OS PRECEDENTES JUDICIAIS DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Rachel Lopes Queiroz, Danilo Rodrigues Ferreira

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Curso de Direito, Presidente Prudente – SP. E-mail: rachel@unoeste.br

RESUMO

Iremos abordar aqui a questão ora estudada, a partir de uma busca em nossa jurisprudência pátria, concluído após uma pesquisa por intermédio das soluções dadas a questão pelos Tribunais Superiores Estaduais de nosso país, bem como as decisões preferidas atinentes ao assunto pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Façamos parâmetros do que aduz cada instância pesquisada, seus resultados e o que vem se entendendo e decidindo, já que nosso ordenamento não comporta defesa precisa às uniões homoafetivas, todavia como já analisamos a aceitação de tal direito só depende de regulação específica, pois existe fundamentação sólida nas asseverações explanadas em estudos retrospectivos. Deste estudo, que denota a sexualidade como construção social, bem como, força no valor do afeto na família, outrossim, a não discriminação e aceitação por parte dessas uniões tendo por base os princípios constitucionais encontrados em nossa Carta Magna e reconhecidos por nosso ordenamento, sem olvidar o avanço nas discussões acerca do assunto e os projetos que tramitam no Congresso Nacional. Enquanto a aprovação e aceitação uniforme não ocorrem, busquemos respostas na jurisprudência que aduz o conjunto das soluções dadas pelos Tribunais às questões de Direito.

Palavras-chave: União Homoafetiva. Jurisprudências. Julgados.

ABSTRACT

We will address here the question under study, from a home search in our jurisprudence, concluded after a search through the solutions given by the concerned State High Courts in our country, as well as decisions relating to the subject Tracks by the Supreme Court and Superior Court. Let the parameters that adds each instance studied, its results and what comes to understanding and deciding, as our planning does not include defense homoafetivas need unions, but as I analyzed the acceptance of such a right only depends on specific regulation, as there is solid reasoning explained the assertions in retrospective studies. In this study, which demonstrates the social construction of sexuality as well as strength in the value of affection in the family, likewise, non-discrimination and acceptance of such unions based on constitutional principles found in our Constitution and recognized by our legal system, without forgetting the progress in discussions on the subject and the projects in the National Congress. While the approval and acceptance do not occur uniformly, seek answers in the law that adds all the solutions given by the courts on points of law.

Keywords: Union Homo. Jurisprudence. Judged.

A JURISPRUDENCIA PÁTRIA DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Podemos asseverar de forma precisa o que afirma Wolkmer (2003, p. 184) onde a uniformidade e a constância de decisões, bem como o conjunto de julgados similares proferidos em tribunais jurídicos, tornam-se as mais vivas instrumentalizações do Direito positivo no âmbito das relações sociais de um modo de produção vigente. Nessas condições é irrecusável discriminar a função relevante das decisões judiciais e o papel dos tribunais na formação e conservação do direito.

Os chamados precedentes judiciais são frutos das respostas dadas pelos Tribunais, o que serve de fundamento a advogados, bem como auxílio aos juízes nas mais variadas situações apresentadas em nossa sociedade, servindo de base a muitos casos concretos, como é o das uniões homoafetivas, que encontram cada vez mais espaço, necessitando de respostas, que são dadas cotidianamente nas instâncias superiores de nosso país. Devemos nos ater ao dinamismo da sociedade, os dados culturais e as mutações históricas para encontrarmos respostas que tragam eqüidade, desacorrentando o preconceito e a rotulação nas uniões homoafetivas.

É salutar apresentar o que denota Wolkmer (2003, p. 180) concernente ao Direito como categoria histórico-social, onde:

> O Direito deve ser compreendido não só como um valor cultural, mas, sobretudo, como a manifestação simbólica da convivência social em um determinado momento histórico que, mediante um sistema de regulamentação normativa, garante a estabilidade e a ordenação da sociedade. O fenômeno jurídico, além de ser um dado histórico-social, expressa, formalmente, não só a constituição e o desenvolvimento de um modo de produção material, senão ainda suas inerentes relações estruturais de poder, segurança, controle e dominação.

No que tange ao afeto como fundamento nas uniões homoafetivas e as respostas a se encontrar em nossos Tribunais, já que não se encontra fundamento específico para o assunto Fachin (2003, p. 9) leciona que devemos advogar a formação de conceitos sempre *a posteriori*, especialmente para não enjaular, em *numeros clausus*, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir a família. A jurisprudência deve se abrir para compreender e empreender os novos desafios, sem preconceitos ou visões preconcebidas.

Afirma, outrossim, que, na elasticidade que o espaço jurídico principiológico

propicia, a jurisprudência reafirma seu papel de construção, e põe em relevo o direito sumular (FACHIN 2003, p. 39).

Desta feita, há que se ressaltar o papel dessas decisões que devem promover de forma justa e jurídica a maneira que se encaixa para as soluções, analisando nosso ordenamento jurídico como um todo, bem como os anseios da sociedade as mais variadas situações, merecendo destaque nesse ponto as uniões homoafetivas.

Menciona Wolkmer (2003, p.188) que:

> Distintamente das demarcações sustentadas pelo legalismo clássico de que a independência do Judiciário não passaria de uma ficção, é de se precisar que tal proposição está longe de ser correta, pois o Juiz, em sua dinâmica e sensível atividade recriadora, possui plena autonomia na órbita da própria atuação. O magistrado, portanto, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado, mas sua tarefa consiste na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa. O papel do Juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. É contribuindo para a transformação e democratização contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz, em seu mister interpretativo, insere a semente vivificadora e inspiradora do Direito justo.

Sendo a jurisprudência no momento a forma de se encontrar as respostas para uma solução necessária, na eliminação da celeuma contida hodiernamente, deve-se superar os desafios através desta, como já ocorreu por outras vezes em nossa legislação pátria civil em outros institutos, bem como a união estável, sendo significativa a afirmação de Fachin (2003, p. 308) onde patenteia-se que das origens do sistema clássico oriundo do Código Civil brasileiro, relevantes transformações suscitaram em diversos domínios do Direito de Família crise e superação, assinaladas e reconhecidas na jurisprudência.

Há que se considerar todo o processo visto anteriormente, no que tange a família, o direito de família, suas mutações frente aos fenômenos sociais palpitantes, encontrados no convívio da agremiação geral, para encontrarmos assim respostas para essas relações, tendo a convicção da alteração do conceito de família conforme as mutações ocorridas. Nesse sentido Fachin (2003, p. 305 a 307) afirma que:

> O ente família não é mais uma única definição. A família se torna plural. Há realmente uma passagem intimamente ligada às modificações políticas, sociais e econômicas. Da superação do antigo modelo da "grande-família", na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce à família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade. O Direito de Família brasileiro, na virada do século, é mais fonte de reflexão e menos de conclusões. As idéias afloram para instaurar um necessário debate, de forma (inclusive diante de "renunciada" codificação"), e de fundo.

A família, por princípio, não tem mais o desenho jurídico do ente familiar patriarcal fundado na lei de desigualdade, exclusivamente matrimonializado e transpessoal. Ao largo do velho Código, e mesmo contra o Código Civil e até afrontando certos "códigos naturais", os fatos foram veiculando sua reforma, que abriu portas na jurisprudência e na legislação esparsa. Daí emergiu uma dimensão renovada, eudemonista, florescida para dar espaços à igualdade e à direção diárquica, à não-discriminação (FACHIN 2003, p. 316).

As mutações são reais, palpitantes, estão diante de nossa sociedade dinâmica, assim como é o direito, que deve acompanhá-las, seja na criação de leis, na resolução de litígios por intermédio do judiciário, bem como é o papel da jurisprudência que no ensino de Wolkmer (2003, p. 191 e 192), apresenta:

> O Direito engendrado pelas forças vivas da sociedade é elaborado pelos magistrados nos tribunais; por outro lado não se nega que subsistem concomitantemente com os precedentes judiciais, a doutrina, a analogia, os costumes e os princípios gerais dominantes. Assim sendo, nos limites desta gravitação, a lei não é necessariamente Direito, nem tampouco, fonte exclusiva e absoluta do Direito. Em suma, duas questões básicas advêm da análise histórico-crítica da jurisprudência.
>
> A primeira consiste em qualificar a lei como uma das formas jurídicas de regulação e controle social,

> sendo genérica e abstrata, reflexo "ostensivo" dos interesses de uma dada organização político-social. A este propósito, tem a afirmação de Jethro Brown, de que o verdadeiro Direito não se encontra em nenhum lugar, a não ser na apreciação jurisdicional feita em um tribunal. Na mesma esteira do jurista norte-americano, Amílcar de Castro esclarece que "o legislador não tem, nem pode ter função criadora do Direito", pois o legislador, canalizando as idéias em jogo e os interesses sociais, configura regras de controle e normas impessoais de conduta. O legislativo elabora as leis; estas não refletem necessariamente o Direito e a Justiça, mas a ideologia da classe ou grupo politicamente dominante. Por sua vez, compete ao Poder Judiciário e aos magistrados, na relevância de suas funções confeccionar e declarar o Direito proveniente da sociedade, bem como desmistificar o fetichismo legalista.

Assim, observamos o apreço da jurisprudência na formação de conceitos e soluções a um assunto não regulamentado que merece atenção, caso das uniões homoafetivas, com as soluções dadas em cada caso concreto a dominação do padrão heterossexual pode ser quebrada, analisando vários aspectos para a resolução de um caso sem regulamentação específica.

Leciona de maneira interessante Fachin (2003, p. 123) que há, por conseguinte, um estereótipo do modelo clássico superado que se tem reproduzido, sem que seja lícito reduzir as idéias emergentes de sentenças e acórdãos a uma única concepção monolítica. Se, de um lado, predomina a valoração negativa das condutas, de outro afirma-se tenuamente os novos valores, como a igualdade entre os gêneros, liberdade e não discriminação. É que já há espaço para encontrar pronunciamentos como aquele do Ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "*o fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manifestar-se em face de uma realidade mais palpitante*". Esta é a razão pela qual, no reconhecimento que emerge da própria magistratura, "não pode a Justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo, para deixar de dizer o direito".

Queira ainda o futuro reservar para o novo desenho jurídico do Direito de Família e do Direito Civil brasileiro espaço para a

realização do sonho de uma sociedade justa, fraterna e igualitária[1].

1 O Posicionamento Jurisprudencial nos Estados-Membros

Após as análises da coletânea de julgados atinentes à união homoafetiva, feitos por intermédio de pesquisa no tocante a cada Tribunal Estadual de nosso país. Nesta medida examinamos o que vem entendendo os Nobres Julgadores e decidindo consoante ao assunto união homoafetiva.

Os parâmetros metodológicos da pesquisa científica pautou-se na avaliação dos julgados de acordo com o interesse ao debate e apresentaremos as conclusões, apontando o que se considera de mais valia.

> ERIZADOS - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA - SÚPLICA ACOLHIDA POR MAIORIA.
> Revelando Declaração de Convívio Marital, da Gerência de Desenvolvimento Social, da Diretoria de Seguridade Social, do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPESC), subscrita por duas testemunhas, e Declaração individual de cidadão que há vida em comum, irrecusável na espécie a verossimilhança e risco de dano irreparável ou de difícil superação à saúde, autorizando o reconhecimento da dependência econômica presumida, possível diante dos princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e promoção do bem de todos, independentemente de discriminação e preconceito.
> Pertinente é a tutela recursal antecipada em ação constitutiva, porque a relação jurídica exposta na inicial não será criada, modificada ou extinta no ato decisório liminar, a qual só poderá ocorrer quando da análise do mérito na sentença. Logo, o que se antecipa é um dos efeitos desta criação, modificação ou extinção, ostentando nesse contexto o provimento judicial provisório executividade, por enfeixar o resultado da transformação jurídica operada. (TJSC, Agravo de Instrumento nº 2004.003533-0, Rel: Francisco Jose Rodrigues de Oliveira Filho, 12/04/2005).

Reflete esta decisão o que já se demonstrou acima, consoante aceitação entendendo haver real sociedade de fato, no caso dessas uniões e deferimento em pedidos de plano de saúde, possuindo direito as pessoas que vivenciam este tipo de união.

Findamos as asseverações neste item, concluindo que, conforme as análises nos julgados destes Estados, amparo há para defesa dos direitos homossexuais, evidente

[1] FACHIN, Luiz Edson, 2003, p. 322.

é, que óbices ainda ocorrem, todavia salientamos que a balança vem pendendo de maneira significativa as pessoas que decorrem de uma união homoafetiva, merecendo destaque o Estado do Rio Grande do Sul, onde encontra-se maior número de decisões em seu Tribunal relativo ao assunto ventilado, sempre demonstrando fundamentações precisas para o entendimento de aceitação, fazendo valer o que temos como argumento no mundo jurídico e conseqüente aplicação dos princípios de nossa Carta Magna.

Apontamos não haver melhores considerações nas regiões Norte e Nordeste, contendo decisões da mesma forma de outros Estados, sendo estes últimos contrários de maneira incontestável ao não reconhecimento das uniões homoafetivas, tratando somente em caso de sociedade de fato e não como entidades familiares.

Concluímos os debates no conjunto de cada Tribunal de cada Estado em todas regiões de nossa Federação, asseverando que a questão da união homoafetiva é visível, mas não pacífica na jurisprudência pátria, podendo afirmar que questões como sociedade de fato, reconhecimento e dissolução, bem como pensão previdênciária e inclusão de companheiro em plano de saúde, demonstram certo consenso, mesmo havendo óbices a esses casos. O difícil é a observação empírica denotada por vezes em decisões de alguns julgadores, que não demonstram avanço no pensamento jurídico e aspecto futurista, mesmo sabendo das necessidades e problematização palpitante a serem estudadas.

Ressaltamos algumas decisões que são de grande valia a abertura de precedentes aos que necessitam da tutela jurisdicional para a satisfação de seus direitos, já que as propostas continuam nas mãos de nossos legisladores, reportando assim, respostas em nossos Tribunais, que concentram inteligência na busca da hermenêutica, merecendo destaque os acórdãos que analisamos nas regiões sul e sudeste, com aplicação analógica da união estável, valorização afetiva e fundamentação dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Quem sabe assim poderemos encontrar adiante respostas condizentes com a realidade em que se encontra a situação e consenso por parte dos julgadores.

Adiante iremos examinar o que se encontra nos Tribunais Federais de nosso país, fazendo pontuações do que vem se decidindo no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

2 Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

Tracemos nesse item o que se veicula acerca do assunto no Supremo

Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça apontando notícias e julgados veiculadas em apreciações destes Tribunais respectivamente.

Veiculou-se no dia 31 de Julho de 2008 a notícia no site do Supremo Tribunal Federal, titulada: 2º semestre: Temas sociais como a união homoafetiva e o aborto em discussão no Plenário[2]. A questão da união homoafetiva é debatida na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, proposta pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em março deste ano, como já apontamos no item 2.4.3. Peticionado por ele, para que o STF aplique o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do estado.

Cabral quer que os mesmos direitos dados a casais heterossexuais sejam dados aos casais homossexuais em relação a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro que tratam sobre concessão de licença, Previdência e assistência (incisos II e V do artigo 19 e artigo 33 do Decreto-Lei 220/75).

O assunto como dado na notícia está para ser discutido, se veiculou e certamente uma posição será colocada, bem como já se apreciou em decisões como a do Ministro Celso de Melo como relator, julgada em 03/02/2006, publicação DJ 09/02/2006, PP-00006, RDDP n. 37, 2006, p. 174-176, RCJ v. 20, n. 128, 2006, p. 53-60, com a seguinte ementa:

> EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO

[2] Informação retirada da matéria **2º semestre: Temas sociais como a união homoafetiva e o aborto em discussão no Plenário.** Disponível em http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=93857. Acesso em 10/08/2008.

> DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF?

Decidiu-se inviável a presente ação direta, por impugnar norma legal já revogada no caso o art. 1º da Lei nº 9.278/96, derrogada em face da superveniência do novo Código Civil, cujo art. 1.723, ao disciplinar o tema da união estável, reproduziu, em seus aspectos essenciais, o mesmo conteúdo normativo inscrito no ora impugnado. Todavia considerou o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil como relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas, denotando pontuações interessantes ao assunto, como apontado:

> Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas.

Apontou de forma interessante a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS ("União Homossexual: O Preconceito & a Justiça", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed.,

2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque:

> "A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família às relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da

> jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)."

Outrossim, apontou no caso ventilado, um julgamento emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região que destaca a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, como já bem salientados no desenvolver de nosso trabalho, onde:

> "Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas." (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei) "(...)

É de se salientar a posição do Ministro Celso de Melo no aludido julgado, que mostra avanço e preocupação com o assunto, com um posicionamento favorável a união homoafetiva, de grande valia para a busca do reconhecimento dessas uniões, com base nesse e em outros julgados que encontramos durante o desenvolver de nossas asseverações.

Todavia, há também posições nesta Corte desfavoráveis a união homoafetiva, bem como encontra-se no recurso extraordinário 406837 / SP - SÃO PAULO, tendo como Relator o Ministro Eros Grau, com julgamento em 23/02/2005, publicação DJ 31/03/2005 PP-00078, no que tange a pretensão de ver aplicada à hipótese destes autos – pagamento de pensão estatutária em virtude de união homossexual – o disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição do Brasil, onde afirma em sua decisão que:

> Este preceito, embora represente avanço na esfera do direito social, somente reconhece como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher, desde que entre esses não se verifique nenhum impedimento legal à conversão dessa união em casamento.

Analisando a Corte do Superior de Tribunal de Justiça, apontamos primeiramente uma notícia ventilada no dia 30/05/2008, que concerne a um julgamento de união homoafetiva, que encontrava-se até a data empatado, a notícia titulada como: STJ vai julgar o caso de união estável entre homossexuais[3]. Aduzia a informação que o Superior Tribunal de Justiça vai julgar os direitos de um casal homossexual com o entendimento de Direito de Família. Os casos anteriores foram analisados dentro do Direito Patrimonial. A Quarta Turma do STJ vai apreciar um casal formado por um agrônomo brasileiro e um professor canadense que buscam a declaração de união estável com o objetivo de obter visto permanente no Brasil.

Segundo o relator, Ministro Pádua Ribeiro e outros ministros a legislação brasileira não traz nenhuma proibição ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Mas, para os Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior a Constituição Federal só considera união estável formada por homem e mulher. O impasse foi definido pelo Ministro que entrou na vaga deixada com o falecimento do Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Ministro este que já tomou posse em junho de 2008, Luís Felipe Salomão, onde ilustramos a notícia da decisão, do dia 02/09/2008, com o título: STJ reconhece possibilidade jurídica de discutir ação sobre união homoafetiva[4]. Trazendo a informação que por 3 votos a 2, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da união estável entre homossexuais e determinou que a Justiça Fluminense retome o julgamento da ação envolvendo o agrônomo brasileiro Antônio Carlos Silva e o canadense Brent James Townsend, que foi extinta sem análise do mérito. Foi a primeira vez que o STJ analisou os direitos de um casal homossexual com o entendimento de Direito de Família e não do Direito Patrimonial. Com o voto desempate do Ministro Luís Felipe Salomão, a Turma, por maioria, afastou o impedimento jurídico para que o mérito do pedido de reconhecimento seja analisado em primeira

[3] Informação retirada da matéria: STJ vai julgar o caso de união estável entre homossexuais. Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=0&tmp.area=448&tmp.texto=87721. Acesso em 25/07/08.

[4] Informação retirada da matéria: STJ reconhece possibilidade jurídica de discutir ação sobre união homoafetiva. Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=88990. Acesso em 03/09/2008.

instância. Luís Felipe Salomão acompanhou o entendimento do relator ressaltando, em seu voto, que a impossibilidade jurídica de um pedido só ocorre quando há expressa proibição legal e, no caso em questão, não existe nenhuma vedação para o prosseguimento da demanda que busca o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O casal entrou com ação de reconhecimento da união na 4ª Vara de Família de São Gonçalo (RJ) alegando que eles vivem juntos há quase 20 anos de forma duradoura, contínua e pública. O pedido foi negado e o processo extinto sem julgamento do mérito. Eles recorreram ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), que também rejeitou a proposta por entender que não há previsão legal para tal hipótese na legislação brasileira. Legalmente casados no Canadá, o casal busca a declaração de união estável com o objetivo de obter visto permanente para o canadense, de modo que os dois possam morar definitivamente no Brasil. Diante de mais uma derrota, eles recorreram ao STJ, onde o julgamento estava empatado. Os Ministros Pádua Ribeiro (relator) e Massami Uyeda votaram a favor do pedido por entender que a legislação brasileira não traz nenhuma proibição ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Os Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior negaram o recurso por entender que a Constituição Federal só considera como união estável a relação entre homem e mulher como entidade familiar. O Ministro Luís Felipe Salomão também ressaltou que o legislador, caso desejasse, poderia utilizar expressão restritiva de modo a impedir que a união entre pessoas do mesmo sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal, mas não procedeu dessa maneira. Ele concluiu seu voto destacando que o STJ não julgou a procedência ou improcedência da ação – ou seja, não discutiu a legalidade ou não da união estável entre homossexuais –, mas apenas a possibilidade jurídica do pedido. O mérito será julgado pela Justiça fluminense. O recurso encontra-se em segredo de justiça, não aduzindo maior profundidade nas considerações, somente apontando a certidão de julgamento da quarta turma, possuindo o nº de registro 2006/0034525-4 REsp 820475 / RJ, com pauta e julgamento no dia 02/09/2008, vejamos:

> CERTIDÃO DE JULGAMENTO
> QUARTA TURMA
> Número Registro: 2006/0034525-4 REsp 820475 / RJ
> Números Origem: 20040040422509 200500118636
> PAUTA: 02/09/2008 JULGADO: 02/09/2008
> SEGREDO DE JUSTIÇA
> Relator: Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
> Relator para Acórdão: Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO
> Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES

> Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. FERNANDO HENRIQUE OLIVEIRA DE MACEDO
> Secretária: Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
> AUTUAÇÃO
> RECORRENTE: A C S E OUTRO
> ADVOGADO: EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO
> ASSUNTO: Civil - Família -União Estável
> SUSTENTAÇÃO ORAL
> Dr(a). EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO, pela parte RECORRENTE: A. C. S.
> CERTIDÃO
> Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
> Renovando-se o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luís Felipe Salomão, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Carlos Mathias (art. 162, § 2º do RISTJ). Brasília, 02 de setembro de 2008.

No que tange a consideração da união estável formada apenas por homem e mulher, pontuamos um julgado do Ministro Fernando Gonçalves, que reforça seu posicionamento do não reconhecimento, no recurso especial 2002/0174503-5, na data do dia 26/04/2005, com publicação DJ 16/05/2005 PG:00353, onde aduz a ementa:

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA.
> 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.
> (...)
> 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família.
> 4. Recurso especial não conhecido.

Na decisão ora aludida, o Ministro Fernando Gonçalves, aponta a inexistência da união homoafetiva, destacando que apenas como forma jurídica aceita-se a união referente a dualidade de sexos, onde a homossexual configura apenas como sociedade de fato, asseverando como competente a vara cível e não a da família, atinentes a questões que reflitam aspectos patrimoniais.

No mesmo sentido a referida Corte em recurso especial 2001/0056835-9, tendo como relator o Ministro Barros Monteiro, na data de julgamento 14/12/2004, publicação DJ 14/03/2005 PG: 00340, apontando a vara

cível como a competente, e não a de família, onde:

> COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL.
> Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis.
> Recurso especial conhecido e provido.

Apontamos mais uma vez, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, onde este reconhece a inscrição de homossexuais no regime previdenciário como dependentes, mas não equipara a convivência homoafetiva com o casamento, nem mesmo união estável. Julgado este de recurso especial nº 413.198 - RS (2002/0013749-5), tendo como relator o Ministro Hamilton Carvalhido, na data 30/05/2008, e publicação no dia 11/06/2008, onde exminamos à ementa e ponto destacado:

> "CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. NORMAS CONSTITUCIONAIS. CF, ART. 226, § 3º. INTEGRAÇÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS HOMOSSEXUAIS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMPLITUDE DA LIMINAR. ABRANGÊNCIA NACIONAL. LEI Nº 7.347/85, ART. 16, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.494/97.
> (...)
> 2. É possível a abrangência de dependente do mesmo sexo no conceito de companheiro previsto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, frente à Previdência Social, para que o homossexual que comprovadamente vive em dependência de outro não fique relegado à miséria após a morte de quem lhe provia os meios de subsistência.
> (...)
> No entanto, nem mesmo a hipótese vertente implicaria uma interpretação constitucional, porque não se está sequer admitindo a existência de uma 'união estável'. A interpretação, o preenchimento da lacuna, está a nível infraconstitucional. In casu, não se pretende equiparar a convivência homossexual

> ao casamento. Não se pretende sequer reconhecer a união estável de homossexuais. O que se está fazendo é uma integração do conceito de 'companheiro' frente à Previdência Social, para que o homossexual que comprovadamente vive em dependência de outro possa ter o amparo previsto em lei exatamente, para que a pessoa que perde sua fonte de subsistência com a morte do segurado não fique relegada à miséria. (...)"

Após pontuações desta Corte desfavoráveis, denotamos uma relativização encontrada no recurso especial nº 988.289 - RS (2007/0221531-4), tendo como relator o Ministro Paulo Gallotti, com data de julgamento em 31/10/2007 e publicação em 06/11/2007, onde:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. UNIÃO HOMOAFETIVA. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA.
> A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação".
> (...)
> "Poucas, quase inexistentes, são as vozes do mundo jurídico nacional que negam o direito do companheiro à pensão derivada de união homossexual. Reflexões a partir da inescondível realidade, abalizadas nos axiomas eleitos pela ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, fizeram superar óbices, muitos deles apoiados apenas em preconceitos, à igualação em direitos e deveres de todas as relações humanas não-parentais fomentadas por laços afetivos, qual fosse o gênero dos indivíduos envolvidos. Os vínculos homoafetivos, em homenagem aos princípios da igualdade, dignidade e da defesa da unidade familiar, todos de estatura constitucional, passaram a obter o mesmo tratamento daqueles das relações heterossexuais.

Ultimamos as altercações, após suscitarmos notícias e julgados concernentes ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, observando que a questão é visível e comporta decisões importantes e divergentes, onde mostra-se por vezes a preocupação dada ao assunto, apontando asseverações favoráveis ao vínculo nas uniões homoafetivas, mas por

vezes denota-se o não reconhecimento dessas uniões, pontuando somente o reconhecimento da configuração de uma sociedade de fato, abordando somente assuntos patrimoniais e previdenciários.

Todavia, é salientada em alguns julgados a relevância dos Princípios da Igualdade, da Dignidade da Pessoa Humana, bem como a promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. Consideramos essas deliberações de grande avanço para o reconhecimento da união homoafetiva, analisados concomitantemente com os vários aspectos estudados, desde a construção sexual, avanço no novo conceito de família, fundamentado no afeto, outrossim aos projetos de Lei que tramitam em nosso Congresso Nacional, juntamente com os precedentes apontados em nossos Tribunais, visto assim, nas Cortes do STF e STJ.

3 O Senso Comum Teórico dos Juristas e a Relativização em Aceitação por parte dos Julgadores

Após as análises apresentadas neste capítulo, apontemos o óbice que encontra o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, bem como o que demonstra aceitação, considerado como relativização na busca de tais direitos.

Consoante a recusa por parte de alguns julgadores, que se denotou na pesquisa jurisprudencial pontuada, podemos denominar esta como “senso comum teórico dos juristas”, entendido por Warat (1994, p. 13) de uma maneira geral, a expressão designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.

A idéia do senso comum teórico dos juristas, é vista em face dos Nobres Julgadores como crítica, apontando eles reprodução literária da lei, não havendo aplicação futurista, na busca de um aprofundamento jurídico, traçando assim parâmetros de discriminação e preconceitos denotados em suas decisões.

Importante ressaltar o que pontua Warat (1994, p. 13 e 14) a respeito do assunto:

> Nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e discplinam anonimamente

> seus atos de decisão e enunciação. Pode-se dizer que estamos diante de um protocolo de enunciação sem interstícios. Um máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para reificar o mundo compensar a ciência jurídica de sua carência. Visões, fetiches, lembranças, idéias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discursso, mostram alguns dos componentes chaves para aproximar-nos da idéia do "senso comum teórico dos juristas".

A observação empírica reproduzida nas decisões, bem como através de preconceitos e outras tantas barreiras apontadas acima pelo autor, apresentam-se como óbice para o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar.

Warat (2003, p. 15) leciona que, resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.

Todavia, contrário ao entendimento do senso comum teórico, ressaltamos a relativização no tocante ao assunto debatido, pontuando julgados a favor da união homoafetiva como já vimos, denotando aplicação de nosso ordenamento jurídico da maneira de não discriminação e aceitação dessas uniões, fundamentadas nos princípios consagrados em nossa Carta Magna, bem como as observações apontadas concernentes ao novo conceito de família, gerado por conta da mutação social e a construção da sexualidade conforme o momento histórico que vive uma sociedade, devendo o Direito estar atento ao dinamismo social, entendendo a família fundamentada no afeto, assim é a inteligência das observações explanadas no julgado do TJRS em sede de apelação cível, de nº 70021637145, tendo como relator o Desembargador Rui Portanova, 13/12/2007, já referido acima que denota compreensão interessante onde:

> Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição.

> Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo.
> A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hétero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica.
> Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo, geram as mesmas conseqüências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade a pessoa que são.
> (...)
> Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC) e demonstrada a separação de fato do convivente casado, de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano.
> (...)
> 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 legal, importa o princípio que ilumina o texto. Por isso é preciso dizer em alto e bom som: a pessoa homossexual é pessoa. E como tal merece a proteção que a ordem jurídica confere as pessoas heterossexuais em situações análogas.

De bom alvitre ressaltar, não poderíamos olvidar o que asseverou nossa Corte Suprema no que tange ao assunto, pontuando com o Ministro Celso de Melo, como já apontado no item 4.2, que:

> (...) cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do

> alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas.

Neste diapasão, verificamos que a celeuma contida nesses debates não encontra-se pacífica em uma posição, sendo claramente divergente, onde por um lado o senso comum teórico dos juristas é visto como óbice ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, tendo eles pensamentos pré-estabelecidos e imutáveis, todavia, de outra banda, a relativização demonstrada nos julgados e apresentados no desenvolver das explanações denota avanço e colocações interessantes em julgados atuais, fundamentados na doutrina, nova visão da família e nos princípios consagrados em nossa Lei Maior.

Para tal busca ser efetivada, necessita-se da eliminação da observação empírica dos julgadores que que no entender de Wolkmer (2003, p. 173) os métodos interpretativos, ao lado da dogmática jurídica, formam uma combinatória de princípios e conceitos que servem como diretrizes retóricas para o raciocínio dos juristas.

Assim possamos encontrar efetividade em aplicação de nossos princípios constitucionais, bem como analisar a valorização do afeto, consequentemente a evolução no conceito de família, para aceitação de tais uniões encontrando respostas em nossos Tribunais, efetivadas em nossa jurisprudência pátria, por não termos específica legislação que as protejam. Consoante aos acórdãos, apresentemos o que leciona Wolkmer (2003, p. 191), onde:

> A jurisprudência resulta ser o meio para atualizar novos códigos e leis, para que não padeçam o processo nefasto da materialização legislativa, ou seja, para que o Direito não se transforme no círculo rígido que oprime a sociedade, impedindo-a

> de se desenvolver na procura do bem comum.

Demonstra-se na asserção aludida a importância do papel da jurisprudência para o acompanhamento no dinamismo da sociedade, o que já foi observado nos parâmetros ressaltados neste capítulo, concernente a relativização por parte dos julgadores de nossa Federação, tanto nos Tribunais Estaduais, como nos Federais, mesmo que encontrado impedimentos a tal reivindicação.

Existem vários fatores que pendem a balança para os que pretendem auferir tais direitos, como afirma Fachin (2003. p. 310) que na elasticidade que o espaço jurídico principiológico propicia, a jurisprudência reafirma seu papel de construção e põe em relevo o direito de sumular. Na história, disso fornece elemento o abrandamento dos rigores do reconhecimento, passando da rigidez do sistema à mitigação dos critérios de perfilhação.

Sem olvidar devemos mais uma vez nos reportarmos a família, onde:

> O valor socioafetivo da família, uma realidade de existência. Ela se "bonifica" com o transcorrer do tempo, não é um dado, e sim um construído. Se o vínculo genético é um dado, a posse de estado é um construído. Viver juntos, sem liame jurídico prévio, o que mantém essa condição é ser possuidor de um estado. FACHIN (2003, p. 320 e 321).

Salientamos consoante as asseverações expostas neste trabalho, que a união homoafetiva merece respaldo, por possuir base nos princípios consagrados em nossa Carta Magna, bem como visto a sexualidade como uma construção social, sendo ela constituinte do sujeito, que necessita da satisfação de suas necessidades humanas, na busca da tão sonhada família que é reivindicada por todos, analisando também os fenômenos socias e as mutações decorrentes dos acontecimentos, ressaltando a valorização do afeto como fundamento, observando dessa forma um novo conceito de família que não deve ser considerado de forma imutável e sim reconhecer que este se altera de acordo com a convivência da agremiação geral.

Há que se destacar que, mesmo sem a aprovação dos projetos de lei que concernem ao assunto, tudo o que foi explanado denota solidificação ao requerido reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, sendo que, encontramos somente reflexo a abordagem em nossos Tribunais, tendo em nossa jurisprudência posicionamentos os mais diversos, onde ressaltamos o senso comum teórico dos juristas, entendido como óbice ao não reconhecimento, analisado como crítica aos

Nobres Julgadores que, de certa forma como examinado, é considerado o lugar do secreto, estando eles agregados a costumes que se tornam verdades de princípios, tendo afastado o aprofundamento em novos fenômenos, a exemplo dessas uniões.

No entanto, a relativização é visível em alguns acórdãos e julgadores, sendo de grande valia a um avanço no que tange ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, apresentado nesta revisão jurisprudencial através da pesquisa nos julgados de todos os Tribunais Estaduais e Federais de nossa Federação.

REFERÊNCIAS

ARONNE, R. (Org.). **Estudos de Direito Civil Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v.2.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 143-144.

BUTLER, J. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARLOS, P. P. **A perspectiva civil-constitucional das uniões homossexuais e o seu reconhecimento enquanto entidades familiares**: a reprodução da matriz heterossexual pelo direito como obstáculo à efetivação dos direitos dos homossexuais. Disponível em: <http://200.130.7.5/spmu/portal_pr/mulher_ciencia/redacoes_2006/PG_Carlos_RS.pdf. Acesso em: 19 mai. 2008.

FACHIN, L. E. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 9-321.

FACHIN, L. E. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

GAMA, G. C. N. **O companheirismo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, R. M. R. Androcentrismo jurídico: gênero, homoerotismo e exclusão da ciência jurídica. **Cadernos Themis Gênero e Direito**, Porto Alegre, ano 3, dez. 2002.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. v.

RIOS, R. R. **Para um direito democrático da sexualidade**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=3585&sid=58>. Acesso em: 20 mai. 2008.

ROUDINESCO, E. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1. p. 13-15.

WOLKMER, A. C. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 173-193.