

Taís Nader Marta

Faculdade Anhanguera de Bauru

tais@barbosamarta.adv.br

Iriana Maira Munhoz

Faculdade Anhanguera de Bauru

irianamunhoz@hotmail.com

A PRIMEIRA GRANDE VITÓRIA DO DIREITO HOMOAFETIVO: UM RESPEITO À DIVERSIDADE SEXUAL E À DIGNIDADE HUMANA

RESUMO

O conceito de família não pode ficar atrelado apenas ao “casamento, sexo e reprodução”. A família moderna deve ter um conceito muito mais amplo, razão pela qual necessita ser reconhecido, sem preconceito e discriminação, que afetividade e felicidade é que devem ser elementares para sua definição. Diante da omissão legislativa, o recente julgado do Supremo Tribunal Federal que reconhece a união estável homossexual vai ao encontro desse novo paradigma. Utilizando o CUIDADO para proteção desse grupo vulnerável, nossa Corte Constitucional quebra “tabus” e respeita princípios nucleares de nossa Lei Maior, demonstrando que a liberdade à livre orientação sexual faz parte da dignidade humana.

Palavras-Chave: reconhecimento da união estável homossexual; Supremo Tribunal Federal; cuidado; dignidade humana; felicidade.

ABSTRACT

The concept of family cannot be tied only to “marriage, sex and reproduction”. The modern family should have a much broader concept, why it needs to be recognized, without prejudice and discrimination, affection and happiness is to be basic to its definition. Given the legislative omission, the recent decision of the Federal Supreme Court recognizes that the stable homosexual goes to meet this new paradigm. Using CARE to protect this vulnerable group, our Constitutional Court break “taboos” and respects the core principles of our highest law, demonstrating that the freedom to free sexual orientation is part of human dignity.

Keywords: recognition of homosexual stable union; Federal Supreme Court; caution; human dignity; happiness.

Anhanguera Educacional Ltda.

Correspondência/Contato

Alameda Maria Tereza, 2000

Valinhos, São Paulo

CEP 13.278-181

rc.ipade@unianhanguera.edu.br

Coordenação

Instituto de Pesquisas Aplicadas e

Desenvolvimento Educacional - IPADE

Informe Técnico

Recebido em: 01/05/2011

Avaliado em: 30/05/2011

Publicação: 10 de junho de 2011

1. INTRODUÇÃO

O Direito precisa regular fatos sociais, razão pela qual o Estado deve implementar a inclusão social de minorias e grupos vulneráveis.

Assim, o cuidado se apresenta como valor jurídico para atender as diversas necessidades e evitar a existência de obstáculos colocados para a não efetivação desse direito fundamental do ser humano que é o de ser feliz e viver com dignidade.

O surgimento de novos agrupamentos familiares como a família homoafetiva, dentre outras, indagou ao Direito, que, enquanto ciência, tem como escopo regular os comportamentos sociais, a necessidade de investigar e proteger essa nova entidade familiar.

Poderia o Estado ignorar a existência de relações homoafetivas? Esse grupo deve ser penalizado? A dignidade deve ser retirada das pessoas que vivem relações homoafetivas?

Foi, por conta dessas indagações, que nossa Corte Suprema se manifestou com o objetivo de dar uma resposta aos seus cidadãos, sujeitos de direito, para se posicionar sobre fatos sociais que não devem ser explicados e sim regulados.

Para que ocorra uma reflexão desse momento histórico torna-se necessário o desprendimento de qualquer espécie de preconceito, bem como a imparcialidade do operador do direito no que diz respeito ao assunto analisado, até porque, a homossexualidade é um fato concreto e existente nas diversas classes sociais, portanto, negar à relação de duas pessoas do mesmo sexo, pelo simples fato do casal ser considerado diferente dos padrões tradicionais estabelecidos pela sociedade é um ato de discriminação.

E quanto aos direitos que tutelam os interesses dos homossexuais, os quais se encontram em um estado vulnerável, o *cuidado* deve ser destacado para que a justiça seja alcançada na realidade de cada caso concreto, cumprindo assim o Estado com seu escopo maior que nada mais é que a criação de uma sociedade justa, solidária e feliz.

2. ALGUNS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA FAMÍLIA

2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A conceituação da dignidade da pessoa humana se revela no mínimo difícil de ser obtida, pois uma das dificuldades de conceituá-la reside no fato de que não se trata de aspectos

específicos da existência humana, como, por exemplo, a integridade física, intimidade, vida, propriedade etc., mas, sim, de uma qualidade inata a todo e qualquer ser humano.

A Organização das Nações Unidas, em 1948, firmou o Direito da Igualdade entre todos os homens e mulheres, este foi um marco inicial para que todas as Constituições que se qualificam como democráticas passassem a usar a expressão de dignidade humana, como sendo um bem inerente de qualquer ser humano, um Princípio supremo e intocável, tornando-se obrigatório e necessário o respeito e a tutela desse bem maior de cada indivíduo pelo poder público (PEREIRA, 2006, p.99).

De valor supremo, o princípio da dignidade da pessoa humana consolida a força dos direitos fundamentais e a proteção do homem desde o direito à vida. Este princípio não se encontra apenas entre os direitos fundamentais, inseridos no extenso rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988, mas é ideal perseguido em todas as disposições constitucionais, pois o objetivo do constituinte foi de considerá-lo, não somente como um direito fundamental do ser humano, mas expressá-lo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, inc. III da Constituição Federal de 1988.

Tal princípio é a pedra de toque de todo sistema jurídico constitucional, não podendo ser infringido por quem quer que seja, principalmente pelo Poder Público, que tem a obrigação precípua de proteger e fazer cumprir os ditames da Constituição Federal vigente.

Sendo a dignidade da pessoa humana uma qualidade intrínseca de um indivíduo, pode ser concluído, então, que ela é irrenunciável e inalienável, pois constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser retirado.

Portanto, a dignidade como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida no âmbito das relações familiares.

Cada membro da entidade familiar é titular de direitos e deveres, o que no passado não era garantido, pois a mulher (esposa) e a criança eram vistas como objeto do direito e não tinham sua dignidade tutelada.

Assim, às custas de muito sofrimento e injustiças, o Estado e a sociedade passaram a reconhecer a dignidade de cada indivíduo na instituição familiar, garantindo seus direitos como ser humano, fora ou dentro das relações familiares.

Por isso, é dever de todos e, em especial dos operadores do direito, pautarem suas condutas e decisões atreladas ao direito de Família com a necessária implementação concreta do respeito à dignidade da pessoa humana.

O Direito à Felicidade como decorrência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A República Federativa do Brasil em seu art. 1º, inciso III, estabelece como objetivo fundamental à dignidade da pessoa da humana, tal princípio enseja outros princípios como o da igualdade, liberdade, não-discriminação, não exclusão, dentre outros. E aí passamos a refletir sobre a seguinte indagação: Será possível ser feliz sem dignidade?

Para Paulo Roberto Lotti Vecchiatti (2008, p. 160) o princípio da dignidade da pessoa humana garante a todos a mesma dignidade pelo simples fato de serem pessoas humanas.

A ideia de formação de Estado moderno, por si só conduz à consagração do direito à felicidade pessoal, que agrega a dignidade da pessoa humana, aliás São Tomás de Aquino, de há muito reconhecia a felicidade como o fim almejado pela sociedade.

De acordo com Luiz Alberto David Araújo (2000, p. 74) a própria noção de contrato social implica a compreensão de que esse pacto coletivo só foi aceito pelas pessoas por acreditarem que a vida em sociedade, com todos seus ônus e benefícios, propiciaria maiores condições de alcançar a felicidade do que a vida de forma isolada.

Pietro de Jesús Lora Alarcón (2004, p. 318) pondera que: “[...] as finalidades do direito e do Estado podem sintetizar-se em uma só: a proteção integral da vida do ser humano, sua felicidade”. Disso depreende-se que, para o atingimento da felicidade, a pessoa carece do resguardo estatal de sua dignidade, conferindo-lhe igualdade de condições, em todos os aspectos da vida cotidiana.

No mesmo sentido assevera Francisco Gomes de Matos (1997, p.7):

[...] filósofos de todos os tempos colocaram a felicidade como a aspiração dominante do ser humano, que a procura cada qual a sua maneira. A felicidade, sendo a grande referência à vida, é, nesse sentido, a motivação maior ao trabalho, direcionando passos, caminhos, relacionamentos e metas. O homem- pensamento, o homem-emoção e o homem-ação ganham integridade no ser feliz [...].

Assim, ao Estado incumbe o dever de tornar eficaz todas as normas constitucionais protetivas aos direitos das pessoas, para torná-las e mantê-las felizes, no seu dia-a-dia, afastando-se a ofensa à sua dignidade. Por isso, pode-se asseverar convictamente que a felicidade constitui-se um direito fundamental, por revestir-se do resultado da observância dos demais princípios constitucionalmente tutelados, fincados no destacado princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2. Princípio da Pluralidade das Entidades Familiares

Nossa Constituição Federal de 1988 reconhece três formas de entidades familiares, são elas a família matrimonial, monoparental e a união estável. Não mais se sustenta como antigamente que somente através do casamento se formaria uma família.

A formação familiar hoje está ligada ao afeto e não mais nos vínculos formais ou religiosos. É com base nesse princípio que nada impede a formação de outros arranjos familiares, além dos já expressos pelo nosso constituinte.

Nesse contexto, o afeto passa a ter valor jurídico, devendo ser considerado e protegido pelos operadores do direito na interpretação das relações familiares.

2.3. Princípio da Solidariedade

Esse princípio está fundamentado no art. 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988, o qual tem como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária.

A noção de solidariedade se faz presente nos grupos familiares, podemos vislumbrar tal princípio no dever que os filhos têm de prestar alimentos aos pais na velhice.

Os membros de uma entidade familiar devem manter entre eles respeito, consideração, cooperação, tais condutas, nada mais são que um desdobramento do princípio da solidariedade. Este princípio quando ausente nas relações familiares é dever do Estado e da sociedade assegurarem, ou até mesmo suprirem esses direitos, pois é um dever do Estado e obrigação da sociedade assegurarem a dignidade da pessoa humana.

2.4. Princípio da Afetividade

O afeto já algum tempo passou a ser reconhecido pelo Estado em suas decisões nas relações familiares. Não se pode mais falar em Direito de Família sem o reconhecimento do afeto, pois ele é o propulsor das entidades familiares, ou seja, quem dá origem à família.

O afeto na sociedade contemporânea passou a ter valor jurídico, em razão de se buscar o bem estar dos membros do grupo familiar. A filiação afetiva é uma expressão do princípio da valoração do afeto, pois o que se busca nessa relação é o reconhecimento do afeto entre pessoas não vinculadas pelos laços consanguíneos, mas sim afetivos.

3. EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES

Atualmente para se saber quais são os contornos da família contemporânea, não se deve procurar a legislação ordinária, mas sim se voltar para uma minuciosa análise das disposições constitucionais da Carta Magna de 1988, a qual não só demonstra a importância do contexto jurídico como também comprova a evolução por que passou.

A ideia de entidade familiar não só compreende a união estável entre o homem e a mulher, mas também outros modelos de entidade familiar, que devem ser reconhecidas pela lei ou pela jurisprudência.

O parágrafo 4º, do art. 226 da Constituição de 1988 dispõe que “[...] entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, estamos nos referindo à família monoparental, que é o campo, por excelência, das mães ou, excepcionalmente dos pais, que pretendem assumir sozinhos, sua maternidade ou paternidade, dos divorciados, dos separados, dos viúvos, dos filhos sem pai, enfim, de tudo aquilo que nega às situações de normalidade previstas pelo antigo Código Civil, quando se referia à *família legítima*.

A família monoparental se impôs como fenômeno social nas três últimas décadas, mas com maior intensidade, nos últimos vinte anos, ou seja, no período em que se constata o maior número de divórcios, sendo esta uma das causas geradoras do fenômeno. Na realidade, a monoparentalidade sempre existiu se levarmos em consideração a ocorrência de mães solteiras, mulheres e crianças abandonadas. Mas o fenômeno até a Constituição Federal de 1988 não era reconhecido como uma categoria específica, o que explica a sua marginalidade no mundo jurídico.

Embora o modelo mais constante de família monoparental, fosse o da mãe com os seus filhos, podem surgir, também, os pais com seus filhos, a avó ou avô com os netos. Dessa maneira, em uma interpretação extensiva, devemos considerar família monoparental o tio que cria os sobrinhos, e, até mesmo, a do homem abandonado pela esposa, que assume os filhos que ela teve de outro relacionamento, estabelecendo-se a paternidade socioafetiva. Portanto, a figura que a Constituição Federal de 1988 descreve como família monoparental deve ser tida como exemplificativa, e não exaustiva.

Temos ainda, a família anaparental,¹⁰ a qual é formada apenas pelos irmãos sem contar com a presença do pai ou da mãe, seu fundamento está baseado no afeto familiar; a

¹⁰ Sérgio Resende Barros denomina como famílias anaparentais as que não mais contam com os pais, dispõe ele que a designação é bastante apropriada, pois *ana* é prefixo de origem grega indicativo de *falta, privação*, como em *anarquia*, termo que significa falta de governo.

família mosaico¹¹ é a construída por filhos do pai, filhos da mãe e filhos comuns, ou seja, é originada por famílias distintas que se unem formando uma família comum; a família homoafetiva, se forma em torno da união conjugal entre pessoas do mesmo sexo, fundamentando-se também no afeto.

Dessa forma, não pairam dúvidas de que esses agrupamentos têm como fundamento o direito ao afeto, que se denomina *a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro*. O afeto ou afeição constitui um direito individual, uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, salvo as necessárias ao bem comum de todos (BARROS, *passim*).

Nesse contexto o afeto passa a ter valor jurídico, a ser reconhecido pelos operadores do direito no momento de resolverem conflitos ou declararem direitos na seara familiarista.

O amor nada mais é que o ponto máximo do afeto e, está presente nas mais distintas relações humanas. Principalmente nos relacionamentos de natureza sexual, os quais passaram, ainda que de forma vagarosa a serem reconhecidos pelo Estado brasileiro.

Por isso, esse manto protetor denominado de afeto deve dispor de especial atenção por parte do Estado e do Direito, sob pena de colocar em risco a própria garantia jurídica da família, isso porque, o direito ao afeto é imprescindível à saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social, ao desenvolvimento material e cultural de qualquer entidade familiar.

Em todas essas entidades estão presentes a idéia de família, a continuidade, a união e o propósito de viverem em família. A relevância dessa análise a respeito dos fundamentos da família se dá pela importância de que é neste grupo que o indivíduo nasce e se desenvolve, moldando sua personalidade ao mesmo tempo em que se integra no meio social.

É na família que o indivíduo durante toda sua existência encontrará conforto e refúgio para sua sobrevivência.

Diante da formação desses novos grupos familiares, temos um que há muito já existe, mas infelizmente até então era colocado à margem do Direito, ou melhor, desprezado pelo legislador, o qual não queria encarar o diferente, isto é, a mudança social que vem sofrendo a sociedade a cada dia.

¹¹ Essa denominação é utilizada pelos doutrinadores que fazem parte do IBDEFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família).

A entidade marginalizada que estamos nos referindo são as famílias homoafetivas, as quais vinham lutando para obterem reconhecimento pelo Estado.

Luta esta que não foi em vão, pois o Supremo Tribunal Federal nesse mês de maio do ano de 2011 cessou seu silêncio e se manifestou sobre a existência dessas entidades familiares.

Já não era sem tempo a quebra desse silêncio por nossa Corte Suprema, a justificativa para essa manifestação se dá pela evolução do conceito de família, pois a família passou a ter *status* constitucional baseada no afeto entre seus membros, ou seja, o modelo de família eudemonista passou a fundamentar as relações familiares.

Sem dúvida nenhuma, o modelo tradicional e majoritário é o da família heterossexual. Todavia essa lógica começa a ter novos contornos com as novas formas de se originar uma família. O modelo clássico se despede de seus conceitos e fundamentos em busca de uma satisfação pessoal de cada indivíduo dentro do seio familiar.

Hoje para se reconhecer uma família, basta a presença do afeto, qualquer outro pressuposto é desnecessário para sua identificação. Por isso, era imprescindível uma reavaliação dos valores e princípios tutelados pelo nosso Estado.

As relações homoafetivas não receberam *status* de família no direito positivo, o que levou a maior parte da doutrina e jurisprudência a aplicarem regras da sociedade de fato, com base no art. 1.363 do Código Civil de 1916, o qual previa que: "*celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns*".

Este artigo corresponde aos arts. 884 e 981 do novo Código Civil. A Súmula n.º 380 do Supremo Tribunal Federal, que era aplicada para solucionar as questões dos que viviam em concubinato, principalmente com relação às mulheres que eram abandonadas na velhice e ficavam na completa miséria, também vem sendo usada nas questões homoafetivas, com o escopo de conferir àqueles que, com esforço comum, constituíram um patrimônio, por ocasião de uma separação, deve-se fazer a divisão dos bens.

Portanto, até o rompimento do silêncio pelo Supremo Tribunal Federal, a questão vinha sendo analisada pela ótica do direito obrigacional por alguns operadores do direito, deixando de reconhecer a convivência afetiva, em si mesma, entre pessoas do mesmo sexo.

É incoerente um casal que dividiu por anos amor, projetos em comum, assistência mútua, vir a ser considerado uma mera sociedade de fato, na qual apenas se dividiu despesas domésticas.

Diante dos comandos constitucionais que consagram o respeito à dignidade humana, os princípios da igualdade e da liberdade, além de reiteradamente defender uma sociedade não discriminatória, é difícil justificar a inércia do Poder Legislativo no que tange aos direitos homoafetivos (DIAS, 2011, p. 259).

A omissão de tratamento legislativo a essas uniões é uma lacuna grave, pois é de interesse e dever do Estado criar uma legislação específica para os que mantêm uma relação homoafetiva; isto significa que cabe ao Estado regulamentar o que existe, impedindo lesões de direito. Enquanto não for editada uma lei própria reconhecendo e protegendo essas relações, deve-se, através de uma interpretação analógica, utilizar-se das mesmas normas das uniões estáveis, pois ambas as uniões têm como base o afeto. Não obstante, esse tipo de integração vai depender muito do espírito aberto e progressista do juiz.

Foi lamentado pela doutrina contemporânea, o fato de o novo Código Civil não ter normatizado a união homoafetiva, perdendo-se com essa reforma uma grande oportunidade de legislar uma questão conflituosa.

Todavia, nem tudo está perdido, pois no dia 07 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340, que foi batizada de *Lei Maria da Penha*, como forma de homenagear a mulher, Maria da Penha Fernandes, símbolo da luta contra a violência familiar e doméstica.

A sanção dessa lei apresentou um progresso em relação ao Direito Civil positivado e se encontra em harmonia com a atual discussão doutrinária e jurisprudencial que estamos enfrentando referente aos casais homoafetivos. Isso porque seu art. 5º possui uma carga ideológica e inovadora, por possibilitar uma interpretação de reconhecimento da entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, vejamos:

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 (grifo nosso);

Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo **independem de orientação sexual** (grifo nosso).

O artigo acima permite uma interpretação no sentido de abrangência do casal homossexual, no presente caso, especificadamente um casal composto por mulheres, mas que, por uma interpretação analógica, poderá também ser aplicada a um casal formado

por dois homens, pois a intenção da lei não é criar mais preconceito. O legislador no parágrafo único do respectivo artigo é expresso em declarar que independem de orientação sexual.

A interpretação do respectivo artigo está em conformidade com a previsão constitucional de proteção à família, nos termos do art. 226 da Constituição Federal de 1988, bem como com o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Atualmente a família é considerada um núcleo de afetividade; logo, o afeto não pode ser exclusividade das uniões heterossexuais.

Nesse cenário, a lei Maria da Penha apenas reconheceu uma situação que está presente na sociedade, na medida em que essas relações já foram retratadas com aceitação pelo público através de programas de televisão, que são vistos, influenciando grande parte da população brasileira.

A questão família vai além de sua positivação no sistema jurídico, pois ela sempre existiu (sua formação precede ao Estado e ao Direito) e continuará existindo, desta ou daquela maneira, em qualquer tempo ou espaço, pois o que muda são apenas as formas de sua constituição.

Aceitar novos modelos familiares não significa que a família será destruída. Admitir apenas a família nuclear composta pelo pai, mãe e filhos como único modelo familiar, é incompatível com a natureza afetiva da família.

A família como núcleo de afetividade e base da sociedade deve ser enfrentada como um fator cultural, uma estruturação psíquica, em que cada membro tem um lugar definido; portanto, a legislação deve acompanhar a evolução da sociedade e, conseqüentemente, dos arranjos familiares.

Não se diferencia mais a família pelo matrimônio, a existência de prole não é substancial para que a convivência seja reconhecida e assegurada constitucionalmente, pois sua ausência não enseja sua desconstituição, nem em face do Direito Canônico.

Como qualquer ramo do direito, o direito de família também deve se modernizar e o afeto deve ser considerado¹.

¹ Nesse sentido o julgado do TJGO, AI 369841-37.2010.8.09.0000, Rel. Desa. Beatriz Figueiredo Franco, p. 15/02/2011: "Goiás - Civil. Constitucional. Inventário e partilha. União homoafetiva. Nomeação da suposta companheira como inventariante. Art. 990, CPC. Possibilidade. **Moderno conceito de família.** 1 - Embora ainda não declarada judicialmente, a existência da união estável afirmada persistente ao tempo da morte da autora do espólio, a companheira tem preferência legal para exercer a inventariança, nos moldes do artigo 990, I, Código de Processo Civil. 2 - A discussão sobre o período de convivência do casal e apuração dos bens havidos na constância da união deve ser remetida à via adequada (art. 984, CPC). 3 - **O traço fundamental do moderno conceito de família recai no afeto, compreendido com o objetivo comum de felicidade e cooperação mútuas.** Nesse sentido, os modelos familiares contidos no artigo 226 da Constituição Federal não podem ser considerados como exaustivos e excludentes de outros. 4 - Na lacuna da Lei deve valer-se o julgador da analogia,

Portanto, se a prole ou a capacidade procriativa não são imprescindíveis para que a convivência entre duas pessoas goze de proteção legal, conclui-se que o constituinte não deixou de resguardar sob o conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo.

Um Estado que tem como fundamento a liberdade, a igualdade, a dignidade e a democracia deve estar aberto para o novo, para o diferente, não podendo conviver com a discriminação e nem atrelar a preferência sexual e discursos moralistas à cidadania.

4. A HISTÓRICA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os ministros do Supremo Tribunal Federal ao julgarem as Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. Essa decisão significa que agora no Brasil os casais do mesmo sexo começam a ter alguns direitos que os casais heterossexuais possuem.

As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

Como já salientado, o julgamento do Supremo Tribunal Federal ocorreu em razão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277.

A primeira foi apresentada em 2008 pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, a fim de garantir que funcionários estaduais que mantivessem relações homoafetivas estáveis também pudessem ter todos os benefícios de licença, previdência e assistência decorrentes de união estável heterossexual.

A segunda foi interposta pela Procuradoria Geral da República em 2009 e requereu o reconhecimento, no Brasil da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendessem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Referido julgamento começou na tarde do dia 4 de maio de 2011, quando o relator das ações, ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a

costumes e princípios gerais de direito, aplicando-se as regras jurídicas que regulam as relações fundadas no afeto, como o casamento e a união estável. 5 - Agravo conhecido e provido" (grifo nosso).

Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Em seus pronunciamentos, os ministros da corte se fundamentaram nos preceitos fundamentais da Constituição, em especial a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a proteção à segurança jurídica.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da nossa Carta Magna veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. "O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica", observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal. Após voto, o ministro Britto afirmou que o reconhecimento da união homoafetiva não traria prejuízos à sociedade. "Aqui o reino é da igualdade absoluta. Não se pode dizer que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. A sociedade também não perde. Quem ganha com a equiparação? Os homoafetivos. E quem perde? Ninguém perde", ressaltou Britto.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Vejamos alguns dos argumentos utilizados em seus votos:

Luiz Fux: Disse que a Constituição Federal permite o reconhecimento de casais gays como entidades familiares e lembrou que é papel do Poder Judiciário "suprir lacunas" caso o Congresso Nacional, responsável por criar leis, não tenha garantido legalmente direitos civis aos homossexuais. "Há uma liberdade sexual consagrada como cláusula pétrea", disse.

Cármen Lúcia: Baseou sua defesa ao reconhecimento de direitos civis a casais gays no cumprimento do direito à liberdade, cláusula pétrea da Constituição. Condenou "atos de covardia e violência" contra minorias, como os impostos aos casais homossexuais, e observou que o Direito constitucional discutido no Supremo tem também por objetivo combater "todas as formas de preconceito".

Ricardo Lewandowski: Afirmou que as uniões homoafetivas devem ser reconhecidas pelo Direito, "pois dos fatos nasce o direito". Fez a ressalva de que a Constituição faz referência apenas a uniões estáveis entre homens e mulheres, mas observou que isso não significa que "a união homoafetiva não possa ser identificada como entidade familiar apta a receber proteção estatal".

Joaquim Barbosa: Admitiu que o Direito não foi capaz de acompanhar as mudanças e criações de novos perfis familiares e, ao defender o reconhecimento de direitos civis a

parceiros homossexuais, disse que não há na Constituição "qualquer alusão ou proibição ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas". "Todos, sem exceção, tem direito a uma igual consideração", resumiu.

Gilmar Mendes: Também favorável ao reconhecimento de uniões estáveis para parceiros gays, disse que a decisão garante um "modelo mínimo de proteção institucional como instrumento para evitar uma caracterização continuada de crime, de discriminação". Evitou afirmar em que proporção a decisão da maioria afetaria na prática os direitos dos casais gay e observou que a proteção aos homossexuais poderia ser feita por meio de leis no Congresso Nacional, mas que teve de ser levada a cabo pelo STF porque o Poder Legislativo não agiu.

Ellen Gracie: A ministra, ao seguir o voto de Ayres Britto, ressaltou que reconhecimento de direitos aos casais homossexuais coloca o Brasil entre países mais avançados do mundo. "Uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes", disse.²

Para Toni Reis, presidente da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT – “a decisão do STF é uma vitória para a democracia. Ninguém saiu perdendo com a decisão, nem os opositores, mas um segmento significativo de brasileiros e brasileiras ganhou o acesso à igualdade de direitos garantida pela Constituição Federal e até então negada a casais do mesmo sexo. O STF deu um belo exemplo para o Congresso Nacional, que não avança com a matéria desde a primeira vez que foi apresentada em 1995, com o Projeto de Lei 1151/95, da então deputada e atual senadora Marta Suplicy. Essa é uma mais uma vitória na batalha contra desigualdade. Continuaremos a cobrar do Congresso Nacional a criminalização da homofobia e o reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.”³

Para Maria Berenice Dias, presidente da Comissão da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, que atuou na condição de “amicus curie” do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), “é de enorme significado o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, pois o acolhimento das demandas irá retirar da invisibilidade lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. O reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar supre a perversa omissão do Legislativo que, por puro preconceito, tem deixado fora do sistema jurídico a população LGBT. O STF referendou a jurisprudência que vem se cristalizando em todas as justiças, garantindo a proteção à segurança jurídica de forma igual ao que já existia para os casais heterossexuais.”⁴

Segundo o presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Rodrigo da Cunha Pereira, a Suprema Corte do Brasil deu a demonstração de que sua

² Fonte: http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5113766-EI306,00_Maioria+do+STF+vota+por+reconhecimento+de+uniao+estavel+gay.html. Acesso em: 15 maio 2011.

³ Fonte: <http://www.planetaosasco.com/oeste/index.php?/2011050512984/Nosso-pais/abglt-vitoria-da-igualdade-de-direitos.html>. Acesso em: 7 maio 2011.

⁴ Fonte: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/NoticiaView.php?idNoticia=169>. Acesso em: 07 maio 2011.

leitura e interpretação da Constituição realmente estão em consonância com a realidade das pessoas que vivem neste País. Para ele, deram um passo extremamente importante:

A Suprema Corte demonstrou que está traduzindo a vida como ela é. Ela apenas disse que essas pessoas não podem ficar à margem da sociedade, a partir dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade e da não discriminação, e foi, portanto, um julgamento histórico e importante, e que a partir de agora abre caminhos e possibilidades para a vida de muitas outras pessoas, do reconhecimento de direito da vida de muitas outras pessoas.⁵

Enfim, essa é uma grande vitória da igualdade, da tolerância e do respeito à diversidade sexual e esse julgamento, além de histórico, é revolucionário por premiar um pensamento jurídico inclusivo.

4.1. O cuidado como valor jurídico na decisão do Supremo Tribunal Federal

A palavra *vulnerável*, conforme o Dicionário de Língua Portuguesa, significa lado fraco de assunto ou questão; do ponto por onde alguém pode ser atacado ou ferido. Dessa forma, em nossas palavras, no contexto deste trabalho, *vulnerabilidade* é a iminente suscetibilidade de ser atacado ou ferido, levando-se em consideração a circunstância e o desenvolvimento físico e psíquico vivido pelo ser humano.

O estudo sobre vulnerabilidade no campo jurídico iniciou-se com o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, inciso I reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor em suas relações no mercado de consumo.

No entanto, a vulnerabilidade não se limitou a tal ramo do direito, ganhando notoriedade em outras searas jurídicas.

Um grupo vulnerável que há muito clama por socorro para ter seus direitos reconhecidos são as entidades homoafetivas, que originam um novo modelo familiar, como já salientamos, pois possuem todos os requisitos de uma família tradicional, mas, por uma questão de preconceito, a todo instante têm seus direitos fundamentais violados pela sociedade e, pior, pelo ESTADO, o qual se omitia em regularizar situações que envolvem não só o indivíduo em sua opção sexual, mas todos os membros que compõem essa entidade familiar.

A conduta e a posição do Supremo Tribunal Federal foram sem dúvida alguma pautada no cuidado como valor jurídico.

⁵ Fonte: Assessoria de Comunicação do IBDFAM. STF muda hoje o futuro do país. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=4547>>. Acesso em: 05 maio 2011.

Na verdade, o *cuidado* não requer somente a aplicação de normas específicas em casos concretos, mas muito mais que isso, requer a atenção do Estado e da sociedade na observância e prevenção dos princípios e garantias constitucionais.

Portanto, o magistrado em sua função jurisdicional deve solucionar os conflitos observando o cuidado como valor jurídico em cada caso concreto, pois o legislador cria leis, mas lei não é Justiça, em razão de ser geral e impessoal, já o Direito, é pessoal.

O *cuidado* e a *vulnerabilidade* como valores jurídicos se complementam na solução dos conflitos, pois o primeiro trata de analisar a aplicação da lei com o objetivo de atender ao bem comum, já o segundo caracteriza o estágio em que se encontra o indivíduo, sujeito da relação jurídica.

Os operadores do direito, no momento em que estão desempenhando sua função, que nada mais é que acalmar as sensações de injustiças e devolver a paz ao ser humano, não podem se limitar em suas convicções. Nesse sentido, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira relata de forma louvável como deve ser a postura do juiz contemporâneo em busca da justiça:

[...] como recordação de um passado que se distancia, a figura do juiz inanimado, insensível aos fatos que o rodeiam, imagem que a realidade repudiou, uma vez que, como proclamava o Filósofo de Estagira, os homens recorrem aos juizes como um direito vivo, uma justiça animada (*ad iudicem confungiunt omnes, sicut ad justum adnimum*). [...] Ao julgar terá que ser juiz. E apenas juiz. Para ele, no silêncio do seu escritório, ou no burburinho do foro, não há decisões históricas, que o façam desviar-se dos seus princípios e dos critérios de julgamento. Jurista do seu tempo, no entanto, deve viver com sua época, se não quiser que esta viva sem ele [...] não deve curvar-se às doutrinas de conveniências, ou jurisprudência subserviente, mas revestir-se da coragem de preferir ser justo, parecendo injusto, do que injusto para salvar aparências (Calamandrei), mesmo que tenha que divergir do entendimento predominante, procedendo como *bônus iudex*, ou seja, aquele que adapta as normas às exigências (OLIVEIRA; PEREIRA, 2009, p.40).

Ainda que o juiz se depare com uma anacrônica legislação, caberá ao bom magistrado buscar a interpretação que permita melhor solução ao caso concreto valendo-se, para tanto, dos instrumentos disponíveis no nosso sistema jurídico que são a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, e sempre se pautando no atendimento dos fins sociais a que se dirige a lei e das exigências do bem comum.

Portanto, o magistrado, como intérprete que é, deve obrigatoriamente se pautar no *cuidado* e foi exatamente o que fez nossos ministros, ao reconhecerem como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, deixando claro que o imprescindível para a constituição de uma família é o afeto, e não a sua legalização perante o Estado, e se a família é o *locus* sagrado, responsável pela dignidade humana do indivíduo, não poderia mais o Estado corroborar com decisões que implicitamente tolhem o direito à convivência

familiar, a qual oferece a todos os componentes indispensáveis para o desenvolvimento sadio da ser humano.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um Estado Democrático de Direito é incompatível a existência de discriminação pela sociedade e, sobretudo, por parte do Estado.

O direito não pode determinar ou regular os sentimentos. No entanto, tem a obrigação de regulamentar as relações entre os indivíduos. Portanto, se o afeto criar vínculos entre as pessoas, estas sim, por sua vez, como titulares de direitos, deverão dispor de proteção legal.

O silêncio do legislador no que tange às relações entre pessoas do mesmo sexo não pode continuar sendo utilizado para negar direitos a esse grupo vulnerável.

Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um fundamento do nosso Estado soberano, a equiparação de direitos entre casais heterossexuais e homossexuais realizada pelo Supremo Tribunal Federal afetando 60.002 casais homoafetivos em todo Brasil, é a maior expressão da aplicação do cuidado como valor jurídico.

Dessa forma, a união homoafetiva venceu uma importante batalha na luta contra a homofobia. Ressalvando, que todos os direitos consequentes dessa união agora reconhecida, como por exemplo, adoção, pensão/aposentadoria, plano de saúde e herança também devem ser tutelados. Ademais, o casamento civil ainda não foi legalizado.

Convicções pautadas apenas em preconceitos não devem prosperar, são necessárias políticas de tolerâncias positivas.

O Supremo Tribunal Federal já deu o primeiro passo, esperamos a mesma coragem por parte de nosso legislador e operadores do direito!

REFERÊNCIAS

- ABEL, Ivan José. **Justiça social e dignidade humana**: uma reflexão sobre o poder judiciário. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2005.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ARAUJO, Luiz Alberto. SERRANO, Vidal. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARCE Y FLOREZ, Joaquin. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

- BARROS, Sérgio Resende. **O direito ao afeto**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/busca.php?SessID=17>>. Acesso em: 17 out. 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- _____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê (coord.). **Direito constitucional**. Brasília: Consulex, 1998.
- COSTA, Tarcísio José Martins. **Adoção transnacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- CRETELLA, José Júnior. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro. Forense, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FACHIN, Luis Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: s.e., 1999.
- FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2002.
- GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Elaborado pelo Instituto Houaiss e Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LOTUFO, Renan. **Cadernos de direito civil constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.
- MATOS, Francisco Gomes de. **Fator QF – quociente de felicidade: ciclo de felicidade no trabalho**. São Paulo: Makron Books, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. São Paulo: Max Limond, 1947. vol. III.
- OLIVEIRA, Guilherme; PEREIRA, Tânia da Silva. **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. **A adoção na Constituição Federal o ECA e os estrangeiros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1996. vol. VI.

- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. XI.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. **O novo código civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2006.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVA, Tânia Pereira da (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- TALAVERA, Glauber Moreno. **União civil entre pessoas do mesmo sexo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade – da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Método, 2008.
- VELOSO, Zeno. **Direito civil: família**. 3.ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

Taís Nader Marta

Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Especialista em Direito Processual e Direito Constitucional ambas pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Especialista em Didática e Metodologia do Ensino Superior pelo Centro Universitário Anhanguera. Professora da Faculdade Anhanguera de Bauru. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Advogada.

Iriana Maira Munhoz

Doutoranda da Universidade de Bueno Aires. Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Especialista em Processo Civil e Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino. Professora da Faculdade Anhanguera de Bauru e Faculdade Marechal Rondon. Advogada.