

# **A LEGITIMAÇÃO JUDICIAL DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: UM RECONHECIMENTO DEMOCRÁTICO DOS DIREITOS E A INFLUÊNCIA DA TEORIA QUEER**

## **LA ORDEN DE LEGITIMACIÓN HOMOAFETIVAS: RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEMOCRÁTICOS Y LA INFLUENCIA DE LA TEORÍA QUEER**

Acácia Gardênia Santos Lelis<sup>1</sup>

**Resumo:** Esse artigo analisa a legitimação das relações homoafetivas pelos tribunais do país, e o reconhecimento dos direitos enquanto entidade familiar como consequência dos movimentos sociais contra uma sociedade hegemônica e dentre elas a influência da Teoria Queer. A Teoria Queer, fundamentada nos ensinamentos de Michel Foucault, tem como ideal a busca de direitos, através de reivindicações identitárias. O reconhecimento das relações homoafetivas como entidade familiar equiparada à união estável heterossexual, seria assim fruto dessas reivindicações, e uma demonstração da conquista de um movimento contra-hegemônico, nos ideais do cosmopolitismo subalterno de Boaventura. O presente trabalho destaca ainda, que as decisões dos tribunais do país e a recente decisão do STF fez valer a igualdade de direitos dos casais homoafetivos em relação aos casais heterossexuais, baseando-se nos princípios de igualdade, liberdade e dignidade, dispostos na Constituição Federal do Brasil.

**Palavras-chave:** Homoafetivos, Teoria Queer, Democracia.

---

<sup>1</sup> Advogada, Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUC/PR, professora do Curso de Serviço Social da Universidade Tiradentes – Se, Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Sergipe. E-mail: [aglelis@infonet.com.br](mailto:aglelis@infonet.com.br).

Resumen: En este trabajo se analiza la legitimación de las relaciones homoafectivas por los tribunales del país y el reconocimiento de los derechos como una unidad familiar como consecuencia de los movimientos sociales de la sociedad contra-hegemónica y entre ellos la influencia de la Teoría Queer. Teoría Queer, basada en las enseñanzas de Michel Foucault, es ideal para buscar a través de los derechos de las reivindicaciones de identidad. El reconocimiento de la relación como una familia homoafectivas equipararse a estable heterosexual, lo que daría como resultado de estas reclamaciones, y una demostración de la realización de un movimiento contra-hegemónica, de los ideales del cosmopolitismo subalterno de Buenaventura. Este estudio también pone de relieve que las decisiones de los tribunales del país y la reciente decisión de la Corte Suprema de Justicia ha invocado la igualdad de derechos de las parejas homosexuales en comparación con las parejas heterosexuales, con base en los principios de igualdad, libertad y dignidad, dispuestas en la constitución en Brasil

Palabras clave: homosexual, Teoría Queer, Democracia.

**SUMÁRIO:** 1- Introdução. 2- A Teoria Queer: um movimento social contra-hegemônico na busca do respeito identitário. 3- A Lacuna Legislativa. 4- Modelos de Família Segundo a Constituição Federal 5- Postura do Judiciário Frente Lacuna Legal 6- A Decisão do STF e o Respeito à Democracia. 7- Conclusão.

**RESUMEN:** 1 - Introducción. 2 - La Teoría Queer: un movimiento social contra-hegemónico en la búsqueda de la identidad respecto. 3 - La Legislatura de Lacuna. 4 - Modelos de familia en la Constitución Federal 5 - Actitud Frente Lacuna cool 6 - Decisión de la Corte Suprema de Justicia y el respeto de la democracia. 7 - Conclusión.

## 1- INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de uma análise do reconhecimento dos direitos dos relacionamentos homoafetivos como consequência dos movimentos sociais reivindicadores do respeito à liberdade sexual, e dentre eles destaca-se a Teoria Queer<sup>2</sup>. Essa teoria é um movimento contra-hegemônico, baseada nos ensinamentos de Michel Foucault, onde estudiosos discutem as questões identitárias, contrapondo-se aos conceitos de uma sociedade conservadora e cristalizadora. A partir da construção de novos valores, apreendidos da conjuntura social do ser, fazer e viver revela-se uma sociedade plural, heterogênea e multifacetada, sendo premente uma leitura das novas configurações familiares, sem discriminação, opressão e negação das identidades nelas reveladas. Essa é a missão da teoria Queer, revelar as identidades dos componentes da sociedade, formados por gays, lésbicas, travestis, transexuais e outras categorias, utilizando desses adjetivos, como proposta de um processo de categorização sexual, para que possibilite a sua visualização social enquanto sujeito de direitos.

Essas categorias sempre foram invisíveis para a sociedade, negadas de forma cognitiva enquanto componentes do mesmo grupo, e, portanto, não detentores de direitos. Com o surgimento dos movimentos identitários, e dentre eles insere-se a Teoria Queer, desvela-se a cortina dos conceitos preconcebidos do grupo dominante que estabelece uma hegemonia sexual, ainda predominante, mas não mais exclusivos. Surge então a visão jurídica de pessoas detentoras de direitos, merecedoras de tutela e de proteção legal.

A invisibilidade social das relações homoafetivas, ou para alguns, melhor dizer homossexuaisafetivas<sup>3</sup>, acarretou durante muito tempo a negação de garantias legais, uma vez que não entendidas como formadoras de grupos familiares. Em razão da omissão legislativa na regulamentação das relações homoafetivas como entidade familiar, cumpriu ao Poder Judiciário de forma supletiva o reconhecimento de direitos daí decorrentes, que para alguns é

---

<sup>2</sup> Segundo Gamson (2006), a teoria queer e os estudos queer propõem um enfoque não tanto sobre populações específicas, mas sobre os processos de categorização sexual e sua desconstrução.

<sup>3</sup> A denominação homoafetiva, criada pela desembargadora aposentada Maria Berenice Dias, do Rio Grande do Sul, não é aceita por vários autores e até movimentos gays, por entenderem que é uma relação não só afetiva, mas principalmente sexual.

visto como usurpação do poder legiferante. A nosso ver, o reconhecimento das relações homoafetivas como entidade familiar pelo Poder Judiciário, e em especial pelo STF, ocorrido em 05 de maio de 2011, é a forma mais democrática de retratar na contemporaneidade a soberania popular.

As relações humanas são mutáveis, evoluem e em razão disso precisam ser observadas pelo legislador que deve acompanhá-las para regulá-las. No entanto, nem sempre o legislativo acompanha essas transformações em tempo desejável para a garantia dos direitos dos sujeitos, ficando a cargo do Poder Judiciário suprir essas lacunas. O não reconhecimento das relações homoafetivas é um exemplo latente de omissão legislativa, por negar-lhes legitimação, impedindo o exercício de direitos inerentes à pessoa humana e do pleno exercício da cidadania.

Em sua obra *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, Mendes (2008) diz que o STF da Nova República foi concebido como instituição responsável por controlar, inclusive, a inércia do legislador. Na visão do autor o Poder Judiciário, que tem competência para extrair uma lei do ordenamento jurídico estatal, pode sobrepor-se à decisão do Poder Legislativo. Nesse sentido afirma que ele está realizando sua função, que é indicar as melhores leituras do texto constitucional.

Esse trabalho, procura evidenciar, também, a legitimidade das decisões do poder judiciário brasileiro, ao reconhecer os direitos de uma categoria da sociedade marginalizada, suprimida da esfera de proteção legal, em razão do autoritarismo de uma sociedade que estabelece fronteiras e divisões binárias segregadoras, e que tem se modificado a partir dos movimentos sociais contra-hegemônicos.

## **2- A TEORIA QUEER: UM MOVIMENTO SOCIAL CONTRA-HEGEMÔNICO NA BUSCA DO RESPEITO IDENTITÁRIO**

O reconhecimento de direitos decorrente das relações homoafetivas não se deu de forma fácil. A história da homossexualidade demonstra períodos de aceitação, e de períodos de intolerância, visto como algo feio, pecaminoso e anormal, intitulado como pederastia ou ainda homossexualismo, que significava distúrbio de comportamento. Apesar da

homossexualidade está presente nas antigas civilizações, a sociedade contemporânea sempre agiu de forma a negar a sua existência, tornando-a invisível.

A sociedade só admite comportamentos isonômicos, preestabelecidos, ditos naturais, e qualquer conduta diversa sofre repúdio e recriminação social. Essa aversão ao diferente é como se houvesse uma linha divisória, de separação entre essas realidades. Segundo Santos (2009) essa linha divisória é entendida como:

Outro lado da linha abissal é um universo que se estende para além da legalidade e ilegalidade, para além da verdade e da falsidade. Juntas, estas formas de negação radical produzem uma ausência radical, a ausência de humanidade, a sub-humanidade moderna. (SANTOS, 2009, p. 30).

Os movimentos sociais contra-hegemônicos foram assim determinantes para a modificação da visão da sociedade sobre as relações homoafetivas. O início da luta deu-se inicialmente em busca do direito ao respeito e a liberdade individual. Maria Berenice Dias, em sua obra *União Homoafetiva, o preconceito e a justiça*, a respeito diz que:

A proliferação dos movimentos libertários, estruturados de forma articulada, tem levado à aceitação dessa nova realidade, bastando lembrar as paradas que são realizadas em todas as partes do mundo. As maiores, inclusive, já há alguns anos, são as de São Paulo e do Rio de Janeiro. (DIAS, 2009, p. 43)

A mudança do olhar sobre esse segmento da sociedade é uma realidade que se apresenta, apesar de ser muito forte ainda o caráter discriminatório e repressor contra os homossexuais. A homofobia<sup>4</sup> está presente, na sociedade nas mais variadas formas, e em condutas cada vez mais repugnantes. Diante dessa intolerância é que surgiu a Teoria Queer, com o propósito de estudar essas condutas discriminatórias, representadas pelas formas pejorativas de insultar os homossexuais. Ou seja, a teoria queer tem o propósito de desmistificar as impressões sobre a homossexualidade e suas várias significações. Pouco

---

<sup>4</sup> Homofobia: não encontrado conceito em dicionários, mas comumente é visto como não aceitação ou condutas de intolerância em relação à homossexualidade.

conhecido por seu nome, porém, ela é representada por segmentos da sociedade através dos seus componentes, como por exemplo, as comunidades LGBTTT<sup>5</sup>.

Segundo Louro (2004) o adjetivo “queer” poderia ser utilizado com dois significados, de um lado o termo abarca uma série de expressões consolidadas no senso comum homofóbico; e, por outro, uma tradução próxima do seu significado no contexto anglo-saxão seria a palavra "estranho", algo esquisito, insólito, raro. A autora faz desse adjetivo um verbo, "estranhar", no sentido de "desconfiar do que está posto e olhar de mau jeito o que está posto; colocar em situação embaraçosa o que há de estável" (Louro, 2004, p. 64).

Dentro dessa concepção teórica construída para o entendimento de categorias de gêneros, concebe-se a ideia de revolução, de desconstrução de conceitos e reformulação de conceitos dominantes. Essa nova visão reformadora pode ser entendida na visão no cosmopolitismo subalterno de Boaventura Souza Santos, que é assim definido:

O cosmopolitismo subalterno manifesta-se através das iniciativas e movimentos que constituem a globalização contra-hegemónica. Consiste num vasto conjunto de redes, iniciativas, organizações e movimentos que lutam contra a exclusão económica, social, política e cultural gerada pela mais recente encarnação do capitalismo global, conhecido como globalização neoliberal (Santos, 2001, 2006b, 2006c)

Nesse entender, ressalta-se que a teoria queer revela-se um cosmopolitismo subalterno, uma vez que se configura um movimento contra-hegemônico que luta contra ideologias da classe dominante.

### **3- A LACUNA LEGISLATIVA**

O Brasil ainda não possui leis que regulamente as relações homoafetivas. Alguns projetos tramitam no Congresso Nacional, sem que ainda tenham sido colocados em

---

<sup>5</sup> Sigla que representa o movimento social de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgênero.

discussão e votação. Um dos projetos mais antigos é o da Parceria civil, de autoria da então Deputada Federal Marta Suplicy, de 1994, sem aprovação.

Um grande avanço para o reconhecimento social das relações homoafetivas foi o advento da Lei Maria da Penha. A lei foi criada com a finalidade de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. Mas o que ela traz de inovador é o disposto no art. 5º, II, parágrafo único, que assim dispõe “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. (Lei 11.340/2006)

Dispondo assim a Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, foi a primeira lei infraconstitucional a reconhecer a união homoafetiva como novo modelo de família. Essa lei fortalecia os fundamentos das decisões judiciais para o reconhecimento das uniões homossexuais ou homoafetivas como entidade familiar (direito de família) e não como sociedade de fato (direito obrigacional). O reconhecimento como sociedade de fato era disposta na Súmula 380 do STF, que acabou ficando para trás.

A lacuna até então existente no ordenamento jurídico brasileiro foi preenchida, de forma sutil, dando ao juiz subsídio para fundamentar suas decisões, no reconhecimento dessas uniões. Porém, o arcabouço legislativo nacional ainda é carecedor de norma regulamentadora das relações homoafetivas, uma vez que essa lei só declara o reconhecimento de ditas relações, sem, no entanto, disciplinar os direitos delas decorrentes.

Coube, assim, ao Poder Judiciário de todo país suprir essa lacuna legal interpretando as leis existentes, aplicando-se o disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, utilizando-se da analogia, da equidade e dos princípios gerais de direito. O Estado pioneiro no reconhecimento desses direitos foi o Rio Grande do Sul, e posteriormente se alastrou por todos os tribunais do país, porém não de forma pacífica, ficando a critério do julgador, necessitando de uma uniformização pela Corte Suprema.

As decisões judiciais ao reconhecer a não taxatividade da norma constitucional, como sendo o casamento, a união estável e a família monoparental exclusivamente aqueles modelos que merecem proteção especial do Estado, reconhece que a sociedade é plural, multifacetada e não hegemônica e a proteção dos membros que a integram deve se dá de forma universal e em respeito a sua dignidade.

Segundo Fidelis (2011) a respeito da omissão legislativa o silêncio do legislativo acarretou mais uma vez em um manifesto do judiciário, impondo uma “força normativa” por

meio de uma decisão com efeito vinculante, para tutelar um direito de seus cidadãos. O fato é que a evolução social anda em um ritmo muito mais dinâmico que o legislativo, fazendo com que desta forma, tenhamos vácuos normativos de tempos em tempos com relação às matérias que se desenvolveram de forma mais rápida. Com essa inércia, o Estado fica com uma lacuna em sua ordem jurídica e de alguma forma precisa dizer qual é o Direito, afinal, ausência de lei não ausenta a população de ter direitos e o Judiciário de se manifestar acerca destes.

O Código Civil de 1916 previa que o casamento era a única forma de legitimação de família. Com o advento da Constituição Federal de 1988, surge à família plural, sendo legitimadas outras formas de entidade familiar, quais sejam, a união estável e a família monoparental. Os três modelos explicitamente apresentados pela Constituição Federal foram por muito tempo, vistos como únicas formas de formação de família. Essa era a hermenêutica predominante pela doutrina e pela jurisprudência do país, quando se interpretava isoladamente os artigos relativos à proteção família contidos na Carta Magna.

No entanto, a interpretação que se coaduna com os princípios constitucionais relativos à igualdade, a dignidade, o reconhecimento dos valores éticos e morais que também estão estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, é o reconhecimento como entidade familiar de toda e qualquer forma de agrupamento onde esteja presente o afeto.

A família homoafetiva, em razão de tais princípios merece reconhecimento como entidade familiar, pois segundo Lenio Streck (2002) “ os que defendem a impossibilidade de atribuição de caráter familiar às uniões homoafetivas incorrem, na verdade, no equívoco de olhar o novo com os olhos do velho”. ( STRECK, 2002)

#### **4- MODELOS DE FAMÍLIA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

A Constituição Federal de 1988 inovou, quando acabou com o monopólio do casamento, uma vez que assim era no Código Civil de 1916, quando reconheceu como modelos de família, além do casamento civil, a união estável entre o homem e a mulher e a família monoparental. Em razão disso, o Código Civil de 2002, além do casamento civil, contemplou também esses dois novos modelos. No entanto, deixou de contemplar novos formatos de família, como exemplo aqueles formados entre avós e netos, entre irmãos, tios e sobrinhos, e ainda deixando de regulamentar de forma proposital, as relações homoafetivas.

O conceito legal de família transformou-se ao longo dos anos, pois em razão das transformações sociais, houve a necessidade da legislação acompanhar essas mudanças. Segundo Chaves (2011) “superada a percepção de família como unidade produtiva e reprodutiva, pregada pelo Código Civil de 1916, a partir dos valores predominantes naquela época, descortinam-se novos contornos para o Direito das Famílias, fundamentalmente a partir da Lex Mater de 1988, que está cimentada a partir de valores sociais humanizadores, especialmente a *dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e igualdade substancial*”. (CHAVES, 2011, p. 43)

Ultrapassada a concepção ditada pela sociedade conservadora, estabelecida pelo Código Civil de 1916, em que família seria aquela unicamente formada pelo instituto sacrossanto do casamento, a Constituição Federal de 1988 reconhece novos institutos familiares, não esgotados em si mesmo, incorporando os valores do afeto, da dignidade e da pluralidade. Descortina-se o véu da hegemonia, a partir de uma realidade social concreta e não ideologizada.

## **5- POSTURA DO JUDICIÁRIO FRENTE LACUNA LEGAL**

As uniões homoafetivas fazem parte hoje de qualquer sociedade, não sendo possível mais ignorá-las. A falta de leis para reconhecimento dos direitos decorrentes das relações homoafetivas decorre em grande parte do preconceito dos nossos legisladores, que arraigados pelos princípios morais com os quais foram educados, prendem-se ao discurso da garantia da preservação do instituto da família, fundada em si mesma, com uma postura inflexível diante de tal realidade social. A omissão legislativa de forma explícita exigiu do Poder Judiciário, a interpretação de normas existentes se contemplativas ou não desses modelos de família, com reconhecimento de direitos daí decorrentes.

Diante de uma problemática social de tamanha envergadura, a posição do poder judiciário é fundamental para o equilíbrio social e o restabelecimento da ordem. Não pode ele esquivar-se na solução de problemas que exigem dele um posicionamento firme e determinante. Pereira (2011) afirma que o não reconhecimento de união homoafetiva como entidade familiar, independentemente de nomeá-la de união estável ou não, revela a subjetividade e as concepções morais particularizadas dos julgadores e legisladores.

O cerne da controvérsia jurídica existente sobre a possibilidade do reconhecimento das relações homoafetivas, fundava-se além da discussão moral e religiosa, mas também na interpretação do disposto no artigo 226, § 3º da Constituição Federal, que assim dispõe “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (CF, 1988)

Antes da decisão proferida pelo STF, uma grande parte dos magistrados brasileiros resistia em reconhecer as relações homoafetivas como entidade familiar, em razão da interpretação literal do artigo 226, § 3º da CF, pela forma explícita da declaração da união entre “homem e mulher”. Desta feita, excluía-se aí, a possibilidade de reconhecimento de modelo de família formado por pessoas do mesmo sexo.

Obviamente, essa postura dos magistrados devia-se, segundo eles, não só ao respeito à lei, mas também a uma educação machista, arraigada em preconceitos e convicções religiosas impregnadas de falácias. Dentre essas falácias, e falsas convicções religiosas tem-se a idéia de que a homossexualidade é pecado, é patologia ou falta de vergonha. Equívocos cometidos por conceitos retrógrados ou preconceitos maquiados de opiniões filosóficas é que ditam uma moral social.

A leitura até então que se fazia do dispositivo constitucional contido em seu art. 226 § 3º, era da impossibilidade do reconhecimento das relações homoafetivas como entidade familiar, sendo possível, no entanto, o reconhecimento de relações obrigacionais. Porém, alguns magistrados do país, inovaram dando interpretação diversa do entendimento predominante, entendendo que a Constituição não expressava ditas relações, porém não impedia o seu reconhecimento. Fundamentavam suas decisões na afirmação de que os modelos previstos de forma expressa na Carta Magna: família monoparental, casamento e união estável, eram apresentados como exemplos, mas não de forma taxativa, não impedindo o reconhecimento de outros modelos.

Essa compreensão inovadora, que surgiu inicialmente nas regiões sul e sudeste do país, e ganhou adeptos em outras regiões do país, baseava-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, de uma sociedade plural, no princípio da igualdade e do afeto, entendendo que qualquer agrupamento de pessoas onde se baseasse o afeto, era considerado como entidade familiar, conforme diz Torres (2009):

Portanto, a incidência no Direito de Família do princípio da igualdade, da isonomia familiar, tanto no aspecto filiação (art 227, § 6º, da CF/88) quanto na conjugalidade (art. 226, § 5º, da CF/88), assim como a tutela de outras formas de arranjos familiares que não somente o casamento (art. 226, § 3º, da CF/88), é condição fundamental para entender os novos contornos conferidos às estruturas familiares.

No entender de Dworkin apud Mendes (2008), o juiz pode transcender a letra da norma jurídica, desde que se funde em argumentos de princípio e respeite a integridade do direito.

## **6- A DECISÃO DO STF E O RESPEITO À DEMOCRACIA**

Inicialmente, para se falar em reconhecimento das relações homoafetivas pelo Poder Judiciário e o respeito à democracia faz-se necessária a visão sobre a homossexualidade pela sociedade, em todos os tempos. Concebido inicialmente como doença, distúrbio de comportamento ou disfunção hormonal, inclusive considerando-se que era de origem congênita ou adquirida, chegou a ser inserido no rol de doenças médicas, vindo mais tarde, em 1989, a ser excluído da lista pela Organização Mundial de Saúde.

Em razão formação cultural da nossa sociedade há uma relutância na aceitação das relações homoafetivas. São vistas como uma afronta a moral e a própria sociedade, dando a ideia de anomalia, de impureza, de pecado e até de crime. Essa resistência, segundo Pereira (2005) reside no medo de que novas famílias signifiquem a destruição da ‘verdadeira’ família.

Segundo Mott (2009) há certo consenso entre os estudiosos da psicologia infantil em situar entre os 5 e 6 anos a idade onde começa a se definir nossa orientação sexual (e se fosse possível isolar um grupo de crianças de qualquer mensagem modeladora de seu *papel de gênero*, provavelmente haveria um número equilibrado de homos, heteros e bissexuais). Sendo assim, não há como marginalizar essa camada da população, que sofre o preconceito desde a infância no seio de sua família, no ambiente escolar, e em qualquer ambiente de convivência social por uma identidade não escolhida.

Diante dessa realidade, não havia mais como o Poder Judiciário negar a essas relações o direito de ser vista como entidade familiar, e reconhecê-las tão somente como uma

sociedade civil. Ditas relações eram vistas tão somente como um vínculo negocial, com base no que dispõe o art. 981 do Código Civil, sendo inseridas no campo do Direito obrigacional, entendimento adotado pela Súmula 380 do STF. Permanecendo com essa visão, várias injustiças seriam cometidas, e permitiria a visão preconceituosa desses grupos familiares, permanecendo à margem do Direito de Família e negando direitos dos membros que a compunham, como por exemplo, o direito sucessório e previdenciário.

Apesar da resistência de uma grande parte dos magistrados brasileiros, alguns, porém importantes avanços ocorreram em relação ao reconhecimento das relações homoafetivas pelos tribunais do país, possibilitando direito sucessório, adoção, declaração de reconhecimento como entidade familiar, direitos trabalhistas, dentre outros, conforme se vê na decisão a seguir:

É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre os homossexuais, ante os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual e é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso País, destruindo preconceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e as coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Apelação provida".(TJRS, APC 598362655, Oitava Câmara Cível. Rel. **Des. José Siqueira Trindade**, j. 01.03.2000).

O entendimento adotado pelos tribunais do sul e sudeste do país começou a se disseminar por todo país, porém ainda com a resistência de juízes mais inflexíveis a uma interpretação extensiva do disposto no art. 226, § 3º da Constituição Federal. A falta de previsão legal expressa para o reconhecimento das relações homossexuais era um ponto de controvérsia, que demandava um entendimento pacificador pela Alta Corte do país. A demanda era recorrente, e as decisões nesse sentido não eram uniformes, dependendo das convicções de cada julgador.

A literalidade do texto constitucional que dispõe que a união estável é aquela formada entre “homem e a mulher” era visto como um empecilho a dito

reconhecimento. Inevitavelmente chegou ao STF a incumbência de proferir decisão acerca de questionamentos formulados uniformizando o entendimento a respeito da matéria.

Em cinco de maio de 2011, o STF posicionou-se assim pela constitucionalidade da interpretação extensiva do art. 226, § 3º da CF dada por instâncias inferiores, reconhecendo a legitimidade das relações homoafetivas como entidade familiar. Pacificou assim o entendimento sobre o tema, de forma que o veredicto deve ser observado por todas as instâncias, independentemente das opiniões pessoais dos Doutos Magistrados. Ela retrata a realidade da atual sociedade, os valores expressos de uma sociedade livre, justa e solidária, expresso na Constituição Federal e é fruto do amadurecimento da sociedade e de seus membros. Segundo Dias (2007) sobre a decisão do STF, sabiamente assim se posicionou:

A base jurisprudencial que encaminhou os ministros do Supremo a esta louvável e histórica decisão deve-se, em especial, à coragem de diversos(as) juízes(as) singulares e desembargadores(as) de alguns tribunais de justiça brasileiros, que, desde o fim da década de 90 (do século XX), vinham reconhecendo, gradualmente, o afeto como o lastro de existência e de sustentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo; motivo pelo qual as ações afetas a tais relacionamentos, cada vez mais, passaram a tramitar nas Varas de Família - que são, de fato, as competentes para a apreciação de tais demandas. E a esteira jurídico-teórica do reconhecimento familiar das uniões homossexuais, nestes julgados, foi a analogia (art. 4ª da LICC; art. 126 do CPC) com o instituto da união estável que, à luz da principiologia constitucional - especialmente da dignidade humana e da igualdade -, presta-se a estender os mesmos efeitos jurídicos às relações afetivas entre pessoas de sexo idêntico.

Corroborando com o entendimento de Dias, não se pode afirmar que assim agindo o Poder Judiciário estaria usurpando a competência do Poder Legislativo, ou ainda modificando decisão política pelo não reconhecimento de ditas relações, numa postura antidemocrática. Segundo Dworkin, apud Mendes (2008) juízes podem legitimamente anular uma decisão política tomada pela maioria legislativa não apenas

sem causar danos à democracia, mas ao contrário, aperfeiçoando-a. Por essa razão, quando em 5 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal, ao julgar ações diretas de inconstitucionalidade, proferindo decisão equiparando os direitos e deveres de casais hetero e homossexuais, ultrapassou decisões políticas já tomadas, não legislou, pois a decisão foi tomada baseada em argumentos de princípios constitucionais.

Compreende-se assim que a decisão proferida baseou-se em princípios constitucionais, retratando a sociedade contemporânea, sem ofensa a democracia. A democracia deve ser compreendida não em um conceito fechado, engessado em si mesmo, como sendo “o governo do povo”, ou seja, da maioria. O que se entende por maioria não é o que a maioria defende, e sim substancialmente o que é justo e moral.

Afastemo-nos de um conceito pobre e ideológico de democracia, pois em conformidade com Dworkin apud Mendes (2008), democracia é um ideal institucionalmente incompleto. O fundamento apresentado pelo Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento pelo STF, em seu voto quando disse “Aqui, o reino é o da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham [...]” expressa a legitimidade da decisão e o respeito a democracia. Assim a democracia deve ser vista como o respeito aos direitos individuais, sem a prevalência da opinião de uma maioria que nada tem a perder com a modificação de sua decisão.

## **7- CONCLUSÃO**

As dificuldades encontradas por casais homoafetivos para serem reconhecidos como entidade familiar é ainda um problema vivenciado em pleno século XXI. Essa dificuldade inicia-se dentro do ambiente doméstico, em razão da não aceitação pelos familiares da homossexualidade de um dos seus membros, bem como da discriminação sofrida no meio social em que vivem e se torna plena perante a negação dos direitos pelos tribunais do país.

Diante dos novos modelos de família formados sem a intervenção estatal, e que se multiplicaram ao longo dos anos na sociedade brasileira, a união homoafetiva tornou-se um modelo comum, porém sem a devida proteção legal. Apesar da Constituição Federal de 1988 acabar com o monopólio do casamento como única forma legítima de entidade familiar, reconhecendo também a união estável e a família monoparental, como modelos de família, não o fez expressamente em relação a modelos de família formados pelo agrupamento de pessoas do mesmo sexo, que também se unem pelo afeto.

Assim o reconhecimento dessas uniões dependia da opinião dos juízes que se valiam do direito comparado, utilizando-se das fontes de direito auxiliares, tais como doutrina, jurisprudência, analogia e principalmente dos princípios gerais de direito. Esses últimos são hoje de aplicação mais recorrente, assumindo uma posição de maior relevância, em razão da insuficiência legal no amparo dos anseios sociais, pois segundo Albuquerque (2010), em sua obra “Famílias no direito contemporâneo”, esses permitem o preenchimento a partir dos valores.

A interpretação da Constituição Federal dá-se de acordo com os valores estabelecidos pela sociedade. Essa é conservadora e impõe uma homogeneidade dos seus membros na forma de ser, fazer e viver. Para que ocorra o reconhecimento de direitos decorrentes das relações homoafetivas, faz-se necessário um respeito às diferenças. Por essa razão os movimentos contra-hegemônicos exerceram um papel importantíssimo no reconhecimento desses direitos.

A teoria queer, como um desses movimentos, apesar de pouco conhecida, foi fundamental para a legitimação dessas relações. A importância dela é em razão do seu caráter científico, por ser representada por estudiosos de várias áreas das ciências, como filosofia, sociologia, psicologia, dando uma conotação de seriedade e respeito. Portanto, a teoria queer, exerceu grande influência no reconhecimento dos direitos dos homoafetivos, por seus representantes terem um posicionamento sério e voltado para a ciência.

Em razão da postura do poder legislativo, coube ao judiciário a aplicação dos princípios gerais de direito, dos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana para a solução de litígios ou de ações voluntárias para a garantia de direitos das relações homoafetivas, tais como direito a previdência social, eleitoral, pensão, sucessório, adoção, dentre outros. A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe em seu Art. 2º:

Toda pessoa tem capacidade de gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. (ONU)

Valendo-se de todos os princípios humanitários e dos valores expressos na Constituição Federal, quais sejam a Fraternidade, o Pluralismo, a Ausência de preconceitos, a Cidadania e a Dignidade da Pessoa Humana, não há como se questionar sobre a legitimidade da decisão proferida pelo STF, fazendo valer os direitos dos indivíduos homossexuais. Entende-se que a obrigação do Poder Judiciário é velar pelos direitos de quaisquer cidadãos, independentemente de convicções filosóficas, política, ideológica ou de qualquer natureza. As convicções religiosas, muito utilizadas, também não podem servir de justificativa para a negação de direitos, vez que seria uma afronta aos valores supremos de amor a Deus e ao próximo.

Baseada nesses princípios, a decisão proferida pelo STF respeita a substancialmente a democracia, quando faz prevalecer os direitos em detrimento a uma democracia demagógica, decisão política do Poder legislativo até então prevalecente, discriminatória e injusta, fazendo valer uma leitura moral da Constituição Federal em que se evoca o senso de decência e de Justiça.

## **REFERÊNCIAS**

ALBUQUERQUE, F. S.; JR., M. E.; OLIVEIRA, C. A. **Famílias no Direito Contemporâneo**. Salvador: Podium, 2010.

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF, Senado, 2002. Organizado por Yussef Said Cahali. 9.ed. at. até 10 jan. 2007. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

DIAS, M. B.. **Manual do Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Homoafetividade: o que diz a Justiça**; São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. **União Homoafetiva. O preconceito & a justiça**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Direito das Famílias. Direito das Famílias.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIDELIS, M. **A luta pela Justiça e a inércia do Legislativo: 2011**

FOUCAULT, Michel. **Historia da sexualidade: A vontade de saber.** 13ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

JUNIOR, E. de D. S. **Amor e família homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF: 2011.**

LOBO, P. L. N. **Direito Civil: Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

LOURO, G. L. **Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer.** Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MENDES, C. H. **Controle de Constitucionalidade e Democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MOTT, L. R. de B. **O/A jovem homossexual na escola. Noções básicas de Direitos Humanos para Professores/as da Educação Básica.** 2009.

PEREIRA, R. da C. **Princípios norteadores para o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. **As representações sociais das famílias e suas consequências pessoais e patrimoniais: uniões estáveis e uniões homoafetivas.** São Paulo: ASSP, Revista do Advogado, 2011.

PIOVESAM, F.; GONÇALVES, T. A. **Direitos Fundamentais no STF: Balanço e Crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Epistemologias do Sul.** Coimbra: Almedina, 2009.

SARMENTO, D.; SARLET, I. W.; **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TORRES, A. F. **Adoção nas Relações Homoparentais.** São Paulo: Atlas, 2009.