



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Direito Homoafetivo: Panorama atual e proteção jurídica.

Marina Villela Pedras Polonia

Rio de Janeiro
2014

MARINA VILLELA PEDRAS POLONIA

DIREITO HOMOAFETIVO: PANORAMA ATUAL E PROTEÇÃO JURÍDICA

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

DIREITO HOMOAFETIVO: PANORAMA ATUAL E PROTEÇÃO JURÍDICA

Marina Villela Pedras Polonia

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que toda pessoa possui o direito de se relacionar afetivamente com quem escolher, independentemente de orientação sexual, visto possuírem direitos assegurados constitucionalmente. Conceitos morais, éticos e religiosos não devem interferir na aplicação da Justiça. Ausência de leis não implica ausência de direitos. No Brasil não há regulamentação específica acerca das relações homoafetivas, deixando lacuna legislativa e margem para eventuais negativas. No entanto, a jurisprudência tem sido coerente ao seguir os pressupostos constitucionais, bem como o Conselho Nacional de Justiça com sua nova resolução n° 175 de 2013. Assim, mostra-se imprescindível apresentar o panorama atual dos direitos homoafetivos com as recentes decisões jurisprudenciais, apresentando, ainda, quais as ações cabíveis aos homossexuais em caso de eventual violação de seus direitos.

Palavras-chave: Direito Civil (Direito das Famílias). União Homoafetiva na atualidade. Proteções Jurídicas. Ações cabíveis.

Sumário: Introdução; 1. Reconhecimento na Constituição e na lei infraconstitucional das novas formas de entidade familiar. 2. Resolução n° 175 do CNJ. 3. Divisor de águas: ADPF 132 e ADI 4.277. 4. Decisões e Jurisprudência. 5. Métodos protetivos e ações cabíveis em caso de negação dos direitos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho, ora proposto, tem por finalidade expor a questão da união homoafetiva e o seu reconhecimento como entidade familiar, abordando alguns efeitos e reflexos advindos dessa relação, como a questão sucessória, previdenciária, da adoção, da união estável e, principalmente, do casamento civil.

O conceito de família precisou ser reinventado. O Código Civil de 2002 nasceu velho nesse ramo. As uniões homoafetivas, embora ainda não tenham regulamentação

específica, é uma inquestionável e notável realidade social. Nesse sentido, vem sendo a elas atribuídos alguns efeitos jurídicos, que antes só eram reconhecidos às relações matrimoniais e à união estável heteroafetiva. A família desvinculou-se do modelo originário, portanto. Trata-se da relativização da família nuclear tradicional.

Assim, sendo um fato social, a homossexualidade antecede a lei. Na verdade, ela existe desde as épocas mais remotas da humanidade, o que antecede qualquer padrão de conduta que o legislador tenha imaginado inserir em moldes normativos. Com efeito, a regulação destas uniões afetivas torna-se uma preocupação mundial e essas distintas maneiras de vivenciar o afeto demandam não apenas o reconhecimento da coletividade, mas também e, principalmente, o reconhecimento jurídico.

Não se pode deixar de encontrar no afeto o comprometimento de vidas de forma a transformar um vínculo afetivo em uma entidade familiar, gerando responsabilidades e compromissos mútuos, a merecer abrigo no Direito das Famílias. Busca-se tratar das relações homoafetivas no novo panorama jurídico demonstrando as profundas transformações ocorridas, principalmente em decorrência do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2011 da união estável homoafetiva, o que levou a repensar tais relações como entidades familiares, sinônimo perfeito de família.

Dessa forma, tendo como finalidade primordial a promoção da dignidade da pessoa humana, tais relações merecem uma efetiva tutela jurídica e especial proteção do Estado. Com o já consolidado reconhecimento jurisprudencial de entidade familiar decorrem direitos que não mais podem ser negados sob pena de gritante injustiça.

Objetiva-se traçar um parâmetro das possíveis ações cabíveis e tutelas jurídicas disponíveis àqueles que mesmo com toda a evolução jurisprudencial e social, vem sendo alvo de preconceitos e marginalização ao terem suas pretensões negadas, direitos

não reconhecidos e conseqüente dignidade ignorada sob o raso fundamento da inexistência de lei.

Vive-se um momento histórico – o momento do gradativo reconhecimento da plena cidadania dos casais homoafetivos pela jurisprudência brasileira – do qual tenho a maravilhosa oportunidade de expor meus argumentos defensivos neste presente artigo com a responsabilidade de encarar a realidade como ela é: responsabilidade de fazer Justiça e não punir alguém pelo só fato de reivindicar, como todos os demais, o direito de ser feliz.

1. RECONHECIMENTO NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI INFRACONSTITUCIONAL DE NOVAS FORMAS DE ENTIDADE FAMILIAR.

Antigamente a família brasileira era somente aquela oriunda do matrimônio entre um homem e uma mulher, com seus descendentes comuns. Não havia a preocupação com o amor, com o bem-estar, e nem com a felicidade dos seus membros.

A finalidade da constituição de família era, em resumo, legalizar as relações sexuais, procriar e transmitir o patrimônio. O chefe da sociedade conjugal era o homem, cabendo a ele prover a subsistência além de exercer o total domínio sobre a família. A mulher casada era considerada incapaz e à ela era atribuída somente a função doméstica.

Contudo, o conceito de família se modifica com o passar do tempo. Sua função econômica perde o sentido e a procriação não é mais sua finalidade, o patrimônio não é mais a sua base, a mulher não é mais considerada incapaz ao casar-se, conforme instituído pelo Estatuto da Mulher Casada em 1962. Destarte, houve a emancipação econômica, social e jurídica desta, que passa a comandar a família conjuntamente com o homem.

A CRFB/88 entende a família como a base da sociedade brasileira: "Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". E atualmente não existe apenas como estrutura familiar a chamada família nuclear, aquela formada por pais e seus filhos. São reconhecidas, também, outras modalidades de família, tais como a monoparental¹, anaparental² mosaico³, entre outras. Assim, pode-se afirmar que houve uma verdadeira reformulação do modelo tradicional de família, não existindo, pois, um padrão a ser seguido. O ato sacramental do casamento deixa de ser um requisito essencial para a constituição de uma família.

Além das formas de família cujo art. 226 da CRFB/88 reconhece, a Lei Maria da Penha trouxe uma conceituação mais ampla, acompanhando as modificações sociais e, inclui, ainda, as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Em seu art. 2º, é disposto o seguinte:

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

¹As famílias monoparentais constituem um exemplo de entidade familiar fora do contexto da conjugalidade. Seja oriunda de uma adoção singular, seja oriunda de uma procriação medicamente assistida, seja originária de uma reprodução natural sem reconhecimento do respectivo pai, ou originária do falecimento de um dos progenitores, a entidade constituída pelo filho com qualquer ou apenas um de seus pais configura uma família. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade: Um Panorama Luso-Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 98 - 99.

²Como exemplo ilustrativo, poder-se-ia citar a convivência duradoura de dois irmãos que reúnem esforços para construção do patrimônio. Entende-se na doutrina brasileira que, no caso de falecimento de um deles, é iníqua a solução de dividir o patrimônio igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade: Um Panorama Luso-Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 98 - 99.

³Pluriparental ou reconstituída, que resulta da multiplicidade das relações parentais oriundas das desuniões, do divórcio, da separação, da reconstituição da vida afetiva por meio do casamento ou relações paramatrimoniais. A especificidade desse modelo familiar origina-se na peculiar estrutura do núcleo, formado por pares onde um ou ambos tiveram uniões ou casamentos anteriores. Trazem consigo, para a nova entidade familiar, sua prole e, não raras vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade: Um Panorama Luso-Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 98 - 99.

O parágrafo único do art. 5º também menciona de forma explícita, que as situações que configuram violência familiar e doméstica independem da orientação sexual das pessoas envolvidas:

Art 5º: Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I- no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Conclui Maria Berenice Dias:

Se a negativa de emprestar direitos às uniões homoafetivas tinha por fundamento a ausência de lei, esta desculpa já não serve mais. A Lei Maria da Penha, de forma até repetitiva (LMP 2.º e 5.º parágrafo único), ressalva a orientação sexual de quem se sujeita à violência doméstica. Como a lei veio proteger a mulher vítima da violência doméstica familiar, definiu e albergou no seu conceito as uniões homoafetivas (...).

(...) restam completamente esvaziados todos os projetos de lei em tramitação e que visam a regulamentar a união civil ou a parceria civil registrada. Esses projetos perderam o objeto, uma vez que há lei conceituando entidade familiar, não importando a orientação sexual de seus partícipes.⁴

Ao apontar que a família se compreende como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados por vontade expressa ou vínculo de afinidade e que as relações pessoais enunciadas em tal artigo independem de orientação sexual, a LMP abarca as uniões homoafetivas já que estas representam, justamente, essa união de duas pessoas que se consideram unidas por vontade expressa ou vínculo de

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46 - 191.

afinidade. Assim, como é garantida uma proteção legal a fatos ocorridos em ambientes domésticos, conclui-se que uniões homoafetivas são entidades familiares. Deste modo, a LMP estendeu o conceito de família. Do contrário, as relações dispostas no artigo dependeriam da orientação sexual o que iria de encontro ao parágrafo único do dispositivo legal.

Em outras palavras, se a violência doméstica somente pode ocorrer dentro âmbito familiar e se as relações pessoais, das quais trata o artigo, independem de orientação sexual, conclui-se que a lei admite a existência de família homoafetiva. Por outro lado, tendo em vista que a LMP só se refere à violência contra mulheres, e não contra homens, poderia sugerir que somente reconheceria as uniões homoafetivas femininas. De fato, as punições previstas nessa Lei devem ser aplicadas somente à violência cometida contra mulheres. Contudo, considerando que as uniões homoafetivas femininas e masculinas têm caráter familiar idêntico, através do princípio da igualdade, deveria haver a interpretação extensiva do conceito de família já trazido aos casais homoafetivos femininos pela LMP aos casais homoafetivos masculinos. Isso porque se é a união entre duas mulheres é considerada família, pela isonomia, a união entre dois homens também constitui família.

É o que justifica Maria Berenice Dias em seu artigo “A invisibilidade das uniões homoafetivas e a omissão da Justiça”:

Ao ser afirmado que está sob o abrigo da Lei a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, encontra-se assegurada proteção tanto às lésbicas como às travestis, as transexuais e os transgêneros do sexo feminino, que mantêm relação íntima de afeto, em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção. Ao depois a lei define como família qualquer relação íntima de afeto (art. 5º, III), o que não permite excluir as homoafetivas deste conceito. Às claras que os vínculos constituídos por pessoas do mesmo sexo são uma sociedade de afeto. Assim, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma entidade familiar. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por

duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram famílias. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade.⁵

Essa mudança de pensamento advém da compreensão da família como sinônimo de crescimento, amadurecimento e envelhecimento juntos. E tendo o afeto como um valor jurídico, não há como deixar de admitir a possibilidade do casamento civil como um direito de gays e lésbicas. Como afirma Maria Berenice Dias em um julgado do Tribunal sulista⁶, a ausência de lei específica não significa inexistência de direitos, não podendo o juiz deixar de reconhecê-los.

Sobre a afetividade, o autor Pedro Belmiro Welter:

O afeto está para o Direito da Família, assim como a posse e o domínio estão para o Direito das Coisas; o liame contratual, para o Direito Obrigacional; o fato delituoso, para o Direito Penal; o vínculo laboral, para o Direito do trabalho.⁷

Segundo Vecchiatti, a prova definitiva de que o amor é fundamental para a caracterização da família juridicamente protegida é que “relacionamentos de amizade estáveis não geram uniões estáveis no conceito técnico-jurídico de entidade familiar⁸.”

Pode-se, ainda, citar a questão das relações extramatrimoniais e a dos filhos nascidos fora do casamento. Eram situações antes repelidas e ignoradas que, com a

⁵Artigo “A invisibilidade das uniões homoafetivas e a omissão da Justiça” publicado em 2011 nas páginas oficiais da autora Maria Berenice Dias (www.mbdias.com.br; www.mariaberenice.com.br; www.direitohomoafetivo.com.br). Acesso em 03 mai. 2013.

⁶BRASIL. Órgão julgador Quarta Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível número 70009550070. Relatora MARIA BERENICE DIAS. Disponível em www.tjrs.jus.br. Julgado em 17.11.2004. Acesso em 15 mai. 2014.

⁷WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. p. 237.

⁸VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2012, p.224.

evolução dos tempos e a pressão dos fatos, passaram a gerar reconhecimento e conseqüente aceitação social. Desta forma, o legislador se deparou com a necessidade de disciplinar tais realidades, as normatizando.

Mas foi com a Lei 9278/96, depois reproduzida no artigo 1.723 do CC/2002, que foi conceituada: “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”. As uniões estáveis passaram a ser consideradas entidades familiares constitucionalmente protegidas desde 1988 com a CRFB. Aos filhos, por sua vez, é garantido um tratamento isonômico, independente de sua origem, não sendo mais admitido o uso de adjetivações como “filho legítimo”, “filho bastardo”, entre outras.

Contudo, alguns magistrados, em momentos anteriores da decisão vinculante do STF⁹ em 2011, ainda reconheciam as uniões homoafetivas como sendo uma sociedade de fato, como se a finalidade de tais relações fosse o aspecto patrimonial e não uma conseqüência do afeto. Não haveria, então, o direito de pleitear alimentos, direitos sucessórios ou benefícios previdenciários. Um absurdo. Ao companheiro sobrevivente, no caso, seria deferido, no máximo, metade do patrimônio adquirido durante a união e apenas se comprovasse o esforço comum, conforme súmula 380 do STF que dispõe: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132 e ADI n. 4.277. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em mai 2011.

No entanto, não se deve degradar a natureza pessoal da família, transformando-a em ilusória sociedade de fato, como se seus partícipes fossem sócios de algum tipo de empreendimento lucrativo.

Neste sentido, Maria Berenice Dias em seu artigo *Amor não tem sexo*:

Ainda que de forma tímida e conservadora, e mais por não conseguir a Justiça conviver com a mais chocante injustiça, que é o enriquecimento injustificado, o afeto começou a receber respaldo jurisdicional. No princípio, confundindo-se amor com amor, e as relações chamadas concubinárias foram vistas como verdadeiros vínculos empregatícios. Depois, identificado como sociedade de fato o que nada mais era do que uma sociedade de afeto, as relações extramatrimoniais foram inseridas no Direito Obrigacional. Um verdadeiro negócio jurídico, segundo o art. 981 do CC, uma combinação de esforços ou recursos para lograr fins comuns. O respaldo judicial concedido às relações extramatrimoniais acabou levando a Constituição Federal a alargar o conceito de família. Não exclusivamente ao casamento o legislador constituinte emprestou o nome de entidade familiar. Também assim chamou a união estável e as relações de um dos pais com seus filhos. Embora vanguardista, o conceito de família cunhado pela Lei Maior ainda é acanhado, pois não logrou envolver vínculos afetivos outros, que não correspondem ao paradigma convencional: casamento, sexo e reprodução.(...)Passaram a ser considerados família os relacionamentos não identificados pelo casamento. Em face do atual estágio da evolução da engenharia genética, a reprodução não mais depende da ocorrência de contato sexual. Assim, imperioso que se busque um novo conceito de família.¹⁰

Devemos atentar, ainda, para a atual repersonalização do Direito das Famílias que objetiva superar uma concepção patrimonialista das relações familiares, a fim de possibilitar a abertura para a pluralidade de formas conjugais e familiares existentes. Verifica-se uma visão eudemonista de família na qual “não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas sim a família e o casamento é que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade¹¹”.

Neste sentido, Marianna Chaves:

Numa lógica de Estado Democrático de Direito, é possível asseverar que os ordenamentos jurídicos em estudo (nomeadamente o português e o brasileiro) possuem todas as ferramentas para lidar de forma coerente e

¹⁰DIAS, Maria Berenice. *O amor não tem sexo*. Disponível em: www.mbdias.com.br, www.mariaberenice.com.br e www.direitohomaofetivo.com.br. Acesso em 25 fev. 2014.

¹¹GRISARD, Waldyr Filho. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 62.

ajustada com as novas formas de arranjos familiares e afetivos que demandam a proteção da justiça. Tal possibilidade também emerge pela repersonalização do Direito das Famílias, onde se afasta da leitura substancialmente patrimonialista das relações familiares. Todo e qualquer país que se diga democrático e guardião dos direitos humanos não deve, nem pode, compactuar com discriminações arbitrárias, como é o caso da discriminação por razão de sexo ou em virtude da orientação sexual. Como já diria o eminente Ministro do STJ brasileiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira no início dos anos 90, “o fetichismo” das normas legais em atrito com a evolução social e científica, não pode uma prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manifestar-se em face de uma realidade mais palpante¹²

Por fim, há de se reconhecer que tanto para a CRFB/88 quanto para o CC/2002, a família é um conceito aberto, exatamente para se promover a proteção jurídica de todos os tipos de família não mencionados expressamente na lei. Conforme Roberto Arriada Loreia:

A nova definição de família se harmoniza com o conceito de casamento ‘entre cônjuges’ do art. 1.511 do CC, não apenas deixando de fazer qualquer alusão à oposição de sexos, mas explicitando que a heterossexualidade não é condição para o casamento, consagrando-a como um direito humano e universal, e não mais um privilégio heterossexual.¹³

O texto constitucional, inclusive, previu expressamente nos parágrafos do art. 226 da CRFB/88, além da família matrimonializada, outros tipos de entidades familiares quando dispõe da união estável ou da família monoparental, apresentando um rol, portanto, exemplificativo e integrativo. Assim, o entendimento é que família é um instituto mais amplo que o casamento, e não é só com este que ela inicia.

2. RESOLUÇÃO NÚMERO 175 DE 2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

¹²CHAVES, Marianna. Homoafetividade e Direito. *Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade: Um Panorama Luso-Brasileiro*. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 33.

¹³DIAS, Maria Berenice. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 41.

A Resolução número 175 do CNJ, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), proíbe as autoridades competentes de se recusarem a habilitar, celebrar casamento civil ou de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Trata-se do perfeito acompanhamento da forma de como o tema vem sendo enfrentado pelos tribunais, seguindo a sua trajetória e deixando entrever que a Justiça anda a passos largos.

De fato, não havia ainda no âmbito das corregedorias dos tribunais de Justiça uniformidade de interpretação e de entendimento sobre a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e da conversão da união estável entre casais homoafetivos em casamento. Assim, a referida Resolução consolida e unifica essa interpretação de forma nacional e sem possibilidade de recursos.

Caso algum cartório não a cumpra, o casal interessado poderá levar o caso ao juiz corregedor daquela comarca para que ele determine o cumprimento da medida. Além disso, poderá ser aberto processo administrativo contra o oficial que se negou a celebrar ou reverter a união estável em casamento. Um verdadeiro antídoto aos que andarem em descompasso com a jurisprudência.

Conforme ensinamento do ex-ministro Ayres Britto:

As resoluções do CNJ são como as leis um dos atos normativos primários possíveis, como são as resoluções do Senado Federal, as MPs, decreto-regulamento autônomo e regimentos internos dos tribunais. Todos esses atos normativos buscam seus fundamentos de validade na CRFB sem a necessidade de interposta espécie legislativa diversa, podendo inovar no ordenamento jurídico a partir de um fundamento de validade constitucional.¹⁴

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 12. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 31 mai. 2014.

Desta forma, não se pode fazer outra interpretação se não a que de o ato possui nítido perfil normativo, na medida em que disciplina, de forma genérica, abstrata e impessoal, a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

E é nesta esteira que não se sustenta mais a alegação que apenas lei formal poderia inovar no ordenamento quando há um fundamento de validade constitucional. Desatualizada, por isso, é a doutrina da legalidade estrita que sustenta ter sido a resolução 175 do CNJ usurpadora de função legislativa.

Como o legislativo manteve-se inerte na garantia dos direitos fundamentais que possuem as relações homoafetivas, direitos já consagrados pelo STF por meio de seu Pleno, suficiente e hábil se faz a edição pelo o CNJ da resolução 175 como ato normativo primário que é, com vistas ao cumprimento da máxima efetividade da decisão proferida pelo Supremo, que como é sabido possui efeitos vinculantes e *erga omnes* e está fundamentada no Texto Constitucional.

A Resolução CNJ nº 175/2013 alude em seu fundamento às decisões proferidas pelo STF, nos autos da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4277/DF, ambas de relatoria do Min. Ayres Britto, e também à decisão proferida nos autos do REsp nº 1.183.378/RS, de Relatoria do Min. Luis Felipe Salomão. Nesses casos, a controvérsia gravitou em torno do sentido e alcance da exegese do art. 226, §3º, da Constituição da República, sendo incontestado que a Resolução encontra seu fundamento de validade na interpretação que foi conferida ao art. 226 da Constituição pelo STF e pelo STJ, revestindo-se de generalidade, autonomia, abstração e impessoalidade.

Aliás, exatamente por ostentar tais características que a Resolução nº 175/2013 qualifica-se como “lei em tese”, razão pela qual não se submete ao controle jurisdicional

por meio do mandado de segurança, ensejando - caso haja eventual impetração do *writ* - a incidência da vedação contida na Súmula nº 266 do STF.¹⁵

Deve ser considerada, portanto, materialmente e formalmente legítima e constitucional a resolução 175 do CNJ, que assegura os direitos reconhecidos pelo Supremo às relações homoafetivas a partir de fundamentos de validade expressos na Constituição, com a devida vênua aos dissidentes.

3. DIVISOR DE ÁGUAS: ADPF 132 E ADI 4.277

No julgamento do STF da ADPF 132 e ADI 4.277, nos dias 4 e 5 de maio de 2011, a Suprema Corte brasileira reconheceu que a união homoafetiva é uma entidade familiar e, portanto, merecedora de proteção do regime jurídico da união estável, na qual é reconhecida a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva.

Tais ações, julgadas procedentes, requeriam a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas que atendam os requisitos legais da publicidade, continuidade, durabilidade e do intuito de constituir família, devendo ser atribuída interpretação extensiva ao art. 1.723 do CC/2002. Isso porque o fato de a Constituição em seu art. 226 proteger a união estável entre homem e mulher não pode significar uma negativa de proteção à união civil ou estável entre pessoas do mesmo sexo.

Em outras palavras, dizer que é reconhecida a união estável entre homem e mulher é diferente de dizer que ela é reconhecida apenas entre o homem e a mulher. Não é possível reduzir formas de sentir, relacionamentos firmados e projetos de compartilhamento de vidas a um rol exaustivo ou a fórmulas preestabelecidas.

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 266: “Não cabe Mandado de Segurança contra lei em tese”.

Assim, é nítida que interpretação dos parágrafos 226 da CRFB é exemplificativa, integrativa, partindo do pressuposto de que o constituinte não teve a intenção de regular e limitar todas as situações existentes na sociedade, tendo a Constituição, pelo contrário, um caráter aberto e amplo, no sentido de que as lacunas podem ser preenchidas pelo Judiciário. Desta forma, entender que tais lacunas importariam em proibição implicaria em contrariedade ao princípio da legalidade, no sentido de que aquilo que não é expressamente proibido tem-se por permitido (art.5º, II, da CRFB/88).

Com efeito, o fato de o STF ter reconhecido a união homoafetiva como união estável e sendo um das possibilidades da união estável justamente a sua conversão em casamento civil por força da parte final do art. 226, parágrafo 3º da CRFB/88 e do art. 1.526 do CC/2002, tem-se por juridicamente possível- e obrigatória- a referida conversão sob pena de ofensa direta ao ordenamento jurídico.

De fato, as omissões inconstitucionais do Parlamento devem ser supridas pela jurisdição constitucional a fim de que seja garantida a supremacia da Constituição, razão pela qual não se pode atribuir a alcunha de “ativismo judicial” à referida decisão do STF, que cumpriu com êxito a sua função contramajoritária no Estado Democrático de Direito. Assim, deve-se compreender e aceitar tal decisão como um ativismo judicial constitucionalmente válido, essencial e obrigatório para a proteção das minorias.

É o que dispõe Vecchiatti:

Entendo que não há usurpação de competência do parlamento porque a colmatção de lacunas normativas está desde sempre entre as competências do Poder Judiciário e, portanto, do STF, o que se quis dizer aqui é que, ainda que se considere (equivocadamente) que a princípio essa lacuna teria que ser colmatada unicamente pelo Parlamento, o fato de se tratar de uma lacuna inconstitucional então investe o Poder Judiciário a prerrogativa de colmatá-la para assim, afastar o estado de inconstitucionalidade por omissão.¹⁶

¹⁶VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2012. p. 260.

4. DECISÕES E JURISPRUDÊNCIA

Como se apenas houvesse caráter comercial e fins meramente lucrativos, as controvérsias entre companheiros eram julgadas pelas Varas Cíveis. Os bens amealhados durante o período de convívio eram divididos, operando-se verdadeira divisão de lucros, tendo tais relações apenas efeitos patrimoniais, como se fossem sociedade de fato.

No entanto, há cerca de 15 anos começa a surgir uma nova orientação jurisprudencial através de esparsas decisões em todo o país sobre a natureza familiar das uniões homoafetivas, não havendo dúvidas de que um novo panorama jurisprudencial mais atento à realidade da vida e à dignidade da pessoa humana começou a ser erguido.

É o que dispõe a *Revista Superinteressante* do mês de maio de 2011, em sua página 20, nas palavras da escritora e redatora Vanessa Vieira:

Nos últimos anos, decisões da Justiça permitiram que gays exercessem o direito de incluir o companheiro no plano de saúde, de ganhar pensão por morte e de declarar o imposto de renda em conjunto. Essas vitórias do Judiciário estão cumprindo o papel que as leis não cumprem: tratar homossexuais e heterossexuais da mesma maneira. É muito mais fácil fazer um juiz decidir a favor dos gays do que a maioria do Congresso aprovar uma mudança de lei. (...) Segundo a Comissão da Diversidade da Ordem dos Advogados do Brasil, tribunais de todo o país já reconheceram em pelo menos 1026 processos a união entre pessoas do mesmo sexo. Em muitos desses casos ficou entendido que houve união estável do casal e que, já que todos são iguais perante a lei, não haveria porque tratar os gays de forma diferente. Assim, pelas beiradas, homossexuais estão garantindo o direito de ser tratados igualmente. Mais importante do que isso: essas decisões favoráveis abrem jurisprudência, ou seja, acabam servindo de referência para outros juízes ao julgar casos semelhantes.¹⁷

¹⁷Revista Super Interessante, Edição número 291 de maio de 2011. Trecho retirado do texto de Vanessa Vieira. p.20.

Hoje, visivelmente tribunais de todo o Brasil começaram a aplicar os mais novos precedentes, que vêm dando justo tratamento às uniões homoafetivas, as quais nada mais são do que entidades familiares.

É fácil entender que diante o silêncio do legislador, é a jurisprudência a mais importante ferramenta para assegurar aos homossexuais o exercício de cidadania. Enquanto a lei não vem, cabe ao Poder Judiciário suprir tal lacuna com uma visão pluralista das entidades familiares e isonômica das relações. De fato, essas conquistas do Judiciário estão desempenhando o papel que as leis não cumprem: tratar homossexuais e heterossexuais da mesma maneira. Afinal, é muito mais fácil fazer um juiz decidir a favor dos homossexuais do que a maioria do Congresso aprovar uma mudança de lei.

Felizmente, após essa paradigmática decisão do STF, não houve nenhum outro julgado no STJ que tenha negado a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva – até porque a decisão do STF tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, ou seja, é de obediência obrigatória em todo território nacional.

E, acertadamente, diversas decisões de juízes reconheceram o direito de casais homoafetivos converterem suas uniões estáveis em casamentos civis e, inclusive a possibilidade de se casarem diretamente, sem necessidade de prévia união estável, e mais: a possibilidade de adoção conforme ementa seguinte de relatoria da Ministra Nancy Andrihy¹⁸:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.

I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. REsp 1281093 / SP. Relatora: Nancy Andrihy. Data de julgamento: 18/12/13. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 02 jun 2014.

que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.

II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistia um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.

IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".

VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças

parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO.

5. MÉTODOS PROTETIVOS E AÇÕES CABÍVEIS EM CASO DE NEGAÇÃO DOS DIREITOS

Com a decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4.277 e o consequente reconhecimento da união homoafetiva como união estável, torna-se inegável que um casal homoafetivo pode firmar um contrato de união estável, o que significa que o par pode firmar um contrato garantidor dos mesmos direitos da união estável heteroafetiva.

Quanto ao conteúdo do contrato, sugere Vecchiatti:

(...) (i) nominá-lo como contrato de união estável, para deixar claro o caráter familiar da união; (ii) mencionar os art. 2º e 5º da Lei Maria da Penha e a jurisprudência que reconhece a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, por analogia, para que fique claro que os companheiros-contratantes se consideram uma entidade familiar regida pelas regras da união estável constitucionalizada; (iii) na cláusula primeira, apontar que o objeto contratual é uma união estável, aplicando-se o regime jurídico desta analogicamente aos companheiros-contratantes; (iv) na cláusula segunda, indicar as regras patrimoniais da relação; (v) na cláusula terceira, mencionar a forma de administração de bens definida pelo casal; (vi) na cláusula quarta, apontar os direitos conjuntos dos companheiros-contratantes; (vii) na cláusula quinta, mencionar as disposições relativas à curatela; (viii) na cláusula sexta, apontar o caráter de procurador do companheiros-contratantes no caso de um deles ficar enfermo, autorizando-o a tomar decisões médico-hospitalares pertinentes (tratamento, doação de órgão e etc); (ix) na cláusula sétima, tratar da forma da eventual dissolução da união e resilição contratual; (x) na cláusula oitava, eleger o foro competente para dirimir eventuais controvérsias relativas ao contrato de união estável em questão.¹⁹

De fato, não há necessidade de justificar o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Pelo contrário, a negativa de acesso ao instituto jurídico do casamento às pessoas homossexuais é que deveria ser fundamentada. Ora, o STF já reconheceu serem as relações homoafetivas entidades familiares, sinônimo perfeito de família, o que implicaria na sua natural conversão em casamento civil nos moldes do artigo 1723 do CC e parte final do artigo 226, parágrafo 3º da CRFB/88, dispositivos legais que expressamente autorizam a possibilidade da conversão da união estável em casamento.

Todavia, não obstante todo o entendimento acima exposto, alguns poucos Cartórios de Registro Civil ainda se recusam a celebrar o casamento civil homoafetivo,

¹⁹VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2012, p.224.

sendo uma ofensa direta à Constituição, à decisão vinculante do STF e, também, à Resolução número 175 do CNJ.

Nessas hipóteses, o par interessado em se casar encontra-se obrigado a ingressar com uma ação declaratória de possibilidade jurídica de casamento civil homoafetivo, pelo rito ordinário, em que demonstre os requisitos da validade do casamento e a fundamentação no sentido de sua possibilidade jurídica decorrente da interpretação extensiva e da analogia previstos nos artigos 4º da LICC e 126 do CPC. Ademais, deve constar pedido alternativo de declaração de inconstitucionalidade do art. 1.514 do CC, caso o Judiciário ainda entenda pela suposta “proibição implícita” do casamento civil homoafetivo em atenção aos dispositivos legais supramencionados.

Então, declarada a inconstitucionalidade, deverá ser o casamento civil reconhecido tanto a duas pessoas de sexos diversos quanto a duas pessoas do mesmo sexo, em interpretação conforme a Constituição.

CONCLUSÃO

Com o presente artigo, foi analisado o panorama atual jurídico do Direito dos homoafetivos. O Direito não pode ser conivente e apoiar preconceitos que levam a dolorosas experiências de vida e a consequências irrecuperáveis. Não se pode mais continuar ignorando as relações homoafetivas, cada vez mais visíveis, cada vez mais consolidadas. É preciso reconhecer todo o amor, o afeto, a comunhão de vidas, independente de orientação sexual, como elementos essenciais e suficientes da identidade familiar.

De fato, uma coisa é não querer casar e outra, muito diferente, é não poder casar. Uma coisa é não querer adotar e outra, muito diferente, é não poder adotar estando

preenchidos todos os requisitos legais. Tais negativas ainda devem ser combatidas no Brasil no que se refere às pessoas de mesmo sexo.

A homoafetividade não é um desvio de personalidade, não é uma doença, muito menos um pecado, mas sim uma forma de se relacionar. É inegável que a orientação sexual não depende de uma “opção” pessoal: ninguém escolhe ser homo ou hétero, mas simplesmente se descobre de uma forma ou de outra. A sexualidade não admite opções, simplesmente se impõe. E não apenas a realidade, mas inclusive a ficção, em novelas ou filmes, nos mostra, todos os dias, a evidência desse fato social. Ignorá-lo é opção atual do Poder Legislativo. Infelizmente.

Entretanto, sendo um dos aspectos da identidade humana, merece proteção jurídica dos princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, e do seu efetivo reconhecimento pelo princípio do pluralismo familiar. Inútil e prejudicial o entendimento de que o diferente é o errado e, portanto, deve ser modificado ou aniquilado, erradicado ou punido.

Como bem sabido, os homossexuais não são cidadãos de segunda categoria e, por isso, assim não devem ser tratados, sendo que a opção ou condição sexual não diminui os direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

Ademais, condenar à invisibilidade jurídica tais uniões não eliminaria a existência da homossexualidade. Não é pela ausência de leis regulamentadoras que os homoafetivos deixariam de sê-los. Não é pela restrição de direitos que “faríamos desaparecer essa forma de relação”. A omissão do legislador, pois, não tem força e legitimidade para suprimi-la até porque tais uniões já existem em todos os sentidos, menos no legal.

Nestas condições, uma lei institucionalizando o casamento, adoção e estabelecendo os direitos sucessórios e previdenciários entre pessoas do mesmo sexo

viria apenas para reforçar e legitimar um fato real, atual e merecedor de tutela. Cidadãos como outros quaisquer, que pagam impostos e muito contribuem para o desenvolvimento social, não mais podem ser discriminizados por lhes ser atribuído “o erro” de amarem quem os atrai.

Evidente, pois, a necessidade de encarar a realidade em comprometimento com a Justiça, não punindo e ignorando alguém pelo simples fato de amar o igual e reivindicar, como todos os demais, o direito de ser feliz.

De qualquer forma, conforme demonstrado neste estudo, essa ausência legislativa não teria o condão de aniquilar o direito de constituir família, seja pela adoção ou casamento, em razão da viabilidade, em ambos os casos, da aplicação da analogia e da interpretação extensiva.

A Lei Maria da Penha, analisada no primeiro capítulo, reconheceu expressamente a família homoafetiva, ao definir que também é família, duas mulheres que se considerem unidas, independente da orientação sexual, e que formem uma comunhão plena de vida de forma pública, contínua e duradoura nos moldes do artigo 1.723 do CC. Assim, considerando que as uniões homoafetivas femininas e masculinas têm caráter familiar idêntico, pelo princípio da isonomia, dois homens na mesma situação também seria família. Nestas circunstâncias, é importante e essencial que o Estado, por intermédio de leis, retire tais relações da marginalidade e, definitivamente, as consagre.

Afinal, o Direito, que é um importante instrumento ideológico de inclusão e que se constitui como um dos lugares de realização da luta por um reconhecimento, não regula sentimentos, mas deve definir as relações com base neles geradas. Aliás, a simples observação sobre a vida social confirma que a diversidade é a regra da

modernidade. E não é só isso: devemos, também, reconhecer o fato de que não ser heterossexual ou não ser homossexual é direito de todos.

REFERÊNCIAS

CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade: Um Panorama Luso-Brasileiro*. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a justiça*. 4ª ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2009.

GRISARD, Waldyr Filho. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

REVISTA SUPER INTERESSANTE. Edição 291, maio 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, a. IV, n. 14, jul./ago./set. 2002.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2012.