



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO - CD
NÚCLEO DE PESQUISA E MONOGRAFIA - NPM

CARLOS EDUARDO FLORIANO LUZ

**OS CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS ADOTADOS PELA DOCTRINA E
PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE
JURÍDICA DA UNIÃO HOMOAFETIVA**

BRASÍLIA

2010

CARLOS EDUARDO FLORIANO LUZ

RA 2093683/3

**OS CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS ADOTADOS PELA DOCTRINA E
PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE
JURÍDICA DA UNIÃO HOMOAFETIVA**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCeub.
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Luciana Barbosa Musse

BRASÍLIA

2010

OS CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS ADOTADOS PELA DOCTRINA E
PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE
JURÍDICA DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Por

CARLOS EDUARDO FLORIANO LUZ

Trabalho de Conclusão de Curso _____
com nota _____ como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito, tendo
sido julgado pela Banca Examinadora formada
pelos professores:

Prof.^a Dr.^a Luciana Barbosa Musse – Orientadora, UNICEUB

Brasília, 01 de outubro de 2010.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Através desta declaração, isento minha orientadora e a Banca Examinadora de qualquer responsabilidade sobre o aporte ideológico conferido a esta monografia.

Carlos Eduardo Floriano Luz

Dedico esta monografia aqueles que se esforçam em mudar a ordem vigente, buscando que a lei e a justiça sejam sempre instrumentos a serviço dos sonhos das pessoas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me conceder mais esta conquista...

À minha mãe Cristiane, por todo o incentivo, meus irmãos Caio e Cássio por tudo que passamos juntos e pelo amor e carinho que faz de nós uma família unida.

Aos meus avós Geraldo e Conceição pelo apoio e carinho fundamentais na minha formação.

Ao Fernando, por seu companheirismo e amor...

*É proibido não rir dos problemas
Não lutar pelo que se quer,
Abandonar tudo por medo,
Não transformar sonhos em realidade.*
Pablo Neruda

RESUMO

O presente trabalho discute a questão das uniões homoafetivas e a controvérsia jurídica sobre o tema, especialmente na prestação jurisdicional. Ressalta os aspectos atinentes ao convencimento do magistrado e as bases que fundam este convencimento, especialmente a produção doutrinária. Serve-se do método comparativo confrontando doutrinas e posicionamentos judiciais divergentes para compreender este processo. Busca apoio na hermenêutica constitucional e legislativa para compreender e sustentar seu próprio posicionamento, sempre tomando como horizonte a dignidade da pessoa humana. Para tanto, a instrumentalização hermenêutica exerce papel de extrema relevância na pesquisa, pois busca articular os diplomas legais às necessidades sociais, tanto coletivas, quanto individuais, considerando as transições culturais vivenciadas na atualidade e os novos padrões incorporados, defendendo que as leis não podem aprisionar o livre desenvolvimento de cada ser humano, mas ao contrário, fundar as bases que permitam este desenvolvimento.

Palavras-chave: união homoafetiva, dignidade humana, hermenêutica jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 ANÁLISE DOUTRINÁRIA SOBRE O RECONHECIMENTO DA UNIÃO DE PESSOAS O MESMO SEXO	15
1.1 A Doutrina Tradicional	15
1.2 A Doutrina Crítica Contemporânea.....	22
2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O RECONHECIMENTO DA UNIÃO DE PESSOAS DO MESMO SEXO	35
2.1 A Jurisprudência Tradicional	35
2.2 A Jurisprudência Crítica Contemporânea	41
2.2.1 União homossexual: lacuna do Direito	41
2.2.2 A união homossexual no caso concreto	42
2.2.3 Colmatação ou Preenchimento de lacuna	45
2.2.4 Princípios: Igualdade e Dignidade Da Pessoa Humana.....	46
2.2.5 Analogia à União Estável.....	47
2.2.6 Da Devida Proteção à União Homossexual	49
3 - TEORIAS E CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS ADOTADOS PELA DOUTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA.....	52
3.1 – Hermenêutica	52
3.2 – Hermenêutica e Jurisprudência Tradicional Conservadora.....	53
3.3 – Hermenêutica e Jurisprudência Crítica	56
3.4 – Considerações acerca da Hermenêutica presente nas Jurisprudências.....	59
3.5 – Considerações acerca da Hermenêutica presente nas Doutrinas.....	61
3.5.1 – Doutrina Crítica	61
3.5.2 – Doutrina Tradicional Conservadora.....	63
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

A isonomia dos Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana, que a princípio teria de abranger todo o ser humano sem distinção, segundo o que é assegurado pela Carta Magna de 1988, não vêm cumprindo com seu objetivo principal de resguardar a todo cidadão o direito a ele previsto. Esta percepção se funda tendo em vista que o reconhecimento de união estável perante o sistema jurídico ora vigente, somente resguarda os relacionamentos heteroafetivos, criando aí uma omissão no que diz respeito ao mesmo direito que os relacionamentos homoafetivos deveriam ter se observado o direito de igualdade tutelado em nossa constituição.

Com efeito, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, é um assunto que está muito em voga na sociedade contemporânea e perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, no Brasil, não há regulamentação jurídica desse fato social presente na história desde as mais remotas civilizações de que se têm notícias, gerando pré-conceitos, discriminações, restrições de direitos, inacessibilidade da justiça e principalmente a ineficácia dos direitos da personalidade, hora comprometidos por essa lacuna normativa.

Cabe aqui ressaltar que o direito à livre escolha e autodeterminação de sexualidade encontra abrigo tanto na esfera do direito público, no rol dos direitos e garantias fundamentais, quanto na esfera do direito privado, com abrigo no Código Civil, no rol dos direitos da personalidade.

Entenda-se ainda que, apesar de se tratarem de dois ramos distintos do direito (o público e o privado), que se submetem a critérios hermenêuticos acentuadamente diferenciados, bem como têm aplicação e alcance igualmente diferenciados, abrigam, ambos, fundamentos de legalidade, legitimidade e justiça do reconhecimento da união homoafetiva. São estes aspectos, bem como outros princípios, que devem necessariamente se fazer incidentes [numa ordem social saudável] sobre qualquer ramo, norma ou caso concreto – por exemplo, justiça, equidade, liberdade – que se pretende abordar.

Neste sentido, os direitos relacionados à liberdade de determinação sexual, ao mesmo tempo em que nascem e se desenvolvem nas relações da vida privada, se fundam no princípio da dignidade humana, princípio maior a que se prestam os direitos fundamentais. Com estas características este direito assume um semblante transdisciplinar, pois conversa

com diversas áreas do direito, a exemplo, o direito constitucional, o direito civil, ou suas especificidades, com o direito de família. Abriga-se em última análise, em diversos preceitos normativos. Infelizmente, poucos deles reconhecidos atualmente como incidentes sobre a matéria, como será ilustrado pela análise da doutrina e jurisprudência conservadora.

A linha conservadora mostra-se pragmática, objetiva e apegada a valores ultrapassados que se mantém mesmo relegando a efetividade dos direitos fundamentais. Uma postura que é incompatível com o afeto envolvido nas demandas sociais.

Portanto, não há coerência num Estado, como se propõe a ser o brasileiro – pensando na esfera pública do direito – em não fornecer as condições necessárias para o exercício pleno dos direitos da personalidade – direito precipuamente privado – e notadamente o direito à inviolabilidade da vida privada, uma vez que estes são um dos alicerces sustentadores dos direitos fundamentais.

Destaque-se que, em virtude de uma lacuna normativa, a inviolabilidade da vida privada é desrespeitada através da imposição de categorias que não condizem com os sentimentos da pessoa que vive em união homoafetiva e as submete a tratamento jurídico danoso a este sentimento, como será observado através das análises da autora Maria Berenice Dias, discorrendo sobre as jurisprudências gaúchas.

Registre-se também, que essa lacuna, existente em nosso ordenamento, põe em risco a segurança jurídica desejada por todos, tendo em vista que tanto casais heterossexuais quanto os casais homoafetivos são pessoas detentoras de direitos e obrigações, e que como tais devem gozar dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente consagrada, que se resume em garantir a todos o direito à felicidade.

É preciso que haja o reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos, assim como são reconhecidos os direitos dos casais heteroafetivos, e a partir deste reconhecimento ser devidamente cumprido o que reza o artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, onde todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Com o presente trabalho monográfico, pretende-se expor os resultados obtidos a partir análise doutrinária e jurisprudencial apresentando os critérios interpretativos e as diversas linhas de pensamento adotadas pelos doutrinadores e tribunais brasileiros acerca da possibilidade jurídica, ou não, do casamento homoafetivo. Estas análises serão apresentadas nos capítulos I e II desta monografia.

No capítulo III, serão analisados teoria e critérios hermenêuticos para solucionar os conflitos jurídicos gerados pela problemática proposta. A análise preliminar dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais destacará aspectos que serão levados em conta na investigação hermenêutica, pois a compreensão acerca do conflito material dos direitos é muito importante para que se saiba qual o critério de interpretação das normas, especialmente no tocante a interpretação restritiva ou extensiva da norma, método que interferirá de maneira acentuada no resultado final da aplicação das normas.

Outros métodos e dispositivos como a analogia, colmatação ou preenchimento de lacuna, princípio da proporcionalidade, entre outros, serão analisados lançando luz sobre esta questão tão controversa no ordenamento jurídico, que é a união homoafetiva.

Como o próprio título desta monografia sugere, o intento básico da pesquisa é formular reflexões críticas, conducentes a uma proposta de interpretação dos conflitos jurídicos que, embora não sendo inovadora, pois, como será observado adiante, já foi experimentada por outros tribunais, não coadunará com o posicionamento ainda dominante nos tribunais pátrios.

Sendo objetivo da pesquisa uma análise crítica, o método de construção do raciocínio será o dialético, através da análise dos conceitos ditos conservadores (teses), contrapondo argumentos de contestação, ora colhidos na produção dos juristas ditos críticos, ora oriundos da reflexão sobre o tema, reflexão esta, fruto do sentimento de justiça inerente ao autor desta monografia (formando a antítese). Desta contraposição de posicionamentos, abstrair-se-á a síntese dos conceitos problematizados e resultados práticos (jurisprudências) experimentados pelos demandantes envolvidos na discussão dos direitos relacionados às uniões homoafetivas. Estes resultados práticos serão também analisados criticamente, de acordo com a convergência ou divergência da síntese obtida.

Mesmo ciente do risco relacionado a este método de pesquisa (PASOLD, 2007), registre-se que a sua escolha se justifica pelo sentimento de justiça que motiva as reflexões desta monografia. É o mesmo sentimento de justiça que impulsiona juristas de todo o mundo a buscar o fim do preconceito e a ruptura com a ordem conservadora que não acompanha as evoluções sociais.

Que pese que o risco do método dialético é atenuado, pois o resultado final não se propõe a ser inovador, como já afirmado. Propõe-se apenas a arrolar alguns argumentos vistos sim por novos olhos, mas também já captados por muitos olhares antes deste.

Com relação ao referencial teórico, arrematando os aspectos já citados, constitui seu objeto a reflexão crítica sobre o tratamento legal e jurisdicional despendido aos relacionamentos homoafetivos, buscando uma análise argumentativa, fundamentadora da interpretação extensiva dos direitos à liberdade sexual.

Ainda em linhas introdutórias, é relevante explicar a utilização das denominações “crítica” e “conservadora” para as doutrinas e jurisprudências estudadas, visando o entendimento das reflexões propostas. Esta denominação está relacionada ao enfoque dado por cada jurista aos conflitos jurídicos, bem como à categorização das relações de afeto “possíveis” no mundo jurídico e aplicação das normas aos casos concretos que estes se propõem a discutir.

Assim, “na doutrina conservadora, o doutrinador acompanha os demais doutrinadores num mesmo posicionamento, prevalecendo a maioria” (GAMA, 2007. p. 219-220), reproduzindo conceitos e não recriando-os e este é o aspecto que se pretende demonstrar, ressaltando que este tipo de produção teórica não acompanha nem atende às necessidades geradas pela evolução das relações sociais.

Muito pelo contrário: o posicionamento conservador conduz as conclusões jurídicas sempre ao mesmo ponto. Consiste em enquadrar todas as manifestações humanas aos padrões já definidos como se não fosse possível ao homem criar uma nova ordem. Como se a natureza das relações humanas fosse estática.

Referentemente à produção jurídica crítica, esta se manifesta de maneira diferente, preocupada sim com preceitos importantes, mas agindo e pensando com liberdade para aplicar o direito de forma a garantir o bem social, de fazer justiça e não servindo-se das regras tendo-as como imutáveis, como limites dentro dos quais deve circunscrever-se qualquer possibilidade que o ser humano pudesse vislumbrar como caminho para felicidade.

Conforme Gama (2007, p.20) a doutrina é tida como crítica quando atua de forma inovadora e apresenta-se como revolucionária, que é justamente o que permite que um instituto legal sofra mudanças e adapte-se às transformações sociais. Entende-se que a leitura crítica do direito propõe-se a ser o reflexo verdadeiro dos anseios humanos e não fazer dos anseios humanos reflexos de seus padrões.

É importante ter em vista que é impossível e completamente incoerente vincular a interpretação de uma norma eternamente à conjuntura social que a gerou. A conjuntura histórica pode auxiliar na compreensão da norma (interpretação histórica, brilhantemente

contestada segundo Carlos Maximiliano, aspecto a ser discutido no terceiro capítulo), pode até influir de maneira moderada na interpretação, mas não pode delimitar o campo interpretativo. As pessoas mudam. Os valores tidos como válidos são questionados e também mudam. Os tabus são quebrados. A vida modifica-se completamente a cada geração e é direito de cada geração viver de acordo com que lhe é tido coletivamente como válido.

Em apertada síntese, a pesquisa tem como seu objeto e foco a análise das doutrinas tidas como crítica e tradicional e das decisões judiciais de Tribunais distintos que versem um na linha contemporânea – ilustrado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – e o outro na conservadora – representado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal – que tratem sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A sistematização dos argumentos críticos servirá de base para contraposição dos aspectos conservadores analisados. Os princípios hermenêuticos investigados e articulados aos apontamentos anteriores servirão de apoio à construção da síntese, que partirá a procura da expressão dos sentimentos de justiça que motivaram esta monografia, mas primará por não se desvincular do cientificismo, referenciando os autores que construíram os conceitos e posicionamentos utilizados e buscando, dentro do método de pesquisa proposto, utilizar coerentemente e no tempo certo, cada instrumento à disposição da pesquisa.

Importante ressaltar que a terminologia de certos conceitos, a exemplo “União homoafetiva” e “casamento homoafetivo” surgirão no texto designando o mesmo fato. A opção pela preservação de nomenclaturas diferentes para o mesmo conceito deu-se pela definição utilizada pela doutrina, a qual se quer respeitar.

Apesar do propósito pelo cientificismo, em alguns momentos reservar-se-á o direito de colacionar as reflexões pessoais.

Finalmente: a elaboração desta monografia resultou em momentos de prazer e encantamento: seja pelas lições da doutrina crítica, seja pela convicção reforçada de que o sentimento de justiça que a norteou é legítimo e também fundamentado tecnicamente ou pelo simples fato de fazer destas páginas um campo de reflexão, auto-questionamento e registro de esperanças.

1 ANÁLISE DOUTRINÁRIA SOBRE O RECONHECIMENTO DA UNIÃO DE PESSOAS DO MESMO SEXO

1.1 A Doutrina Tradicional

Se, por um lado, há doutrinadores clamando pelo reconhecimento de horizontes constitucionais como o da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da Liberdade de Consciência como alicerces sustentadores da legalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, há os que se opõe a esta evolução jurídica fundando seu posicionamento com base no tecnicismo e na interpretação restritiva dos diplomas legais.

Tratam-se dos doutrinadores tradicionais, que revestindo seu posicionamento na aparência de tecnicista, auxiliam a manter estagnada uma construção jurídica que deveria avançar abrigando cada vez mais direitos legitimados pela liberdade e dignidade humana.

Verifique-se neste tópico como o direito à constituição de família, na ordem jurídica vigente no país é negado às uniões homoafetivas, pois é neste sentido que se posiciona a doutrina conservadora, a exemplo de Venosa:

A união de pessoas do mesmo sexo, atualmente melhor denominadas homoafetivas, se admitida, refoge ao conceito de casamento. Não se admite, ao menos no atual estágio de nossa sociedade, casamento com *identidade de sexos*. As uniões homossexuais nunca terão o estado de casamento nem a índole de família, ao menos na atual presença de nossa história (VENOSA, 2009. p. 103-104. Grifo no original)

O principal sintoma desta produção doutrinária no poder judiciário é que os conflitos gerados por relações homoafetivas são remetidos às varas cíveis, situados no âmbito civil das obrigações, e não da família, como quer a natureza afetiva destas relações.

Neste sentido, embora o Brasil celebre pequenas vitórias em relação à discussão patrimonial, extensão de benefícios – como de seguro ou previdenciários – e até com relação às adoções, defronta-se com uma realidade em que tratamento legal e jurisdicional dado às uniões homoafetivas ainda é discriminatório.

Corroborando esta avaliação, tem-se que alguns dos doutrinadores mais utilizados nas escolas de direito, cujas obras abarrotam diversas estantes nas bibliotecas universitárias, defendem a manutenção da ordem jurídica com a exclusão dos direitos dos casais homoafetivos na configuração do casamento e da família.

Outros autores como, a frente citado, Pontes de Miranda, filiam-se à mesma corrente doutrinária e, aparentemente, a atividade legislativa também, pois apesar da Constituição garantista e da (relativamente) recente reforma do Código Civil, não se contemplou na nova ordem jurídica nacional os direitos da expressiva comunidade que vive com pessoas do mesmo sexo. Desta forma, o Brasil vive sob o jugo de uma ordem jurídica que não se adapta às evoluções sociais, nem mesmo à nova configuração de família.

Se por um lado as defesas dos direitos do casal homoafetivo foram historicamente tímidas ou excessivamente cautelosas, por outro, diversas posições conservadoras foram (e, eventualmente, ainda são) mantidas e propagadas sem muita moderação ou cerimônia. Veja-se as pontuações a seguir, segundo as palavras de Miranda:

“a união, ainda quando solenemente feita, entre duas pessoas do mesmo sexo, não constitui matrimônio, porque ele é, por definição, contrato do homem e da mulher, *virí et mulieris coniunctio*, com o fim da satisfação sexual e de procriação”. (MIRANDA, 2001. p.315).

Ora, na nova configuração de família é cada vez mais recente a opção por não ter filhos, ou tê-los através de adoção ou de inseminação artificial. Por outro lado, o plano da satisfação sexual é dos mais subjetivos, sendo inerente a cada pessoa, e exclusivamente a ela e nunca à definição legal, definir de que forma poderá obtê-la. A restrição legal antes, seria uma violação à liberdade e à consciência da pessoa.

Apesar de defasagem histórica e da carga moral da conceituação de Miranda, diversos doutrinadores e também magistrados servem-se dele para ilustrar suas lições sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, o que demonstra o conservadorismo vigente na produção intelectual e jurídica do país.

Para justificar a inadmissibilidade da união homoafetiva, toda a doutrina signatária deste posicionamento busca abrigo na teoria do casamento inexistente, como será visto adiante. Tal teoria no Brasil consagra-se de maneira peculiar, como segue exposto:

O NCC, assim como o CC/1916, nada fala sobre o casamento inexistente, mas a maioria da doutrina aceita a teoria do casamento inexistente.

Ato inexistente é aquele que não se forma para o mundo jurídico, é um puro fato sem existência legal e não pode produzir nenhum efeito (nem efeito principal nem efeito secundário), porque ele sequer se identifica (o casamento inexistente não se identifica como casamento no mundo jurídico, ele é um nada). (PARENTE, 2010. Sem grifo no original).

Como acima citado, a doutrina tradicional reconhece que não há previsão expressa para diversidade de sexo como requisito para o casamento, entretanto, assume como lógica e evidente esta necessidade.

Esta teoria coloca a identidade de sexo dos nubentes no mesmo patamar que a união sem consentimento, ou a celebração sem autoridade competente.

Nesta esteira, Maria Helena Diniz defende que um dos requisitos para o casamento é a diversidade de sexos, ao lado da celebração e do consentimento. Para a autora a diversidade de sexos como pressuposto de validade para o casamento é requisito consagrado no Código Civil (arts. 1.514, 1.517 e 1.565) e na Constituição Federal (art. 226, § 5º), onde o instituto do casamento é referenciado com a alusão ao homem e à mulher (DINIZ, 2010. p.54).

A autora situa o casamento com identidade de sexos como inexistente, cuja argüição processual de tal pleito deveria impulsionar o juiz a declarar a invalidade, anulando assim, qualquer efeito jurídico de tal união (DINIZ, 2010. p.54).

Casamento em que se tem identidade de sexos, falta de celebração e de consentimento não é matrimônio; trata-se de um nada, por ser inexistente (*RT, 615:47*), como ato nupcial realizado na ribalta entre atores, desempenhando um papel, sendo lícito a qualquer pessoa desconhecer de direito e de fato tal vínculo, que inexistente nenhum efeito produz, mesmo provisório (DINIZ, 2010. p.55).

Seguindo a lição de Diniz, sequer poder-se-ia, no plano jurídico, argüir qualquer pretensão de direito para pessoas do mesmo sexo unidas afetivamente, tal caso nem mesmo ensejaria ação de anulação de casamento, pois, sendo tal união inexistente no plano do matrimônio, impossibilita o debate acerca da validade, visto que “não se pode reconhecer, confirmar ou dar vida ao que não existe” (DINIZ, 2010. p.56).

Logicamente, como ato que não existe, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, implica em desnecessidade de anulação ou ação declaratória de ineficácia do ato (DINIZ, 2010. p.56). Também implica em possibilidade dos “pseudoconjuges” contraírem novas núpcias, sem incorrer em bigamia. Diante destas considerações a autora alerta para o risco de abrir precedentes que possam permitir admitir existência de casamentos celebrados em tais moldes, inclusive pelo próprio risco da bigamia (DINIZ, 2010. p.57).

Nem mesmo a união estável poderia, segundo a autora, fundar-se no companheirismo entre dois homens ou entre duas mulheres. Para configurar a união estável

também é imprescindível a diversidade de sexos, pois deve haver condições para converter a união em casamento (DINIZ, 2010. p.374-375).

À união entre pessoas do mesmo sexo, reserva-se a definição de “sociedade de fato” (DINIZ, 2010. p. 375).

Da mesma forma que Diniz, Gonçalves lança a união com identidade de sexos na categoria dos casamentos inexistentes (GONÇALVES, 2008. p. 126).

Assim, a doutrina conservadora corrobora-se mutuamente ao arrolar os três elementos essenciais para a existência do casamento: diferença de sexo, consentimento e celebração (GONÇALVES, 2008. p. 124-125).

O autor trata da teoria do negócio jurídico inexistente que “é, hoje, admitida em nosso direito, malgrado o código Civil a ele não se refira, por tratar-se de mero fato, insuscetível de produzir efeitos jurídicos” (GONÇALVES, 2010. p. 50), ressaltando que, embora certos elementos não estejam explicitados nos diplomas legais, são implícitos ao casamento, sendo estes os elementos citados. Assim,

a teoria foi concebida no século XIX por Zacharie Von Liengenthal, em comentários ao Código Napoleão escritos em 1808 na Alemanha, e mais tarde desenvolvida por Saleilles em estudo realizado em 1911, para contornar, em matéria de casamento, o princípio de que não há nulidade sem texto legal (*pas de nullité sans texte*), pois as hipóteses de identidade de sexo, falta de consentimento e ausência de celebração não costumam constar dos diplomas legais (GONÇALVES, 2008. p. 125).

Sendo o casamento inexistente “um nada” para o direito, também não se prevê nenhum remédio processual para refutá-lo. Entretanto, o autor admite a propositura de ação para cancelamento do registro de casamento celebrado por autoridade competente, quando esta, ignorava a identidade de sexos dos nubentes (GONÇALVES, 2008. p. 125).

O autor, bem como a doutrina conservadora, aplica a interpretação restritiva dos dispositivos legais, reduzindo a possibilidade de existência de casamento somente se este se der entre um homem e uma mulher, afinal, é o que traz expresso o Código Civil e a Constituição Federal (GONÇALVES, 2008. p. 126-127) e tal interpretação se firma entre os signatários deste posicionamento apesar de todos estes reconhecerem que a vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo não seja expressa.

a diferença de sexos é elemento estrutural do casamento, sem o qual inexistente vínculo matrimonial. É uma condição de tal modo evidente, que dispensa regulamentação legislativa. A sua ausência torna a celebração uma aparência de casamento, que a ordem legislativa não pode admitir, ainda que para anulá-lo.

Malgrado alguns países, como a Espanha, a Holanda, a Bélgica, o Canadá e o Estado de Massachussetts, nos Estados unidos, admitam o casamento entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil tal espécie de união legal não pode ocorrer, mesmo se os nubentes forem, ambos, oriundos de país onde já se permita o casamento homossexual (GONÇALVES, 2008. p. 127).

Nota-se que, para Gonçalves, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é inadmissível ainda que seja pleiteado por consulados cujo país admita, pois é soberana a Convenção de Viena sobre relações Consulares, e segundo esta, respeita-se a lei do país receptor (GONÇALVES, 2008. p. 127).

Da mesma forma que outros autores trazem tal ressalva, Gonçalves alerta que problemas de má-formação do sexo do nubente ou disfunção sexual, são causas de anulação e não de inexistência do casamento (GONÇALVES, 2008. p. 127).

Com relação ao transexualismo, há questões de ordem muito mais complexas, como a antiga exigência de que o registro civil contivesse menção à alteração de sexo feita pela pessoa. Esta exigência foi superada por ser considerada discriminatória, entretanto, as diversas fases vivenciadas pelo direito pátrio na evolução deste tema geraram conflitos na doutrina, ao que conclui Gonçalves “parece inegável a possibilidade de o transexual, após a cirurgia plástica e a alteração do nome e do sexo no registro civil, casar-se com pessoa pertencente ao seu anterior sexo” (GONÇALVES, 2008. p. 127-129).

Bem, o posicionamento do autor é claro. Perceba-se através de sua explanação sobre casamento:

Elogiável, também, o conceito de casamento encontrado no art. 1577º do Código Civil português de 1966, um dos poucos diplomas do mundo a definir tal instituto: “Casamento é o contrato celebrado **entre duas pessoas de sexo diferente** que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.” (GONÇALVES, 2008. p. 24. Sem grifo no original)

Na explanação do posicionamento da doutrina tradicional conservadora, tem-se o autor Caio Mário da Silva Pereira, que, assim como os anteriormente citados, classifica o casamento entre pessoas do mesmo sexo como inexistente (PEREIRA, 2004. p. 131).

Acompanhando a doutrina conservadora, Pereira indica as situações que geram inexistência do casamento e situações que ensejam sua anulação. São aludidos os pressupostos materiais e os requisitos formais. A ausência destes é causa de anulação ou

invalidação do casamento. Se faltarem, entretanto, os pressupostos materiais (dentre eles, o autor inclui a diversidade de sexos), o casamento é inexistente (PEREIRA, 2004. p. 129).

Desta forma, com relação à identidade de sexos o autor leciona de maneira categórica:

Embora nenhum texto o proclame, o matrimônio assenta no pressuposto fático da diversidade de sexos. Em todo tempo. Em todas as civilizações. Em todos os sistemas jurídicos. É uma condição de tal modo evidente, que dispensa a referência legislativa. Se falta a diversificação, por ausência de elementos identificadores, ou por ocultação da verdadeira condição pessoal do cônjuge, a cerimônia realizada nada mais é do que uma aparência de casamento. Mas casamento não é. A ordem jurídica não o pode admitir, ainda que, para anulá-lo. E o juiz, em qualquer circunstância que o encontre, pronuncia a declaração de sua inexistência, negando à união o caráter matrimonial (PEREIRA, 2004. p. 131).

O autor prossegue avaliando que através da alteração do texto constitucional, poderia ser admitida a união civil entre pessoas do mesmo sexo como casamento. Entretanto fica claro que sua defesa hermenêutica do diploma, tal como o é atualmente, não admite qualquer possibilidade de tal interpretação (PEREIRA, 2004. p. 131).

Azevedo coaduna com a doutrina conservadora e expõe preliminarmente em sua obra os mesmos elementos de convicção. Pormenoriza, entretanto, o assunto, adentrando em outros aspectos, como o tratamento internacional conferido às uniões homoafetivas. Neste sentido, o autor cita Dinamarca, Noruega e Suécia, onde a união homoafetiva foi equiparada ao casamento, persistindo nestes países a restrição da adoção. Em 1989, na Dinamarca, foi instituída lei que regulamentava a “parceria homossexual registrada”, instrumento que equiparou estas parcerias ao casamento, inclusive a vedação da possibilidade de uma pessoa ter mais de uma parceria registrada (tal como se aplica ao casamento) (AZEVEDO, 2002. p. 465-469).

A Noruega assemelha-se à Dinamarca, com exceção de que aquela permite a divisão do pátrio poder, enquanto esta não. No caso da Suécia, comissão parlamentar constituída em 1991 iniciou seus trabalhos legislativos e em 1995, iniciou a vigência de lei que admitia uniões entre o mesmo sexo. Já na Holanda, casais homoafetivos, embora possam unir-se em casamento, não podem adotar crianças, tampouco recorrer à inseminação artificial para ter filhos (AZEVEDO, 2002. p. 469-470).

Cabe frisar que o autor não emite qualquer juízo de valor sobre estes avanços, no que mostra um conservadorismo mais moderado que alguns dos demais, que repudiam a

postura de países como os supracitados. Ainda assim, mantém-se na fileira dos tradicionais, que optam por uma interpretação puramente literal e restritiva dos textos legislativos.

A título de comparação, toma-se aqui a liberdade de incrementar os dados oferecidos pelo autor com a experiência brasileira, que, embora não reconheça o casamento nem a união estável homoafetiva, já permitiu em decisões de seus Tribunais a adoção de crianças por casais formados por duas pessoas do mesmo sexo, a exemplo da decisão proferida em 05 de abril de 2006, na Apelação Cível Nº 70013801592, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Entretanto, tal dado não deixa de causar estranheza, pois é incompreensível uma lógica que admite que duas pessoas do mesmo sexo possam adotar uma criança e ao mesmo tempo não admita que estas mesmas pessoas possam ter reconhecida sua união como matrimônio.

Tal situação leva à inevitável reflexão (nunca proposta pelos doutrinadores tradicionais) acerca dos valores sociais, ou seja: qual o elemento mais relevante: a dignidade da pessoa, assegurada pelo seu direito à liberdade, ou a ordem social, transitória e moralista?

Deixando tais divagações reservadas para oportuno momento, cabe retornar à análise feita por Azevedo, que também refuta a configuração de união estável ao relacionamento e duas pessoas do mesmo sexo. Não se reconhece nestes casos, direito à herança, por exemplo, mas tão somente à divisão dos bens adquiridos pelo esforço comum, tal como ocorre nas sociedades de fato, categoria em que o autor situa os relacionamentos homoafetivos. O autor alerta que após o reconhecimento de efeitos gerados pelo concubinato, a jurisprudência sempre se dirigiu às uniões entre homem e mulher (AZEVEDO, 2002. p. 471-474).

Enquanto a união homossexual não for reconhecida como apta à constituição de família, **o que nos parece prematuro**, os parceiros devem acautelar-se com a realização de contratos escritos, que estabeleçam a respeito de seu patrimônio, principalmente demonstrando os bens que existem, ou venham a existir, em regime de condomínio, com os percentuais estabelecidos ou não. (AZEVEDO, 2002. p. 474. Sem grifo no original)

Encerra-se com esta exposição, o apanhado sobre o posicionamento da doutrina conservadora acerca da expansão do direito ao casamento às pessoas do mesmo sexo que tenham tal anseio. Basicamente, os autores remontam os mesmos argumentos e eventualmente desenvolvem mais minuciosamente alguns deles.

Não há expressiva contribuição doutrinária para manter a ordem vigente, senão a sustentação da teoria do casamento inexistente de Zacharie Von Liengenthal e a interpretação restritiva dos diplomas legais, apesar de que, uma interpretação extensiva não feriria nenhum direito de terceiro.

Levando em conta todos estes elementos, o intrigante neste embate teórico é que o dogmatismo jurídico ainda se mantém. Ampliar um direito assegurado na Constituição Federal deveria ser algo compulsório num Estado de Direito e não razão para intermináveis delongas acadêmicas e disputas judiciais. Especialmente considerando as minguadas e lentas conquistas galgadas no Brasil.

Apesar dos valorosos esforços dos doutrinadores vanguardistas em promover o reconhecimento das uniões homoafetivas, que se manifestam através de longos trabalhos acadêmicos, repletos de razões hermenêuticas, principiológicas, técnicas e principalmente de direito, a sustentação redundante e sucinta da doutrina conservadora impulsiona os Tribunais brasileiros a manterem-se firmes no propósito de não reconhecer às pessoas do mesmo sexo o direito ao casamento.

1.2 A Doutrina Crítica Contemporânea

A união entre pessoas do mesmo sexo é um assunto muito em voga na atualidade, isso porque casais homossexuais, com muita frequência, vêm constituindo relações estáveis, públicas e duradouras, embora exista forte resistência da sociedade e principalmente do judiciário, muitas vezes, de conceber a idéia da possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo se unirem por meio de uma união estável, tal qual ocorre com os casais heterossexuais (TONI, 2008. p. 1).

As uniões entre homossexuais constituem um fato social que não se pode negar, sendo determinante para a sua proteção legal o reconhecimento de seus efeitos jurídicos (TONI, 2008. p. 1). Nesse sentido afirma Cláudia Thomé Toni: “Assim como o heterossexual, o homossexual também é sujeito de direitos e obrigações, o que significa que toda a discriminação há de ser repelida” (TONI, 2008. p. 2).

Alguns países já admitem parcerias civis entre casais homoafetivos por meio de contrato levado a registro público em cartório, porém, existem outros países, mais desenvolvidos no assunto, como Holanda e Canadá, que já permitem o casamento entre seus

pares homoafetivos, não se preocupando em equiparar esses relacionamentos tão somente como entidade familiar, mas ao realizar o efetivo matrimônio entre companheiros do mesmo sexo atribui a eles os mesmos direitos e deveres dos cônjuges (TONI, 2008. p. 11).

Um dos fatores, que sem dúvida, retardam a regulamentação, no Brasil desse fato social incontestado, presente nas mais remotas civilizações que se tem notícias, é a influência da Igreja e das religiões como um todo, além do preconceito social que existe e não se pode olvidar que são determinantes na inviabilização da regulamentação em lei, no intuito de garantir a segurança jurídica esperada por todos (TONI, 2008. p. 19).

Apesar da Carta Política de 1988, impedir expressamente o preconceito em razão do sexo, e da orientação sexual mais precisamente nos dispositivos do **Artigo 3º, IV; Artigo 5º, Caput e Artigo 7º, XXX**, a grande maioria dos nossos legisladores é resistente às mudanças necessárias a serem feitas nas normas existentes para evitar a segregação e discriminação contra os cidadãos homossexuais, discriminação essa vetada pela lei maior de nosso país. Além disso, é possível aduzir que a maior parte dos direitos envolvidos nessa celeuma estão diretamente relacionados aos direitos fundamentais da personalidade, ou seja, os direitos subjetivos do indivíduo, submetidos a sua faculdade (TONI, 2008. p. 19).

Nessa esteira, infelizmente, a nossa legislação atual não prevê o casamento entre casais homossexuais, abrindo precedente para que alguns doutrinadores sustentem a impossibilidade do casamento de pessoas do mesmo sexo seja ato inexistente por acreditarem ser necessária a diversidade de sexos para a possibilidade de constituir matrimônio (TONI, 2008. p. 44).

Por conta disso, o casamento entre pessoas do mesmo sexo vê-se impedido de ingressar no mundo do direito (TONI, 2008. p. 44).

Um debate constante entre os juristas brasileiros pauta-se sobre a natureza jurídica dos relacionamentos homoafetivos, dado ao fato de alguns desses juristas não conceberem a hipótese dessas uniões serem equiparadas a união estável, pela simples interpretação literal do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal e o artigo 1.724 do Código Civil Brasileiro, visto que o legislador utilizou a expressão homem e mulher como únicos detentores do direito de formalização dessa relação estável (TONI, 2008. p. 50).

No tocante a equiparação da união entre pares homoafetivos à união estável, a mesma que guarda as relações estáveis heterossexuais, implicará alguns deveres aos companheiros, estes narrados no artigo 1.724 do Código Civil Brasileiro, sendo eles o dever

de lealdade, respeito e assistência, sem deixar de mencionar as conseqüências decorrentes, também da união estável, como o parentesco por afinidade fulcrado no artigo 1.596 também do Código Civil Brasileiro, ou seja, o parentesco que passará existir entre um companheiro e os parentes do outro (TONI, 2008. p. 48).

Nesse sentido, se por ventura as uniões homoafetivas não forem equiparadas à união estável, restarão aos companheiros homossexuais somente a divisão de bens adquiridos na constância do relacionamento, desde que devidamente comprovado o esforço comum de ambos os companheiros. Nada impede que um dos companheiros venha favorecer o seu parceiro por meio de um testamento, resguardando-lhe a proporção maior dos bens adquiridos por ambos e parte de sua herança disponível conforme versar o Artigo 1.857 caput e § 1º do Código Civil Brasileiro (TONI, 2008. p. 48).

Os homossexuais não só podem estabelecer união estável, como já o fazem com muita freqüência, tendo em vista que a relação entre pessoas do mesmo sexo ainda não é totalmente reconhecida no Brasil (TONI, 2008. p. 48).

Desta feita, o artigo 226 da Carta Política de 1998 conferiu ampla proteção à família, ao atribuí-la como a base do Estado, reiterando a importância do casamento como forma de sua constituição, definindo a união estável e a família mono-parental como entidades familiares (TONI, 2008. p. 50).

Com efeito, o legislador constitucional, no tocante às espécies de entidades familiares, não cogitou nenhuma proibição à instituição de outras variáveis dos tipos de formações familiares. Pelo contrário, é possível concluir claramente, ao ler o artigo 226 da Carta Política, que o legislador, ao proferir que a família é base da sociedade, salientou sua importância para a sociedade, e principalmente para o Estado, não importando o modo pela qual ela foi constituída (TONI, 2008. p. 51).

As formas pelas quais as famílias se constituem ou a nomenclatura atribuída a essas formações são irrelevantes, devendo-se analisar o que de fato serve como base para a formação de uma relação, no caso o afeto, razão pela qual as uniões entre pessoas do mesmo sexo são denominadas de uniões homoafetivas (TONI, 2008. p. 51).

Cláudia Thomé Toni, considerando a não existência de legislação que trate especificamente das uniões homoafetivas, em seu livro *Manual de Direitos dos Homossexuais*, cita a analogia como uma das formas para se julgar casos que se encontrem no âmbito do Direito Homoafetivo. Vejamos:

Assim, considerando que ainda não há legislação que trate especificamente das uniões entre pessoas do mesmo sexo, a melhor solução é o uso da analogia pelos juízes quando do julgamento de ações que envolvam tal questão, a fim de que elas possam ser equivalentes às uniões estáveis e, portando, formadoras de famílias (TONI, 2008. p. 51).

Sendo assim, a analogia permitirá equiparar a união homossexual à união estável, no intuito de amparar decisões judiciais em sede de ordem civil, tais como, pensão alimentícia, partilha de bens em caso de separação do casal, da sucessão em caso de falecimento de um dos companheiros, entre outros, dado as inúmeras ações judiciais em tramite envolvendo o tema ora abordado, o que significa, em absoluto, a necessidade e a urgência de ver suprida, de qualquer forma, essa omissão legal (TONI, 2008. p. 51).

Nessa esteira, o uso da analogia possibilitará solucionar possíveis conflitos judiciais entre casais homoafetivos, até que seja suprida essa lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, quando então os deveres e direitos dos homossexuais estarão expressamente regulamentados em lei, pois não há como negar a particularidade e o tratamento especial que merece o caso em si, ou seja, a união homossexual que carece de amparo legal (TONI, 2008. p. 51).

Sobrevindo a necessidade de provimento de alimentos, nada impossibilitará o ajuizamento de uma ação de alimentos, tendo em vista que não há que se falar em negar o direito de receber para si ajuda alimentícia a qualquer um dos companheiros homossexuais, ainda que exista a omissão legal (TONI, 2008. p. 71).

O fato de não haver expressamente uma legislação infraconstitucional que verse no sentido de dar amparo legal sobre a prestação de alimentos entre os pares homoafetivos, não os exclui dessa garantia jurídica, se bem observamos o que é sacramentado na Constituição Federal em seu artigo 3º inciso I, que trata da solidariedade, não podendo assim, admitir o abandono por aqueles que lhe são próximos (TONI, 2008. p. 72).

Entendendo ser a união homoafetiva equiparada à união estável, serão competentes para processar e julgar eventuais ações de alimentos as Varas de Família, o que poderá ser feito a luz da Lei de Alimentos (Lei 5.478 de 25 de julho de 1968), necessitando pra isso haver provas mínimas da existência da união, ou ainda observar o rito ordinário, caso não seja possível elucidar tais provas (TONI, 2008. p. 80).

No tocante a aquisição de bens e com isso a constituição de um patrimônio em comum, importante se faz ilustrar nas palavras de Cláudia Thomé Toni:

(...) [havendo] aquisição de patrimônio em comum, é perfeitamente possível que uma vez vindo a termo o relacionamento, a contenda litigiosa seja submetida ao judiciário através da ação respectiva. Porém, quanto à natureza da ação e o juízo competente, há divergências nos Tribunais acerca da natureza jurídica da união entre homossexuais (TONI, 2008. p. 79).

A esse respeito, ou seja, as divergências existentes acerca da natureza jurídica da união entre homossexuais, ilustraremos em momento oportuno no capítulo 2 (dois) que tratará das jurisprudências Crítica Contemporânea e Tradicional.

Havendo litígio no relacionamento homoafetivo que vier a termo, necessário se faz recorrer ao judiciário para realizar a partilha dos bens comuns, valendo-se o interessado de ações que podem receber diversas denominações, tais como, ação de dissolução de sociedade de fato, ação declaratória de sociedade de fato cumulativa com partilha de bens, ação de dissolução de união homossexual cumulada com partilha de bens, entre outras (TONI, 2008. p. 81).

No que tange os direitos sucessórios decorrentes das uniões homoafetivas, mais uma vez a lei se faz omissa, mas é perfeitamente admissível o ajuizamento de ação judicial contra o espólio, possibilitando ao companheiro homossexual requerer à parte que lhe cabe por direito, tal qual ocorre nas uniões estáveis (TONI, 2008. p. 84).

Em respeito ao princípio da igualdade, sacramentado no artigo 5º, caput, da Carta Política de 1988, deverão ser disponibilizados aos relacionamentos homoafetivos os mesmos dispositivos legais aplicados a união estável, regulamentando assim a união entre casais do mesmo sexo, já que a lei se faz omissa (TONI, 2008. p. 84).

Dessa forma, o companheiro homossexual, poderá dar início à abertura de processo de inventário ou até mesmo habilitar-se nos autos do mesmo que por ventura fora proposto por outro herdeiro (TONI, 2008. p. 84).

No entanto, se houver discórdia por parte dos herdeiros na habilitação do companheiro e o magistrado entender que a prova da união é complexa, necessário se faz que o companheiro ingresse em juízo com ação própria para o reconhecimento de união homoafetiva (TONI, 2008. p. 84).

Tendo em vista a falta de recepcionamento em lei que trate especificamente do tema, necessário se faz analisar preliminarmente o tratamento que a lei dá às uniões estáveis

para que assim seja possível fazer uma análise da situação dos companheiros homoafetivos (TONI, 2008. p. 84).

Se à época do falecimento o companheiro estiver convivendo com o falecido, terá ele legitimidade para dar início à abertura do inventário ou arrolamento dos bens deixados pelo de cujos podendo também ser nomeado inventariante, no intuito de administrar a herança e representar o espólio até a divisão dos bens, se observarmos em analogia o contido nos artigos 987 e 990, inciso I, do Código Civil Brasileiro (TONI, 2008. p. 85).

Assim, se por ventura houver oposição dos herdeiros, o companheiro poderá habilitar-se para requerer a parte que lhe cabe se já tiver em mãos prova pré constituída da união. Se ao contrário, ou seja, ele não possuir essas provas, necessário se faz ajuizar a pertinente ação de reconhecimento da união estável contra os outros herdeiros do falecido ou ainda contra o espólio, podendo ocorrer neste caso à suspensão do inventário ou do arrolamento, a fim de evitar eventuais prejuízos na partilha dos bens (TONI, 2008. p. 85).

Nesse contexto, o autor Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros, coaduna com a doutrina crítica contemporânea, ao afirmar que os meios utilizados para proteger as uniões homoafetivas, mais especificamente no tocante ao casamento, são normalmente interpretados de maneira tradicional, sem que se desenvolva o assunto de maneira adequada no intuito de fundamentar o entendimento acerca do tema (MEDEIROS, 2008. p. 23).

A privação imposta aos casais homoafetivos em ter o devido acesso ao casamento, é inculcada de maneira carente de discussão pelos legisladores. Alguns doutrinadores e profissionais do direito trabalham com o tema, sem o devido questionamento do real significado do casamento no Direito contemporâneo, imperando, em sua grande maioria, uma grande resistência em aceitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo (MEDEIROS, 2008. p. 23).

Nesse sentido Jorge Medeiros corrobora, em sua obra “A Constitucionalidade do Casamento Homossexual”, o explicitado anteriormente:

Mesmo os autores, que promovem uma leitura crítica acerca de posições jurídicas tradicionais sobre a homossexualidade, promovem explicações lacônicas acerca do casamento homossexual (MEDEIROS, 2008. p. 23).

O que se pode observar é a existência de um dogmatismo tautológico, ou seja, a impossibilidade sustentada pela doutrina em conceber a hipótese do casamento entre duas

pessoas do mesmo sexo está fundada no próprio fato de a doutrina entender que é impossível o casamento homoafetivo (MEDEIROS, 2008. p. 23).

Cercear o direito dos casais homoafetivos em torno de uma leitura dogmática tem se revelado uma prática inadequada, tendo em vista a complexidade e a velocidade das transformações da sociedade contemporânea que vive em constante evolução, necessitando de uma maior flexibilização da norma a fim de não deixá-la desamparada no tempo (MEDEIROS, 2008. p. 23).

Nesse contexto, leciona o professor Jorge Medeiros: “O dogma carrega consigo a pretensão de congelar, solidificar entendimentos e práticas de vida que não são mais passíveis dessa forma de paralisação” (MEDEIROS, 2008. p. 24).

Na atual modernidade líquida¹ não há como negar as diversas formas de sentir e diversas formas de estruturação do afeto, que tem como objetivo o compartilhamento de projetos de vida em comum, que surgem e se edificam, mas que carecem de reconhecimento pela sociedade contemporânea e principalmente pelo direito (MEDEIROS, 2008. p. 24).

Necessário se faz repersonalizar o direito de família, objetivando superar a leitura patrimonialista das relações familiares no desígnio de viabilizar novas formas conjugais e familiares, tendo como base jurídica a consolidação de princípios constitucionais (MEDEIROS, 2008. p. 26).

Para que seja possível indagar o verdadeiro papel dos princípios constitucionais e em consequência disso abordar a forma e a possibilidade através da qual o direito contemporâneo possa lidar coerentemente com as pretensões dos relacionamentos homoafetivos, necessário se faz reestruturar os conceitos utilizados com frequência, que por parecerem óbvios, não são explicados, a exemplo das idéias de igualdade, liberdade, reconhecimento e autonomia (MEDEIROS, 2008. p. 26).

¹ Modernidade líquida é uma categoria adotada pelo sociólogo polonês, Zygmunt Bauman, que define o estado atual das relações sociais. A modernidade líquida teria substituído a modernidade sólida e suas características seriam a fluidez. Ou seja: a sociedade atual experimenta um estágio onde as transições são contínuas, irreversíveis. O modelo social superado, marcado pela solidez, é um modelo onde a conjuntura era “congelada em seus caminhos habituais”. Servindo-se da metáfora marxista, sobre “derreter os sólidos”, o autor descreve o momento atual, onde transitamos do sólido para o líquido, sendo que “Primeiro, eles afetaram as instituições existentes, as molduras que circunscreviam o domínio das ações-escolhas passíveis, com os estancamentos hereditários com sua alocação por atribuição, sem chance de apelação.” (Bauman, 2001. p.13). Assim, na atual conjuntura sociológica, não cabe o preconceito e a discriminação, pois o momento vivenciado se funda na liberdade e os velhos tabus já não servem mais; não são mais legítimos em si mesmos e não são mais legítimos enquanto forma delimitadora das expressões humanas. (BAUMAN, 2001. p. 7-22).

Nesse sentido, o doutrinador Jorge Medeiros, em seu livro “A Constitucionalidade do Casamento Homossexual”, ensina:

O Direito exerce, assim, importante papel na medida em que possibilita uma noção universalizante da idéia de portadores de direitos, possível apenas quando se sabe que obrigações devem ser respeitadas em face do respectivo outro, conduzindo assim a um reconhecimento do ser humano como pessoa, sem a necessidade de estima por suas realizações ou caráter. Essa universalidade não é estanque e distante, mas aberta ao questionamento a partir da discussão sobre a aplicação, ou seja, sobre quem é concretamente também portador daqueles direitos previstos de forma geral e abstrata (MEDEIROS, 2008. p. 29).

Assim, o direito se institui como meio de lutar pelo reconhecimento, que se traduz na possibilitar de alcançar a validade social (MEDEIROS, 2008. p. 29).

Contudo, observar as condições e as possibilidades de reconhecimento oportunizadas pelo Direito não se faz suficiente se não houver a constatação de suas formas de negação, sua ofensa e as formas de negação de reconhecimento, que serve de base e motor para dar vida à resistência social e para uma busca do reconhecimento (MEDEIROS, 2008. p. 26).

Em verdade, não há como negar a necessidade de um processo de inclusão, que leve em consideração a diferença e que possibilite um tratamento contra-fático a essa diferença, igualando essas visões justamente por elas serem diferentes (MEDEIROS, 2008. p. 30).

Dessa forma, a inclusão por meio de um processo de reconstrução da norma no intuito de auferir um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição de identidades diversas muito importantes para a sociedade contemporânea (MEDEIROS, 2008. p. 30).

Nesse contexto, necessário se faz trazer na íntegra, mais uma vez, o que diz o autor em sua obra “A Constitucionalidade do Casamento Homossexual”:

Esse processo de equilíbrio perpassa pela noção de igualdade constitucional, da consideração da identidade homossexual como uma identidade que, através da negação de sua característica pré-constitucional, aliada ao recurso de sua comparação com as diferenças e similitudes existentes em relação às identidades reconhecidas pela identidade constitucional plural, permite sua integração à identidade do sujeito constitucional, inacabada e aberta a diálogos com as demais identidades existentes na sociedade (MEDEIROS, 2008. p. 30).

Observa-se no trecho transcrito acima a importância do equilíbrio em busca da igualdade constitucional, que depende do valor da igualdade das realidades concretas.

Ocorre que essa rejeição se dá pelo fato de a própria doutrina e jurisprudência entenderem por si mesmas que tal hipótese não seria possível, tendo em vista que no atual ordenamento jurídico brasileiro não haveria tal reconhecimento taxativo pela lei. Para eles, esse reconhecimento se daria, somente, quando houvesse uma formalização por meio da legislação. Embora não descartem que há outros meios de proteger, atualmente, os relacionamentos homoafetivos já que não há norma específica para tal propósito (MEDEIROS, 2008. p. 32).

A idéia de formalização ressalta claramente o entendimento de que não haveria qualquer direito assegurado no atinente a relações entre pessoas do mesmo sexo, havendo a necessidade de um regramento específico para que tais relacionamentos adentrem o campo jurídico (MEDEIROS, 2008. p. 32).

No entanto, esse não é o entendimento ideal para o atual momento constitucional, isto porque não leva em consideração o devido papel dos princípios constitucionais e das regras contidas nas normas jurídicas, deixando de lado a força normativa dos princípios (MEDEIROS, 2008. p. 32).

Antes de prosseguir, pede-se licença para incluir um parêntese sobre a distinção entre princípios e regras, adotando as definições do autor Ronaldo Dworkin. Basicamente, o autor aplica à regra o seguinte entendimento:

As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002. p.39)

Compreende-se que a regra precisa ter uma identidade muito mais ligada e específica ao caso concreto, para então ser válida. Todavia, nem mesmo a identidade plena entre a regra e o caso concreto garantirá ser aquela a aplicável a este. Como o próprio autor exemplifica para fins de entendimento do alcance das regras e princípios, eventualmente, uma exceção justificará a não aplicação das regras.

Aos princípios, por outro lado, o autor denomina

um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002. p.36).

Assim, princípios são horizontes não exaustivamente definidos, pois se assim fosse, assumiriam caráter de regra, mas sim delineados visando à concretização da justiça. Só é possível admitir um princípio como tal, se couber nele a flexibilidade necessária para contemplar a equidade. Um princípio tem alcance maior que uma regra, como Dworkin categoriza:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata, e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é (DWORKIN, 2002. p.42-43).

Feito este parêntese, sobre a importância hierárquica dos princípios e regras, cabe retomar a análise doutrinária, destacando que o tema acima tratado será retomado mais adiante na discussão sobre atividade hermenêutica, onde é fundamental a compreensão sobre as peculiaridades dos princípios e regras.

Definitivamente não é razoável apostar somente na necessidade de regularização dos relacionamentos homoafetivos por meio de edição de norma para que, somente aí, tenham essas relações acesso a direitos e alcancem a devida segurança jurídica desejada por todos, não sendo só das regras que se pode esperar essa segurança jurídica, mas principalmente a concretização dos princípios constitucionais, ou seja, da igualdade e liberdade (DWORKIN, 2002. p.32).

E é justamente esta discussão que se pretende suscitar. Socorrem esta empreitada as lições da Desembargadora gaúcha, Maria Berenice Dias, uma paladina da inclusão de “novos” direitos no sistema jurídico, através do poder judiciário.

Em uma de suas obras sobre a legitimidade das relações homoafetivas, a autora relata ter se dado conta, no exercício da magistratura, de que os litígios oriundos destas relações não surgiam para apreciação nas varas de família. Foi então procurá-los e os encontrou nas varas cíveis. Foi quando

Invocando o respeito à identidade sexual, o princípio da dignidade humana, o direito à liberdade e à igualdade, passei a falar aos quatro cantos que era necessário deslocar as ações para as varas e câmaras de família; que a ausência de lei não pode ensejar a negativa de direitos; e que, ao menos por analogia, deveria se aplicar a disciplina das uniões estáveis (DIAS, 2004. p. 12)

Dias busca uma ruptura com a concepção conservadora vigente, delimitadora das liberdades individuais, que pretende enquadrar a infinidade de desdobramentos possíveis aos seres humanos nos formatos definidos como válidos por nossos antecessores. O reconhecimento e a defesa da diversidade ficam claros quando a autora cita que

A multicolorida imagem do arco-íris – um dos mais belos fenômenos da natureza – talvez seja o melhor símbolo para mostrar a diversidade humana.

Não poder ver as cores é triste, mas não querer ver os diversos matizes que formam a humanidade é provocar a própria cegueira. Não ver é a forma mais eficaz de exclusão social, a mais cruel punição a quem ousa ser diferente (DIAS, 2004. p. 21).

Não somente recorrendo aos princípios jurídicos a livre orientação sexual se fundamenta, mas também nos direitos naturais, pois a sexualidade faz parte do ser humano, é condição inerente a este e sem a qual ninguém se realiza, ninguém alcança a felicidade. É condição que nasce com o ser humano. Sendo direito natural, a autora classifica como inalienável e imprescritível. O dever legal de dedicar tratamento igualitário é consequência destes fatores (DIAS, 2004. p. 46-47).

Com vistas a este horizonte a autora trilhou um árduo caminho, contando com o apoio de outros Desembargadores, que embalados pelo mesmo ímpeto de justiça, transformaram o Tribunal de Justiça gaúcho num terreno fértil para a realização de direitos tão clamados pela sociedade e ignorados pelo ordenamento jurídico. Assim, diversas decisões pioneiras partiram daquele tribunal, algumas delas colacionadas junto de reflexões em outra obra da autora sobre as uniões homoafetivas. Rapidamente, abordar-se-á algumas delas, para fim de ilustração dos efeitos da doutrina crítica na jurisprudência.

Um dos primeiros avanços experimentados pelo tribunal gaúcho foi a transferência dos processos para as turmas especializadas em direito de família, uma vez que anteriormente eram discutidos sob o prisma das obrigações.

A mudança de rumo é de enorme significado, pois retirou a homoafetividade do direito das obrigações, em que era visto como um simples negócio, como se o relacionamento tivesse exclusivo objetivo comercial e fins meramente lucrativos. Esse equivocado enquadramento evidenciava postura conservadora e discriminatória, pois não conseguia ver existência de um vínculo afetivo na origem do relacionamento (DIAS, 2003. p. 43).

A fundamentação para este deslocamento parte especialmente da existência do afeto nas relações homoafetivas, que muito mais relevante que a inexistência de previsão legal para este tipo de envolvimento, define a natureza dos litígios, ou nas palavras da autora:

Tal qual as relações heterossexuais, as uniões homossexuais são vínculos afetivos, vínculos em que há comprometimento mútuo. A união estável configura um gênero que comporta mais de uma espécie: a união estável heterossexual e a união estável homossexual. Ambas fazem jus à mesma proteção no âmbito do Direito de Família. Enquanto não surgir legislação que trate especificamente da união estável homossexual, é de buscar-se a legislação pertinente aos vínculos familiares. Sobretudo, as regras da união estável heterossexual, por analogia, são perfeitamente aplicáveis às uniões homossexuais (DIAS, 2003. p. 34).

Sobre os reflexos patrimoniais da caracterização como sociedade de fato ou como sociedade de “afeto”:

Surpreende e gera desconforto – até entre os conservadores de plantão que rejeitam a homoafetividade – ver entregue um patrimônio a parentes distantes que, no mais das vezes, hostilizam e ridicularizam a orientação sexual do titular da herança. No entanto, mais estranheza causa a possibilidade de, na ausência de herdeiros sucessíveis, ser declarada a herança como vacante e acabar a totalidade do patrimônio nas mãos da municipalidade, deixando o companheiro de muitos anos literalmente na rua e sem nada (DIAS, 2003. p. 123).

Claro, se a união for tomada como sociedade de fato pelo judiciário, os parâmetros serão meramente patrimoniais. A partilha levará em conta tão somente o quinhão objetivo com que cada um concorreu na construção do patrimônio. Não é assim que as relações se estruturam na relação afetiva. Quando há afeto, há doação, há cooperação, há compreensão. Diante disto, Dias defende posicionamento reconhecendo às uniões homoafetivas o estado de entidade familiar, ou como alguns julgados de seu tribunal, comunidade familiar. Isto ocorrendo, o direito de herança, direito de habitação e usufruto são reconhecidos (DIAS, 2003. p. 126).

Outro traço determinante para a aplicação da analogia às uniões estáveis, segundo a autora é a motivação do relacionamento pelo afeto, com respeito aos deveres da lealdade, mútua assistência e respeito, todos inerentes ao casamento e a união estável heterossexual. Justamente os fatores que ilustraram julgado que reconhece a união estável entre pessoas do mesmo sexo (DIAS, 2003. p. 190).

As uniões de duas pessoas do mesmo sexo – agora chamadas de união homoafetiva – merecem ser abrigadas no Direito de Família, e não relegadas ao campo dos negócios, pois não são sociedades de fato cujos sócios visam ao lucro, são sociedades de afeto (DIAS, 2003. p. 22).

Encerrando este breve trecho, breve especialmente se considerada a ampla produção de arrazoados da autora em apoio à causa da democracia, do primado pela igualdade e respeito à dignidade, duas transcrições. A uma, sobre as vitórias celebradas pelo tribunal gaúcho, um exemplo para os demais tribunais, que ainda se curvam ante o conservadorismo. A duas, uma breve frase, que exprime um pressuposto basilar para o Estado Democrático de Direito.

Seguem.

Há que se reconhecer a coragem de ousar quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e se rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Houve um verdadeiro enfrentamento a toda cultura conservadora e uma oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito sacralizado de família (DIAS, 2003. p. 190).

“E a ninguém, nem mesmo ao legislador ou ao juiz, é outorgado o direito de indicar um único caminho na busca da felicidade” (DIAS, 2003. p. 69).

2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O RECONHECIMENTO DA UNIÃO DE PESSOAS DO MESMO SEXO

2.1 A Jurisprudência Tradicional

Nas próximas linhas, será analisada decisão judicial fundada na doutrina tradicional e com entendimento conservador sobre o tema proposto neste trabalho. Cabe frisar que esta jurisprudência, assim como a jurisprudência tida como crítica, foram escolhidas de maneira harmonizada, de modo a ressaltar especialmente a implicação da hermenêutica no processo decisório dos Tribunais.

A divergência surgida no seio da estrutura judicial tem o propósito de fixar a competência para tutela concreta de interesses que envolvem o reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre homossexuais (TJDFT, 2007).

A 1ª Câmara Cível do TJDFT incumbiu-se de deliberar se os litígios em que identificado a preservação de direitos emanados de união homoafetiva envolve definir a competência das varas cíveis ou se competentes para apreciar tal matéria serão os exímios juízos das varas de família (TJDFT, 2007).

Visto como já bem elucidado alhures, no episódio característico produzido pelo incidente de conflito de competência, posto que em igual quantidade de interpretação o juízo cível como o juízo de família, através dos nobres causídicos a frente das varas judiciais, ambos consideram a incompetência de suas respectivas varas para julgarem questões advindas das uniões homoafetivas. É imprescindível diante do silêncio constitucional e do legislador ordinário sobre o assunto não legalizado que discipline o tema em questão, é indispensável especificar a qual conjunto de contenda reportar-se ao evento legalístico substancial apresentado a apreciação do Poder Judiciário (TJDFT, 2007).

Uma vez que, o Artigo 4º da vigência da Lei de Introdução ao Código Civil institui que deva a analogia ser inicialmente a via eleita pela Douta Autoridade da Vara Cível provocar a presunção sobre conflito de competência. Assim, fez acertadamente o prudente árbitro. Socorreu-se ao que o ordenamento pátrio lhe oferece quando se depara com um vácuo na legislação (TJDFT, 2007).

Por conseguinte, há necessidade de analisar se existe guarita ao Nobre Magistrado que se opôs e de certificar não haver elementos fundamentais a jurisdição que a ele possibilite manifestar sua apreciação ao caso em comento, que é o de dar valor e resolver o litígio

atinente a demandas de reconhecimento que implique na relação de união homoafetiva (TJDFT, 2007).

Conseqüentemente, boa aplicação da analogia, como procedimento declarado de preceitos que se encontram implícitos, demanda a averiguação de eventos de determinados propósito sem o que não poderá ser acolhida como fonte supletiva (TJDFT, 2007).

Os embasamentos evocados pelo MM. Julgador em exercício na vara cível para aplicar a analogia harmoniza-se, impecavelmente, com o conceito, apesar de minoritário, contudo vem se consolidando na jurisprudência do Rio Grande do Sul através de freqüentes resoluções do Tribunal de Justiça daquele Estado da federação (TJDFT, 2007).

Notamos que naquele Tribunal prospera uma doutrina, que atualmente é minoritária, partidária à questão amparada pela Desembargadora Maria Berenice Dias de que (TJDFT, 2007):

“(...) as relações entre pessoas do mesmo sexo...”, e por ela chamadas de uniões estáveis homoafetivas, “... devem ser abrigadas no Direito de Família”
 “igualdade jurídica”, porquanto “estabelece um entendimento ‘, constituído, que é o componente legalizado do bom emprego da norma a casos não previstos, mas, substancialmente semelhantes...” (DIAS, Apud TJDFT, 2007).

É Imprescindível, igualmente, avaliar as bases, os alicerces, dos entendimentos apresentadas pelos defensores do tema de que, por analogia, dispositivos legalísticos concernentes a direito de família devem ser aproveitados a acontecimentos similares caracterizados pela união homoafetiva (TJDFT, 2007).

Pesquisaremos, igualmente, a reflexão adotada para validar a utilização de procedimento analógico para inserir a circunstância concreta referente à parceria entre pessoas do mesmo sexo no domínio das relações jurídicas por lei afetas ao direito de família (TJDFT, 2007).

Provoca atenção, conseqüentemente, a despeito do extenso espaço de argüição que a analogia admite o caso de não ser de identidade, mas de caracterização de distinção o componente fundamental entre as circunstâncias reais analisadas: a suposição fática tomada como protótipo tem em cômputo a essência de relação entre pessoas de sexos distintos (relação heterossexual), enquanto a presunção definida como não aceitável traz à baila o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo (relação homoafetiva) (TJDFT, 2007).

Deste modo, os laços de afinidade entre homem e mulher, versam para a construção da base da Sociedade que é a família. Quer seja pelo de casamento, ou para a gênese de entidade familiar diferente da que decorre do casamento, encontram-se reconhecidas desde o ano de 1948, quando foi sancionada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (TJDFT, 2007).

Segundo está determinado no Preâmbulo, do primeiro parágrafo do item 1 do Artigo 16 - a dualidade de sexos, “... o homem e a mulher...”, bem como condição de existência da instituição familiar (TJDFT, 2007).

A Nação Brasileira harmoniza-se no espeque de anseio que se solidificou, pouco a pouco, nas três décadas subseqüentes a Segunda Grande Guerra, preocupou-se na Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, do mesmo modo aconteceu nas epístolas constitucionais da Europa continental, a idealização da necessidade de solidariedade igualitária e a dignidade indispensável ao ser humano devem derivar da reunião dos valores e princípios do regulamento legalístico. A sensatez em relação à obrigação de estabelecer regras para defender circunstâncias do cotidiano guiou o legislador constituinte a determinar princípios constitucionais em matéria que discipline direito de família. Atuou o obreiro da norma constituinte aprovando o desenvolvimento de intensa modificação social, de tal modo que transformou a *família* em uma organização institucional coerente à concretização da dignidade do ser humano, esta é a pedra angular da República, para edificação de uma sociedade livre, justa e solidária (Artigos 1º, III; 3º, I, e 226 e seus parágrafos, todos da Constituição Federal) (TJDFT, 2007).

O sistema de ordenamento jurídico Brasileiro, em harmonia com o que ficou determinado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagrada e votada na ONU em 10/12/1948, admitiu a família como essência natural e principal da sociedade e a ela outorgou-lhe, como estabeleceu os povos das Nações Unidas (item 3 do Artigo 16), direito à proteção da sociedade e do Estado. Ao acolher tal assistência, avaliou a entidade familiar unicamente sob o ponto de vista de passar a existir da conjunção de homem e mulher (TJDFT, 2007).

Igualmente para as núpcias, como para a união estável, determinou o operador da lei como condição *sine qua non* haver a diferença de sexos (TJDFT, 2007).

Conseqüentemente para apoiar tal afirmação basta verificar o determinado na Constituição Federal (*caput* e no § 3º, ambos do Artigo 226) e no Código Civil Brasileiro

(Artigos 1.514, 1.723). Segundo as regras instituídas na Lei n.º 9.278, de 10/maio/1996, não se pode perder de vista, a determinação relatada no parágrafo 3º do Artigo 226 da CF, com específica prudência no Artigo 1º. Registre-se que para o concubinato, fenômeno diferente da união estável (Artigo 1.727 do Código Civil), existe um dos empecilhos matrimoniais classificado no Artigo 1.521 e para o outro estabeleceu, o operador da legislação, que o componente obstaculizador para constituir o matrimônio era da natureza própria da existência, a diferença de sexos (TJDFT, 2007).

Destarte, procure o hermeneuta no direito interno à adaptação da formação sobre o conceito a respeito do que efetivamente deduzir ser “*entidade familiar*”, explorar no ordenamento jurídico de todas as formas possíveis, quer por técnica de interpretação sistemática, ou por intermédio de metodologia teleológica, por recurso à técnica gramatical, ou ainda valer-se de procedimento lógico; explore o intérprete da lei, definir dentro do regulamento jurídico universal, o entendimento relativamente a definição conferido ao instituto, “*entidade familiar*”; a decodificação irrepreensível a que poderão atingir, atendendo a adequada utilização dos métodos de interpretação, prosseguindo com a apreciação, da natureza das relações jurídicas, acerca de fatos jurídicos que as motivam, então, analisando a totalidade do conjunto desses fatores, concluímos portanto não ser aceitável racionalmente atingir o cerne natural das entidades familiares é exclusivamente a união de homem e mulher, ou por conseguinte, entre pessoas de sexos distintos (TJDFT, 2007).

Valemo-nos, no entanto do significado dado pelo lexicólogo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira que elucida e define com inteligência o termo “*casal*” significa o binário ou par combinado de macho e fêmea, ou homem e mulher. Não existindo o requisito fundamental versando sobre relação de diferença de sexos não se pode argüir a existência de casal. Coisas análogas são apropriadas, sendo, portanto capazes de constituir um par, de tal modo que exista dentre o par constituído componente diferenciado para perfazer uma à outra (a exemplo: pares de sapato, de luvas etc. em que está ínsita a noção de diversidade: direito/esquerdo) (TJDFT, 2007).

Novamente a alegação na permissão à união homoafetiva de maneira igual no ordenamento jurídico é sem fundamento, pois a lei defende à família monoparental, de tal maneira que não existe semelhança nos organismos de alicerce fundamentais, na formação de família com pessoas de mesmo sexo. Não há matéria analógica a ser considerada (TJDFT, 2007).

As distinções são vultosas, satisfatória a interpretação dos elementos que formam a afinidade familiar monoparental para não ventilar qualquer tipo de ambigüidade, a propósito dos enfoques usuais, predomina os requisitos exigíveis para a formação da família monoparental que é a diferença de sexo (TJDFT, 2007).

Dispõe o § 4º do Artigo 226 da Constituição Federal sobre a “*família monoparental*”, envolver o grupo de mãe ou pai solteiro, e seus descendentes naturais (filhos, netos etc.) ou por adoção, acerca de comunidade de pai ou mãe divorciada e seus filhos. Conseqüentemente, localiza-se sob o conhecimento da natureza deste tipo de instituto familiar permanece sem incertezas a reflexão da diferença de sexos nas uniões antes existentes, mas, por variados motivos, já desfeitas (TJDFT, 2007).

Com relação aos seres humanos, as pessoas que almejam constituir uma *união homoafetiva*, por imprescindível e racional reflexão, não podem elas compor um par ou um casal (TJDFT, 2007).

É consentido a essas harmonizações homoafetivas em reconhecimento ao direito individual de liberdade constitucionalmente assegurado a todos (Artigo 5º, *caput*, CF/88), constituírem entre si, a propósito ocorreu destas “harmonizações” conseqüências jurídicas na esfera do Direito das Obrigações e do Direito das Sucessões, as chamadas “*parcerias homossexuais*” (TJDFT, 2007).

Assim sendo, o fato social de constituir parcerias homoafetivas preserva elementos que o individualizam, intensas e vitais distinção com os múltiplos institutos que forma o universo das naturezas familiares. Impossível fundar um meio de igualdade para uniformizar, circunstâncias, de verdadeira e real semelhança, entre a união heterossexual e a união homoafetiva (TJDFT, 2007).

Exauridas todas as argumentações sobre o caso em tela, seguramente persuadida acerca de consistir em evidência o ponto de vista aqui compartilhado e atribuir domínio de interpretação jurídica que adota a expectativa de analogia na união homoafetiva e a sociedade de fato. A definição legal determinada e preserva adaptação com a validade do regulamento de leis e empresta-lhes ao acontecimento real a saída buscada (TJDFT, 2007).

A simples argüição de afronta ao direito de preferência na orientação sexual da pessoa não se sustenta. Como também não encontra amparo a alegação de restrição da inclinação de decidir-se no direito ao exercício da sexualidade. Igualmente a argumentação de rebaixamento da característica da personalidade do homoafetivo não tem arrimo. Novamente

a afirmação de discriminação nas relações de afeto entre pessoas de mesmo sexo não resiste às garantias Constitucionais. Do mesmo modo a objurgação em sede de recusa de tutela jurisdicional a fato socialmente significativa, não prospera mesmo que não tenha natureza do domínio do princípio da legalidade (TJDFT, 2007).

Encontra-se de modo pleno, aprovada a supressão das uniões homoafetivas na esfera do direito de família (TJDFT, 2007).

Deve-se repelir o aproveitamento de interpretação analógica devido ao silêncio constitucional sobre o tema. A lei não avalia nenhum aspecto de constituição propalada no regulamento jurídico para decidir a questão da união homoafetiva, com esteio no ordenamento pátrio que regulamenta as instituições familiares, pelo fato de se diferenciar das noções naturais que distinguir-se uma e outra. Discorda das exigências da *existência* de cada um daqueles institutos (parceria civil e entidade familiar), pelo que encontrar-se rechaçado o aproveitamento da analogia. No entanto, a regra brasileira não regulariza especificamente a união homoafetiva. A norma silencia neste assunto (TJDFT, 2007).

A ausência de similaridade verdadeira e real entre os institutos edificados pelo legislador à natureza de entidade familiar e a parceria civil, a diversidade das razões justificadoras da existência de cada uma delas, autoriza o não emprego da argumentação analógica pretendida pelo Juízo suscitante. Exclusivamente a instituição familiar apresenta, ainda que potencialmente, meios de formação que a ela autoriza desempenhar a objetivo antropológicamente reservado como intenção vital da família na sociedade humana (TJDFT, 2007).

Com relação à competência do Juízo da Vara de Família como já alhures deve ser excluída. E na incumbência de fazer por consideração ao Princípio da Igualdade aprovado no *caput* e inciso I do Artigo 5º da Constituição Federal. Não se zela nesta ocasião da similar igualdade formal, mas da *igualdade material* que exige tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades (TJDFT, 2007).

A *igualdade substancial* é a que tem obrigação de ser considerada antes de tudo um dever (TJDFT, 2007).

Deste modo, considerada a liberdade de preferência a direção diferente, que é próprio a toda pessoa humana; respeitado o livre arbítrio que a cada um incumbe; respeitado o direito de orientação sexual do ser humano; aceita a capacidade de autodeterminação no exercício da sexualidade, é óbvio que não significa afronta à isonomia avaliar o fator de

desigualação assumido por cada ser humano no momento em que este elege sua opção e escolhe suas preferências (TJDFT, 2007).

Nesse momento, interessante é ilustrar na íntegra o posicionamento tradicional e conservador do Desembargador Natanael Caetano, Vogal do acórdão da jurisprudência tradicional conservadora ora analisada:

Senhora Presidente, acompanho integralmente o voto da eminente Relatora.

Confesso que fiquei preocupado, quando Sua Excelência citou trecho da doutrina de Maria Berenice. Nunca tive o prazer de subscrever qualquer das teses que Maria Berenice sustenta em matéria de Direito de Família, mas vejo com muita alegria que a eminente Relatora dela dissente, com toda propriedade.

Peço vênias para subscrever o seu ilustrado voto, que esgotou, de maneira brilhante, a matéria posta neste conflito de competência.

Estou com a eminente Relatora (TJDFT, 2007).

Com efeito, podemos observar no trecho, do voto do eminente ministro, destacado acima a que ponto chega o conservadorismo em sede do direito homoafetivo e principalmente fica evidenciada a resistência pela grande maioria dos juristas em recepcionar a união homoafetiva como um instituto do direito de família.

2.2 A Jurisprudência Crítica Contemporânea

2.2.1 União homossexual: lacuna do Direito

Como já antecipado no subitem anterior, esta doutrina foi selecionada para demonstrar a relevância dos critérios hermenêuticos na interpretação da lei. Note-se que, são situações similares, com institutos legais similares e processo hermenêutico diferenciado. A sentença, ao fim, demonstra-se determinada pela opção interpretativa do judiciário.

No preceito jurídico brasileiro não existe um padrão que discipline expressamente a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma maneira, que a norma brasileira não impede a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, estamos diante de uma lacuna na legislação (TJRS, 2007).

Para o devido preenchimento da lacuna, impende buscar junto à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Apesar disso, os que crêem existir brecha no ordenamento brasileiro devem, uma vez que pelo princípio da indeclinabilidade, consagrado no artigo 126 do Código de Processo Civil, o juiz não pode

deixar de solucionar o caso concreto alegando lacuna na lei, logo deve socorrer-se ao artigo 4º da Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) que ordena: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito",

Na procura da melhor analogia, o ordenamento legal, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homoafetivo não se une por razões unicamente econômicas. Tanto nos relacionamentos heterossexuais como nos homoafetivos encontra-se, como base fundamental dessas relações, o amor que consiste no sentimento afetivo de índole emotiva (TJRS, 2007).

No zelo pelos princípios gerais do Direito, as uniões homo afetivas se resguardam pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é natural de sua condição. Destes princípios gerais de direito o mais extraordinário é o princípio de liberdade, amplamente recepcionado pelo nosso texto Constitucional que traz a liberdade como alvo principal da República Federativa do Brasil na busca de "estabelecer uma sociedade livre" (artigo 3º, inciso I).

A apreciação dos costumes não pode divergir da formação da idéia de uma sociedade que se almeja pluralista democrática de direito e abomina a intransigência, a intolerância e o preconceito ao que não reze por sua cartilha. Não é importante se a afinidade é heteroafetiva ou homoafetiva. O que tem relevância na união entre duas pessoas independente de sua orientação sexual é a correspondência ou o ainda o compartilhamento de respeito, amor, emoção, agrado, carinho e de parceria entre duas pessoas, são esses sentimentos de relevância e de real importância social, positivos e que fazem *jus* ao amparo da assistência jurídica (TJRS, 2007).

O princípio do respeito à intimidade, personalidade e dignidade da pessoa humana traduz-se no direito já citado a liberdade independente de condição e/ou orientação homo afetiva. Opor-se a este direito na proibição ou discriminação a escolha da orientação sexual do indivíduo, hoje, no nosso ordenamento, por força da Constituição federal, é direito fundamental, além do que é atributo inerente à personalidade humana. E restringir a liberdade de escolha sexual rompe-se em dignidade de pessoas livres que somos (TJRS, 2007).

2.2.2 A união homossexual no caso concreto

Havendo, portanto, a chamada analogia *in bona partem* ao se valer da interpretação analógica os requisitos indispensáveis para que caracterize a união estável (art.

1.723 do CC). Possui, conseqüentemente, natureza jurídica de união estável. E evidenciada a separação de fato do convivente casado, de rigor a consideração da união estável homoafetiva, pelos princípios constitucionais em vigência, centrados na importância do ser humano quer seja ele homem ou mulher merece ter seus Direitos alcançados. Isso significa, entretanto, que colocar a parceria homoafetiva completamente à margem do ordenamento pátrio, o que configura uma circunstância injusta, uma vez que durante a coexistência desses pares homoafetivos há o auxílio mútuo, prestação de serviços domésticos e aquisição de bens. Não se diferenciando em nada das relações heterossexuais (TJRS, 2007).

Em decorrência, as repercussões jurídicas constatadas na união homoafetiva em relação à partilha de bens, vale para os parceiros homoafetivos a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: “Comprovada à existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (TJRS, 2007).

Da conclusão de uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo resultam importantes efeitos práticos, que o nosso ordenamento pátrio não tratou com prudência o direito a respeito da diversidade de sexos na união estável, logo, a norma deixou uma lacuna sem proteção do Estado. Todavia, a regra brasileira atualmente não disciplina especificamente a questão da união homoafetiva, ou seja, a relação afetiva estabelecida entre homossexuais. E infelizmente somente uma emenda constitucional terá o domínio de adotar às uniões homoafetivas, como casamento, união estável ou entidade familiar. Não se pode aproveitar este vácuo legislativo e negar direitos e legitimar injustiças (TJRS, 2007).

O silêncio constitucional e do legislador ordinário sobre o tema não pode legitimar a negação de efeitos jurídicos destes vínculos também argüido como lacunas no Direito, a doutrina nos apresenta duas posições fundamentais: uma centrada na doutrina de Kelsen, outra baseada nas lições de Bobbio. O preceito jurídico, não exclui, expressamente, a proteção das uniões homoafetivas, então, caímos no que Bobbio chamou de Norma Geral Exclusiva que é uma das premissas básicas do pensamento Kelseniano, que afirma que: "tudo o que não está explicitamente proibido, está, implicitamente, permitido" (TJRS, 2007).

Prosseguindo com o perquirido pelos doutrinadores que seguem a teoria Kelseniana que amparam o adágio *permitted quod non prohibetur* (o que não é proibido é permitido), isso afasta qualquer probabilidade de existência de brecha na norma jurídica. No entendimento do doutrinador que com esse axioma o princípio jurídico vai se adequar todos os comportamentos seja de forma positiva ou negativa. Esta configuração de observar o tema

da lacuna não é isenta de apreciação. Entretanto, aqui já nos deparamos com um bom começo para abalizar a obrigação de se extrair resultados jurídicos (pessoais e patrimoniais) apesar de não existir regulamentação no sistema sobre as relações afetuosas de pessoas do mesmo sexo (TJRS, 2007).

Acontece que, não encontramos em todo dispositivo legal, uma única norma que proíba a relação afetiva homossexual de tal modo, que aproveitando o mesmo axioma e o mesmo raciocínio de Kelsen, é possível afirmar com toda segurança, e sem receio na assertiva que, já que não é proibida, a união homoafetiva, logo ela é admitida pelo ordenamento jurídico (TJRS, 2007).

Deste modo, abraçando-se a perspicácia kelseniana, não se é adequado rechaçar as conseqüências jurídicas a uniões entre pessoas do mesmo sexo. Ainda sem se conjecturar do silêncio do legislador no direito, é de bom senso adotar juridicidade às uniões afetivas homossexuais, pois, a completude do preceito legal compreende tais relações de fato, ainda sem constituição, precaução válida no regulamento jurídico a respeito (TJRS, 2007).

A partir da compreensão de Bobbio pode-se assegurar que nos encontramos diante de uma lacuna na lei, porque há supressão quanto aos resultados jurídicos da união afetiva homoafetiva. A norma não tem prevenção quanto às implicações jurídicas decorrentes dessa união (TJRS, 2007).

A noção de que há um silêncio na legislação ou no preceito jurídico é a imagem predominante dentre os causídicos. Existirá continuamente um vácuo legislativo bem como para resolver a celeuma jurídica para determinado fato se torne obrigatório que a lei não proporcione uma saída que se amolda ao episódio real em espécie, de tal modo, que o *vocabulo “lacuna” designa os possíveis “vazios”, ou melhor, os casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução* (Diniz, apud TJRS, 2007).

É mister reiterar, como se versar de uniões homoafetivas a regra não calcula qualquer enfoque de constituição propalada no regulamento jurídico para resolver. Igualmente, não há na norma promulgada coerção categórica ou subentendida que elimine os efeitos de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, a lei brasileira atualmente não disciplina especificamente a questão da união homo afetiva. O ordenamento pátrio silencia neste assunto. Não há no direito objetivo, no regulamento das regras impostas aos indivíduos, recomendação de decisão a ser adotada frente a tais relacionamentos que são

muito mais corriqueiros do que se imagina e suas conseqüências inexoravelmente virão desaguar no Poder Judiciário (TJRS, 2007).

Afinal, existe falha do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, porquanto nos encontramos com uma conduta (comissão ou omissão) sem regulamentação constituída admitida. Do mesmo modo não há regra contrária ou medida repressiva decorrente da união do par de pessoas do mesmo sexo (TJRS, 2007).

2.2.3 Colmatação ou Preenchimento de lacuna

A deficiência do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas atribui que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. Emprestando-lhes, excepcionalmente, os efeitos já protegidos expressamente pela lei defendemos que, enquanto não seja regulamentada a união entre pessoas do mesmo sexo, os aplicadores do direito deveriam utilizar-se do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana do artigo 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei.” (TJRS, 2007).

E o art. 4º da LICC para, através da aplicação da analogia, reconhecer a União Homo afetiva, concedendo aos companheiros do mesmo sexo os mesmo direitos previstos para a União Estável (TJRS, 2007).

Então enfatizando o ensinamento de Kelsen a respeito da completude, este deve apresentar-se na mesma trilha da doutrina de Bobbio sobre lacunas existentes na legislação, o magistrado diante de tal carência na lei precisa ainda assim julgar. *Com il suo permesso*, sentença que não consideram esse tipo de pleito, pela simples argüição de que não há preceito sobre o tema proposto, na realidade, em que pese à opinião de Magistrados que possam vir a utilizar esse tipo de alegação. Estes se expressam pelo entendimento de não haver elementos no feito que lhe permita sentenciar. No Direito Romano era o chamado *non liquet*. Portanto, a ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (TJRS, 2007).

Deste modo, o mesmo ordenamento jurídico que obstar o julgador de apreciar a lide, imediatamente esboça percepção para preencher o silêncio constitucional e do legislador (TJRS, 2007).

Importa persistir com o estudo do artigo 126 do CPC: “(...) No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.” (TJRS, 2007).

Destaque-se, ainda, a imposição do Artigo 4º da Lei de Introdução Código Civil no seu: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (TJRS, 2007).

Importa consignar que, o vácuo legislativo consiste em suprir com espeque nos primordiais e inafastáveis valores constitucionais e analogia. A analogia para Bobbio e os princípios são peças do processo de auto-integração para completar as lacunas (Teoria do Ordenamento Jurídico, p.150). Para Maria Helena Diniz os princípios são também usados para o preenchimento de lacunas, mas fazem parte do método da heterointegração (Lacuna do Direito, p. 212) por compreender como fonte auxiliar do direito (TJRS, 2007).

2.2.4 Princípios: Igualdade e Dignidade Da Pessoa Humana

A solidificação do princípio da igualdade se dá com a existência de um princípio geral de não discriminação por orientação sexual (RIOS, apud TJRS, 2007).

Com efeito, a discriminação por preferência sexual é uma suposição de teoria edificada no sexo do indivíduo para quem alguma pessoa guia sua atração sexual, no propósito em que a realização de uma ou outra orientação sexual suscita a adaptação dos sexos das pessoas seduzidas por relação de pessoas do mesmo sexo (TJRS, 2007).

De acordo com o art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988:

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A discriminação por preferência sexual é uma maneira de o legislador abordar sem igualdade e com preconceito. Os preceitos primordiais e inafastáveis de importância constitucional, tendo em mira que é alvo basilar da República, estabelecem uma sociedade solidária, justa e igualitária, visando à promoção do bem estar de todos, indistintivamente, sem preconceitos e com liberdade de escolha da orientação sexual do indivíduo (TJRS, 2007).

Mais um princípio que deve ser convocado para suprir a brecha jurídica é o previsto no artigo 1º, inciso III do Diploma Constitucional, o da dignidade da pessoa humana. Ignorar o princípio mais importante do nosso ordenamento e fundamento do nosso Estado Democrático de Direito não deve ser permitido. O princípio da dignidade da pessoa humana garante que toda pessoa tem direito de realizar os seus atributos inerentes à personalidade e consolidar os direitos previstos na Constituição. Destarte, o não reconhecimento da União Homo Afetiva denota ofensa ao princípio da dignidade na medida em que afronta o princípio da igualdade das pessoas independente do sexo (TJRS, 2007).

“O princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função de características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal.” (RIOS, apud TJRS, 2007)

2.2.5 Analogia à União Estável

É inquestionável a ausência de legislação sobre o objeto das uniões homoafetivas. Evidente que não admitir direitos aos consortes do mesmo sexo constitui uma ofensa aos princípios constitucionais, impede, imediatamente, apesar de o legislador buscar na colmatação do silêncio da Lei, encontrar interpretação ajustada aos resultados jurídicos em outro ordenamento legal. Deste modo, entramos na seara da analogia, uma vez que Bobbio deduz por “analogia” ensina: “O procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante* (TJRS, 2007).

Insta esclarecer, que, a saída para o processo de reconhecimento de união homoafetiva adotará o caminho da analogia, os mesmos resultados legais incididos sobre as uniões estáveis, bem como é dispensável a verificação da contribuição do esforço comum. Esta comparação não é coincidência, pois a União Estável é um assunto que se assemelha

com a união homo afetiva não exclusivamente por versar do argumento de uniões afetivas, mas igualmente porque a apreciação do tema união estável atravessou por tabus e obstáculos semelhantes aos que a união homo afetiva defrontar-se nos dias hodiernos (TJRS, 2007).

O vácuo legislativo é o primeiro requisito. Significa que a norma jurídica não trata do tema expressamente. O requisito encontra-se inteiramente em sua completude. Não existe precariedade para adequar a analogia ao caso em tela, a despeito das inúmeras tentativas de estabelecer norma específica, o legislador brasileiro ainda não se empenha em colocar no repertório legislativo brasileiro a disciplina legal para as uniões homoafetivas. Na realidade, a sociedade pressiona os legisladores. Estes, então, acabam não aprovando projetos para reconhecimento de direitos e institutos, como o da união estável entre pessoas do mesmo sexo, por temer a reprovação de seu eleitorado (TJRS, 2007).

O segundo requisito determina que o evento não expresso por norma jurídica (união homoafetiva) se apresente, pelo menos, como uma afinidade de similaridade (união estável) (TJRS, 2007).

As evidências em ambos os institutos são relações de afeição não constituídas por cerimonial oficial, iguais aos advindos do matrimônio. Há em alguns episódios, pessoas que se vinculam pelo amor e por compartilhar do mesmo desejo. Lentamente sem pressa caminham desenvolvendo equilíbrio emocional, até se darem conta de que vivem em conformidade da vida de casados assumindo mutuamente a condição de consortes e companheiros como no casamento (TJRS, 2007).

O derradeiro, terceiro componente da analogia determina que possua semelhança indispensável ou de fato que induziu o jurista a desenvolver uma opinião que legisla a circunstância da qual se ansiar fazer comparação a situação não amparada por lei. A este requisito Bobbio (p.152) denomina de *semelhança relevante*. Assim, deverá possuir uma autêntica similaridade e o mesmo entendimento no meio das duas circunstâncias (TJRS, 2007).

É cediço, que a similaridade de importância nos dois eventos é o apego simples sem formalidades. Em ambos os institutos estão situados no cento das relações interpessoais a dedicação especial dos companheiros (TJRS, 2007).

É bom que se diga que não se ignora a seriedade de tal sentimento. Sentimentos estes que por muitos ainda são descritos por “fenômeno”. Em igual quantidade para a promoção da solidariedade humana universal bem como para a felicidade dos seres humanos

em especial. Vale destacar que o direito não tem o condão de regular os sentimentos intrínsecos as relações sentimentais entre duas pessoas, é uma questão de interesse individual, e não público, de tal modo, que o Estado tem obrigação de defender e não reprimir ou fechar os olhos para tal questão (TJRS, 2007).

Os amantes que usufruem de direitos regulamentados hoje pela lei, igualmente suportaram as dificuldades e as discriminações que atualmente padecem as famílias homo afetivas. As relações homo afetivas sempre existiram em todas as épocas, em algumas foi enaltecido, como na Grécia antiga e outras vastamente sufocadas. E não há um dispositivo legal no ordenamento nacional estabelecendo “O DIREITO DE AMAR COM LIBERDADE”. Nossa lei ainda aguarda regulamentação pelo legislador (TJRS, 2007).

Verifica-se assim, a existência um conjunto de regras (princípios constitucionais explícitos mais a lei da União Estável) de onde retiramos subsídios que permitam valerem ao episódio não regulamentado, mas análogo (TJRS, 2007).

2.2.6 Da Devida Proteção à União Homossexual

Ao debater o tópico sobre a formação da família, é certo que a maneira mais apropriada de abordagem do assunto é levar em reflexão os alicerces dos institutos que articulam com relação ao direito de família (TJRS, 2007).

É necessário advertir que existe ponto de vista uniforme de que as afinidades homo afetivas são relações que precisam ser devidamente regulamentada pelo Direito de Família, e, por isso, de competência das Varas de Famílias, tem se deparado com oposição. Dessa conclusão resultam importantes efeitos práticos, entre outros existe o da incompetência das varas de família para a solução de litígios envolvendo tais uniões (TJRS, 2007).

A afirmação apontada para as peculiaridades das afinidades homoafetivas está no arrimo jurídico ajustado para os que, contra a preferência sexual, vinculam-se, em seu sentimento de família, com pessoas de mesmo sexo (TJRS, 2007).

As afinidades de construção emocional, dedicação e afeto por pessoas do mesmo sexo suscitam resultados que carecem ser protegidas por um ordenamento jurídico que se diz democrática e pluralista. Não há serventia no amparo genérico e extensa abrangência da lei se

seu aproveitamento permanecer ancorado na ignorância da cegueira do pré conceito (TJRS, 2007).

As decisões alegadas por quem compreende não ser possível aplicar a regra da união estável às relações homo afetivas sob a exigência que os sujeitos das uniões estáveis devam ter diversidade de sexo. Assim sendo, o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que eleva a união estável à condição de instituto familiar, é expresso em ordenar a diversidade de sexos dos conviventes para a formação da união estável. A Constituição de um lado assegura o direito de igualdade de todos sem distinção de sexo, como princípio fundamental, e desobriga-se, mais adiante, no exercício do direito fundado § 3º, do artigo 226, onde faz restrição aos sujeitos: homem e mulher (TJRS, 2007).

O documento constitucional estimula como princípio indicado e delimitado da lei a respeito à dignidade humana (TJRS, 2007).

Mais a frente do texto da legal, vale o princípio que esclarece o texto. Portanto, é imprescindível falar em alto e bom som: a pessoa homo afetiva é um ser humano, tem vida, paga impostos. Assim sendo, tem os mesmos direitos à proteção que a ordem jurídica oferece as pessoas heterossexuais em circunstâncias iguais (TJRS, 2007).

Lembramos que as deliberações que têm acolhido as aplicações das leis da união estável às relações homo afetivas aproveitam superioridade da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um desempenhar por completo o que é próprio de sua condição. Como já alhures, exclusivamente desta maneira se preenche a risca, o direito constitucional da não discriminação por sexo, prevenindo a segregação do ser humano homo afetivo (TJRS, 2007).

Deste modo, cumpre-se, respectivamente a obrigação jurídica e própria do respeito dos seres humanos, não discriminar ser ético, ser tolerantes com as preferências particulares do individuo, ou como queiram entender, a diferença do próximo (TJRS, 2007).

Existem exclusivamente, duas direções: ou se regulamenta a norma do direito às relações homo afetivas para que se produzam as proteções que se fizerem necessárias ou se segrega, se marginaliza a parceria homoafetiva colocando-os completamente à margem do ordenamento pátrio, o que poderia configurar uma situação injusta. Além é claro de fugir das nossas origens que nos difere dos animais irracionais (TJRS, 2007).

A primeira teoria harmoniza-se com a tolerância que deve andar entre as relações sociais (TJRS, 2007).

A segunda acarreta o preconceito, próprio da pessoa sempre se resiste ao espírito de tolerância. Pois, o sectarismo, o *apartheid* pela preferência sexual, é nada mais é que uma implicância gratuita. Sem fundamento algum, uma vez que é uma questão de interesse individual, e não público. Dá a entender distinguir como menor uma relação que tem suas preferências sentimentais por pessoas do mesmo sexo, sob o modelo das relações heterossexuais. Ainda que corrente seja a heterossexualidade, o paradigma é outro: é o do gênero humano (TJRS, 2007).

Não se deve levar em consideração a alegação se a relação é hetero ou homoafetiva. Essencial é que o compartilhamento de afeto fundamente-se na solidariedade de sentimento, de afeição e dedicação, de cooperação entre duas pessoas humanas. Vale adotar noções e exigências da união estável, independente de preferência ou orientação sexual que abracem. Recusar direito do reconhecimento da união de duas pessoas do mesmo sexo é desprezar sua natureza humana e limitar em dignidade as pessoas que são homossexuais. A união pelo amor é que estabelece o instituto familiar e não apenas a diversidade de gêneros. O afeto é a mais pura exteriorização do ser e do viver, de maneira que marginalizar relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade (TJRS, 2007).

3 - TEORIAS E CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS ADOTADOS PELA DOCTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA

Diante da imensurável polêmica oriunda das relações homoafetivas trazidas à apreciação do direito, polêmica esta que se concretiza em qualquer aspecto abordado pelos conflitos nascidos destas relações, há um raro consenso entre a doutrina e a jurisprudência: “estamos diante de uma lacuna na legislação” (TJRS, 2007).

A partir desta constatação, as mais diversas teses doutrinárias e decisões judiciais se desdobram, seguindo métodos hermenêuticos ora idênticos, ora distintos. Cabe frisar que, mesmo normas orientadoras e métodos hermenêuticos idênticos resultam, na jurisprudência pátria, em decisões diferentes. Portanto, é relevante buscar compreender a construção e motivação destas decisões, e é justamente desta tarefa que este capítulo deverá se ocupar.

Como este trabalho propõe-se a defender um posicionamento, a metodologia de avaliação das jurisprudências e dos critérios hermenêuticos orientar-se-á da seguinte forma: complementação e eventualmente análise crítica das considerações apresentadas, coadunando os posicionamentos apresentados na produção teórica disponível. Não se perca de vista que a análise crítica é indispensável para a atividade acadêmica e de compreensão do direito.

3.1 – Hermenêutica

Ensina a lição de Carlos Maximiliano que o Direito “precisa transformar-se em realidade eficiente no interesse coletivo e também no individual” (MAXIMILIANO, 1980. p. 6), que pode ocorrer seja no respeito às normas vigentes, seja pela atuação dos tribunais, que devem decidir sobre os conflitos nascidos das relações sociais. Neste ponto, alerta o autor, há casos complexos, onde mais de um dispositivo jurídico parecerão aplicáveis, assim como, dispositivos poderão colidir uns com os outros. Nestes casos, o examinador deverá excluir as normas incompatíveis, podendo chegar a uma única norma, ou, recorrerá a outros métodos, tais como agrupamento de tipos jurídicos semelhantes, localização do ramo do direito que abriga o caso ou avaliação se há colisão entre as normas no espaço ou tempo (MAXIMILIANO, 1980. p. 7)

Seja como for, à aplicação do direito é imprescindível a hermenêutica (MAXIMILIANO, 1980. p. 8), pois “na verdade o magistrado não formula o direito, *interpreta-o* apenas” (MAXIMILIANO, 1980. p. 58. Grifo no original). Todavia, a atividade de interpretação é precipuamente subjetiva. Ainda que a ciência hermenêutica objetive diversos comandos e métodos que visam a máxima uniformização das decisões judiciais, mesmo assim restará uma margem de discricionariedade que permitirá aos juízes decidirem conforme suas convicções.

Acerca da discricionariedade dos juízes (e do positivismo jurídico), é conveniente recortar posicionamento crítico de Lenio Luiz Streck:

Parece não haver dúvida [...] que o positivismo (nas suas mais variadas acepções) está ligado à discricionariedade interpretativa (cujas conseqüências são decisionismos e arbitrariedades), além de ser incompatível com a noção de princípio forjada no neoconstitucionalismo. **O positivismo, assim, porque não leva em conta o modo prático de ser-no-mundo** – e essa questão é visível nas características semântico-analíticas das diversas teorias que pretendem dar conta da indeterminabilidade do direito – possibilita múltiplas respostas (exatamente em face da “delegação” que é dada ao juiz para encontrar a resposta nos hard cases) (STRECK, p. 8-9. Sem grifo no original).

Por outro lado, cabe ressaltar que a discricionariedade do juiz pode dar resposta às novas demandas sociais quando a norma, ou a aplicação da norma não dão mais conta da evolução social.

Estes dois desdobramentos (como já visto) estão presentes na jurisprudência pátria, bem como, orientam sustentações das doutrinas crítica e conservadora. Portanto, é a hermenêutica o cerne destes desdobramentos teóricos e a análise da orientação hermenêutica e de como é aplicada pelos juízes e pela doutrina em que se adentrará, tomando como amostra as duas jurisprudências já analisadas.

3.2 – Hermenêutica e Jurisprudência Tradicional Conservadora

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT, 2007), como já dito, reconhece haver no tocante às uniões homoafetivas, uma lacuna no direito. Partindo deste ponto, assim como a primeira jurisprudência analisada, traz-se à apreciação a outra, versando sobre conflito de negativo de competência, onde a lacuna é preenchida com interpretação

diversa, através de “técnicas de preenchimento do ordenamento jurídico que, reconhecidamente, é limitado” (TJDFT, 2007).

A jurisprudência, em sua exposição de motivos, indica que uma decisão judicial deve ser orientada pelo tecnicismo, ou seja, a interpretação deve ser jurídica e não pessoal. Assim, com vistas ao tecnicismo, deve levar em conta, dentre outros fatores, “o sentido literal do texto normativo” (TJDFT, 2007).

Ressalta ainda, a necessidade de relacionar as normas constitucionais, desvendando-lhes o sentido e alcance para determinar, cabendo ao intérprete na “determinação do conteúdo da norma aplicável ao caso não previsto em disposição legal expressa, considerar a existência de um sistema onde existem disposições constitucionais em posição dominante, pelo que não pode realizar a interpretação separadamente da lei e da Constituição” (TJDFT, 2007).

Com estas e outras considerações iniciais acerca das regras da interpretação, a decisão recorre à analogia. Note-se que, embora as considerações introdutórias caminhem exatamente na mesma direção da primeira jurisprudência, a conservadora, diferentemente da crítica, parte já da analogia na construção hermenêutica da aplicação do direito.

No mérito da analogia, a jurisprudência cita os argumentos sustentados pela leitura crítica do direito, ilustrando com as lições de Maria Berenice Dias e após isto, toma um caminho diferente do seguido pela jurisprudência gaúcha: a decisão preferida pela Desembargadora Diva Lucy Ibiapina funda-se no tecnicismo e na leitura literal do texto da lei, como já prenunciava seu voto ao dizer que deve-se considerar “o sentido literal do texto normativo” (TJDFT, 2007).

Assim, cita a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal do Brasil e o Código Civil, lembrando ainda que as definições “homem e mulher”, expressas em todos estes diplomas, no caso do Brasil se estendem à união estável (TJDFT, 2007).

Filiando-se assim à doutrina tradicional conservadora, a jurisprudência entende que

Os elementos diferenciais entre união heterossexual e união homossexual, para fins de constituição de entidade familiar, são relativos a requisitos essenciais à própria existência desse instituto.

Nem se diga que as modificações havidas nos esquemas familiares, ainda que substanciais, modificaram a estrutura familiar fincada na existência de um casal. Ao contrário, mantida está a estrutura familiar que na união do homem e da mulher encontra arrimo (TJDFT, 2007).

Como é caráter do tecnicismo, do positivismo jurídico puro, ocorre a coisificação do ser humano, uma postura que ignora que cada ser encerra em si uma infinidade de possibilidades, ignora a complexidade que guarda cada pessoa.

Atente-se para o trecho da decisão que traz este conceito, como se fosse um argumento válido cotejar seres que guardam em si sentimentos com objetos inanimados:

A essa altura, vale lembrar os ensinamentos do lexicólogo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira quando esclarece que a expressão “*casal*” é representativa de par composto de macho e fêmea, ou homem e mulher. Onde não há diversidade de sexos não há que se falar em casal. Coisas iguais, é certo, podem formar um par, desde que haja entre elas um elemento diferencial que as faça completar uma à outra (a exemplo: pares de sapato, de luvas etc. em que está ínsita a noção de diversidade: direito/esquerdo) (TJDFT, 2007).

Segundo a Desembargadora, as pessoas que desejarem unir-se a outras do mesmo sexo, não o poderão fazer sob a definição de casal, a fim de obedecer a um “imperativo lógico conceitual” (TJDFT, 2007).

Assim, foram trazidos à discussão, talvez de maneira redundante neste trabalho, mas primordial para confrontar e demonstrar as diferenças hermenêuticas presentes nas orientações judiciais, os elementos formadores da convicção conservadora. Para arrematar a análise desta jurisprudência, é ainda pertinente frisar outra passagem, qual seja:

Enfim, o fato social das parcerias homossexuais guarda, pelos elementos que o caracterizam, **profundas e fundamentais diferenças** com os diversos institutos que compõem o universo das entidades familiares. Não há elemento de identidade que possa estabelecer, entre aquelas situações, verdadeira e real semelhança (TJDFT, 2007. Sem grifo no original).

Embora a decisão faça menção às “profundas e fundamentais diferenças”, todas as razões expostas nascem e derivam de uma mesma situação: a identidade de sexos. Na verdade, é este o óbice essencial apontado pela doutrina conservadora para negar às pessoas que convivem em união homoafetiva o direito a constituir uma família. Concorde-se com a Desembargadora: é de fato, um imperativo conceitual. Um imperativo conceitual sobreposto à liberdade, ao inquestionável direito à felicidade, inerente a cada pessoa e fim de todo ordenamento justo.

Assim, partindo de pontos consensuais com a jurisprudência crítica, a jurisprudência tradicional conservadora termina por concluir que os conflitos nascidos das relações homoafetivas, devem ser resolvidas “no âmbito do direito obrigacional” (TJDFT, 2007).

Assim, como uma relação contratual, como uma relação obrigacional, deve ser discutida aquela que do afeto nasce, que pelo afeto se mantém e pela transformação do afeto é levada a juízo. Aqui não importa se sejam demandas de dissolução da união, sejam demandas reivindicatórias de direito como adoção ou reconhecimento.

Com relação ao método adotado pela jurisprudência conservadora para motivar sua decisão no caso em tela, permite-se registrar uma discordância: não é possível aplicar qualquer analogia sem antes discutir a natureza da relação homoafetiva e dos direitos que nascem com ela. Descartar seus direitos porque, sob o prisma conceitual, não preenche os requisitos para ser vista como família, é demasiado oneroso para um Estado Democrático, onde cada pessoa tem, coletiva e individualmente, resguardados seus direitos.

Os dogmas do conservadorismo parecem cada vez mais insustentáveis, seja sob o ponto de vista social, onde o clamor por respeito pronuncia-se cada vez mais claramente, seja sob o ponto de vista técnico-jurídico, onde a manutenção de uma ordem excludente fere de maneira cada vez mais flagrante os princípios que se consagram com a Constituição Federal.

3.3 – Hermenêutica e Jurisprudência Crítica

A jurisprudência gaúcha preocupa-se inicialmente em ressaltar que os conflitos nascidos das relações homoafetivas encontram-se dentre as lacunas do direito (TJRS, 2007).

De fato, uma relação homoafetiva, não encontrou ainda sua legitimação expressa em lei, da mesma forma que parece não ser razoável remeter tais demandas ao juízo cível das obrigações, pois as relações homoafetivas são sim, permeadas pelo afeto, e não merecem a descaracterização de família por ser diferente dos padrões sociais. Juízos pessoais a parte, avaliando objetivamente a questão, existe a lacuna. Esta lacuna é que, forçosamente, lança à questão a luz da hermenêutica. Não bastasse a existência da lacuna, diversos princípios jurídicos conflitantes entre si são suscitados como resposta para o tema.

Cabe ressaltar que mesmo a existência de princípios explícitos não seria suficiente para dirimir a questão, que se comunica com diversos dispositivos constitucionais. Neste sentido,

Interpretam-se todas as leis, sejam claras ou obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade de interpretação. Não se partilha aqui, da posição de Konrad Hesse, que nega o caráter de interpretação à atividade de revelar o

conteúdo da norma constitucional quando “não se suscitam dúvidas”. Embora haja recuperado algum prestígio após décadas de rejeição, a máxima *in claris cessat interpretatio* há de ter, tão-somente, o sentido de reconhecimento de que a zona de clareza existente na lei enfraquece a atividade do intérprete, mas não o condena a uma acrítica interpretação literal (BARROSO, 2009, p.109-110).

Nesta linha de raciocínio, o primeiro aspecto que a jurisprudência gaúcha levanta é baseado no brocardo o que não é proibido é permitido, que “fasta qualquer possibilidade de existência de lacuna no ordenamento jurídico. Entende o doutrinador que com essa máxima o sistema jurídico regula todas as condutas seja de forma positiva ou negativa” (TJRS, 2007).

O segundo aspecto suscitado é um contraponto ao primeiro, que baseado na doutrina de Bobbio, admite a existência de lacunas. Tanto um quanto o outro, admitem análise de caso pelo judiciário. Mais que isto: em qualquer caso, a relevância da hermenêutica é ressaltada, pois, se a norma não é clara, ou se não há norma para regulamentar a questão, os métodos de interpretação e aplicação do direito devem ser utilizados de maneira mais intensa, a fim de evitar aquilo que, por força constitucional do art. 5º, XXXV, de forma alguma pode ocorrer: que uma lesão ou ameaça a direito não seja apreciado pelo judiciário.

Assim, os primeiros critérios pontuados para autorizar o juiz a decidir e orientar sobre como fazer, são indicados na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), art. 4º e no Código de Processo Civil, art. 126. Os dois dispositivos são uníssonos em arrolar analogia, costumes e princípios gerais do direito (TJRS, 2007). Ressalte-se que, deste ponto partem as doutrinas conservadora e crítica, para alcançar horizontes jurídicos diferentes. O que será abordado oportunamente.

Partindo da interpretação que visa harmonizar o caso concreto aos princípios constitucionais, a jurisprudência gaúcha serve-se da dignidade humana e da igualdade para tecer suas considerações. Assim, demonstra que o direito à igualdade e à não discriminação de qualquer espécie, resta afetado se a orientação sexual da pessoa for motivo para que lhe dispensem tratamento diferenciado (TJRS, 2007).

Com a devida licença, ressalte-se que, impedir um casal de pessoas do mesmo sexo de constituir família (sendo este um dos direitos mais importantes de praticamente todos os ordenamentos jurídicos), de ter sua união reconhecida como casamento ou união estável, não pode ser entendida de outra forma, que não como um ato de discriminação.

Servindo-se de uma interpretação principiológica, nos moldes apresentados, a jurisprudência gaúcha legitima o direito de cada pessoa de expressar seu afeto e opção sexual,

seja nas relações heterossexuais, seja nas relações homossexuais. Ao mesmo tempo, refuta qualquer tipo de discriminação em razão desta escolha (TJRS, 2007).

Como segundo recurso hermenêutico, a jurisprudência recorre à analogia. As considerações principiológicas no caso em tela são importantes porque servem de base para a aplicação da analogia. Não somente por isto, mas também porque, uma norma jurídica só atinge sua eficácia plena quando aplicada em harmonia com os valores maiores (consagrados na Constituição). Assim, enquanto a aplicação dos princípios constitucionais deve ser compulsória e incondicional, a analogia tem suas hipóteses de cabimento, conforme leciona a jurisprudência, quais sejam: o vazio legislativo, semelhança com o precedente jurídico que se pretende aplicar e por fim a identidade essencial, ou seja, no caso das uniões homoafetivas, estas podem equiparar-se às uniões estáveis (dentre outros fatores pontuados pelo Relator) por ambas contarem com o afeto informal (TJRS, 2007).

Este processo hermenêutico pode ser assim visualizado:

certo que o não reconhecimento de direitos aos parceiros do mesmo sexo significa uma afronta aos princípios constitucionais, cumpre, agora, ainda em na procura da colmatação da lacuna no Direito, buscar definição das conseqüências jurídicas em outro instituto jurídico. Ou seja, vamos entrar no campo da analogia, pois Bobbio entende por “analogia” o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*.

Convém que se diga logo, a solução para a hipótese de união homossexual seguirá, pela via analógica, as mesmas conseqüências das previsões legais a respeito das uniões estáveis, como a desnecessidade da prova da colaboração (TJRS, 2007. Grifo no original).

Então, partindo das mesmas premissas e orientações hermenêuticas que a jurisprudência conservadora, a jurisprudência crítica conclui por um viés diferente: a proteção à união homossexual, submetendo-a aos parâmetros do direito de família (TJRS, 2007).

Outro princípio hermenêutico trazido à baila pela jurisprudência gaúcha, e que guarda em si grande relevância para a discussão do tema, é o da proporcionalidade, que aparece nas seguintes considerações:

Há quem sustente a inaplicabilidade da lei da união estável às relações homossexuais em face da necessidade de que os sujeitos da uniões estáveis terem diversidade de sexo. Também, o texto constitucional do § 3º, do artigo 226, faria restrição aos sujeitos: homem e mulher.

Mas o próprio texto constitucional põe como princípio norteador e balizador do sistema o respeito à dignidade humana.

Para além do texto da lei, importa o princípio que ilumina o texto. Por isso é preciso dizer alto e bom som: a pessoa homossexual é pessoa. E como tal merece a

proteção que a ordem jurídica confere aos as pessoas heterossexuais em situações análogas (TJRS, 2007).

Segundo o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ocorre a “ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido” (Barroso, 2009. p. 235). Nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Por mais relevante que seja. Na aplicação do direito, o examinador deve levar em conta, portanto, uma relativa restrição de uma norma de um lado, para uma relativa ampliação, ou uma efetivação de direitos de outro.

A aplicação do princípio da proporcionalidade repousa, portanto, na necessidade de construir-se o Direito pela utilização da norma positivada de forma coerente, harmonizando, sempre que possível, os vários interesses antagônicos que coadjuvam uma mesma relação jurídica. Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas, implicando regras cujo estabelecimento depende de uma ponderação. O dever de proporcionalidade, deste modo, deve ser resultante de uma decorrência coesa do caráter principal das normas (SILVA, 2004).

Compreendendo-se o caminho percorrido pela doutrina crítica para a construção hermenêutica de sua decisão, cabe agora, acompanhar a doutrina tradicional conservadora, a fim de verificar como se dá o processo de interpretação sob este prisma ideológico.

3.4 – Considerações acerca da Hermenêutica presente nas Jurisprudências

Bem, da leitura até o momento realizada, percebe-se que a jurisprudência, assim como a doutrina conservadora, optam por uma leitura literal dos dispositivos e interpretação restritiva na aplicação do direito.

É a este método que a especulação deste trabalho deve agora ocupar-se.

A doutrina, de forma um tanto casuística, procura catalogar as hipóteses de interpretação restritiva e extensiva. Há certo consenso de que se interpretam restritivamente as normas que instituem as regras gerais, as que estabelecem benefícios, as punitivas em geral e as de natureza fiscal. **Comportam interpretação extensiva as normas que asseguram direitos**, estabeleçam garantias e fixam prazos (Barroso, 2009. p.125-126. Sem grifo no original).

Entende-se que neste ponto reside a principal diferença entre os dois posicionamentos discutidos neste capítulo. Enquanto a jurisprudência crítica discute os conflitos submetendo-os à luz do garantismo jurídico, a jurisprudência conservadora busca

uma rotulação mais objetiva dos dilemas sociais. Este tipo de abordagem constitui um freio à evolução jurídica e social e remonta na atualidade, situações que no futuro nos caracterizarão como sociedade preconceituosa e arcaica, assim como nossos antepassados nos parecem por terem se servido da escravidão, por submeterem as mulheres ao domínio do homem, por discriminarem diferentes etnias, entre tantos outros episódios.

Outra diferença que está interligada, mas guarda diferenças, é a forma como o “elemento humano” é tratado nas decisões.

Enquanto na jurisprudência crítica os direitos de cada pessoa são discutidos como o bem maior de uma sociedade – e de fato o são! – na jurisprudência conservadora, duas pessoas são comparados a um par de sapatos. Infelizmente, até com caráter de inferioridade, pois, ao par de sapatos é dado o direito de ser par, enquanto que às pessoas homoafetivas não.

Cabe citar que, a lei é fruto de um momento histórico, em que é expressão de uma realidade, seja de fato, seja imposta pela força social dominante e assumida como universal. Seja como for, o caráter histórico não confere também caráter perpétuo aos textos legais. Neste sentido, discute-se a “interpretação histórica” das normas e colhe-se a contribuição de Barroso:

há limites a serem impostos à interpretação histórica. Nem mesmo o constituinte originário pode ter a pretensão de aprisionar o futuro. A patologia da interpretação histórica é o *originalismo* [...] John Hart Ely, professor americano autor de um livro clássico, sustenta, com propriedade, que tal movimento – de certa forma abrangido no conceito mais amplo de *interpretativismo* – não é compatível com os princípios democráticos. A defesa da idéia de subordinação de todas as gerações futuras à vontade que aprovou a Constituição contrasta com a idéia de Jefferson, generalizadamente aceita, de que a Constituição deve ser reafirmada a cada geração, sendo, conseqüentemente, um patrimônio dos vivos Barroso, 2009. p.139. (Grifo no original).

Ora, a título de curiosidade, a jurisprudência conservadora em discussão, cita documento da ONU aprovado em 1948. Logicamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui um marco na história, uma conquista imensurável para a humanidade, mas, se assim utilizada, é um direito dos vivos?

Finalmente, uma rápida observação sobre a interpretação sistemática, adotada pela jurisprudência, bem como doutrina crítica

Uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente alguma coisa – seja um texto legal, uma história ou uma composição – sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a

compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital (Barroso, 2009, p.40).

Ou seja: uma interpretação coerente de um dispositivo jurídico não é possível sem que ele seja harmonizado com o todo.

Estes princípios hermenêuticos aplicados ao caso específico, objeto deste trabalho, levam a concluir que:

Em primeiro lugar, os dispositivos legais que restringem a união estável e o casamento ao requisito da diversidade de sexos são ultrapassados. Na verdade sempre foi, entretanto, em tempos remotos o moralismo imperava e fazia lei. Isto não acontece hoje. Atualmente uma ordem imposta pela moral ou convicção de uma pessoa ou de pequenos grupos não pode gerir as relações sociais. O direito às uniões heterossexuais não é afetado pela admissão das uniões homossexuais. Infelizmente, o contrário vem acontecendo. É preciso romper com o legado histórico, presente em algumas relações sociais e nas relações jurídicas.

Sem segundo lugar, para se avaliar o mérito do assunto em discussão, não se pode reduzir a interpretação dos direitos das pessoas que vivem em união homoafetiva à mera analogia. Não é somente a identidade de sexo que marca as relações instituídas entre estas pessoas. Há o afeto. Em suas mais diversificadas formas, todas relevantes. Todos os elementos presentes no debate articulam uma interpretação sistemática da lei, que se por um lado diz que o casamento e a união estável ocorrem entre homem e mulher, assim sendo a disposição por ser fruto de uma realidade social não mais vigente, não apresenta razão lógica para relegar o afeto que permeia as relações homoafetivas, tampouco o direito de expressá-lo e tê-lo reconhecido pela lei e pelo sistema jurídico.

Finalmente, considerando o princípio da proporcionalidade, parece totalmente razoável a flexibilização (ou ainda melhor: a reforma) dos dispositivos legais que inadmitem às uniões homoafetivas galgar o estado de família.

3.5 – Considerações acerca da Hermenêutica presente nas Doutrinas

3.5.1 – Doutrina Crítica

Como já visto no item 1.1.1, a doutrina crítica não vislumbra impeditivos para a regulamentação do direito à união homoafetiva que não os de ordem religiosa ou social. De

fato, esta doutrina vem tecendo longos tratados amparada no direito e nas ferramentas hermenêuticas para legitimar esta necessidade, entretanto, os avanços são raros, tímidos e custosos.

Outros direitos acabam sendo concedidos através das decisões judiciais no Brasil. Dentre eles cabe citar os casos de adoção por casais homoafetivos, concessão de tutelas de ordem patrimonial, sem situá-la no âmbito do direito da família, entre outros.

Os principais recursos hermenêuticos utilizados pela doutrina crítica foram citados nos itens anteriores e a exemplo deles pode-se citar:

Desimporta a identificação do sexo do par, se igual ou diferente, para se emprestarem efeitos jurídicos aos vínculos afetivos, no âmbito do Direito de Família. Atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, necessário que sejam conferidos direitos e impostas obrigações independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes.

[...]

O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, igualmente cabe ser incluído entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica (DIAS, 2010).

Nesta citação, percebe-se o caráter sistemático, uma vez que articula o direito em questão a diversos princípios e dispositivos constitucionais. Na primeira parte, resta clara a defesa da restrição de um dispositivo, em busca da efetivação de um direito maior. É o princípio da proporcionalidade.

Com relação à ruptura ao historicismo, cola-se a lição de Fabio Ulhoa Coelho:

No direito brasileiro da atualidade, não há nada mais desrespeitoso ao princípio constitucional da dignidade humana que a ausência de disciplina legal da família constituída pela união de pessoas do mesmo sexo. Os homossexuais se sentem injustiçados, e com razão, porque não podem ter os mesmos direitos que os heterossexuais, em relação aos seus parceiros no vínculo de conjugalidade.

Note-se que não se está falando de inacessibilidade aos direitos de conteúdo patrimonial. Em relação a estes os institutos do direito contratual e real permitem que casais homossexuais alcancem idêntica proteção à concedida, por meio do direito de família, aos heterossexuais.

[...]

O desrespeito ao princípio constitucional da dignidade humana a que leva a falta de disciplina legal dessa espécie de entidade familiar encontra-se, na verdade, no exercício dos direitos extrapatrimoniais titulados pelos cônjuges e companheiros. No enfrentamento de questões sensíveis – como, por exemplo, autorização para transplantes, cremação do corpo ou doação de órgãos após o falecimento e vocação para curadoria em caso de interdição –, nenhum negócio jurídico praticado pelos

homossexuais pode garantir a equiparação aos heterossexuais (COELHO, 2010. P 155).

Além de expressar a crítica a uma ordem social ultrapassada, o posicionamento evidencia aquilo que a jurisprudência já anuncia nas entrelinhas: as uniões homoafetivas são legitimadas no direito formal e material e cada vez será mais difícil negar esta legitimidade. Estranha é a insistência jurídica no Brasil, em refrear estes avanços. Isto resta claro porque, embora os tribunais não queiram reconhecer a legitimidade familiar destas uniões, freqüentemente precisam abrir precedentes, como os já citados neste trabalho e reiterados pelo autor.

3.5.2 – Doutrina Tradicional Conservadora

No outro lado da balança, encontra-se a doutrina conservadora, com o posicionamento dogmático.

Este posicionamento comporta crítica, pois, o direito é uma ciência fruto das convenções sociais. O direito deve acompanhar estas evoluções e não moldar a sociedade, impedindo a transição de fases que é inerente às evoluções sociais.

Grosso modo, o positivismo funda suas razões nos dogmas jurídicos. Tal ocorre com o caso em discussão: para sustentar a impossibilidade de haver casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo, a discussão restringe-se à letra da lei. Ou seja: não é possível porque a letra da lei não admite. Nestes casos, não se discute o mérito do direito propriamente dito, mas o que está escrito nos códigos. Assim, dispositivo legal, uma vez esvaziado de legitimidade, torna a fundamentação dogmática irrelevante. O grande problema reside em conseguir discutir a validade dos dispositivos, pois a este debate, não é dado chance pelos teóricos dogmáticos. Basicamente, segue a lógica de todo dogma: existe por si só e não se questiona, pois se questionado, não é passível de comprovação.

Mesmo a atividade hermenêutica é esvaziada de importância, pois não se articula uma temática jurídica aos demais dispositivos, não se aplica o direito de forma proporcional, não se consideram na sustentação do tema elementos estranhos aos que especificamente figuram nos dispositivos legais elencados para solucionar o conflito submetido à apreciação.

A abordagem positivista tem, além deste caráter reducionista e objetivo ao extremo, o viés de considerar fonte de direito somente o Estado, especialmente através da atividade normativa. Este fator vem sendo cada vez mais questionado pela teoria crítica do direito que se expressa nas mais diversas áreas do direito e leva a questionar se não seria fonte de direito também, toda demanda coletiva ou individual, que renegada ou posterior ao direito dito, não consegue expressar-se e muito menos efetivar-se diante do positivismo extremo.

A exemplo da argumentação dogmática e positivista, cola-se algumas das exposições já relacionadas na pesquisa:

a diferença de sexos é elemento estrutural do casamento, sem o qual inexistiria o vínculo matrimonial. É uma condição de tal modo evidente, que dispensa regulamentação legislativa. A sua ausência torna a celebração uma aparência de casamento, que a ordem legislativa não pode admitir, ainda que para anulá-lo.

Malgrado alguns países, como a Espanha, a Holanda, a Bélgica, o Canadá e o Estado de Massachusetts, nos Estados Unidos, admitam o casamento entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil tal espécie de união legal não pode ocorrer, mesmo se os nubentes forem, ambos, oriundos de país onde já se permita o casamento homossexual (GONÇALVES, 2008. p 127).

a união, ainda quando solenemente feita, entre duas pessoas do mesmo sexo, não constitui matrimônio, porque ele é, por definição, contrato do homem e da mulher, *vir et mulieris coniunctio*, com o fim da satisfação sexual e de procriação (MIRANDA, 2001. p. 315)

Ou ainda:

Embora nenhum texto o proclame, o matrimônio assenta no pressuposto fático da diversidade de sexos. Em todo tempo. Em todas as civilizações. Em todos os sistemas jurídicos. É uma condição de tal modo evidente, que dispensa a referência legislativa (PEREIRA, 2004).

Os autores afirmam que a condição da diversidade de sexos é evidente, tão evidente que não precisa ser dita pela lei, mas não fundamenta a evidência defendida. Segue o padrão já avaliado. Sustenta o dogma, mas não adentra nas questões de direito.

Tal doutrina ousa-se dizer, não pode servir, nesta matéria, para sustentar argumentações contrárias ao direito de pessoas do mesmo sexo se unirem em matrimônio ou união estável. Aquilo que a sociedade legítima deve dizer como deve ser o direito e jamais as imposições morais, engessando o direito, devem dizer como pode ser a sociedade.

CONCLUSÃO

Diversos elementos foram relacionados ao longo das páginas que antecederam estas considerações finais. Este é o momento de reunir os principais aspectos de cada um deles, para compreender os mecanismos e resultados da construção do debate jurídico suscitado nos tribunais brasileiros acerca das uniões homoafetivas.

Constitui um grande desafio vivenciar estas reflexões buscando imparcialidade, especialmente se considerado que os posicionamentos predominantes nos tribunais parecem tão carregados de parcialidade.

Pensando neste aspecto, o da imparcialidade, ou mesmo da neutralidade, levanta-se a suspeita de que é possível ousar dizer que a neutralidade está muito mais próxima do posicionamento crítico que, apesar de posicionar-se categoricamente, ao menos considera todos os aspectos e todas as variáveis, assumindo caráter mais científico, ao menos no tocante ao tema desta monografia.

Perceba-se o porquê desta conjectura: as posições da doutrina e jurisprudências críticas são sim reflexo de um sentimento subjetivo de justiça, mas não são negligentes no debate. Um doutrinador crítico não diz: “É assim porque tem que ser. É assim porque a norma diz”. Um juiz, ao decidir de maneira divergente do posicionamento predominante, o qual é marcadamente conservador conforme a categoria proposta nesta pesquisa, fundamenta sua decisão em um rol muito mais amplo de argumentos. Recorre às normas, aos princípios, aos costumes e todos os demais aspectos que devem ser considerados em direito.

Na verdade, o doutrinador, ou juiz, crítico nem poderia dar-se ao luxo de responder as indagações propostas nos mesmos termos que a doutrina conservadora. O caminho a ser trilhado para buscar a ruptura de padrões é sempre mais difícil que o caminho a ser trilhado para mantê-los vigentes.

Como a doutrina crítica precisa embasar muito mais seus posicionamentos, vanguardistas que são, para obter-lhes reconhecimento, seus conceitos, quando produzidos de maneira responsável, são muito mais palpáveis e compreensíveis. Voltando esta reflexão ao tema desta monografia propriamente dito, é possível apontar algumas superficialidades e contradições na doutrina e jurisprudência conservadora.

O primeiro ponto a ser considerado, é que impedir a união homoafetiva de galgar o estado de família porque as normas dizem que família se constitui entre homem e mulher, constitui uma interpretação restritiva. Importante repetir que a aplicação de interpretação restritiva não é cabível em normas asseguradoras de direitos.

Sempre que no ordenamento jurídico um direito for garantido, é importante que se expanda ao máximo o alcance ou acesso a este direito. Isto se aplica especialmente a direitos mais caros e importantes na realização de princípios jurídicos, como é o caso do direito a constituir família, a viver em harmonia com a pessoa que se deseja, independente de identidade ou diversidade de sexo e sem precisa enfrentar o sistema para celebrar o afeto.

Destaque-se que pela construção doutrinária que sistematiza os métodos hermenêuticos, a interpretação restritiva é recomendada aos casos, e somente a estes, em que a lei concede privilégios, aplica penalidades ou sanções (BARROSO, 2009. p.125-126).

Há ainda outra incoerência no entendimento proposto pela doutrina, e seguido pela maioria dos Tribunais. Como já visto, a doutrina conservadora propõe que se compreenda literalmente o texto da lei, num entendimento de que **somente** é possível a união estável quando há possibilidade de conversão em casamento e que o casamento por sua vez, **somente** é possível entre homem e mulher.

O Código Civil, art. 1.565 e a Constituição Federal, art. 226, § 3º, fazem menção expressa de que tanto a união estável quanto o casamento constituem-se entre homem e mulher, todavia não trazem vedação expressa de que possam acontecer entre dois homens ou duas mulheres.

A vedação tácita, abstração proposta pelos conservadores, vai contra os princípios do direito privado. Veja-se bem: a constituição de família ou de relacionamento afetivo, como a união estável ou casamento, apesar de serem previstos na Constituição, são matéria do direito civil, direito privado.

Converge a doutrina entendendo que no direito privado, é permitido ao cidadão fazer tudo aquilo que a lei não vedar. O contrário é aplicado aos atos públicos, ao direito público, como é o exemplo dos atos de agentes públicos: a estes, só é permitido fazer, aquilo que a lei expressamente autorizar (FARIA, 2004. p. 172).

Perceba-se a distinção e perceba-se que a constituição cita: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (art. 226, § 3º) e não cita que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida

somente a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. Esta leitura é uma construção da doutrina conservadora.

Ou seja, se não há proibição expressa de que casais do mesmo sexo busquem união afetiva, parece não haver lógica, segundo boas normas de hermenêutica e aplicação do direito, em negar o estado de família ou de união estável, ou até mesmo de casamento.

Prosseguindo, há outro fator que precisa ser visto com mais minúcia. A questão da construção doutrinária conservadora acerca da identidade de sexo como requisito para a união. Com relação a esta convenção doutrinária, por mais que se busque argumentos para compreender a gênese desta posição, esta busca sempre redundará nos mesmos argumentos: mesmo não vedando o contrário a lei diz que deve haver homem e mulher para constituir casamento. Os aspectos hermenêuticos e de direito levantados pela doutrina crítica, não são respondidos. São simplesmente relegados nesta construção doutrinária.

É por estes aspectos, que se atribui a este posicionamento o caráter dogmático. Segundo Stamford (2000, p. 22), a dogmática jurídica reduz o direito das pessoas ao que é ditado pelo Estado, que impõe estes modelos formais como fórmulas para todas as demandas sociais.

O autor prossegue avaliando que a abstração dos costumes e enquadramento dos conflitos dentro destes dogmas afasta cada vez mais o direito positivo da vida social.

O posicionamento dogmático serve para manter uma ordem sem que seja discutido o mérito desta ordem. Este tipo de prática não pode ser considerada nem neutra, nem parcial.

É neste sentido que se fez anteriormente a estranha conjectura de que o posicionamento crítico está mais próximo da neutralidade que o posicionamento conservador.

É oportuno recordar ainda que, em tempos passados, o posicionamento conservador se apegava a princípios religiosos, a preconceitos sociais para refutar da ordem jurídica a união homoafetiva. Estes argumentos eram difundidos tranquilamente e serviam de base a sustentação desta impossibilidade. Todavia, com o advento da Constituição de 88 e com a expressa proibição e qualquer tipo de preconceito, tais argumentos não puderam mais ser utilizados, por serem absolutamente esvaziados de cientificismo e carregados de preconceitos e efeito discriminatório.

Pois bem, os argumentos tornaram-se inválidos, mas os paradigmas permanecem até hoje. Supõe-se que isto se deva ao fato de, na edição das normas que ainda vigoram, haver resquícios do preconceito. Estes preconceitos, apesar de inadmissíveis no novo ordenamento, ainda impregnavam a cultura do legislador e esta cultura não era ainda capaz de conceber uma ordem social onde todos os homens e mulheres fossem livres para amar quem e como quisessem. Essa cultura não era ainda, capaz de se dispor a ouvir o clamor (hoje, cada vez mais forte) daqueles que querem ser e viver de maneira diferente dos moldes fixados pelas normas.

Dizer que um casal homoafetivo é não uma família, mas uma sociedade de fato, é como fazer usar um calçado menor que o pé: não serve, apertada, causa desconforto. Esta analogia não serve mais para as necessidades dos casais homoafetivos. Servia antes, quando a democracia ainda não era um hábito. Quando a liberdade de expressar-se ainda não havia sido tomada como direito e quando a defesa da dignidade humana ainda não constituía um dos sentimentos mais válidos da sociedade.

A atual conjuntura histórica não justifica mais a ordem vigente e as gerações atuais e futuras não podem mais suportar o ônus da intolerância.

Atualmente, a constituição garante a pessoa humana o direito de defender sua dignidade. Mais que isto: a dignidade é condição inerente, deveria ser compulsória. A dignidade é um sentimento subjetivo e cada pessoa vislumbra a sua como condição para realização plena. Dentro de suas perspectivas, põe seus parâmetros: é a sua liberdade de autodeterminação, o direito à personalidade. É por isto que se fala que esta é uma problemática que se estende pelo direito público e pelo direito privado, confundindo seus limites.

Inclusive, para arrematar os critérios hermenêuticos incidentes sobre as liberdades sexuais, é importante ter bem clara a natureza material do direito em discussão. Uma de suas matizes vem como alicerce fundador da dignidade humana, pois o livre exercício da personalidade deve ser orientado pelos desejos de foro íntimo e poder partilhar a vida em parcerias homoafetivas se estes desejos assim impulsionarem, é um aspecto fundamental para realização humana (MATOS, 2004, p. 148)

Sua relevância abriga-se também como direito inerente à noção de pluralidade da família, pluralidade esta que abrange formas diferenciadas da união heterossexual, como a

família monoparental. Frise-se ainda que a natureza material deste direito também está fundada nos princípios da igualdade e liberdade.

Apesar de todos estes aspectos, o Estado não se mobilizou ainda para incluir no ordenamento jurídico os direitos das parcerias homossexuais. Ainda não foi reconhecido formalmente, o afeto que une duas pessoas do mesmo sexo e as leva a viverem em união.

É como se o ordenamento intentasse vencer no cansaço o clamor popular. Como se preferisse ignorar a existência das uniões homoafetivas e, lamentavelmente, esta postura é reafirmada em diversos tribunais. A maioria, pode-se dizer.

De qualquer maneira, as uniões homoafetivas existem e, cada vez mais, batem à porta do judiciário para dirimir seus conflitos. Ocorre que, ao procurar intervenção judicial, as uniões entre pessoas do mesmo sexo não encontram o tratamento adequado (como já foi detalhado nos capítulos anteriores), pois são recebidas e julgadas como se o caso se tratasse apenas de conflito material ou pecuniário.

Ao aplicar a analogia, alguns tribunais relacionam as uniões homoafetivas às sociedades de fato, alguns relacionam às uniões estáveis.

Concordando com a doutrina crítica, entende-se que a principal característica que deve ser considerada nestes casos não é o fundo pecuniário, mas sim, o afeto que uniu e os conflitos emocionais que separaram os casais.

Se o objetivo do Estado é buscar o bem comum, e pensando nesse horizonte o direito de família é marcado por procedimentos especiais que visam tratar com a cautela necessária os conflitos que o judiciário aprecia, mesmo que se trate de um conflito conjugal sem filhos envolvidos, não seria mais coerente dedicar o mesmo tratamento a um casal homoafetivo que se encontra em conflito?

Esta reflexão e suas bases fundamentadoras acompanharam a redação destas linhas.

Pensa-se que é a capacidade de raciocinar, a capacidade de desenvolver emoções e viver sentimentos que define o ser humano, diferenciando-o completamente de todos os demais seres vivos, e que é a função do Estado socorrer às necessidades do ser humano, buscando sua felicidade e o bem comum, diante do que não pode o legislador, nem o poder judiciário relegar o afeto, principal característica das relações homoafetivas, e lançá-las ao

campo das obrigações, como se seus conflitos constituíssem menos negócios. Esta conclusão encontra-se alinhada ao posicionamento da doutrina e jurisprudência crítica.

Por outro lado, é comum verificar nas produções doutrinárias a ressalva de que, as uniões homoafetivas necessitariam de regulamentação própria, não podendo, ou não necessitando propriamente, ser abrigadas nos institutos jurídicos previstos.

Como todo respeito ao mérito destas doutrinas, cabe aqui uma ressalva pessoal: não parece coerente com o princípio proclamados da igualdade e com a vedação de discriminação de qualquer natureza, criar institutos próprios para qualificar a condição dos casais homoafetivos. Sendo a diversidade de sexos o único obstáculo para esta caracterização, visto que o interesse em procriar é irrelevante frente às tecnologias de reprodução assistida e ao instituto da adoção, qual a necessidade de uma regulamentação e denominação próprias?

É um pensamento ousado e inevitável o de que, se o propósito é assegurar igualdade e erradicar a discriminação, deve ser garantido aos casais homossexuais o direito de viver em união estável, assim reconhecida pela lei, bem como celebrar casamento. Não o religioso, visto que as crenças religiosas, bem como sua carga moral, são próprias de cada culto, mas sim o casamento civil, ato tutelado pelo Estado, que é por sua vez laico e, no caso do Brasil, Democrático de Direito.

Esta divagação é mais um contraponto ao posicionamento conservador. Claro que é um contraponto extremamente progressista, mas é também um horizonte onde os direitos acontecem.

Comparando as jurisprudências crítica e conservadora, seus argumentos e seus resultados práticos, tendo em vista que muitas vezes ambas servem-se da analogia e ambas partem dos mesmos problemas para chegar a posicionamentos completamente diferentes, surge o questionamento: será a jurisprudência crítica progressista demais ou será a jurisprudência conservadora apegada a valores ultrapassados?

Neste sentido, entende-se que há certo receio em promover avanços de direito e que este receio é o que impulsiona a jurisprudência conservadora a não reconhecer os direitos das uniões homoafetivas. Há certo receio por um lado, e há certa valoração moral por outro.

O que importa ressaltar para o momento é que, considerando não haver previsão legal para o problema do relacionamento homoafetivo, muito poder de decisão fica concentrado nas mãos do judiciário. É importante ressaltar também que não somente os

critérios hermenêuticos incidem sobre estas decisões, mas especialmente, o convencimento dos magistrados.

Claro, é pressuposto de validade de qualquer decisão judicial a motivação. Entretanto, como visto, há tanto argumentos aceitos como legítimos de um lado quanto de outro. As conclusões divergentes tiradas de circunstâncias idênticas, se por um lado preocupam, considerando a segurança jurídica e o receio de não se saber o que se encontrará ao provocar a ação jurisdicional, por outro confortam, pois não fossem as divergências discutidas nos tribunais, as conquistas jurídicas experimentadas pela sociedade, a evolução e adaptação das normas às necessidades sociais, bem como expansão dos direitos, seria bem mais morosa e árdua.

Assim, pelos argumentos postos, vê-se reforçado o entendimento de que as jurisprudências que partem da analogia, passando pelo método de interpretação extensiva das normas, considerando o princípio da proporcionalidade², para concluir que as uniões estáveis devem ter seus conflitos dirimidos pelas normas aplicáveis aos conflitos de direito de família, são as mais adequadas para a problemática estudada nesta pesquisa.

As jurisprudências conservadoras, por outro lado, que partem também da analogia, visto que reconhecem a lacuna do direito, passando pela interpretação restritiva das normas e concluindo que os conflitos de relações homoafetivas não guardam qualquer relação com o direito de família, parecem mais ser motivadas por convicções morais, ou afinidade ao conservadorismo social que aos direitos propriamente ditos.

Afinal, não há direito ferido na expansão das garantias à constituição de união homoafetiva. Para aqueles que crêem que o instituto do casamento ficaria desconfigurado, ainda que procedente o receio, seria um instituto somente que encontraria restrições e não uma pessoa em busca da auto-realização.

Um instituto jurídico nada mais é que um meio de atender às necessidades de uma pessoa. O contrário, a pessoa humana se adaptando aos limites impostos pelos institutos convencionados, como se estes assumissem vida e vontade própria, nada mais é uma anomalia jurídica.

² Que pese no tocante ao princípio da proporcionalidade o entendimento pessoal de que não se trata de restrição propriamente dita da norma, uma vez que tanto o entendimento da doutrina crítica, quanto o da conservadora, não vêem na norma restrição expressa da união homoafetiva, mas tão somente lacuna legislativa. Em última análise, se as normas forem tidas como restritivas, ou, se a omissão for tida como prejudicial, a proporcionalidade em sentido amplo é critério hermenêutico perfeitamente adequado para primar pelos bens maiores: da dignidade, a felicidade, autodeterminação sexual e inviolabilidade da vida privada.

Assim, não se entende que dentre a jurisprudência crítica haja uma leitura alternativa da lei, mas sim uma leitura fundada na boa vontade, a exemplo do ímpeto que motiva a desembargadora gaúcha, Maria Berenice Dias. É perfeitamente possível harmonizar os dispositivos constitucionais e civis referentes à união de pessoas do mesmo sexo, aos outros princípios e normas citados ao longo da pesquisa. É possível harmonizar estes dispositivos de forma a ampliar direitos, de propiciar condições para felicidade das pessoas.

Acolher as uniões homoafetivas no ordenamento jurídico é uma questão de justiça. É uma necessidade tirar da margem da sociedade as relações afetivas que não se enquadram nos padrões vigentes. É uma necessidade dar identidade ao cidadão ou cidadã que opta por um diferente caminho para sua felicidade.

Aos conservadores que não estão preparados para a inevitável evolução social, eles sobreviverão.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato:** de acordo com o novo Código Civil - Lei n. 10.406, de 10-01-2002. 2. ed. São Paulo : Atlas, 2002. 700 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 432 p.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. 258 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil:** Família e Sucessões. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010. 357 p.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: O que diz a Justiça:** as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. 197 p.

_____. **Conversando sobre homoafetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 140 p.

_____. **Direito fundamental à homoafetividade.** 2010. Disponível em < <http://www.mariaberenice.com.br/pt/direito-fundamental-a-homoafetividade.cont> >. Acesso em 18 jun. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Conflito Negativo de Competência. Acórdão nº 291471, Relator: Desembargadora Diva Lucy Ibiapina. 12 de novembro de 2007

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério:** tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

FARIA, Edimur Ferreira. **Curso de Direito Administrativo.** 5 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 544p.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Curso de Introdução ao Direito.** 3 ed. Rev. Atual. Curitiba: Juruá, 2007. 448p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** direito de família. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.126

_____. **Direito de família.** 14. ed. refor. São Paulo : Saraiva, 2010.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A união entre pessoas do mesmo sexo:** aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 208 p.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 426 p.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A Constitucionalidade do Casamento Homossexual**. São Paulo: Ltr, 2008. 152 p.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de Família**. Atual. Por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. V.1. p. 315 – 3v.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Público X Direito Privado**. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205503372174218181901.pdf>> Acesso em 26 ago. 2010.

PARENTE, Amanda. **Eficácia e Ineficácia do Casamento**. 2010. Disponível em: < <http://amandapparentefamilia.blogspot.com/2010/04/9-aula-eficacia-e-ineficacia-do.html> > Acesso em 17 jun. de 2010

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora. 2007. 247 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva, 1945. **Instituições de direito civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 585 p.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Processo nº 70021637145, Relator: Desembargador Rui Portanova. 13 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em: 16 out. 2009.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. 246 p.

SILVA, Roberta Pappen. **Algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade**. 2004. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6198> > Acesso em: 18 jun. 2010.

STAMFORD, Artur. **Decisão Judicial: dogmatismo e empirismo**. Curitiba: Juruá, 2000. 158p.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da Discricionariedade dos juízes”** Disponível em: < http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf > Acesso em 18 jun. 2010.

TONI, Cláudia Thomé. **Manual de Direitos dos Homossexuais**. São Paulo: SRS, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2009. 483 p.