

O CONCEITO DE HOMOAFETIVIDADE NO DISCURSO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE A PARTIR DA ADPF 132 E DA ADIN 4277

João Cláudio Carneiro de Carvalho¹
Yana Peixoto Neves²

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785
ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo identificar quais foram os argumentos constitucionais utilizados na construção da defesa do direito da união estável entre as pessoas do mesmo sexo pelo STF. Os votos possuíram fundamentações diferentes, todavia foi possível obter um posicionamento consensual e significativo. Para tanto, será analisado o que está implícito ao discurso do STF no tocante ao ativismo judicial, a omissão do legislativo e a efetiva proteção dos direitos fundamentais.

PALAVRAS CHAVES

União Homoafetiva. Direitos fundamentais. Ativismo judicial.

ABSTRACT

This study aims to identify which were the constitutional arguments used in the construction of the defense of the right of stable union between people of the same sex by the Supreme Court. The votes possessed different rationales. However it was possible to get a consensus and significant positioning. Therefore, it will be analyzed what is implied to the Supreme Court of speech with regard to judicial activism, the omission of the legislative and the effective protection of fundamental rights.

KEYWORDS

Homosexual Union. Fundamental Rights. Judicial Activism.

1 A RELEVÂNCIA DO ESTUDO DA DECISÃO DO STF A FAVOR DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E SUA IMPORTÂNCIA NA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE HOMOAFETIVIDADE

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a importância da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no que diz respeito ao reconhecimento jurídico da união homoafetiva como entidade familiar equiparada à união estável heterossexual (desde que preenchidos os requisitos elencados para a configuração da mesma), e sua possível conversão em casamento, bem como sua importância na construção do conceito de homoafetividade.

Para isso, o *corpus* de pesquisa é constituído pelos votos exarados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 proposta pelo Governador do estado do Rio de Janeiro, notadamente quanto ao voto condutor do julgamento apresentado pelo relator Min. Ayres Britto, que foi acatado por unanimidade de votos.

Além disso, o trabalho fará menção à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, proposta pela Procuradoria Geral da República, no qual alega que o não reconhecimento dessa união fere princípios constitucionais e direitos e garantias fundamentais.

É notório que, em face da ausência de normas que disciplinem a matéria, a efetivação plena do que foi decidido na ADPF 132 está longe de ser alcançada tendo em vista que o sistema jurídico vigente ainda se encontra carregado de valores de cunho moral, religioso e cultural que acabam por gerar variadas interpretações frente à promoção da igualdade.

O ordenamento jurídico precisa acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade, a partir disso, o reconhecimento dos novos modelos de família. Um Estado que se diz Democrático, e, de Direito, busca amparar e garantir os direitos fundamentais de todas as pessoas, sem distinção de qualquer natureza, por meio de suas vias legislativas e judiciais.

Antes mesmo da decisão do STF, as relações entre pessoas do mesmo sexo já possuíam visibilidade e vinham sendo reconhecidas pelos tribunais. Todavia, faltava apenas uma regulamentação dessas uniões para que os direitos dos homoafetivos fossem concedidos de maneira mais plena e eficaz. Com o ajuizamento da ADPF 132, julgada conjuntamente com a ADIn 4277, o STF reconheceu à união estável entre casais do mesmo sexo, passando esses a possuírem as mesmas garantias inerentes à união estável heterossexual. O trabalho entende que foi dado um grande passo para o combate à intolerância e ao preconceito dessa minoria.

Muito se questionou sobre a legitimidade da referida decisão, pois se por um lado a não concessão desse direito implicaria na violação dos princípios e garantias fundamentais; do outro, o STF estaria agindo com ativismo judicial, usurpando o papel do poder legislativo. Aqui, defende-se que não houve usurpação, mas apenas o reconhecimento de um direito que não se encontra tecnicamente garantido dada a omissão legislativa.

Para a análise de quais foram os argumentos utilizados na construção da defesa do direito à união estável para casais homoafetivos pelo STF, a pesquisa partiu de duas teses de base (= fundamentos):

Primeira, o princípio da dignidade da pessoa humana (PDPH), consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, constituído como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O PDPH é o mais importante princípio fundamental. A interpretação sobre seu alcance é subjetiva, tendo em vista que a dignidade é um atributo inerente a todo ser humano. Qualquer pessoa merece ter os seus direitos fundamentais tutelados e amparados pelo Estado, a fim de que não padeça de discriminação, preconceito ou qualquer tratamento degradante que inviabilize a garantia de uma vida digna com condições mínimas de sobrevivência. A sexualidade e a afetividade fazem parte do livre desenvolvimento da personalidade. Logo, não há razões para que esse direito não seja reconhecido pelo Estado, visto que o tratamento discriminatório, baseado na orientação sexual do indivíduo, configura afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Segunda, o princípio da igualdade, cláusula pétrea prevista no artigo 5º, caput, da Constituição Federal. Segundo o mencionado artigo, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, possuindo iguais direitos e obrigações. Dessa forma, evidencia-se que nenhuma pessoa pode ser alvo de preconceito simplesmente por ter sentimentos por outra do mesmo sexo, além do que num Estado Demo-

crático de Direito, a proteção deve existir para todos e não para alguns. Afora isso, a não garantia dos direitos fundamentais ao homossexual afronta sua dignidade e sua integridade físico-psíquica, impedindo-lhe, ainda, o exercício pleno da cidadania.

A decisão proferida pelo STF trouxe uma mudança de paradigma para a sociedade. Além de se configurar como um marco histórico para a garantia dos direitos da comunidade Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBT), também traz consigo um caráter educacional, impondo o reconhecimento e a inclusão dessa minoria, garantindo-lhes a liberdade.

A pesquisa irá analisar, ainda, o que está implícito ao discurso do STF, no tocante ao ativismo judicial, a omissão do legislativo e a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Além disso, procurará verificar os efeitos da decisão em meio à sociedade pluralista e a necessidade de repressão a qualquer tipo de discriminação.

A importância dessa decisão consiste em seu efeito vinculante e a sua eficácia *erga omnes*, não podendo nenhum tribunal ou juiz alegar impossibilidade jurídica do pedido, recusando-se a julgá-lo.

O trabalho traz como problemática futura a necessidade de amplo debate a respeito da necessidade de criação de uma lei específica que regulamente a união homoafetiva, a fim de garantir a igualdade e a liberdade a todos sem distinção.

Para alcançar esses objetivos, lançou-se mão de uma metodologia homogênea, com o referencial teórico/teórico, visando o estudo de pesquisas que já foram elaboradas, versando sobre a mesma tese.

O presente trabalho se encontra dividido em quatro partes. No primeiro momento, será abordada a omissão do poder legislativo contraposto à necessidade do direito em acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade; num segundo momento, será abordado o reconhecimento da união estável homoafetiva pelos Tribunais Superiores; em seguida, serão analisados os votos da ADPF 132 que resultaram no posicionamento consensual e unânime do STF; mais adiante serão analisados os efeitos da decisão na sociedade e a necessidade da elaboração de uma lei específica que regulamente a união homoafetiva.

2 DA OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO CONTRAPOSTO À NECESSIDADE DO DIREITO EM ACOMPANHAR O SURGIMENTO DAS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES

Por possuir um poder legislativo aparentemente conservador, no Brasil ainda não há nenhuma lei que regulamente e sustente a proteção em favor da afetividade

entre pessoas do mesmo sexo. Vários foram os caminhos percorridos em busca da defesa dos direitos, muitas vezes negados, aos LGBTs. Além disso, alguns legisladores chegaram a criar projetos de lei a fim de conferir a esse tipo de união sua legitimidade, todavia, raramente chegaram a obter sucesso, pois seus projetos eram barrados pela bancada moralista, acabando por sofrer arquivamento na tentativa de caírem no esquecimento.

As questões que abordam as uniões homoafetivas acabam por encontrar uma barreira, qual seja, no silêncio da lei. Fundada em um moralismo conservador, uma vez não obedecerem ao modelo convencional ditado pela sociedade, o problema somente encontra espaço em jurisprudências e no debate promovido pela doutrina. A ausência dessas possíveis leis deixa de garantir parte dos direitos fundamentais a essa minoria, violando, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana, a liberdade de ir e vir, o direito a inviolabilidade à vida íntima e o direito a ser tratado como igual, sem distinção de qualquer natureza como preceitua a Constituição Federal de 1988. Marianna Chaves leciona sobre a violação dos princípios constitucionais em face da orientação sexual de cada indivíduo:

A relação estabelecida entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação sexual – seja ela qual for – é direta. O apreço às feições constitutivas fundamentais da individualidade de cada um é prescrito juridicamente na Constituição brasileira. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana é, aliás, elemento nuclear na socialidade que assinala o conceito de Estado Democrático de Direito, que assegura aos cidadãos algo além da abstenção de imiscuições infundadas no seu âmbito pessoal: a promoção positiva de suas liberdades. Sequer considerar a possibilidade de prejuízo, desprezo ou desacato a uma pessoa, em virtude da sua orientação sexual, seria conferir tratamento indigno à pessoa humana. (FERRAZ; LEITE, 2015, p. 259).

Para o legislativo brasileiro que, em alguns casos, não contempla a diversidade, destruir a família patriarcal é destruir a sociedade de classe, construída numa ideologia de gênero. Nesse raciocínio, a bancada conservadora não permite que isso vigore. A discriminação à relação entre pessoas do mesmo sexo distorce a essência da afetividade.

O Estado Democrático de Direito é ameaçado quando não se garante os direitos inerentes a todos, obstando a elaboração de normas e políticas públicas. A inexistência de leis e de políticas públicas acaba por marginalizar uma minoria, levando-a a uma vida de sofrimento físico-psíquico, e tornando-a alvo de violência, repúdio e desprezo por parte da sociedade. A diversidade negada e, em contrapartida, a he-

teronormatividade imposta no sistema jurídico vigente, acabam por fortalecer um tratamento desigual, no lugar de promover e disseminar a igualdade garantida constitucionalmente. E sobre isso, Maria Berenice Dias (2011, p. 111) discorre:

A heterossexualidade não é a única opção de vida que existe. Assim, não assegurar garantias nem outorgar direitos às uniões de pessoas de orientação homossexual infringe o princípio da igualdade, escancarando postura discriminatória ao livre exercício da sexualidade. Os relacionamentos fundados na identidade de gênero do par merecem regulamentação, uma vez que não se pode confundir questões jurídicas com questões morais ou religiosas. As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento do Estado.

Tudo isso se fundamenta no fato de que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §3º cumulado com o artigo 1.723, caput do Código Civil Brasileiro, em sua redação, dita como entidade familiar reconhecida pelo Estado apenas aquelas que são formadas por um homem e uma mulher. Ou seja, fica claramente estabelecido que, para existir a configuração do núcleo familiar, deve haver, também, a diversidade do sexo do parceiro.

Entretanto, na medida em que a sociedade foi se reestruturando, foi possível perceber o desejo de alguns em buscar a garantia de suas próprias realizações contribuindo, dessa forma, para o surgimento dos novos modelos de família. Apesar desses novos modelos não gozarem de regulamentação específica, nem por isso deixam de merecer do reconhecimento de gozar dos direitos conferidos aos demais cidadãos; afinal, todos deveriam, e devem ser amparados pelo Estado Democrático de Direito. Acerca disso, Maria Berenice Dias (2011, p. 118) pondera:

Ainda que a Constituição faça referência à diversidade sexual dos conviventes da união estável, a falta de regulamentação das uniões homoafetivas está tizada de inconstitucionalidade. Embora nada diga sobre tais relacionamentos, a aplicação dos princípios constitucionais não pode ser restritiva, sendo indispensável admitir que há vários modos de formação de uma família. Interpretar restritivamente os enunciados relativos à união estável e ao casamento fere o princípio da isonomia, uma vez que constitui discriminação arbitrária, por não existir fundamentação lógico-racional. E, ao proibir discriminação de qualquer ordem, acaba por afirmar que devem ser respeitados os direitos dos casais homossexuais.

O conceito de família advindo da legislação citada anteriormente é um conceito limitado, restritivo e excludente. A família que está sobre a égide do texto constitucional, qual seja, a patriarcal, patrimonializada, fundada nos valores do casamento, já foi ultrapassada desde o tempo em que o instituto do divórcio foi auferido, flexibilizando a sacralidade que ao matrimônio era conferida. Tudo isso pode ser demonstrado quando a mulher deixou de ser submissa ao homem e passou a ser provedora de si, e dos seus, e quando o afeto passou a ser mais importante do que fora instituído previamente pela sociedade e pela lei.

Atualmente, mais do que um conceito definido por lei, a família é algo que é regido pelos laços de afetividade. Mais do que sofrer repúdio por parte da sociedade, as pessoas merecem e devem buscar a garantia de seus prazeres afetivos e sentimentais, independentemente de qual gênero elas orientam demonstrar e declarar o seu amor. A aplicação da lei não deve ser de forma alguma excludente, e sim de forma asseguradora e inclusiva, não afastando ninguém de sua tutela e proteção. Assim gradua Marianna Chaves:

As uniões e as famílias homoafetivas não precisaram de aceitação pública ou reconhecimento legal para se formarem, muito embora a sua existência estivesse menos protegida em razão dessa omissão. Mas as lutas emancipatórias, o florescer dos direitos humanos e a laicização dos Estados estão forjando a construção de novas sociedades mundo afora, reconhecendo que as uniões entre pessoas, independente de sua orientação sexual, é uma união de afetos e como tal precisam ser identificadas. Aos poucos, o dito mundo civilizado vem acordando, transformando em realidade o que há muito proclamava a Revolução Francesa: o direito à liberdade e à igualdade, com a edição de normas asseguradoras dos direitos civis dos indivíduos e casais homossexuais. (FERRAZ; LEITE, 2015, p. 257).

O direito precisa acompanhar o enriquecimento da sociedade e, com isso, o surgimento dos novos modelos de família. É direito de todos que os seus interesses sejam amparados pela tutela jurídica de um Estado Democrático de Direito, a partir de que as normas se adéquam aos princípios e garantias já consagrados pela Constituição Federal.

3 DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É evidente que a omissão legislativa torna o reconhecimento dos direitos dos LGBTs ainda mais dificultoso, principalmente porque eles não seguem o modelo con-

vencional considerado pela sociedade. Porém, o Estado, e a própria sociedade, não pode, baseado no silêncio da lei, negar aos homossexuais seus direitos, pois assim o fazendo, está agredindo a dignidade da pessoa humana. A livre manifestação da sexualidade é parte inerente a cada ser humano, não podendo sofrer restrição de qualquer natureza.

Frente à omissão do legislativo, a comunidade LGBT se viu obrigada a provocar o poder judiciário como forma de assegurar e garantir direitos já consagrados pelo texto constitucional. Com base nos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, qualquer lesão sofrida merece ser levada à apreciação da justiça, posto que a ela caiba o dever de preencher as lacunas que são deixadas pelo legislativo.

Diante das demandas levadas ao seu conhecimento, o Judiciário não podia permanecer inerte, o que acabou por resultar e consolidar as orientações jurisprudenciais sobre o tema, aumentando ainda mais a sua responsabilidade e a necessidade de transformar essas jurisprudências em normas legais, posto que as uniões entre pessoas do mesmo sexo não podem ser ignoradas. Foram essas demandas nos tribunais que deram margem ao entendimento das outras instâncias, e com o tempo foram se consolidando enquanto jurisprudências.

O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo iniciou no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em 1988, o Tribunal conferiu ao parceiro homossexual metade do patrimônio na sociedade de fato. Em 2005, o STJ reconheceu a inclusão do parceiro como dependente no plano de saúde, tendo estabelecido também a pensão por morte ao cônjuge sobrevivente. Essas decisões foram de tal importância, que o STJ acabou por reconhecer a união e permitiu, juridicamente, a possibilidade de ação declaratória de união homoafetiva, uma vez que não havia nada na lei que impedisse tal reconhecimento. Destarte, foi concebida, também, por um Tribunal de Justiça (TJRS), a adoção homo parental. No âmbito desse reconhecimento, Maria Berenice Dias (2011, p. 201) versa:

Mesmo antes da manifestação jurisdicional sobre o tema, em sede administrativa, o Supremo Tribunal Federal já havia admitido a inclusão dos companheiros de união homoafetiva de seus servidores como dependentes do plano de saúde e benefícios sociais. Do mesmo modo o Conselho Nacional de Justiça assegura o direito de dependência econômica aos companheiros dos seus servidores.

Após essas conquistas para a comunidade LGBT, o Supremo Tribunal Federal decidiu se vincular ao entendimento do STJ, reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar legítima. No dia 5 de maio de 2011, o STF julgou a ADPF 132 conjuntamente com a ADI 4277, e com votação unânime proferiu uma decisão histórica, na qual equiparou a união estável homoafetiva à união estável

heterossexual, facilitando, ainda, a sua possível conversão em casamento. Com essa decisão, o STF exerceu o seu dever de promover e proteger os direitos fundamentais de todos, não se acovardando ou se escondendo nas lacunas deixadas pelo legislativo.

A decisão foi alvo de várias críticas de uma heteronormatividade que se recusa em conceber ao outro o direito de ir e vir da maneira que lhe convém. Chegaram a ser propostos, ainda, vários projetos de lei na tentativa de anular esse reconhecimento. A referida decisão também foi alvo de indignação por grupos religiosos que buscam cada vez mais ocupar seu lugar no legislativo e, muitas vezes, buscam impedir a aprovação de leis que favoreçam a comunidade LGBT.

Muito se questionou sobre a legitimidade da referida decisão, pois, se por um lado, a não concessão desse direito implicaria na violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade; por outro lado, o STF estaria agindo com ativismo judicial, usurpando o papel do poder legislativo. Dessa forma, no que concerne à decisão do STF, Maria Berenice Dias (2011, p. 206) pontua:

Embora aplaudida por muitos, o julgamento foi criticado sob o fundamento de o Judiciário estar usurpando o papel do Legislativo e afrontando o princípio da separação de poderes. É o que se chama de ativismo judicial. No entanto, colmatar as lacunas da lei é dever do Judiciário. De qualquer modo, eventual ativismo judicial se justifica pela absoluta omissão e indolência – para não dizer acovardamento – do Legislativo em relação às questões concernentes à homoafetividade. O fato é que a decisão veio sanar não só a omissão do legislador, mas a impedir a violação de um punhado de direitos fundamentais consagrados em sede constitucional, que só existem para garantir a dignidade da pessoa humana.

O ativismo judicial só deve ocorrer em último caso, e, ainda assim, deve ser tratado de uma maneira prudente. No caso da referida decisão, nada mais poderia ser feito, uma vez que vários projetos de lei que versavam sobre o tema nunca chegaram a ser votados, e os que ainda estavam em tramitação, acabavam por ser arquivados. Esse ativismo surge como uma resposta ao silêncio do legislativo que, de certa forma, se abstém em cumprir o seu papel, assumindo, por conseguinte, uma posição de passividade, negando, para tanto, direitos inerentes a todo e qualquer cidadão.

Não há o que se questionar sobre a legitimidade da decisão, visto que o ato realizado pelo STF nada mais foi do que uma prerrogativa inerente ao mesmo, qual seja, exercer o controle de constitucionalidade, colocando em prática o que determina a Constituição Federal, adaptando-o às circunstâncias exigidas pela sociedade, buscando assim, defender e garantir os preceitos fundamentais.

4 DOS ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS UTILIZADOS NA DEFESA DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL AOS CASAIS HOMOAFETIVOS

4.1 DO VOTO DO MINISTRO AYRES BRITTO

Para identificar quais foram os argumentos utilizados na construção da defesa do reconhecimento da união estável aos casais homoafetivos, há de se analisar, com base nos votos da ADPF 132 e da ADI 4277, quais foram às técnicas retóricas utilizadas para que o STF obtivesse um posicionamento consensual e homogêneo, ainda que os votos possuam diferentes fundamentações.

Tanto a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 possuíam como objetivo o reconhecimento jurídico da união homoafetiva como entidade familiar equiparada à união estável heterossexual (desde que preenchidos os requisitos elencados para configuração da mesma) e sua possível conversão em casamento, ou seja, a aplicação analógica do artigo 1.723 do Código Civil às relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo.

Os dez ministros (a princípio seriam onze, porém Dias Toffoli estava impedido de julgar o caso por ter atuado como advogado geral da União), Ayres Britto, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Cesar Peluso e Celso de Mello julgaram pela procedência das ações, obtendo um posicionamento unânime e sem precedentes na história do Supremo Tribunal Federal.

Relator dos processos, Ayres Britto trouxe como principal argumento de seu voto o fato de que ninguém pode ser discriminado ou excluído da proteção jurisdicional em virtude de sua orientação sexual, como preconiza o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Proferiu Ayres Britto:

Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo

constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

O ministro trouxe como fundamentação o fato de que ainda que o artigo 1.723 do Código Civil e o artigo 226, §3º, da Constituição Federal possuam uma interpretação restritiva do que seria o conceito de entidade familiar, não há nenhum dispositivo legal que faça menção à proibição do núcleo familiar formado por pessoas do mesmo sexo. E assim pondera o ministro:

Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.

Ressaltou ainda que o livre desenvolvimento da sexualidade faz parte de um direito subjetivo e que cabe ao Estado respeitar, e assegurar, a vida privada de cada pessoa. Suprimir o direito de uma pessoa ser feliz com outra do mesmo sexo é os discriminar com base em suas orientações sexuais, o que configura clara ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da Carta Maior. Sobre esse princípio, eis o nobre argumento de Ayres Britto:

Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1768) e até hoje perpassante das

declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou "homoafetivamente", como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana nada mais é do que um conjunto de atributos intrínsecos de cada ser, que o faz único e merecedor de respeito por parte da sociedade e do Estado, garantindo o direito a uma vida digna, vedando qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante.

4.2 DO VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX

Fux sustentou sua defesa com base em três princípios constitucionais, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana – seguindo a mesma linha de pensamento do ministro Ayres Britto – o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. Luiz Fux explica:

Se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos. Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de ROBERT ALEXANDER (ob. cit., p. 395 e seguintes), para quem, inexistindo razão suficiente para o tratamento

jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico. Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu preâmbulo (“[...]a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...]”) e também no inciso IV do art. 3º (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”) e, ainda, no art. 5º, caput (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]”).

Observou, ainda, que a família homoafetiva é uma realidade social, e que essa realidade não pode ser ignorada e ter os seus direitos negados pela sociedade e pelo Estado, devendo ser reconhecida de maneira legítima perante a lei. Tratar alguém de maneira discriminatória com base em sua orientação sexual constitui clara ofensa ao princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Quanto a isso, leciona o Ministro:

A homossexualidade é um fato da vida. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.

Fica claro, evidenciando o princípio da liberdade, que é direito de todo ser humano realizar suas escolhas da maneira que melhor lhe convém. O Estado, nem tampouco a sociedade, deve interferir na vida privada do indivíduo, impondo com quem as pessoas devem se relacionar ou a quem elas devam amar e escolher como parceiro de vida. Cada um é livre para optar por suas escolhas sem que ninguém impeça ou promova algum tipo de restrição ou agressão à sua intimidade.

O ministro Luiz Fux ainda ponderou que a partir da louvável decisão estariam dando mais do que um projeto de vida aos homossexuais, concederiam um projeto de felicidade:

Os homoafetivos vieram aqui pleitear uma equiparação, pleitear que eles fossem reconhecidos à luz da comunhão que têm, da unidade, da identidade e, acima de tudo, porque eles querem erigir um projeto de vida. Mas a Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais do que um projeto de vida. Tenho certeza de que, a partir do voto de Vossa Excelência, que acompanharei na sua integralidade, nós daremos a esse segmento de nobres brasileiros mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade.

É da natureza humana a busca pela felicidade e sua realização pessoal, logo com os homossexuais não seria diferente. Numa sociedade plural onde o afeto ganhou força, passando a ser valorizado e reconhecido, por muitos, é inaceitável que alguns sejam privados de sua felicidade por terem sentimentos por outras de mesmo sexo, devendo o Estado, para tanto, assegurar o bem-estar social de todos.

4.3 DO VOTO DA MINISTRA CARMEN LÚCIA

A ministra também fundamentou o seu voto baseado no princípio da liberdade e fez uma árdua crítica ao preconceito sofrido pela comunidade LGBT:

Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos.

Ela afirmou que é dever do Supremo Tribunal Federal proteger e garantir aos LGBTs seus direitos, conforme elucida a Constituição. Lembrou, ainda, da violência e marginalização que os homoafetivos sofrem diariamente pela ausência dessa proteção:

Este julgamento demonstra que ainda há uma longa trilha, que é permanente na história humana, para a conquista de novos direitos. A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem. Veredas há a serem palmilhadas, picadas novas há a serem abertas para o caminhar mais confortável do ser humano.

Ela também explanou que a união homoafetiva merece ser reconhecida como qualquer outra entidade familiar, não devendo ser alvo de repúdio e que ninguém merece ser discriminado por não adotar um modelo de vida que agrade a todos:

Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um. Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.

4.4 DO VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES

O ministro Gilmar Mendes, limitando-se a apenas reconhecer a existência da união e a aplicação analógica da lei, temendo deixar lacuna caso venha a cometer algum erro enquanto julgador, defendeu seu voto com base na proteção dos direitos fundamentais. Destacou também que o texto constitucional menciona o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas que em nenhum momento, por não haver previsão legal, não se deve deixar de assegurar a união homoafetiva.

O que busco enfatizar aqui, de qualquer forma, é que, ao fazermos simplesmente uma equiparação irrestrita, podemos acabar, também, por equiparar desde logo situações que vão revelar diversidades. As escolhas aqui são de fato dramáticas e difíceis. Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. Destaco que a decisão do Supremo não significa óbice à atuação do Poder Legislativo. Pelo contrário, a nossa decisão deve ser entendida como um imperativo de regulação da união homoafetiva, como decorrência da necessidade de concretização de um dever de proteção de direitos fundamentais relacionados a essa relação jurídica. Trata-se de um estímulo institucional para que, de fato, as mais diversas situações jurídicas que envolvem a união entre pessoas do mesmo sexo venham a ser disciplinadas.

4.5 DO VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

Com relação ao voto do ministro Marco Aurélio, esse faz referência à laicidade do Estado, defendendo que os direitos dos homoafetivos não podem ser suprimidos com base em valores religiosos ou de cunho preconceituoso:

Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.

Assegurar uma vida digna a todos é dever do Estado e a partir disso a garantia de uma vida despida de preconceitos. O ministro destacou também o processo de reinvenção das famílias, que passaram a se basear em laços de afetividade: “Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum”.

Nota-se, portanto, que mesmo a entidade familiar possuindo, um modelo tradicional, deve acompanhar as constantes mudanças sociais a fim de abarcar todas as suas formas. Além disso, é importante atentar que ainda que não atenda aos moldes pré-estabelecidos culturalmente e tradicionalmente pela sociedade, os inúmeros formatos de família merecem usufruir dos direitos conferidos a todo e qualquer cidadão pelo Estado e, ser assim, por ele protegidos.

4.6 DO VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Celso de Mello, assim como Marco Aurélio, reforçou a ideia de Estado laico, e que por força disso, nenhum cidadão pode ser discriminado mediante justificativas religiosas por causa de sua orientação sexual. A orientação sexual constitui um direito personalíssimo, devendo a todos ser garantido. Em seu voto, recordou-se, ainda, de todo tratamento discriminatório sofrido pelos homossexuais no cotidiano da sociedade brasileira:

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte

de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns. Com este julgamento, o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

Ressaltou, também, que o reconhecimento das uniões homoafetivas equiparadas às uniões heterossexuais é obrigatório, desde que preenchidos os requisitos elencados para configuração da mesma, e se o que rege uma entidade familiar é o afeto, nada obsta que seja reconhecida como família uma relação entre pessoas do mesmo sexo.

4.7 DO VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

O ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o voto do relator, todavia com algumas ressalvas. Lewandowski defendeu a aplicação analógica do artigo 226, §3º, da Constituição às uniões homoafetivas, porém citou que esse tipo de entidade familiar não está no rol contemplado pelo texto constitucional.

É exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se trata de uma a união “entre o homem e a mulher”, ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei). Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Não obstante, a respeito da necessidade de proteção ao novo tipo de família que surge, Lewandowski aponta:

Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise. [...] Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os jurisconsultos romanos, *ex facto oritur jus*.

Consagrou ainda que à união homoafetiva se deva aplicar as regras do instituto mais próximo, qual seja a união estável heterossexual, todavia apenas nos aspectos que as aproximem, descartando-se aquelas que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto. Além do que, cuidou por defender a necessidade de integração do texto constitucional as relações homossexuais por falta de uma lei específica que as regulamente, tirando-as da clandestinidade jurídica em que se encontram:

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo. [...] Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações, que ocorrem no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar.

4.8 DO VOTO DO MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

Joaquim Barbosa fundamentou sua defesa com base na proteção dos direitos fundamentais, repudiando qualquer tipo e forma de preconceito. Argumentou em seu voto que o direito não acompanha as mudanças que ocorrem na sociedade e, que talvez por isso, os LGBTs ainda sejam alvo de tanta violência, discriminação e repulsa por parte da sociedade.

Inicialmente, gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global.

Observou, ainda, que essas relações sempre existiram, e que não reconhecê-las como legítimas é admitir o preconceito e condená-las ao sofrimento e discriminação, violando gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não-discriminação. Normas, estas, autoaplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.

4.9 DO VOTO DA MINISTRA ELLEN GRACIE

No que consiste o voto da ministra Ellen Gracie, ela também acompanhou o voto do relator e complementou, dizendo que uma sociedade digna é aquela em que se respeita a igualdade entre seus integrantes. Reverenciando a diversidade e dando a todos a capacidade de se sentirem iguais a partir de suas diferenças é que se torna possível afastar tratamentos degradantes, intolerantes e discriminatórios.

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender, pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito.

Afora isso, Ellen Gracie salientou a importância de o Estado Democrático de Direito garantir a liberdade de escolha, uma vez que aquilo que não ampara se torna indigno, e, por conseguinte, "leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático".

Quanto à decisão do Supremo Tribunal Federal assim considera: “O supremo restitui (aos homossexuais) o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura a sua dignidade, afirma a sua identidade e restaura a sua liberdade”.

4.10 DO VOTO DO MINISTRO CESAR PELUSO

Último a votar, o presidente do STF nada mais tinha a acrescentar a não ser anuir aos votos dos demais ministros, considerando o julgamento um marco sem precedentes na história do Supremo, assim como um marco histórico para a comunidade LGBT, que por fim, obteve seu direito assegurado e reconhecido pela Corte. Elucidou Peluso:

Bem, depois de votos tão brilhantes, exaustivos, a começar pelo voto realmente iluminado do Ministro Relator e de todos os demais Ministros que o seguiram, seria imperdoável que eu tentasse acrescentar alguma coisa, sobretudo em relação a essa postura consensual da Corte em relação à condenação a todas as formas de discriminação, contrária não apenas ao nosso Direito Constitucional, mas à própria compreensão da raça humana a que todos pertencemos com igual dignidade.

Todavia, o ministro Cesar Peluso achou significativo considerar que o estabelecido no texto constitucional, em seu artigo 226, §3º, não há porque considerar que as entidades familiares, ali corroboradas, sejam taxativas, pelo contrário, admitir tal parágrafo como exemplificativo, e explícito quanto à união estável entre homens e mulheres, é respeitar que “outras entidades possam ser tidas normativamente como familiares”.

Além do mais, elucida e defende, a partir do seu entendimento, de que não basta apenas amparar os casais homoafetivos, enquanto entidades familiares, apenas a partir de uma interpretação analógica da Constituição Federal, pelo contrário, segundo o nobre Ministro, a lacuna que marginaliza os direitos efetivos dos homossexuais precisa ser suprida por algumas normas.

E a segunda consequência é que, na disciplina dessa entidade familiar reconhecível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer – e este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênia para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharão nesse passo – que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade -, da similitude

factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas.

5 DOS EFEITOS DA DECISÃO EM MEIO À SOCIEDADE PLURALISTA E DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UMA LEI ESPECÍFICA

Não é preciso muito para perceber a importância que tal decisão trouxe para a comunidade LGBT. Por muito tempo, e ainda nos dias atuais, essa minoria sofre com os constantes preconceitos e discriminações. Muitos, inclusive, já foram alvos de violência físico-psíquica que, vez ou outra, resultou na morte de alguns.

Como já analisado anteriormente, cabe ao Estado, esse constituído como Instituição Democrática de Direito, garantir a todos, sem restrições, o direito de ir e vir, a liberdade de escolha e todos os direitos inerentes ao ser humano que assegurem o mínimo de dignidade a sua vivência.

Qualquer um que se encontre no gozo de sua liberdade tem o direito de se realizar no plano pessoal, afetivo e profissional. Negar tais realizações é ferir e violar os direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente. Todavia, há muito se vem negando tais realizações a uma minoria que no processo de socialização sofreram, e sofrem com as inúmeras brechas que a sociedade e o Estado lhes proporcionam, negando a regulamentação de suas relações afetivas.

A decisão do STF, ainda que não tenha agradado a todos, tentou de certa forma garantir à comunidade LGBT o mínimo existencial para viver em sociedade, já que o nosso poder Legislativo, reflexo de parte da sociedade, obsta a assegurar esse mínimo. Tendo em vista a inércia do legislativo, a Suprema Corte, utilizando-se responsabilmente do ativismo judicial, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo a partir de análises constitucionais, todavia tal reconhecimento não é suficiente para garantir todos os direitos que necessitam.

Ademais, já foi explanado que o direito precisa e deve acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade, e o Estado, representado por seus poderes independentes, mas harmônicos entre si, deve refletir tais mudanças. Outrora, tais mudanças puderam ser sentidas, no âmbito da esfera familiar, cujo casamento já foi alicerce um dia, e em face das inúmeras transformações no seio da sociedade conjugal, a união estável passou também a ser considerada como entidade familiar, e para tanto, foi-lhe atribuída regulamentação.

O que não se deve admitir, tendo por base nossa democracia, é um tratamento excludente ou simplesmente garantidor apenas dos comportamentos tidos como aceitáveis ou “normais” pela sociedade, que se reflete no Poder Legislativo, tendo em vista que são os representantes do povo no Congresso Nacional por meio dos seus deputados. Entretanto, ainda que reflexo da sociedade, os legisladores, enquanto Estado, devem garantir o direito a todos, sem restrições, e a regulamentação de situações existentes por sua natureza, uma vez que não lhes atribuir efeitos só excita irresponsabilidade.

Além do que, a omissão ou a lacuna deixada pelo legislativo não representa a ausência de direitos a essa minoria, pelo contrário, é apenas marginalizar e admitir qualquer tipo de preconceito que possam vir a sofrer em virtude de suas orientações sexuais. O não reconhecimento efetivo dessas uniões como entidades familiares, sociedades de afeto, revela uma postura punitiva, e sem justificativa, por parte do Estado e parte da sociedade por quererem impor uma face “moral” e “religiosa” cujo reconhecimento, de certa forma, não atinge em nada seus modos de vida, pelo contrário, garante, apenas a convivência pacífica entre seus indivíduos, respeitando, conseqüentemente, todos os direitos fundamentais regulamentados na Constituição.

No Brasil, a realidade crescente dos núcleos familiares por casais homossexuais só demonstra que a lacuna deixada pelo legislativo não obsta aos prazeres afetivos que possuem, por outro lado, ficam no aguardo por uma resposta do Estado aos seus anseios, bem como uma segurança jurídica, sobrevindas dessas relações. Isto posto, e tendo como base a interpretação do próprio texto constitucional e seus princípios, a união homoafetiva possui a necessidade de ser reconhecida efetivamente pelo direito, bem como a necessidade de ser amparada pelo Estado.

O próprio ministro César Peluso em seu voto defendeu a necessidade de se preencher as lacunas deixadas pelo legislativo, devendo não só o judiciário reconhecer as uniões homoafetivas, assim como o fez; mas deve o Poder Legislativo, utilizando-se dos institutos normativos, regulamentar tais relações assim como o faz com as relações heterossexuais, uma vez que são baseadas nos mesmos princípios.

Não obstante, não há como garantir que toda violência discriminatória, física e psíquica seja sanada frente à regulamentação das uniões homoafetivas, no entanto é possível garantir o mínimo de dignidade e segurança jurídica para aqueles que, há tanto, lutam para exercerem suas liberdades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como fundamento a análise da ADI 4377 e da ADPF 132 que reconheceu a união homoafetiva. Em face dos inúmeros fundamentos utilizados

pelos ministros que votaram pelo reconhecimento foi possível perceber a necessidade de regulamentação da união entre pessoas do mesmo sexo por meio do legislativo.

Creemos que a perplexidade na discussão desse tema surge a partir da própria necessidade em se discuti-lo. As relações entre pessoas do mesmo sexo são tão antigas quanto a história da sociedade, e é difícil acreditar que mesmo com toda a evolução que a sociedade vem passando, a homossexualidade ainda seja tratada com tanta violência e preconceito.

O crescimento da união homoafetiva como entidade familiar no Brasil demonstra a necessidade de se regulamentar tais relações, tirando-as da marginalidade que se encontram. Felizmente, parte da sociedade vem se tornando mais tolerante e aos poucos respeita os casais homoafetivos.

Em contrapartida, é possível perceber que a falta de interesse na regulamentação por parte do legislativo ainda é o reflexo de um conservadorismo incapaz de aceitar as mudanças que acontecem na estrutura familiar, e como consequência disso, tal acovardamento dos legisladores contribui ainda mais com essa situação.

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal só demonstra o sentimento de urgência que vem crescendo para que ocorra a normatização dos direitos dos homossexuais em contraposição às inúmeras lacunas deixadas a partir da morosidade, e posteriores arquivamentos, dos projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional para garantir os direitos homoafetivos.

A problemática que assusta e acovarda boa parte do legislativo e da sociedade em aceitar as mudanças que ocorrem na estrutura familiar não se esgotará a partir da negativa dos direitos aos homossexuais. Considerar as relações entre duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar não destruirá as outras espécies de família, muito pelo contrário, e como dito anteriormente, só garantirá o mínimo de sobrevivência e dignidade para um grupo cada vez mais oprimido.

A elaboração de uma norma para regulamentar tal união ocasionaria maior segurança jurídica para essas estruturas familiares e a garantia de todos os princípios elencados na Constituição Brasileira. Todavia, enquanto o legislativo não cumpre seu papel, de regular as situações que ocorrem no cotidiano, nada impede que a união homoafetiva seja reconhecida pelo judiciário.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais**: aspectos jurídicos. São Paulo: RT, 2002.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **As novas orientações do direito de família. O direito de família descobrindo novos caminhos.** São Leopoldo: Edição da Autora, 2001.

CHAUÍ, Marilena. **Repressão sexual.** 12.ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo.** 2.ed. São Paulo: RT, 1995.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito:** proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – Um panorama luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

COSTA, Gley P. **O amor e seus labirintos.** Porto Alegre: Artmed, 2007.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais.** Curitiba: Juruá, 2007.

DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no armário – Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade.** São Paulo: LTr, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre... Homoafetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva:** o preconceito e a Justiça. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do Direito.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário.** São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos.** São Paulo: Método, 2004.

FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. **Direito à diversidade.** São Paulo: Atlas, 2015.

FISHER, André. **Como o mundo virou gay?** São Paulo: Ediouro, 2008.

GARCIA, Maria da Glória F.P.D. **Estudos sobre o princípio da igualdade.** Coimbra: Almedina, 2005.

GIDDENS, Antony. **A transformação da intimidade.** São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993.

GIKOVATE, Flávio. **O instinto do amor.** São Paulo: MG, 1998.

- GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRAÑA, Roberto B. **Além do desvio sexual**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: RT, 1993.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós- modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008.
- NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual. Proteção Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.
- NUNAN, Adriana. **Homossexualidade**: do preconceito aos padrões de consumo. Rio de Janeiro: Caravansarai, 2003.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: RT, 2011.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- RIOS, Roger Raupp. **Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais**: direitos humanos, ética e direitos reprodutivos. Porto Alegre: Themis, 1998.
- RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2001.
- RODRIGUES, Humberto. **O amor entre iguais**. São Paulo: Mytus, 2004.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva: o fim do preconceito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: RT, 1998.

TONI, Cláudia Thomé. **Manual de direitos homossexuais: legislação e jurisprudência**. São Paulo: SRS, 2008.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva: direito sucessório e novos direitos**. Curitiba: Juruá, 2014.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

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

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999.

Data do recebimento: 3 de Agosto de 2016

Data da avaliação: 4 de Agosto de 2016

Data de aceite: 8 de Agosto de 2016

1. Professor Titular III da Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE; Mestre e Doutor em Direito – UFPE; Especialista em Comércio Internacional – UFRPE e em Direito Público e Relações Sociais – UFPE; Advogado. E-mail: jclaudio2802@gmail.com

2. Estudante do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE. E-mail: yananeves_hotmail.com