315&isPopUp=true Acessado em 31 de julho de 2008.

¹¹ Disponível em: <http://grifando.wordpress.com/2007/10/08/cultura-um-conceito-antropologico-roque-de-barros-laia/>. Acessado em: 20 de outubro de 2008.

¹² Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/12/21/materia.2007-12-21.2759783613/view>. Acessado em: 14 de setembro de 08.

paradeatas, v.g., simbolizam a vitória pessoal de homens e mulheres que derrotaram séculos de opressão para poderem ostentar sua identidade sexual, desfrutar seus afetos e buscar a própria felicidade¹⁴.

A última Parada do Orgulho Gay que aconteceu em São Paulo (e ocorrem anualmente em várias cidades do país e do mundo) em busca da igualdade para lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros¹⁵, contou com cerca de **3,4 milhões de pessoas**, conforme dados da ONG - Associação da Parada do Orgulho GLBT de São Paulo¹⁶. Em 2007 o número foi ainda maior, pois **3,5 milhões de pessoas** participaram do evento¹⁷.

Em 2008, ao abrir a **Conferência Nacional de Lésbicas, Gays Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBTT)** o **Presidente de República Luiz Inácio Lula da Silva** condenou o preconceito contra os homossexuais e se solidarizou com o movimento¹⁸, enfatizando, várias vezes, “que sabe muito bem o que é sofrer preconceitos, já que passou por isso durante grande parte da sua vida”.

Nesse contexto é que os debates acerca do modelo da família tradicional vêm sendo discutidos. Amplas contendas como, por exemplo, o caso da cantora Cássia Eller, falecida em meados de 2001, que foi apreciado na 2ª Vara de Órfão do Rio de Janeiro, em 2002, onde foi decidido que seu filho – Francisco Ribeiro Eller, conhecido como “Chicão” - ficaria com sua companheira, Maria Eugênia Martins¹⁹, contribuem significativamente para o aprofundamento e enraizamento das discussões que versam sobre os direitos dos casais homossexuais, na sociedade brasileira.

Progressivamente, as relações “homoafetivas” vêm conquistando aceitação e respeito²⁰. Lentamente vem se consolidando uma cultura capaz de compreender, aceitar e apreciar as diversidades.

¹³ De acordo com Luiz Mott, em seu artigo “**A Construção a cidadania homossexual no Brasil**”, o país conta hoje com cerca de 17 milhões de homossexuais. (Disponível em: http://www.ibase.br/pubibase/media/ibasenet_dv25_espaco_aberto.pdf. Acessado 12 de outubro de 2008.

¹⁴ BARROSO. Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%20uniao%20homossexuais.pdf. Acessado em: 31 de maio de 2008.

¹⁵ Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Parada_do_orgulho_LGBT. Acessado em 31 de julho de 2008.

¹⁶ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u406419.shtml>. Acessado em 31 de julho de 2008.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Disponível em: <http://www.uj.com.br/online/noticias/default.asp?action=noticia&idnoticia=65512>. Acessado em 31 de julho de 2008.

¹⁹ Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG53360-6011,00.html>. Acessado em 11 de setembro de 2008.

²⁰ BARROSO. Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%20uniao%20homossexuais.pdf. Acessado em: 31 de maio de 2008.

É nessa senda, então, que se deve efetivar o **direito fundamental** à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana, considerando, por certo, o indivíduo como sendo livre para se autodeterminar e levar a sua vida como bem lhe aprouver, não cabendo a ninguém, que não a própria pessoa, estabelecer as posturas que merecem ser tidas e trabalhadas como válidas e aceitáveis para a construção de sua história.

Somando-se com esses argumentos, a homossexualidade, como já foi exposto alhures, deixou de ser vista enquanto doença há décadas no Brasil e, portanto, já existe uma produção discursiva médica que baliza e ampara o fato da homossexualidade não ser mais vista como moléstia. Esse argumento, por si só, seria quase que suficiente para impedir a discriminação por questões de gênero, se este não fosse um fator social que foge, entretantes, do controle objetivo de dados técnicos e frios.

Será possível concluir, no decorrer deste trabalho, que é preciso destituir as falsas crenças que circulam em meios políticos, sociais, jurídicos e religiosos, e encarar o fato da “**existência**” da união entre pessoas do mesmo sexo, e da necessidade que esse tipo de família tem de receber um amparo estatal mais efetivo e condizente com a realidade pátria, homenageando-se, no mesmo viés, princípios como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do pluralismo e da não discriminação.

3 UNIÕES HOMOSSEXUAIS NO “UNIVERSO” JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal hodierna, apesar da imensa preocupação com a discriminação, com o preconceito, e com a dignidade da pessoa humana, não faz referência expressa à **liberdade de orientação sexual**, e como consequência, **não faz menção as Uniões Homossexuais**. Ela apenas aduz sobre as Uniões Estáveis de pessoas de sexos distintos. Para Maria Berenice Dias “As uniões de pessoas do mesmo sexo, por puro preconceito, eram relegadas ao âmbito do Direito das Obrigações, e identificadas como um negócio de fins lucrativos”²¹.

Então, para a Carta Maior, e para os efeitos de proteção do Estado, é reconhecida como entidade familiar a união entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar a conversão em casamento²². Em nenhum momento ela se refere à união de uma mulher com uma mulher, ou de um homem com homem, independentemente de suas identidades de gênero, com

²¹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11. 340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

²² “**art. 226, § 3º**: Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher com entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.).

intuitos claros de constituir uma família. Sílvio de Salvo Venosa, à luz desse raciocínio, traz à baila a idéia de que “[...] no atual estágio legislativo e histórico da nação, a chamada sociedade homoafetiva não pode ganhar o status de proteção como entidade familiar [...]”²³.

Todavia, é possível observar uma brecha, talvez saída paliativa, em seu conteúdo normativo, porquanto ela não proíbe a existência desse tipo de união, apesar de não a regulamentar como deveria.

É nesse espeque que alguns Tribunais de Justiça, como o do Rio Grande do Sul, do Rio de Janeiro, dentre outros, vêm avançando na discussão que entretém a doutrina e divide opiniões. Maria Berenice Dias menciona que essa mudança:

[...] começou pela Justiça gaúcha ao definir a competência das Varas de Família para o julgamento das ações envolvendo as uniões homossexuais, o que provocou a remessa de todas as demandas que tramitavam nas varas cíveis para a jurisdição de família. Também os recursos migraram para as Câmaras de Família, que detêm competência para apreciar a matéria.²⁴

O Código Civil de 2002, no mesmo ambiente daqueles que não vêm lacunas na CF, também não abraçou o tema e cuidou de tratar apenas das uniões entre pessoas de sexo oposto, delineando em seu artigo 1.723 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”**. Novamente uma legislação, agora a que trata especificamente do assunto “família”, não contemplou as uniões de pessoas do mesmo sexo, deixando-as ao julgamento do Judiciário quando o for demandado.

Ocorre que, da mesma forma que a Constituição pátria, ele – o Código Civil atual – também não proibiu a existência dessas uniões, o que, somando-se à utilização dos princípios constitucionais, bem como da analogia, as uniões entre pessoas do mesmo sexo são perfeitamente possíveis e a elas o regime das Uniões Estáveis entre homens e mulheres deve ser aplicado de forma concreta²⁵.

4 DAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS

²³ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção direito civil; v. 6). p. 440.

²⁴ DIAS. Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11. 340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 36.

²⁵ Com forte ranço positivista, a doutrina brasileira mais conservadora classifica a união de pessoas do mesmo sexo como ato inexistente, excluindo, por certo, a matéria do direito de família, e colocando-a para ser analisada como contrato de sociedade, já que ela gera apenas efeitos de caráter obrigacional.

Poucos estudiosos se aventuraram em definir o que vem a ser uma união homossexual, limitando-se em expor que o ordenamento jurídico não recepciona tal tipo de família, sendo necessária uma produção legislativa, nesse sentido, para que possa ser tutelada de forma condigna.

Ocorre que em virtude, por exemplo, da atuação dos movimentos sociais e da mídia impressa e televisiva, é possível observar que a cada dia aumenta o número de pessoas que assumem publicamente a sua orientação sexual forçando, por conseguinte, um posicionamento do Poder Público²⁶.

Nota-se, também, que em certas manifestações provocadas o mesmo poder (digo: Poderes do Estado), que muitas vezes se omite ou nega²⁷ direitos, atribui às uniões entre pessoas do mesmo sexo *status* semelhantes aos das Uniões entre homem e mulher.

Neste sentido, marca-se a **Instrução Normativa INSS/DC n. 25 de 7 de junho de 2000**, que estipula, já reconhecendo essas uniões como parte orgânica da sociedade, os procedimentos que deverão ser cumpridos para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual²⁸.

Também com esse enfoque, destaca-se o voto do **Ministro Celso de Mello** no julgamento da **ADI 3.300-0**, que discutiu o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis entre homossexuais. Na decisão o relator afirmou tratar-se de relevante questão constitucional e entendeu caber ao Supremo Tribunal Federal (STF) discutir e julgar a legitimidade constitucional do tema, em novo processo, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), já que a norma, naquele instante impugnada, já havia sido revogada pelo novo Código Civil.

Em seu voto, o ministro enfatizou que:

²⁶ “Em nível municipal, a cidade do Recife tornou-se o primeiro município brasileiro a reconhecer o direito de pensão aos companheiro(a)s homossexuais dos servidores públicos, em caso de morte destes, através da Lei 16.730/01. Segundo dados da Secretaria de Administração de Recife, a medida já beneficiou cinco casais. No ano seguinte, foi sancionada em Pelotas, Rio Grande do Sul, a Lei Municipal 4.798/02, tornando aptos a receber os benefícios do Sistema da Previdência Social dos Servidores Municipais (PREVPELL) os parceiros de mesmo sexo e eventuais filhos. No mesmo ano, em São Paulo, foi aprovada a Instrução Normativa 06/2002 regulamentando o direito dos companheiro(a)s homossexuais dos servidores públicos municipais a receberem pensão através do Instituto de Previdência Municipal – IPREM.” (VIANA. Adriana. **Direitos e políticas sexuais no Brasil: mapeamento e Diagnóstico**. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004. p. 58).

²⁷ Dentro desse contexto, menciona-se que recentemente a Câmara dos Deputados aprovou a “**Nova Lei de Adoção**”, que trouxe em seu bojo a proibição de adoção de crianças por casais homossexuais. (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u435942.shtml>. Acessado em: 12 de outubro de 2008.)

²⁸ Nesse sentido, vem a: **INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 25 - DE 7 DE JUNHO DE 2000 – DOU DE 8/6/2000**. Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. **FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 Art. 1º - Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.** (Disponível em http://www.mps.gov.br/srp/normas/dc/in/2000/in25_070600.html. Acessado em 14 de outubro de 2008.)

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas²⁹.

E mais:

[...] cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva com entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais³⁰.

A **4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça**, por 3 votos a 2, já havia admitido a possibilidade jurídica³¹ do pedido de reconhecimento da união estável entre homossexuais, que havia sido extinta sem análise do mérito³², e determinado que a Justiça Fluminense retomasse o julgamento da ação envolvendo o agrônomo brasileiro Antônio Carlos Silva e o canadense Brent James Townsend.

Lembro aqui que o jurista **Roberto Arriada Lorea**, juiz de Direito da 2ª Vara das Famílias e Sucessões da Comarca de Porto Alegre, já havia decidido nesse sentido ao julgar procedente ação de dissolução de união estável entre casal homossexual.

O magistrado entendeu que o **reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, pela falta expressa de disposição legal, configuraria uma resistência imotivada para a efetiva análise do tema porquanto da análise do art. 226, §3º da CF** não decorre a conclusão “somente homens e mulheres”, ao contrário, extrai-se que **ele não veda** a possibilidade da proteção jurídica das relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo³³.

²⁹ Voto do Min. Celso de Mello na ADI n. 3.300, cf. Notícias do STF, 06.02.2006, 17h45min, e inf. 414/STF. (Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/ADI3300.pdf>. Acessado em: 14 de outubro de 2008.

³⁰ Voto do Min. Celso de Mello na ADI n. 3.300, cf. Notícias do STF, 06.02.2006, 17h45min, e inf. 414/STF. (Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/ADI3300.pdf>. Acessado em: 14 de outubro de 2008.

³¹ Dia 02 de setembro de 2008.

³² DECISÃO – Resp. 820475, UF: RJ REGISTRO: 2006/0034525-4, relator: Antônio de Padua Ribeiro. (Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600345254&pv=010000000000&tp=51>. Acessado em: 14 de Outubro de 2008.

³³ Disponível em:

http://tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Porto+Alegre&versao=&versao_fonetica=2&tipo=1&id_comarca=porto_alegre&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=porto_aleg

E, ainda, definiu a união estável e o casamento, nos moldes da legislação atual, como um instituto passível de ser acessado por todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual. Esse entendimento acha-se consubstanciado em sentença proferida nestes termos, *verbo ad verbum*:

Nesse sentido (...) trago à colação a importante manifestação da **Associação Americana de Antropologia**, objetivando esclarecer uma série de equívocos consagrados pelo **senso comum** acerca dos reflexos sociais decorrentes do casamento entre pessoas do mesmo sexo (...) ‘Os **resultados de mais de um século de pesquisas** antropológicas sobre unidades domésticas, relações de parentesco e famílias, em **diferentes culturas** e ao longo do tempo, não fornecem qualquer tipo de **evidência científica** que possa embasar a idéia de que a civilização ou qualquer ordem social viável dependa do casamento ser uma instituição exclusivamente heterossexual. Ao contrário, as pesquisas antropológicas fundamentam a conclusão de que um **imenso leque de tipos de famílias**, incluindo famílias baseadas em parcerias entre pessoas do mesmo sexo, **podem contribuir na promoção de sociedades estáveis e humanitárias**³⁴. Grifos nossos.

E ainda, *ipsis litteris*:

Da leitura do art. 226, 3, da CF, não decorre a conclusão “somente entre homens e mulheres adotada no parecer do fiscal da lei. Ao contrário, conclui-se que este dispositivo não veda a possibilidade da proteção jurídica das relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Vislumbra-se neste dispositivo **uma lacuna**, eis que não há norma expressa sobre este ponto, não existindo, portanto, a impossibilidade e ocorrência das referidas uniões estáveis entre homossexuais. **Nos casos de vazio normativo** deve o **juiz decidir** de acordo com a **analogia**, os costumes, e os princípios gerais do direito (art. 4, da Lei de introdução do Código Civil³⁵. Grifos nossos.

Recentemente³⁶, a mesma **4ª Turma do Superior Tribunal** de Justiça proferiu **decisão histórica** e inovadora para o direito de família, porquanto permitiu a adoção de duas crianças por um **casal de mulheres** que convivem juntas desde 1998. Na referida decisão ficou

re&num_processo_mask=10505101223&num_processo=10505101223&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1. Acessado em 14 de outubro de 2008.

³⁴ Sentença do Juiz Roberto Arriada Lorea, proferida na Ação de Dissolução de União Estável, n. 10505101223, publicada em 15/02/2005, no tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (Disponível em: http://tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Porto+Alegre&versao=&versao_fonetica=2&tipo=1&id_comarca=porto_alegre&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=porto_alegre&num_processo_mask=10505101223&num_processo=10505101223&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1. Acessado em 14 de outubro de 2008.

³⁵ Sentença do Juiz Roberto Arriada Lorea, proferida na Ação de Dissolução de União Estável, n. 10505101223, publicada em 15/02/2005, no tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (Disponível em: http://tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Porto+Alegre&versao=&versao_fonetica=2&tipo=1&id_comarca=porto_alegre&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=porto_alegre&num_processo_mask=10505101223&num_processo=10505101223&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1. Acessado em 14 de outubro de 2008.

³⁶ Dia 29 de março de 2010.

registrado que nos casos de adoção, deve prevalecer sempre o melhor interesse da criança, ressaltando-se, sobretudo, que o julgamento foi muito importante para firmar ainda mais a dignidade do ser humano, do casal e da criança³⁷.

Apoiando-se então nessas prolações é possível, a propósito do tema, visualizar que, pelas regras existentes em nosso ordenamento jurídico, bem como dentre todos os requisitos apontados para a caracterização da união estável, apenas um deles exclui a possibilidade de igualar, formalmente, a União de pessoas de sexo diferentes com a União de pessoas de sexo iguais, qual seja, a diversidade dos mesmos.

Assim, um homem só poderá se unir a uma mulher, e esta somente àquele. Inexiste regra específica para, *v.g.*, uma mulher que se una a outra mulher, ou um homem que se una outro homem, como outrora fora dito.

Todavia, partindo-se do pressuposto de que a Constituição não perfilha os parâmetros regulares do tema, bem como não veda a união entre pessoas do mesmo sexo, é possível **concluir que União Homoafetiva é a vinculação de duas pessoas do mesmo sexo, de gêneros diferentes ou não, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de uma família.**

5 DA UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A constituição Federal, **axiológica que é**, coloca em seu bojo uma gama de princípios e garantias fundamentais que, por força da própria Carta, possuem aplicabilidade imediata. Sendo assim, eles devem ser os norteadores do intérprete, a fonte primeira onde o operador do Direito vai buscar as respostas para as questões que necessita elucidar³⁸.

No caso em tela, os princípios sobre os quais passaremos a discorrer são, por certo, plenamente aplicáveis às Uniões Homossexuais, e por isso, não dependem de normas ulteriores para serem prontamente consagrados em favor das mesmas.

Por conseqüência, corrobora-se a exigência patente de se **colocar as Uniões Homossexuais no patamar de uma das espécies de “família” tuteladas por nossos poderes constituídos**, dando a elas, por conseqüências, todos os direitos aplicáveis às Uniões Estáveis heterossexuais.

José Afonso da Silva, em seu livro “A aplicabilidade das normas constitucionais”, entende, nesse sentido, que:

³⁷ Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96931. Acessado dia: 01 de junho de 2010.

³⁸ FACHIN, ZULMAR. **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008. p. 202.

O Título II da Constituição Federal contém a declaração dos **direitos e garantias fundamentais**, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. O art. 5º, §1º, por seu lado, estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata**”. Isso abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11³⁹. Grifos nossos.

Ainda, perscruta-se necessário lembrar que, não obstante toda a argumentação tecida em um caminho contrário, os direitos fundamentais existem em função do ser humano, seja ele homem, mulher, criança, branco, negro, amarelo, heterossexual, homossexual ou qualquer outra forma de expressão da natureza que faz parte do grandioso universo de diversidade humana que habita este planeta⁴⁰.

Sendo assim, vejamos os sustentáculos da argumentação referida, tomando por base o fato de que os princípios norteadores – Da Dignidade da Pessoa Humana; da Liberdade; da Igualdade; do Pluralismo; e, da Não Discriminação, que serão destrinchados a seguir, impõem **limites bastante demarcados** no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual (e tão somente) que integra a esfera do lícito e que, merece, por todas estas razões, proteção jurídica concreta e eficaz⁴¹.

5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Talvez esse seja o princípio mais importante de todos os que se aplicam a essa espécie de relacionamento de cunho familiar. É que, por ele, **toda pessoa** deve ser protegida, de todo e qualquer tipo de ato, emanado de onde quer que seja, que venha a atingir sua dignidade⁴².

No âmbito desse arcabouço, Gilmar Ferreira Mendes, elevando o excerto de Miguel Reale, em refinado escrito, afirmou que:

Toda pessoa é única e que nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que por isso ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir um à outra; e que, afinal, embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que **dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência**, o que é improvável em qualquer concepção

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Ed. 7., 2 tiragem. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 165.

⁴⁰ FACHIN, ZULMAR. **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008. p. 203.

⁴¹ Ibidem, p. 203.

⁴² Na esteira desse raciocínio, Silvana Maria Carbonera, em seu artigo: “**A tutela da dignidade da pessoa e o papel do estado: uma reflexão na dimensão da família**” coloca que: “A Constituição Federal, ao eleger como princípio fundante a tutela da dignidade da pessoa humana, provocou uma modificação de vastas proporções, tanto no modo de tratar teoricamente os temas como no modo de aplicá-los. Deixa-se de ter uma Constituição Garantia para se ter uma Constituição Dirigente.” (Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. – Vol. 1 (abr. 2005) – Londrina: IDCC, 2005. p. 80)

transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos com valor-forte da experiência ética para ser vista como simples ‘momento de um ser transpessoal’ ou peça de um gigantesco mecanismo, que, sob várias denominações, pode ocultar sempre o mesmo ‘monstro frio’, ‘coletividade’, ‘espécie’, ‘nação’, ‘classe’, ‘raça’, ‘idéia’, ‘espírito universal’, ou ‘consciência coletiva’⁴³. Grifos nossos.

E é sob essa concepção que se reputa adequado analisar a dignidade do ser humano, que pela Constituição de 1988 foi colocado com fundamento do Estado, significando, não apenas o reconhecimento do valor do homem em sua dimensão liberdade, mas como e também, base onde o próprio Estado se constrói, já que esse termo designa o respeito que qualquer indivíduo merece ter.

Conclui-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana, longe de ser apenas um direito, é um **atributo** que todo ser humano possui, independentemente de sua origem, **sexo**, **gênero**, idade, condição social ou qualquer outro requisito que possa fundamentar a sua violação⁴⁴.

5.2 Princípio da liberdade

Da dignidade da pessoa humana emergem os princípios da liberdade e da igualdade, que são, por certo, parte dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Do princípio da liberdade, surge uma gama de espécies fundamentais que, apesar de prestarem imensos serviços ao regime democrático, aqui não serão mencionados, porquanto, de forma clara e lógica, distanciam-se do objeto em estudo.

Nesta ocasião, nos ateremos apenas à liberdade de expressão no que tange à família e à dignidade do ser em si, ligada, por certo, ao direito à homossexualidade, que é, indiscutivelmente, parte do direito de liberdade, do qual todos os indivíduos são – por força internacional e constitucional – portadores, devendo o Estado tutelar direitos oriundos desta forma de expressão da sexualidade⁴⁵.

É que, esse princípio, por ser um dos mais relevantes e preciosos, guarda, em sua essência, uma bagagem que serve de aporte à proteção do indivíduo que resolve se unir a outro que possui o mesmo sexo que o seu.

A Constituição Federal, mesmo cogitando a liberdade de expressão como valor que garante ao indivíduo o direito de se manifestar livremente, de ter acesso à informações, resguardando o sigilo da fonte, de se expressar fisicamente sem ser restrito desses direitos,

⁴³ MENDES. Gilmar Ferreira, COELHO. Inocência Mártires, BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 140.

⁴⁴ NOVELINO. Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 210.

⁴⁵ FACHIN, ZULMAR. **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008. p. 203.

trouxe também, em seu bojo, a hermenêutica de que se deve assegurar a inviolabilidade da vida privada e da honra aos indivíduos.

Nesse sentido, convém trazer à baila que:

Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado com sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é tratada com objeto, como meio para a satisfação de algum interesse imediato⁴⁶.

Sendo assim, Maria Berenice Dias, em seu livro “Manual de Direito das Famílias, coloca o direito na finalidade de coordenar, organizar e limitar, as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual, e acrescenta que “em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de construir uma relação conjugal, uma união estável hetero ou homossexual⁴⁷”.

Outra dimensão importante é possível se extrair do primeiro **PNDH – Programa Nacional de Direitos Humanos**, de 1996, que forneceu diretrizes para orientar a produção de leis e programas governamentais e, em bojo, fez uma série de divisões, por temas, dentre os quais, no tópico “**Garantias do direito à liberdade**”, colocou o direito de “**orientação sexual**”, prescrevendo que:

“2.2. GARANTIA DO DIREITO À LIBERDADE [...] DE ORIENTAÇÃO SEXUAL:

109. Propor emenda à Constituição Federal para incluir a garantia do direito à livre orientação sexual e a proibição da discriminação por orientação sexual.

110. Apoiar a regulamentação da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e a regulamentação da lei de redesignação de sexo e mudança de registro civil para transexuais.

111. Propor o aperfeiçoamento da legislação penal no que tange à discriminação e à violência motivadas por orientação sexual.

112. Excluir o termo ‘pederastia’ do Código Penal Militar.

113. Incluir nos censos demográficos e pesquisas oficiais dados relativos à orientação sexual.⁴⁸”

Desta forma, mesmo que esse plano não vincule de forma cogente as posturas a serem tomadas pelo Poder Público, é possível empreendê-lo como um **importante marco** de incorporação da liberdade de orientação sexual nos direitos fundamentais no Brasil.

⁴⁶ MENDES. Gilmar Ferreira, COELHO. Inocência Mártires, BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 365.

⁴⁷ DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. ver., atual. e ampl. 3. tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 61

⁴⁸ VIANA. Adriana. **Direitos e políticas sexuais no Brasil: mapeamento e Diagnóstico**. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004. p. 41.

E rematando, conclui-se que, se o indivíduo tem constitucionalmente garantido o direito de ser homossexual, já que esse é um atributo relacionado à sua liberdade de escolha, e que apenas a ele diz respeito - pois faz parte de sua vida mais íntima, ninguém tem o direito de estabelecer como uma pessoa deverá viver a sua privacidade.

Por conseqüência, “é injustificável a realidade de que um indivíduo tenha o direito de ser homossexual e não possa, todavia, ‘exercer’ esta homossexualidade através da união – juridicamente reconhecida – com outro indivíduo homossexual⁴⁹, já que, por via direta, não terá seus direitos resguardados.

5.3 Princípio da igualdade

Quando a constituição coloca em seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, ela está, na verdade, estabelecendo a igualdade formal, entendida como igualdade de oportunidades e igualdade perante a lei, o que, por certo, tem sido insuficiente para que se efetive a igualdade material, isto é, a igualdade de todos os homens perante os bens da vida, igualdade na lei, tão enfatizada nas chamadas democracias populares, e que, nas Constituições democráticas liberais, vem traduzida em normas de caráter programático, como é o caso da Constituição brasileira⁵⁰.

Rui Barbosa, em seu livro *Orações aos Moços*, registrou que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real⁵¹”.

Isso quer dizer que é imprescindível que a lei trate todos de forma igualitária, ressaltando os casos onde, para que surja a igualdade, as pessoas devam ser tratadas de forma diferente.

Para Maria Berenice Dias, o Código Civil, atendendo à ordem constitucional, consagrou o princípio da igualdade no âmbito familiar, e perscrutou que:

[...] a desigualdade de gêneros foi banida, e, depois de séculos de tratamento discriminatório, as distâncias vêm diminuindo. A igualdade, porém, não apaga as diferenças entre os gêneros, que não podem ser ignorados pelo direito. O desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre homens e mulheres dentro do princípio da igualdade (...). Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem

⁴⁹ FACHIN, ZULMAR. **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008. p. 204.

⁵⁰ CARVALHO. Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. ed., ver. Atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 731.

⁵¹ BARBOSA. Rui. **Oração aos Moços**. 2ª ed. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 33.

levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, ele reconheça direitos às situações merecedoras de tutela⁵².

Nesse espeque, Roger Raupp acrescenta que, apesar de toda a fundamentação esposada, essa é a visão simples do princípio da igualdade, porquanto ela se limita ao princípio da não discriminação, que leva em conta apenas a maioria. Apesar de evidente avanço, o autor concluir que:

[...] precisamos ir além e interpretar o princípio da igualdade também como princípio da anti-subjugação, que se relaciona como da igualdade e o da dignidade da pessoa humana, estabelecendo que se deve conferir igual reconhecimento, igual valor às pessoas, independentemente de suas condição, o que difere totalmente de se eleger um padrão ao qual os dessemelhantes devam ser equiparados⁵³.

O princípio da igualdade tem, por tanto, o fim de impedir distinções, discriminações e privilégios arbitrários, preconceituosos, odiosos ou injustificáveis⁵⁴.

5.4 Princípio do pluralismo

O mote da discussão sobre esse tema é a pluralidade da sociedade na qual a diversidade e as liberdades individuais devem ser largamente respeitadas. Isso quer dizer que, pessoas que pensam contrariamente, indivíduos que tenham visão de mundo diferente, podem e devem conviver com tolerância mútua e em harmonia. Essas pessoas não são inimigas umas das outras, são, na verdade, parceiras no processo de construção de uma sociedade melhor, plural e tolerante.

A completude das relações sociais determinou a necessidade da formação de estruturas diversificadas em grupos em que se divide a sociedade, cada um deles, com base ideológica própria⁵⁵. É nesse espeque que se pode entender que:

[...] falar em **pluralismo** político significa dizer que, respeitadas as poucas restrições estabelecidas na própria Lei Fundamental – pois nesse terreno é imperativa a reserva da Constituição -, **o indivíduo é livre** para se **autodeterminar** e levar a sua vida com bem lhe aprouver, imune a intromissões de terceiros, sejam elas provenientes do Estado, por tendencialmente invasor, ou mesmo por particulares⁵⁶. Grifos nossos.

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. ver., atual. e ampl. 3. tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

⁵³ RIOS, Roger R. & PIOVESAN, Flávia. **A discriminação por gênero e por orientação sexual – As minorias e o Direito**. p. 157. Disponível em: www.cjf.jus.br/revista/seriecaderanos/vol24/artigo05.pdf. Acessado em: março de 2008.

⁵⁴ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 292.

⁵⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. ed., ver. Atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 658.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 146.

O princípio do pluralismo, então, dará bases para o reconhecimento, como entidade familiar, da união de pessoas do mesmo sexo, disseminando, pela mesma via, todos os direitos que uma família, considerada “tradicional”, possui.

É nesse ambiente que a Constituição vem garantindo novos contornos às estruturas familiares. O princípio do pluralismo, aplicado nas entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias formas de arranjos familiares⁵⁷.

5.5 Princípio da não discriminação

Esse princípio, embrenhado no artigo 3º, inciso IV da Carta Maior, coloca como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sendo assim, fica claro que questões que envolvam qualquer forma de discriminação, principalmente aquelas relacionadas ao sexo, devem ser protegidas e amparadas pelo Estado.

Para Uadi Lammêngo Bulos, “o inciso considerou a forte influência de todas as raças na formação e no desenvolvimento da cultura brasileira, não se admitindo preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação⁵⁸”.

Quando se retira o reconhecimento familiar de pessoas do mesmo sexo, que convivem há anos e, por via direta, afastam-lhes prerrogativas que são plenamente aplicáveis a relação entre um homem e uma mulher, claramente se identifica uma discriminação em função da orientação sexual, o que, por óbvio, é dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoa (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana⁵⁹.

Partindo-se então desse pressuposto, tem-se que o único motivo lógico que ainda faz as pessoas encararem a União Homossexual como sendo proibida, é o preconceito arraigado que vem ou pode vir de raízes psicológicas, históricas ou sociológicas⁶⁰.

⁵⁷FILHO. Carlos Cavalcante de Albuquerque Filho. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 145.

⁵⁸BULOS. Uadi Lammêngo. **Constituição Federal Anotada**. 7. ed. ver. e atual. até a Emenda n. 53/2006. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 93.

⁵⁹Rivista do TRF/4 Rigião, vol. 57/309-348, 310, Rel. Dês. Federal João Batista Pinto Silveira

⁶⁰RIOS, Roger R. & PIOVESAN, Flávia. **A discriminação por gênero e por orientação sexual – As minorias e o Direito**. p. 155. Disponível em: www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf. Acessado em: março de 2008.

6 DA LEITURA SITEMÁTICA DO ARTIGO 226, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Veja que o conteúdo do §3º do artigo 226 da CF possui a seguinte assertiva: “*Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”. Sendo assim, claramente se denota, desse preceito, que ele realmente não veda a possibilidade de proteção jurídica das relações estáveis entre homossexuais, apenas se refere à união de um homem à uma mulher.

Como vivemos em um país de maiorias positivistas⁶¹, a edição de um preceito legal, resguardando as uniões homossexuais, seria mais do que suficiente para apaziguar e solucionar o tópico “Omissões legislativas”, mesmo sabendo que muitas vezes as leis não são aplicadas como deveriam ser. Todavia, essa não parece ser a saída mais coerente para o caso brasileiro.

a proposta deste tópico é que, com a utilização efetiva dos princípios encartados no bojo da Constituição Federal, mais precisamente os que foram elencados acima, conseguir-se-á, no atual estágio cultural brasileiro, tutelar essas Uniões, proclamando-as como entidade familiar, sem a necessidade de lei específica sobre o assunto.

Todas as pessoas, independentemente de suas origens e características pessoais, possuem o direito de desfrutar da proteção jurídica que esses princípios supramencionados lhe concedem.

Para Luis Roberto Barroso, vale dizer que:

[...] de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno⁶².

⁶¹ Isso é compreensível já que temos nossas origens jurídicas no Direito Romano.

⁶² BARROSO. Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%20uniao%20homossexuais.pdf. Acessado em: 31 de maio de 2008. p. 12-13.

Diante disso, não é por que as uniões homossexuais não possuem disciplina própria, dentro do nosso ordenamento jurídico, que essa questão ficará livre aos ventos e brisas do destino, como se nada disso estivesse acontecendo. Com diz Maria Berenice Dias: “Ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetiva: vida digna, vida feliz⁶³”.

7 DA UTILIZAÇÃO DA ANALOGIA

Já há algum tempo, decisões dos Tribunais estão sendo proferidas no sentido de conceber direitos em favor dos homossexuais que se unem no intuito de constituir uma família, exatamente porque estão reconhecendo a respeitável proporção da discussão no âmbito nacional, e porque possuem um dever para com a Justiça.

Alguns dos casos mais importantes envolveram, principalmente, a Justiça do Rio Grande do Sul:

“Empresa de plano de saúde é obrigada a aceitar parceiro homossexual como dependente. (1996)⁶⁴”; “Tribunal de Justiça atende à apelação de um transexual e o autoriza a usar nome feminino. (1998)⁶⁵”; “Disputa de bens entre duas lésbicas é transferida da área cível para a de família, como ocorre nas uniões heterossexuais. (1999)⁶⁶”; “Justiça Federal reconhece, numa liminar, o direito do companheiro de um servidor público à pensão por morte. (1999)⁶⁷”; “Por meio de liminar, Justiça Federal obriga INSS a registrar parceiros homossexuais, com união estável, como dependentes. (2000)⁶⁸”; “Uma disputa de herança de um casal gay, é resolvida pela meação, recurso usado no caso de herança de família. (2001)⁶⁹”. E o caso de MG, onde a juíza Áurea Maria Brasil Santos Perez, da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte, concedeu a antecipação de tutela solicitada por um casal de homossexual que pleiteia a inclusão de uma das autoras com beneficiária da primeira, nos planos de saúde oferecidos por um órgão público o Estado. (2006)⁷⁰.

O caminho, por certo, para situações como estas, quando não for suficiente, por si só, a aplicação dos princípios constitucionais aqui avalizados, está no bom emprego da analogia com recurso hermenêutico-integrativo, contexto do art. 4º da Lei de Introdução ao Código

⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. ver., atual. e ampl. 3. tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 25.

⁶⁴ Disponível em: <http://www.trt12.gov.br/portal/areas/ascom/extranet/clipping/011007.jsp>; http://www.cecif.org.br/tt_homossexuais.htm. Acessado em: 14 de outubro de 2008

⁶⁵ Disponível em: http://blogdotibu.blogspot.com/2008_01_01_archive.html. Acessado em: 14 de outubro de 2008.

⁶⁶ Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/civel/jurisprudencia/id527.htm>. Acessado em: 14 de outubro de 2008.

⁶⁷ Disponível em: <http://www.jfjb.gov.br/funcional/sent37.htm>. Acessado em 14 de outubro de 2008.

⁶⁸ Disponível em: http://www.trf4.gov.br/trf4/noticias/noticia_detalhes.php?id=4719. Acessado em: 14 de outubro de 2008.

⁶⁹ Disponível em: www.correioforense.com.br/anexos/publicacoes/f1176988426882.doc. Acessado em: 14 de outubro de 2008.

⁷⁰ Disponível em: http://www.fenaess.org.br/clipping/clip_11072006.htm. Acessado em: 14 de outubro de 2008.

Civil, bem como do artigo 126 do Código de Processo Civil. Se o juiz foge desse norte crítico que o auxilia, certamente cairá nos falsos lençóis de uma aplicação injusta dos preceitos maiores, englobados pela Constituição.

Partilhando dessa mesma opinião, e falando, entretantes, da racionalidade normativa e ordenamental, sob um ponto de vista da teoria crítica do direito, o que, por si só já está permitindo uma melhor apreensão do tema, Luz Fernando Coelho, em seu livro a Teoria Crítica do Direito, encampa a idéia esposada acima e coloca que, dentro da teoria tradicional, é possível a distinção entre *lacuna legis* e *lacuna júris*, sendo que, a primeira caracteriza-se pelo **vazio normativo da lei**, a ser preenchido pelas técnicas de integração, a segunda corresponde à **insuficiência da própria ordem jurídica** em relação aos valores e aos fins⁷¹.

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657 de 1942) em seu artigo 4º estabelece que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a *analogia* (...)”, no mesmo sentido o artigo 126 do Código de Processo Civil (com redação determinada pela Lei n. 5.925 de 1973) prescreve que: “O juiz não se eximirá de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à *analogia* (...)”.

Para Maria Helena Diniz a analogia é um procedimento:

[...] quase lógico, que envolve dois procedimentos: a **constatação (empírica)**, por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-tipos diferentes, e **um juízo de valor** que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, tendo em vista a decisão jurídica procurada. Encontra-se, portanto, modernamente, na analogia uma averiguação valorativa, já que ela tem por escopo ampliar, com base na semelhança, a estrutura de uma situação, incorporando-lhe uma situação nova⁷².

A aplicação da analogia vem permitir a conclusão de que pessoas do mesmo sexo, que se ligam por qualquer tipo de laço afetivo, no intuito claro de constituir uma família, devem sim, ser encaradas como entidade familiar, por aplicação lógica da analogia como recurso hermenêutico-integrativo. Com efeito, Maria Berenice Dias salienta que “(...) presentes os requisitos da vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmo direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idêntica característica⁷³”.

⁷¹ COELHO. Luiz Fernando. **Teoria Crítica do direito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 482.

⁷² DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 1. volume: teoria geral do direito civil. 24. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 71.

⁷³ Berenice Dias, Maria. A igualdade desigual. Disponível na internet em <http://www.mariaberencedias.com.br>. 2006.

Assim, da mesma forma com que ocorre a caracterização da união estável heterossexual, a união homossexual possui as mesmas características daquela e, por vês, não obstante não possuir legislação específica que a proteja de forma particular, a aplicação da analogia torna possível a utilização dos institutos do direito de família, ligados à estabilidade da união entre pessoas de sexos diferentes, àqueles que se unem, todavia possuindo sexos iguais, seja mulher e mulher, seja homem e homem.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi apontado, apesar da Constituição Federal não contemplar em seu bojo, de forma expressa, o ponto crucial do tema, que é a **União Homossexual**, é possível concluir que, não obstante o denodado esforço daqueles que são contrários a esse tipo de relacionamento, seus argumentos são frágeis e esfacelam-se quando colocados ao crivo de uma análise à luz principiológica da constituição.

É que, verificou-se que o modelo tradicional de família, vista de um ângulo etnocêntrico, vem passando, a cada dia, por processos de **transformação conceitual**, que acabam colocando em xeque os **dogmas mais conservadores** ainda existentes, principalmente aqueles ligados à igreja católica, que vê, na família, composta por um homem, uma mulher e um filho, o intuído claro da **continuidade** humana na terra.

Pode-se perceber que para muitos doutrinadores a Constituição Federal, bem como o Código Civil, nos artigos 226, §3º, e 1.723, respectivamente, trataram apenas da União Estável Heterossexual, ou seja, aquela composta por um homem e uma mulher, não dando guarida, assim, às Uniões Estáveis Homossexuais, que precisariam, para terem seus direitos garantidos, camuflarem-se no instituto da sociedade de fato, prevista no artigo 981 do *Codex* Civilista de 2002.

Perscrutou-se que esse entendimento viola, por certo, os princípios constitucionais da **dignidade da pessoa humana**, da **liberdade**, da **igualdade**, do **pluralismo**, e da **não discriminação por questões que envolvam “gênero”**, previstos, expressamente, na Carta Maior.

Observou-se que esses princípios mencionados, interpretados ao lado do fato de que **nem a Constituição Federal, nem o Código Civil, proibiram a União de Pessoas do mesmo sexo** - que se ligam no intuito de constituir uma família – possibilitam, por meio do **recurso hermenêutico**, que o mesmo regime de bens aplicado à União Estável Heterossexual, seja também aplicado às Uniões Estáveis Homossexuais, já que estas possuem

os mesmos requisitos daquela, não fosse apenas a diversidade de sexos, prescrita nos textos normativos.

Instruiu-se ainda que, o fato de **não existir uma legislação tratando especificamente do tema**, por conta da **omissão legislativa**, não pode ser apontado como um motivo plausível para a não proteção das Uniões Estáveis Homossexuais, porquanto a Constituição possui preceitos suficientemente coerentes para a proteção desses indivíduos, que se unem sob os auspícios de uma família apenas **diferente** da tradicionalmente conhecida.

Concluiu-se, além disso, que mesmo quando não for possível a compreensão no sentido supramencionado, ainda **será possível** a utilização do **recurso integrativo-hermenêutico da analogia**, previsto na LICC e no Código de Processo Civil.

Nesse rumo, alguns Tribunais de Justiça, principalmente o do Rio Grande do Sul, vêm abordando o tema, já que entendem, sem recursos destoantes, que existe **uma espécie a mais de União Estável**, formada por pessoas do mesmo sexo, e que merecem o mesmo tratamento digno dispensados à Uniões Estáveis Heterossexuais.

Não há dúvidas, portanto, que o Estado deve proteger todas as pessoas que se encontram sob seu **amparo territorial**, e dentre elas, aquelas pessoas do mesmo sexo que se unem de forma estável ansiando a constituição de uma família.

No mesmo viés, é possível concluir, ainda, que a omissão legislativa, vista **sob o enfoque do Neoconstitucionalismo**, tornou-se estéril, já que sua caracterização não é mais vista como um empecilho para que **valores ainda não legislados, insertos no bojo da Carta Maior**, não sejam aplicados. Com a **normatização dos preceitos fundamentais**, suas forças coercitivas servem de substrato para essas pretensões, que por certo possuem força imediata suficiente para tutelar essa nova espécie de União Estável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Camila. A força do Arco Íris. **Revista Veja**, ed. 1808, ano 36, n.25, p.72-81, 25 de junho de 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito de família**. v. 19 (arts. 1.711 a 1.783), São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

BULOS. Uadi Lammêngo. **Constituição Federal Anotada**. 7. ed., ver. e atual. até a Emenda n. 53/2006., São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO. Luiz Fernando. **Teoria Crítica do direito**. 3. ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORINO, Luiz Carlos Pinto. Homoerotismo na Grécia Antiga: Homossexualidade e Bissexualidade, Mitos e Verdades. Disponível na internet em:
<http://www.seer.furg.br/ojs/index.php/dbh/article/viewFile/249/63>acesso.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros e homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. Disponível na internet em
<http://www.mariaberenicedias.com.br>. 2006>acesso.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual - O Preconceito & A Justiça**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir., São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Helena Maria. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria geral do direito civil. 24. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC., São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Zulmar. **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Editora Método, 2004.

FILHO, Carlos Cavalcante de Albuquerque Filho. Famílias simultâneas e concubinato adúltero. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania**. O novo CCB e a *vacatio legis*., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FILHO, Roberto Lyra. **O que é o direito**. 17. ed., São Paulo: Brasiliense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de família**, Vol. VI, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007,

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HEILBORN, Maria Luiza. Gênero: Uma breve introdução. Disponível em:
<http://www.coepbrasil.org.br/opiniaogenero.asp>.

MACHADO, Igor Suzano. Pensamento Hegemônico e Norma Jurídica. Disponível em:
http://www.panoptica.org/artigosjulout08/PANOPTICA_013_047_061.pdf.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

RIOS, Roger R. & PIOVESAN, Flávia. A discriminação por gênero e por orientação sexual – As minorias e o Direito. p. 155. Disponível em: www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf.

ROCHA, Júlio César de Sá da. A interpretação do direito e a ideologia do intérprete: o processo de hegemonia na hermenêutica. Disponível na internet em:
http://www.uefs.br/sitientibus/pdf/17/a_interpretacao_do_direito.pdf.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. São Paulo: Atlas. 2006.

ZAMBRANO, Elisabeth. Trocando os documentos: transexualismo e direitos humanos. In: LIMA, ROBERTO KANT DE (Org). **Antropologia e Direitos Humanos 3 – Prêmio ABA/FORD**. Niterói: EdUFF. 2001.

Artigo aceito para publicação em 22/06/2010