

Regras para Citação:

BRAGA, S; CARVALHO, R. A Constitucionalidade das Uniões Homoafetivas: o reconhecimento como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, n. 7, p. 363-381, 2008.

A CONSTITUCIONALIDADE DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: O RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Simone Braga
*Raissa Carvalho**

Resumo A conceituação de família sofreu marcantes alterações no transcorrer do tempo, estando na contemporaneidade vinculada, especialmente, aos laços do amor e do afeto. É dentro dessa perspectiva que as uniões homoafetivas começam a ser enxergadas à luz da definição de família. O ordenamento jurídico brasileiro, apesar de conferir a todo cidadão as garantias de liberdade, igualdade e dignidade se nega a reconhecer o caráter familiar das uniões supramencionadas. Este artigo tem como objetivo defender a constitucionalidade das relações homoafetivas, enfatizando o seu reconhecimento como união estável

Palavras chaves: União homoafetiva. União estável. Entidade familiar.

1 INTRODUÇÃO

Em decorrência do papel atribuído ao Direito como norteador das relações humanas, esta área do conhecimento necessita estar sempre acompanhando as transformações incididas na sociedade, legislando, ou ainda, adaptando as normas existentes, de forma a satisfazer os anseios do corpo social. A sociedade, por conseguinte, não pode ser vista como um instituto imutável, mas como um organismo que a todo o tempo está suscetível a modificações. Nesse contexto, a caracterização do conceito de família sofreu profundas mudanças no decorrer do tempo, não estando mais atrelada unicamente ao vínculo do casamento, e nem a ligações, primordialmente, consangüíneas. Nesta seara, surge, em meio a essas mudanças, a questão das uniões homoafetivas e sua relação com o contexto familiar. É crescente no senso comum que tais uniões representam, na hodiernidade, um núcleo familiar. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro vigente obstaculariza a sua consagração como entidade familiar, haja vista não abarcar as uniões homoafetivas no rol do direito de família, colocando, com essa atitude, todas as transformações ocorridas frente à realidade que ora se apresenta em um segundo plano.

Diante do exposto, este artigo tem como escopo demonstrar a constitucionalidade das uniões homoafetivas, destacando a possibilidade do reconhecimento destas como entidade familiar. A relevância do tema se encontra no fato da união homoafetiva ainda não se configurar como união estável dentro do Direito brasileiro, sendo-lhe privado o caráter familiar perante a esfera jurídica, desrespeitando, assim, os princípios fundamentais de dignidade, igualdade e liberdade. Na atual conjuntura, tal relação caracteriza-se como uma simples sociedade de fato. Todavia, é notório admitir a existência da convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas do mesmo sexo, características basilares para a constituição de

* Graduandas em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

família. Assim, faz-se imperioso reconhecer a existência de outro gênero de união estável, a qual corresponda a mais de uma natureza, a saber, a união estável entre um homem e uma mulher e a união estável homoafetiva.

Destarte, a metodologia empregada consiste em um estudo de cunho bibliográfico, compreendendo a doutrina, a legislação, e ainda a jurisprudência, tendo assim o intuito de categorizar e proceder às explicações pertinentes ao objeto de estudo investigado.

Desta feita, necessário se faz abordar em um primeiro momento e de forma breve a transformação do conceito de família dentro da sociedade e o reconhecimento, por parte do Direito, das uniões estáveis como entidade familiar. Posteriormente, faz-se forçoso destacar o contexto social em que se encontram as relações homoafetivas para, em seguida, descer as minúcias do conteúdo jurídico que norteia tais uniões. Por fim, serão tecidas as considerações finais acerca do tema ora proposto.

2 O CONCEITO DE FAMÍLIA E O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES ESTÁVEIS COMO ENTIDADE FAMILIAR

O Direito como instrumento regulador das relações sociais, deve representar uma imagem aproximada da sociedade na qual está inserido, evoluindo conforme as modificações desta. Esta ciência caracteriza-se não por ser um fim propriamente dito, mas sim uma direção que proporciona a convivência humana e o progresso da sociedade. Assim sendo, as instituições jurídicas sofrem transformações ao decurso do tempo. *O Direito não é outra coisa que processo de adaptação*¹. Para garantir a ordem, a paz, a justiça, a segurança, é mister ao Direito desenvolver procedimentos sempre novos, uma vez que, se este caduca, deixa de corresponder a um *processo adaptativo*, não atendendo ao objetivo para qual foi instituído. Essa situação pode ser exemplificada no Direito Civil quando estudamos a transformação do conceito de família e suas inúmeras implicações para a vida jurídica.

Nesta linha de raciocínio, há tempos a composição da família esteve atrelada essencialmente ao pai, à mãe e aos filhos, tendo a figura paterna como chefe familiar e detentor do pátrio poder. Nesse âmbito, o conceito de família ligava-se ao conjunto de pessoas que descendiam de um mesmo tronco ancestral² e o laço do casamento constituiu, por muito tempo, uma condição *sine qua non* para a definição de família. Nesta seara, durante um longo período da nossa sociedade, uniões não acolhidas pelo instituto do matrimônio não puderam ser consideradas, sob uma óptica jurídica, como entidade familiar, ficando restritas as chamadas sociedades de fato.

Atualmente, passou-se a aceitar e a atender ao modelo de união no qual a reprodução não é mais o fito primeiro e único para a realização e concretização da definição de família e a mulher termina por equiparar-se ao homem no que tange a liderança da estrutura familiar. A nossa atual Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo terceiro, abarcou o problema das uniões estáveis, reconhecendo-as como entidade familiar. Anteriormente ao nosso novo Código Civil, que traz dispositivos referentes às uniões estáveis, o ordenamento jurídico brasileiro já lançava um olhar para o problema apresentado através da lei nº 9.278/96 que procurava reconhecer as uniões supramencionadas como famílias. Desse modo, na atualidade, chega-se na possibilidade de formação de uma entidade familiar sem a necessidade exclusiva do matrimônio, ou ainda da presença do pai ou da mãe, existindo assim as famílias denominadas monoparentais, como estabelece a Constituição através do artigo 226, § 4º. Em matéria de jurisprudência, ainda são conhecidas as famílias anaparentais – formadas pela convivência entre parentes sem a presença dos pais - e eudemonistas – composta pela

¹ MIRANDA, 1967, p. 31.

² PEREIRA, 2001, p.13.

convivência entre pessoas unidas pelo laço do afeto e da solidariedade.³ Por todo exposto, pode-se aferir que, como organismo natural, a família, em toda a sua complexidade, não se esgota, enquanto como organismo jurídico, se estabelece sua nova organização.⁴

Dessa forma, ao admitir a existência da união estável, passando as sociedades de fato para um novo patamar, o ordenamento jurídico brasileiro concedeu distinta e inovadora proteção à família, uma vez que esta se tornou independente do ato do casamento. Nesse âmbito, para que a união possa ser considerada uma entidade familiar deve-se atender as exigências mínimas estabelecidas no art.1.723, *caput*, do novo Código Civil, a saber, *a convivência pública, contínua e duradoura*. As relações, por consequência, devem estar pautadas sob os deveres de respeito, lealdade e assistência, além da guarda, sustento e educação dos filhos se assim existirem. Urge colocar que um dos primeiros requisitos para o reconhecimento familiar se encontra no laço afetivo. As uniões, antes de estabelecerem entre si vínculos de qualquer outra natureza, estão amarradas pelo sentimento do amor. Conquanto, pode-se concluir que o liame primeiro para a constituição de uma família passou do vínculo consanguíneo para o laço do amor e do afeto. Dessa maneira, nada impede que a convivência entre pessoas, seja de sexos opostos, seja do mesmo sexo, unidas primordialmente pelo afeto, possa ser vista como entidade familiar.⁵ Assim sendo, cabe agora destacar o contexto social em que se encontram as relações homoafetivas, assim como a possibilidade de seu enquadramento como união estável.

3 A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

As uniões homoafetivas, paulatinamente, vêm angariando a aceitação da sociedade. Isso pode ser explicado principalmente pelo empenho constante e cada vez maior da comunidade homossexual em prol do reconhecimento dos seus direitos. Um exemplo disso é a aprovação crescente de legislações que buscam proteger os interesses das relações homoafetivas, a exemplo da África do Sul em sua Constituição de 1996 e diversos países europeus como Suécia, Noruega, Dinamarca, França, Finlândia e Islândia que já possibilitam a parceria civil registrada, permitindo a reivindicação de grande parte das prerrogativas do casamento⁶.

Assim sendo, dentro da seara nacional, apesar de, no plano jurídico, a relação homoafetiva encontrar dificuldades no que concerne ao seu reconhecimento como união estável, não podemos olvidar que sociologicamente, tal relação seja aceita e considerada uma família, haja vista existirem todas as características fundamentais para a constituição desta, quais sejam, a comunhão de vida e dos interesses, o auxílio mútuo, o respeito, a lealdade e o amor. Dessa forma, é oportuno avultar que sob o aspecto sociológico, as uniões aceitas não se restringem somente àquelas legalizadas⁷.

Nessa conjectura, não se pode denegar semelhanças entre a união estável e a união homoafetiva como a vida em comum, a coabitação, a mútua assistência, a construção de todo um patrimônio em conjunto, como se tais requisitos não fossem imprescindíveis para uma vida

³ INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE QUE JÁ POSSUI PATERNIDADE CONSTANTE EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 362, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO AUTOR DO VOTO VENCEDOR. Os dispositivos legais continuam vigorando em sua literalidade, mas a interpretação deles não pode continuar sendo indefinidamente a mesma. A regra que se extrai da mesma norma não necessariamente deve permanecer igual ao longo do tempo. Embora a norma continue a mesma, a sua fundamentação ética, arejada pelos valores dos tempos atuais, passa a ser outra, e, por isso, a regra que se extrai dessa norma é também outra. Ocorre que a família nos dias que correm é informada pelo valor do AFETO. **É a família eudemonista, em que a realização plena de seus integrantes passa a ser a razão e a justificação de existência desse núcleo.**(...) (grifos nossos) (Apelação cível, nº70005276902, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 7ª câmara cível, Rel. Des. Maria Berenice Dias, Julgado em 04/12/2002)

⁴ PEREIRA, 2001, p. 20.

⁵ DIAS, 2000, p.87.

⁶ GIDDENS, 2005, p.122.

⁷ MIRANDA, 2001.

em família. A Constituição Federal, em seu art. 226, *caput*, institui a tutela dada à família, asseverando que *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*. Nesse ínterim, a Carta Magna estendeu a proteção estatal à união estável e às famílias monoparentais, relegando as uniões homoafetivas a uma condição inferior, uma vez que priva destas o direito a felicidade e a igualdade. Nada se pode aferir que as uniões homoafetivas não alcancem o amparo de que necessitam, notadamente devido à sua perfeita adequação em *sociedade de afeto*, o mesmo vínculo que une os parceiros heterossexuais, como afirma Maria Berenice Dias⁸. Portanto, ao não se conferirem iguais direitos e não se imporem idênticos compromissos a todas as relações de afeto que possuam tais características apontadas, o ordenamento jurídico acaba por tratar relações iguais de modos diferentes, desrespeitando o princípio da isonomia e da dignidade.

Conforme o tempo, conceitos diversos acabam abarcando novas formas e manifestações que assumem uma postura plurívoca e múltipla, colocando os indivíduos frente a diferentes possibilidades de relações afetivas. Existe uma composição com todas as peculiaridades das uniões estáveis, com a exceção da dualidade sexual. Sendo as uniões homoafetivas preenchidas de estabilidade, contínuas e públicas, objetivando a constituição de família, nada impede que se classifiquem como entidades familiares, como ocorre com as uniões estáveis. Esta família é, contudo, não apenas uma cópia das relações heterossexuais, mas é vista como um padrão universal de organização da vida afetiva, econômica e social. Ademais, ao afastar as uniões supracitadas da órbita do Direito de família, o ordenamento jurídico, conseqüentemente, termina por excluir dos relacionamentos homoafetivos direitos provenientes das relações familiares, tais como, meação, herança, benefícios previdenciários *et coetera*. É importante lembrar que o reconhecimento dessas uniões como entidade familiar não confronta nenhuma outra lei, pelo contrário, termina por ratificar muitas que disciplinam sobre igualdade e preconceito.

Levando-se em conta que o amor e o afeto constituem a essência para a formação e conceituação de família e que ambas as relações, heterossexuais e homossexuais, são pautadas nestes sentimentos, faz-se imprescindível inferir que tratar casos semelhantes de maneira desigual é não respeitar a dignidade do ser humano e ferir o princípio da isonomia. A igualdade entre os indivíduos deve ser posta como uma garantia, dando a segurança de que será concedido um tratamento justo a todos os membros da sociedade. Com relação ao assunto em pauta o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis revela:

É que **o amor e o afeto independem de sexo**, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica de atribuir à união homossexual os mesmos efeitos dela⁹. (grifos nossos)

Dentro desse contexto, é indispensável a participação do poder judiciário perante os anseios de toda e qualquer parcela da população. Nesse sentido, são evidentes as inúmeras implicações de ordem moral e religiosa que o assunto ora suscitado traz, principalmente em

⁸ DIAS, 2000, p.87.

⁹ AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/06/2005)

um país onde o catolicismo tem presença marcante no cotidiano da maior parte da população. É bem certo que o universo jurídico está arraigado às tradições e à religiosidade, haja vista o Direito não ser uma ciência isolada, mas que se comunica e se deixa influenciar pelas mais diferentes áreas e pelos mais diversos valores. Desse modo, procurar separar abruptamente valores religiosos e morais dos assuntos jurídicos poderia causar profundas marcas no seio social. Contudo, sendo o Estado brasileiro laico, esta situação pode ser reavaliada quando se percebe que o direito alheio está sendo prejudicado.

Por fim, é incabível que em um Estado Democrático de Direito, pessoas continuem a receber um tratamento desigual e indigno. É necessário que se dê oportunidade para que todos os cidadãos tenham participação ativa na sociedade. Excluir uma parcela, seja por sexo, idade, religião, raça, orientação sexual ou qualquer outra forma, configura-se num paradoxo dentro da própria Constituição Federal, já que esta preza pela igualdade a todos, mas ainda assim, nega para alguns de seus membros direitos fundamentais.

4 AS UNIÕES HOMOAFETIVAS E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA LIBERDADE

O ordenamento jurídico vigente, ao não abranger a união homoafetiva como entidade familiar, acaba por infringir os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e também da busca pela felicidade, princípios estes presentes, implícita ou explicitamente, na Constituição Federal. Em suma, este fato termina por não possibilitar uma aplicação dos efeitos direcionada a todos, sem distinção de qualquer natureza.

O primeiro princípio passível de explanação é o da dignidade da pessoa humana. Este se configura como intrínseco, irrenunciável e inalienável, responsável por classificar o ser humano como tal, sendo posto como alicerce para todos os direitos fundamentais. Nesse contexto, cabe ao Estado reconhecê-lo, garanti-lo e promovê-lo. Dessa forma, dada a sua importância, a dignidade da pessoa humana, está prevista no Art. 1º, III da Constituição Federal e constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Além disso, a relevância de tal princípio já é apresentada na Declaração Universal da ONU, de 1948, que afirma: *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidades e direitos*.

Nesse sentido, podemos entender a dignidade com base na ideia de qualidade inerente e característica de cada ser humano, que o faz merecedor de respeito do Estado e da sociedade. Nesse âmbito, a dignidade traz consigo um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a não ocorrência de atos degradantes e desumanos, bem como essenciais para uma vida íntegra. Convém destacar que a dignidade da pessoa humana, sob uma perspectiva intersubjetiva, conduz a uma obrigação de respeito mútuo entre as pessoas.¹⁰ Cabe aqui colocar que este princípio também possui um sentido cultural e sua construção brota do labor de inúmeras gerações e de toda a humanidade.

Na doutrina brasileira, José Afonso da Silva destaca que, *a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, desde o direito à vida*¹¹. Paulo Bonavides ainda o exalta afirmando que, *nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana*¹².

Destarte, em virtude de não haver um conceito claro e delimitado do princípio ora estudado, principalmente devido à imprecisão e à vagueza que sua definição traz, a sua análise se faz através da reflexão das muitas concepções que este princípio pode assumir, bem como

¹⁰ SARLET, 2005, p. 24.

¹¹ SILVA, 2006, p. 105.

¹² BONAVIDES, 2006, p.565.

das situações em que é violado, muito embora seja árdua a tarefa de formular uma pauta extenuante de suas violações. Ainda sim, é evidente que consiste em algo real e vivenciado por cada ser humano.¹³ Desse modo, ao prever a dignidade da pessoa humana em sua Carta Constitucional, os órgãos estatais têm por obrigação proteger a dignidade de todos, garantindo-lhes, por meio de medidas positivas, o respeito e a promoção. Assim, ao assinalar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o sítio axiológico da ordem jurídica, é indispensável que se avalie a constitucionalidade das uniões homoafetivas e a possibilidade do seu reconhecimento como entidade familiar.

Salutar trazer à tona a idéia do ilustre constitucionalista Canotilho:

O princípio material que subjaz à noção de dignidade da pessoa humana consubstancia-se no princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna da *dignitas-hominis*, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida, segundo o seu próprio projeto espiritual¹⁴.

Diante da idéia acima exposta, pode-se depreender que o homem deve ser livre em face da capacidade potencial que possui para autodeterminar sua conduta.

No tocante ao princípio da isonomia verifica-se que este provém do substrato material do princípio da dignidade. O jurista José Afonso da Silva afirma *que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia*¹⁵. Portanto, o Estado, sobretudo a partir da ordem jurídica, deve assegurar a multiplicidade de idéias e valores dentro das culturas e etnias, respeitando o diálogo entre pensamentos divergentes e permitindo a convivência ordenada entre todos os membros da sociedade, realizando uma espécie de processo contraditório do mundo atual e se configurando em um Estado promotor de justiça social. O Estado, em resumo, deve proibir toda e qualquer forma de discriminação fundada na qualidade da pessoa.

O art. 3º, inciso I da Constituição Federal assegura uma sociedade livre, justa e solidária, afirmando que o poder deve ser exercido em proveito do povo. Portanto, o ser humano deve assumir a postura de destinatário primordial da norma jurídica, e a igualdade deve servir de baluarte para todas as desigualdades humanas.

Diante do apresentado, é admissível a possibilidade de considerar a união homoafetiva e a união estável como instituições paritárias. Tratar esses dois casos semelhantes de maneira distinta é ferir o princípio da igualdade estabelecido no art. 5º da Carta *altuir*, donde estabelece que *todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza*.

Dessa forma, impedir a equiparação entre a união estável e a união homoafetiva apenas pela razão da dualidade sexual é atentar contra o princípio da igualdade, pois as duas relações configuram-se na convivência pública, contínua e duradoura, baseada no afeto, amor, respeito, lealdade e companheirismo. Tal realidade culmina, no âmago do ordenamento jurídico vigente, numa atitude discriminatória e preconceituosa, se configurando numa contradição, uma vez que, apesar de textualmente estender a todos a igualdade, discrimina seus cidadãos. Assim, vale ressaltar o pensamento de José Afonso da Silva:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.¹⁶

Quanto ao princípio da Liberdade, que assegura a autonomia ética, expresso no Art.

¹³ SARLET, 2005, p. 16.

¹⁴ CANOTILHO, 2003, p. 138.

¹⁵ SILVA, 2006, p. 211.

¹⁶ SILVA, 2006, p.214.

5º, *caput*, da Carta Magna, configura-se como a possibilidade de escolha do homem para decidir suas atitudes, visando sua realização pessoal. No entanto, essa liberdade nem sempre ocorre de maneira completa, haja vista que, além das restrições impostas pelo Estado, há também as que emanam de instituições extra-estatais, como a moral, a eclesiástica, a racial, dentre outras. Não obstante, essas restrições impostas pela seara jurídica devem estar fundamentadas na promoção de outros bens jurídicos de uma elevada categoria hierárquica. Em conclusão, a liberdade jurídica consiste no poder de atuar com eficácia jurídica, ou seja, o poder que o indivíduo possui de produzir efeitos no campo do Direito.

Como já mencionado, um Estado Democrático de Direito, deve, além de assegurar formalmente tal princípio, propiciar condições para que este possa se concretizar. Assim sendo, as instituições políticas e jurídicas devem auxiliar as pessoas na busca por sua realização pessoal, não atribuindo dificuldades, mas sim, evitando que outras pessoas possam impor obstáculos para essa consolidação. É necessário assegurar um conjunto de prestações materiais que proporcionem uma vida digna e garantam a integridade física e moral dos indivíduos.¹⁷

Em face do acima exposto, não há justificativa para que se deixe à margem da nossa legislação as uniões homoafetivas, impedindo que as pessoas que constituem tais relações possam exercer a sua liberdade de escolher os companheiros com os quais desejam manter uma união de afeto e com *animus* de constituir família.

Nesse sentido, não se pode privar a união homoafetiva de se enquadrar no rol do direito de Família. É necessário que o Direito passe a reconhecer a existência de novas formas de manifestação de família, não somente sob a perspectiva de jurisprudência, mas também no próprio ordenamento pátrio. Uma vez que tais relações não são apenas sociedades de fato, mas de afeto, não podemos levar em conta somente questões patrimoniais e obrigacionais. Oportuno é o respeito, o reconhecimento e a extensão do art. 226, da nossa Carta Maior. A tutela dada à família deve ser estendida a todos e a proteção do Estado precisa ser um direito reconhecido e não um favor. Dessa forma, é preciso interpretar tanto o art. 226, CF, como o art. 1.723 do nosso Código Civil levando em conta todo sistema. A interpretação hermenêutica deve sempre preferir aquela que considere a igualdade e não aquela que diferencie.

A jurisprudência, com seu papel de sujeito adaptador dos inertes conceitos da sociedade, vêm se posicionando a frente do Direito, no que tange às garantias das uniões homoafetivas. Desse modo, ao fazer uso de métodos de integração, notadamente a analogia e os princípios gerais do Direito, as jurisprudências dos Tribunais caminham para a concretização de uma realidade que até bem pouco tempo era posta completamente a margem da tutela do Direito.¹⁸

¹⁷ SARLET, 2005, p.35.

¹⁸ RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas (TJRS, Apelação Cível nº. 70005488812 Sétima Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 25/06/2003).

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada.

Nesse âmbito, percebe-se a pertinência do tema dentro do universo contemporâneo brasileiro, demonstrando, além das múltiplas variações da realidade social, a preocupação do Direito em acompanhar as transformações em curso. Neste quadro, já foi proposto um projeto de lei nº 6.960 de 2002 que sugere acrescentar ao art.1.727 do Código Civil o art. 1.727-A, que coloca: *as disposições contidas nos artigos anteriores (1.723 a 1.727) aplicam-se, no que couber, às uniões fáticas de pessoas capazes que vivam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes.* Entretanto, urge aqui destacar que tal proposta encontra dificuldades para sua efetivação.

Apreendemos, portanto, que consiste em direito de cada indivíduo escolher a forma de vida que deseja levar. Importante é que esta escolha não afete a esfera subjetiva de outrem, não prejudicando seus direitos legítimos. É por isso que a luta em prol do reconhecimento dos direitos desta minoria figura-se em uma constância.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que evocar a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém em função de quaisquer razões, incluindo, portanto, a orientação sexual, seria prestar tratamento indigno ao ser humano. Ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constituída de sua identidade pessoal, e retirar desse a proteção estatal que, por imperativo constitucional, deveriam abarcar todos os cidadãos é, no mínimo, uma atitude discriminatória frente a uma parcela da sociedade que já enfrenta incontáveis problemas em virtude do preconceito. Além disso, vale colocar que o próprio ordenamento jurídico, notadamente em sua Carta Maior, assegura a todos os cidadãos o direito a liberdade, dignidade e igualdade, e através da postura ora desenvolvida do judiciário frente às uniões homoafetivas, percebe-se o quão tímida esta se apresenta, caminhando ainda a passos lentos.

Nesse diapasão, muito se tem recorrido aos Tribunais em prol da causa proposta. Contudo, o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar continua como uma finalidade a ser galgada por todos os representantes desta minoria. Dentro desta seara, inovadora jurisprudência, no entanto, já tem alcançado êxito no que concerne à possibilidade de homossexuais constituírem família, outorgando grandes repercussões às uniões duradouras entre pessoas do mesmo sexo, demonstrando que embora o direito caminhe vagarosamente, não se mostra cego e desinteressado com relação ao assunto questionado. Imprescindível destacar o importante papel da jurisprudência que deve estar sempre pronta a dar respostas à sociedade, procurando atender aos seus interesses. Nesse ponto, é essencial que o jurista seja pleno conhecedor da realidade na qual vivemos se posicionando como um senso de medida das coisas que o cerca.

Acreditamos, por fim, que, não somente os agentes públicos, mas principalmente as pessoas que buscam a concretização de uma sociedade justa e igualitária devem ter como obrigação atuar representando os interesses de uma parcela da população que, neste

Embargos infringentes acolhidos por maioria (TJRS, Embargos Infringentes nº. 70003967676 4º Grupo Cível, Relator: Des.ª Maria Berenice Dias, julgado em 9 de maio de 2003).

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº. 70018249631 Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)

momento, se encontra à margem do Direito, almejando, pois, por uma proteção legal de que tanto necessitam. Mister é o reconhecimento de uma união estável, independente do sexo dos parceiros a proteção dada deve ser a mesma. Incumbe, por conseguinte, ao Judiciário dar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que abrangem as demais relações afetivas.

6 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: senado federal, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3 ed. Rio Grande do Sul: Livraria do advogado editora.

GIDDENS, Anthony. Gênero e Sexualidade. In: -. **Sociologia**. Porto Alegre: Arned, 2005.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967**. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família: direito matrimonial**. Campinas: Bookseller, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _ . **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2005, cap. 1, p.13-43.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.