

# **TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO**



**(ORGANIZADORES)**

ANGELA LIMONGI ALVARENGA ALVES

TAUÃ RANGEL

CELSO DA VEIGA JUNIOR

FERNANDO GREGÓRIO

# TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO



**EDITORA MULTIFOCO**

Rio de Janeiro, 2017

## **EDITORA MULTIFOCO**

Simmer & Amorim Edição e Comunicação Ltda.

Av. Mem de Sá, 126, Lapa

Rio de Janeiro - RJ

CEP 20230-152

### **CONSELHO EDITORIAL**

#### *Presidência:*

Felipe Dutra Asensi

Marcio Caldas de Oliveira

#### *Conselheiros:*

André Guasti (TJES, Vitória)

Bruno Zanotti (PCES, Vitória)

Camilo Zufelato (USP, São Paulo)

Daniel Giotti (Intejur, Juiz de Fora)

Eduardo Val (UFF)

Gustavo Senges (Coursis, Rio de Janeiro)

Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá)

José Maria Gomes (FEMPERJ, Rio de Janeiro)

Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre)

Paula Arevalo (Colômbia)

Paulo Ferreira da Cunha (Portugal)

Pedro Ivo (MPES, Vitória)

Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília)

Raphael Carvalho (Mercosul, Uruguai)

Rogério Borba (UNESA, Rio de Janeiro)

Santiago Polop (Argentina)

Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa)

Thiago Pereira (UFF, Rio de Janeiro)

Victor Bartres (Guatemala)

Yolanda Tito (Peru)

Vinícius Scarpi (UNESA, Rio de Janeiro)

### **REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA 21**

### **Transformações do Direito**

ALVES, Angela Limongi Alvarenga

RANGEL, Tauã

JUNIOR, Celso da Veiga

GREGÓRIO, Fernando

1ª Edição

Agosto de 2017

ISBN: 978-85-5996-683-1

Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução deste livro com fins comerciais sem  
prévia autorização do autor e da Editora Multifoco.

## CONSELHO DO CAED-JUS

Adriano Rosa (USU)

Antonio Santoro (UFRJ/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/UCB/USU/UCP)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glaucia Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)

## SOBRE O CAED-JUS

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2017, o evento ocorreu entre os dias 05 a 07 de julho de 2017 e contou com 10 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos dez livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2017. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Juan Carlos Balerdi (Instituto Ambrosio L. Gioja – Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires) e Clarissa Brandão (UFF). O trabalho premiado foi de autoria de Ana Claudia Andreucci e Michelle Junqueira sob o título “Infância do consumo e o consumo da infância: reflexões sobre o ‘totalitarismo consumista’ e o incentivo à transgressão e à violência infantil na sociedade pós-moderna”.

## SUMÁRIO

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA E A  
CELERIDADE PROCESSUAL ..... 13

*Alana Caroline Mossoi e Adriane Haas*

SOCIEDADE CIVIL, NOVAS  
INSTITUCIONALIDADES E  
TRANSFORMAÇÕES NA  
SOBERANIA ESTATAL ..... 35

*Angela Limongi Alvarenga Alves*

RESPONSABILIDADE CIVIL  
CONTEMPORÂNEA E O SEU  
CARÁTER PREVENTIVO..... 55

*Danilo Germano Rêgo e Thatiane Rabelo Gonçalves*

O PROCESSO ADMINISTRATIVO  
TRIBUTÁRIO E O NOVO CPC.....73

*Eva Eulalia da Silva Almeida*

RECONHECIMENTO DO ANIMAL  
COMO SUJEITO DE DIREITO ..... 87

*Fernando José Souza de Araújo*

HOMOFOBIA E O DIREITO:  
BREVES DELINEAMENTOS  
CONSTITUCIONAIS ..... 107

*Gabriela Soares Balestero*

A EMPRESA E O DIREITO AO  
ESQUECIMENTO.POSSIBILIDADE OU  
IMPOSSIBILIDADE? ..... 129

*Juliana Cidrão Castelo Sales e Rafaela Barbosa de Brito*

A FLEXIBILIZAÇÃO DA  
ÁREA DE RESERVA LEGAL NA  
AMAZÔNIA BRASILEIRA DIANTE  
DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO  
RETROCESSO ..... 143

*Juliana Soares Viga*

UNIÕES POLIAFETIVAS: A  
NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO  
NO BRASIL ..... 161

*Laís de Oliveira Pimentel e Giovana Estela Vaz  
dos Santos*

A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO  
HOMOAFETIVA: AS PERSPECTIVAS  
NO BRASIL E NA ARGENTINA..... 177

*Lisâneo Macedo M. Melo*

INFÂNCIA DO CONSUMO E O  
CONSUMO DA INFÂNCIA: REFLEXÕES  
SOBRE O “TOTALITARISMO  
CONSUMISTA” E O INCENTIVO À  
TRANSGRESSÃO E À VIOLÊNCIA

INFANTIL NA SOCIEDADE PÓS-  
MODERNA ..... 199

*Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci e Michelle  
Asato Junqueira*

NOVO PARADIGMA DO  
CONSTITUCIONALISMO  
CONTEMPORÂNEO ..... 215

*Renata Bolzan Jauris, Lincoln Rafael Horácio e  
Nayara Rangel Vasconcellos*

MEDIAÇÃO FAMILIAR EM PAUTA:  
A CULTURA DO DIÁLOGO PARA  
A PRESERVAÇÃO DOS FILHOS  
NO TÉRMINO DA RELAÇÃO DOS  
GENITORES ..... 233

*Tauã Lima Verdán Rangel*

O PODER E GOVERNAMENTALIDADE:  
UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE,  
E DA SUA PUBLICIZAÇÃO. .... 251

*Vanessa Velasco H. Brito*

# A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO HOMOAFETIVA: AS PERSPECTIVAS NO BRASIL E NA ARGENTINA.

*Lisâneo Macedo M. Melo*

## **INTRODUÇÃO**

Entendemos que a sociedade é mais dinâmica que a lei, ao tratarmos de um tema que acompanha a evolução dos direitos individuais, estando no bojo dos direitos protegidos pela constituição brasileira. Pois enquanto a vida humana é transformada cotidianamente, a lei por vezes não reconhece uma situação jurídica de fato, concreta e consumada. A falta desse reconhecimento pode causar anacronismos sociais, inviabilizando sua consumação jurídico-legal de se estabelecer legalmente.

O casal formado por homem e mulher sempre foi reconhecido social e juridicamente, sendo culturalmente aceito, abraçado pelas religiões e propagado pelo mundo.

Tratamento distinto foi dado aos casais homossexuais, que foram postos à margem da sociedade e da lei. O vínculo afetivo entre pessoas do mesmo sexo encontra resistência na sociedade e seus direitos como instituição familiar tornou-se motivo de acaloradas discussões. Atualmente esse grupo da sociedade tem conseguido vitórias importantes na busca de seus direitos em vá-

rios países do mundo, principalmente no âmbito da composição de um núcleo familiar, assunto que será abordado neste estudo.

O poder legislativo tem a responsabilidade de transformar em lei demandas da sociedade, por vezes, isso não se dá, por uma variedade de motivos, que não iremos explorar aqui. Quando isso ocorre o judiciário é instado a se manifestar. Isso aconteceu com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº. 132, que foi analisada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº. 4277, no Supremo Tribunal Federal em 5 de maio de 2011.

Numa sessão histórica o julgamento representou uma genuína quebra de paradigma no direito de família no Brasil. Nunca um julgamento público repercutiu numa seara tão privada das relações humanas.

Tal julgamento trouxe nova abordagem à união homoafetiva. Se antes era vista como uma relação de sociedade, regida por uma espécie de contrato, passa agora a ser vista com uma relação de família, com os direitos e deveres de qualquer casal heterossexual.

O reconhecimento constitucional da união homoafetiva como equivalente a família oferece garantias judiciais, mas qual a extensão dessa decisão? Quais os direitos específicos que a decisão reconhece? Qual a efetividade prática nas vidas desses casais?

Partimos em nossa abordagem, diferente dos mencionados instrumentos de tutela dos direitos individuais, alçando os casais homoafetivos a um novo estágio, a partir da premissa da união estável homoafetiva à luz da Constituição Federal, sobretudo na ampliação dos direitos dessa parcela da população nos últimos anos.

## **1. OS DIREITOS SOCIAIS E AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS**

Para Bobbio(2004) a história dos direitos dos homens se deu em três etapas ou fases: primeiro, garantiu-se os direitos a

liberdade, ou seja, devem ser resguardados os direitos do indivíduo em face do poder estatal e de terceiros; em um segundo momento asseverou-se os direitos políticos, trazendo como consequência a participação do cidadão nas decisões políticas, por último garantiu-se os direitos sociais, que trouxe novas garantias e valores, como do bem-estar e igualdade.

Os direitos fundamentais como previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988, caracteriza-se como os direitos assegurados ao cidadão tanto em sociedade, como ser individual, de modo a garantir esse contra a discricionariedade estatal ou atos de terceiros.

A doutrina em sua maioria parte do entendimento que os direitos humanos ganharam força a partir do surgimento do constitucionalismo, já que a constituição não apenas visa estruturar o Estado, criando a máquina estatal e delimitando sua atuação, mas também garantindo uma reserva “intocável” de direitos individuais e sociais, essa reserva de direitos, é aquilo que alguns doutrinadores chamam de direitos mínimos.

A base de qualquer constituição que carrega consigo os valores do Estado democrático de direito é a valorização do homem, da pessoa humana, sendo o objetivo de qualquer constituição. Nessa linha leciona Humenhuk(2014), que diz ser notório que os direitos fundamentais são a base e a essência para qualquer noção de constituição.

Após o estudo do histórico dos direitos fundamentais, Brega Filho (2002, p.22), conclui:

que apenas os direitos individuais (Liberdades Públicas) não eram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, pois havia a necessidade de se criarem condições para o seu exercício. Foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômi-

cos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais.

Continuando, Brega Filho (*apud* Sarlet:2002, p.23) explica que:

esses direitos foram chamados de direitos fundamentais de segunda geração e caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

A previsão constitucional brasileira, nos termos em que restou consignada na Carta da República de 1988, revela o traço concernente à indisponibilidade dos direitos sociais, bem como a característica da auto-aplicabilidade da regra prevista no artigo 6º, segundo a qual “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”.

No entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p.49):

como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de exigir. São direitos de crédito.

Assim, os operadores do direito devem perquirir sobre as alternativas possíveis na busca do efetivo respeito aos direi-

tos sociais, fazendo com que o Estado cumpra o seu dever de garantir ao cidadão o direito de viver em uma sociedade que busque, por meio da atuação dos poderes constituídos e das organizações civis não governamentais, a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e promovendo o bem de todos, nos exatos termos do que estabelece o art. 3º, III e IV, da Constituição. Partindo da consagrada divisão apresentada por Montesquieu relativa aos Poderes do Estado, ao Executivo compete a prática dos atos de chefia, de governo e de administração.

Para que os direitos sociais possam ter real implementação, mostra-se necessário que o Estado, através de seus poderes, promova o empoderamento e o reconhecimento dos direitos das chamadas minorias, elaborando políticas públicas e estratégias de atuação na busca da efetividade dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, etc.

Conforme Hely Loes Meirelles (2007, p.103), à Administração é concedido o chamado poder discricionário “para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.

Entretanto, no âmbito dos direitos sociais, o poder discricionário da Administração deve ser analisado com profunda cautela posto que a elaboração das políticas públicas e a realização dos atos administrativos tendentes à efetiva implementação de tal modalidade de direitos estão vinculadas ao cumprimento de dispositivo constitucional de ordem pública, arraigado aos critérios da imperatividade e inviolabilidade, possuindo natureza de norma auto-aplicável e, assim, não podendo ser afastada pela discricionariedade do Administrador.

Surge, então, o conceito de políticas públicas constitucionais vinculativas, a partir do qual se chega ao entendimento de que, para a garantia dos direitos sociais a Administração

estará compelida à elaboração de estratégias de atuação visando implementá-los.

Desta forma, temos que o Estado não poderá furtar-se à elaboração das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, bem como à efetiva implementação destes, sob pena de descumprir norma constitucional de ordem pública, imperativa, inviolável e auto-aplicável.

Na hipótese da Administração não cumprir tais deveres, deixando de elaborar (ou elaborando de maneira inadequada) as políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, ou, ainda, deixando de cumprir (ou cumprindo de forma ineficaz) as políticas públicas elaboradas, abre-se espaço para a análise e discussão acerca dos instrumentos que podem ser utilizados na busca da tutela dos direitos sociais.

## **2. O JULGAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA UNIÃO HOMOAFETIVA**

No dia 5 de maio de 2011 o STF legitimou a união estável entre casais do mesmo sexo. A decisão estabelece um novo paradigma nos direitos dessas pessoas no país, pois estabelece que casais homossexuais em união estável têm os mesmos direitos que qualquer casal heterossexual.

O Supremo concluiu de forma unânime, depois de invocado a manifestar-se através da ADPF nº. 132<sup>66</sup>. Onde o estado do Rio de Janeiro reclama “insegurança jurídica” em que vivem as pessoas, cuja união homoafetiva não é reconhecida pelo Estado, em que pese o aumento gradativo desse tipo de relação. A petição enfatiza que tal descumprimento dificulta benefícios como licença por doença de familiar, herança, pensão de alimentos, entre outros.

---

66. ADPF, ajuizada no Supremo Tribunal Federal em 25 de fevereiro de 2008 de autoria do governo do estado do Rio de Janeiro

No mesmo sentido foi apresentada em julho de 2009, a ADPF n.º. 178<sup>67</sup> de autoria da Procuradoria Geral da República, requerendo ao STF, que declarasse o caráter obrigatório de reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com as mesmas exigências e faculdades do casal hetero, reclamando os direitos e deveres que hoje guiam casais de sexo diferente.

Como subsídios às ADPF's foram elencados os preceitos constitucionais que estariam sendo ofendidos: a dignidade da pessoa humana (art.1.º, III), a igualdade (art.5.º, caput), a vedação de discriminações odiosas (art.3.º, IV), a liberdade (art.5.º, caput) e a proteção a segurança jurídica.

Vale esclarecer o que vem a ser uma ADPF. Extraído do sitio do STF é um tipo de ação ajuizada exclusivamente na corte, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Neste caso, diz-se que a ADPF é uma ação autônoma. Entretanto, esse tipo de ação também pode ter natureza equivalente às ADI's, podendo questionar a constitucionalidade de uma norma perante a Constituição, mas tal norma deve ser municipal ou anterior à Constituição vigente (anterior a 1988). A ADPF é disciplinada pela Lei Federal n.º. 9.882/99, não sendo cabível quando existir outro tipo de ação que possa ser proposto.

A ADPF, introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n.º. 03/93, prevista no § 1.º, do art. 102 da Constituição, representa uma das formas de exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

Regulada pela Lei n.º. 9.882/99 têm como principal objetivo, assim como todas as ações de controle de constitucionalidade a prevalência da rigidez constitucional e a segurança jurídica. Note

---

67. ADPF, ajuizada no STF em 2 de Julho de 2009, posteriormente convertida na ADI n.º. 4277 de autoria da Procuradoria Geral da República.

que este controle de constitucionalidade, traz o termo “preceito fundamental”. Valendo ressaltar que nem a Carta Política nem a Lei nº. 9.882/99, trouxeram o conceito de “preceito fundamental”, cabendo, desta forma, à doutrina e à jurisprudência criá-lo.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino(2009) argumentam numa tese de que o legislador teria se utilizado da palavra “preceito” em vez de “princípio” com o objetivo de evitar que o conceito a ser delineado pela doutrina e jurisprudência acabasse se restringindo aos princípios fundamentais arrolados no Título I da Constituição. De acordo com os professores a expressão mais genérica permite que sejam abrangidos pelo conceito não só os princípios, mas também as regras, em suma, qualquer norma, desde que possa ser qualificada como norma fundamental.

A doutrina assinala como ponto relevante, também suscitado pelos autores, é que o texto constitucional menciona “preceito fundamental, decorrente desta Constituição”, art. 102, § 2º, da Constituição Federal do Brasil, o que denota que não é necessário que se trate de uma norma expressa, estando protegidas pela ADPF também as normas implícitas fundamentais que se possam inferir da Carta Política como um todo.

Dito isso, passamos a análise do julgado em si, já destacando que a ADPF nº. 132 foi julgada como ADI, ação direta de inconstitucionalidade, em conjunto com a ADI nº. 4277, cuja relatoria ficou a cargo a época, do hoje ministro aposentado Ayres Brito. A votação foi unânime em julgar procedente a ação, com eficácia *erga omnes*, e efeito vinculante com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

O ministro Luiz Fux em seu voto:

A pretensão é que se configura juridicidade à união homoafetiva, para que possam sair do segredo e do

sigilo, vencer o ódio e a intolerância em nome da lei. O que se pretende é a equiparação a união estável<sup>68</sup>.

Continua:

Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apóiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia-a-dia; projetam um futuro comum<sup>69</sup>.

O Código Civil – que não proíbe, mas não legaliza a união homoafetiva- e a CF em seu artigo 226, §3º, que omite mencionar a modalidade de família para pessoas do mesmo gênero.

O texto constitucional determina que o poder de formar família está possibilitado aos casais na modalidade homem-mulher, como condição suficiente, porém não como necessária, sendo juridicamente possível sua extensão ao caso de pessoas do mesmo sexo. No artigo citado anteriormente a constituição não define o conceito de família, mas define como união estável a modalidade de casal homem-mulher, portanto estender o alcance de entendimento desse artigo não requer uma emenda à constituição.

No julgamento votaram dez ministros, sendo sete reconhecendo integralmente as alegações apresentadas, enquanto três, opuseram certas objeções, mas também acolheram o pedido contido nas petições citadas, tornando a votação unânime.

A abrangência do julgado, segundo dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, deve beneficiar os 60 mil casais homoafetivos que vivem em relações estáveis, segundo o censo de 2010. Na prática o julgado deve beneficiar um número muito maior, pois muitos não assumem publica-

---

68. STF, j, 5 mai 2011, ADIN 4.277/DF, Ministro Luiz Fux.

69. *Ibidem*.

mente suas relações, por temer a reprovação da família, do trabalho, pelo preconceito.

Em princípio com a equiparação de direitos e deveres de casais heterossexuais e homossexuais, os últimos passam a incorporar novos direitos civis. Há em andamento uma verdadeira revolução, no campo dos direitos dos casais homoafetivos, com o advindo do julgado, já é possível para um casal do mesmo sexo: declarar-se em regime de comunhão parcial de bens, solicitar pensão alimentícia em caso de separação judicial, para citar alguns direitos, mas o espectro da sentença atinge questões que envolvem direito previdenciário, trabalhista, civil, tributário e sucessório.

Faz-se necessário salientar que antes do julgado já era possível um casal homoafetivo registrar sua relação em cartório de ofício, em contrato, estabelecendo a divisão dos bens. O Código Civil enxergava o vínculo apenas como uma relação de sociedade, ou seja, se há uma separação, os direitos são equivalentes aos existentes em uma quebra de sociedade. Com o julgado, a união estável homoafetiva é tratada como modalidade de entidade familiar, e por isso regida pelo direito de família, portanto há agora uma nova abordagem sobre essa relação.

Assim como os casais heterossexuais, o casal homoafetivo deverá cumprir determinados requisitos para comprovar a união estável. Os requisitos são elencados no código civil, tais como: ser uma convivência pública, duradoura, contínua leal e com a intenção de constituir família, não havendo um prazo mínimo de convivência.

A efetivação desses direitos não é automática, será necessária ainda a tutela judicial, pois não há regulamentação legal. Somente após a criação de leis ordinárias haverá na prática uma adequação a situação fática, pois o casamento não foi estendido aos casais homoafetivos, já que para tal existe uma

carga formal maior, exigindo a certidão e outros documentos, o que não ocorre com a união estável.

O julgado do Supremo unifica o entendimento jurisprudencial, em questões que envolvem direitos de casais homoafetivos, dando assim, mais agilidade em ações que envolvam o tema. Muitos desses direitos já vinham sendo reconhecidos por outros tribunais e, até mesmo em alguns órgãos públicos, tais como a previdência social e a receita federal, mas de forma isolada

Temas como recebimento de pensão, partilha de bens já ensejaram julgados nos estados de Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo. Os tribunais do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, já produziram decisões reconhecendo os direitos dos casais homoafetivos.

Se antes do posicionamento do STF existiam julgados a favor dos casais homoafetivos, também havia decisões contrárias, como no julgado exarado pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, que cita expressamente o art. 226, §3º da CF, como fundamento do voto.

Apelação Cível. Homossexualismo. Reconhecimento. Esforço comum na formação do patrimônio. Falta de comprovação. Sociedade de fato. Relacionamento homossexual. A inexistência de texto constitucional ou legal impede que se reconheça a união estável entre pessoas do mesmo sexo. A formação de patrimônio comum está submetida aos pressupostos do artigo 1363 do CC-16. Exame de prova documental. “*Affectio Societatis*” demonstrada a partir de 1998. Apelação desprovida”.<sup>70</sup>

O avanço dos direitos individuais na sociedade de modo geral, chegou a comunidade homossexual, que viram nesses

---

70. TJ/RJ, j.7 fev.2006, AC 2006.001.00660, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto.

avanços uma oportunidade para os seus direitos. A garantia constitucional de livre manifestação foi utilizada como forma de expressão pública à opção sexual dessas pessoas, de modo que, é crescente em todo país, grandes manifestações em defesa dos direitos e da diversidade sexual, vide as passeatas gays que reúnem milhares de pessoas, artistas consagrados, membros da sociedade civil organizada e até autoridades públicas.

O judiciário manifestou-se por determinadas vezes contra eventuais ataques à igualdade sexual, impedido hierarquias entre pessoas, negando privilégios ou vantagens que não possam ser justificados.

A ausência de dispositivos legais sobre a matéria tem tornado cada vez mais importante à discussão do tema a fim de solucionar, com equidade, tais questionamentos. Dessa forma, é vital o entendimento do “*fenômeno social jurídico*” do tema. Tal exegese legal não deve ser confundida pelo jurista como aplicação do Direito. Este deve ser, primeiramente, entendido como fato social; produto da atuação dos atores sociais em seu meio. Assim, é imprescindível a inteligência de Pontes de Miranda (1995, p.170) sobre o tema:

Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais por fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentro deles. Qualquer círculo, e não só os políticos, no sentido estrito, tem o direito que lhe corresponde.

Nesse contexto, faz-se mister a releitura do entendimento do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, a qual transcrevemos *in verbis*: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Retornamos ao julgado, trazendo partes importantes do voto do Relator das ações o ex-Ministro Ayres Britto, nos permitindo o grifo:

**20. (...)merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.**

(...)

**42. (...) Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art.5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo.**

Nos parece que dentro da atual conjuntura da sociedade brasileira, a união estável homoafetiva está claramente evidenciada e aceita. Cabe então, aos atores jurídicos e a sociedade como um todo, o entendimento desse fenômeno como parte do meio social para a utilização dos princípios e métodos adequados à defesa dos interesses dessas pessoas.

No Brasil há milhares de famílias homoafetivas que comungam de projetos comuns de convivência e respeito mútuo. O judiciário é chamado a responder a esse fenômeno relativamente recente no direito brasileiro.

Nesse sentido, a Constituição possui dois sentidos: o lato e estrito. No sentido lato as garantias nascem para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional, evitando reformas que prejudiquem a segurança e a conservação do estado de direito.

Para Bonavides(2007) o estrito não deseja garantias a Constituição e o direito objetivo em sua totalidade, mas persegue a proteção direta e imediata dos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes.

Parece que o julgado teve a capacidade de captar esse sentimento da sociedade brasileira, reparando uma lacuna legislativa que até hoje não foi preenchida na legislação brasileira.

Nessa linha o CNJ, órgão de controle externo do poder judiciário, dada as disparidades de entendimento que o julgado trouxe e, conseqüentemente aplicações variadas, resolveu uniformizar os procedimentos, já que sentiu a necessidade de acabar com essa variedade de entendimento entre os estados que autorizam e os que não autorizam a união homoafetiva editou a Resolução nº 175.

Publicada em 15 de maio de 2013, autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seja por habilitação direta, seja por conversão de união estável. Determina que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

As portarias do CNJ, com os poderes conferidos no art. 103-B da Constituição, tem efeito vinculante em todo o judiciário brasileiro. Nesse caso os cartórios de nota, mesmo sendo instâncias extrajudiciais são vinculados ao Poder Judiciário, sendo de responsabilidade das Corregedorias Estaduais de Justiça que são órgãos do Judiciário Estadual.

Na prática essa Resolução tem força de lei e deve ser cumprida. Caso contrário, cabe comunicação ao juiz corregedor do

respectivo tribunal estadual, para denunciar o responsável em caso de descumprimento e até mesmo recurso ao próprio CNJ.

#### **4. A UNIÃO HOMOAFETIVA NA ARGENTINA**

A Lei n.º. 26.618 que foi promulgada em 21 de Julho de 2010, deu à Argentina o protagonismo na América Latina, como o primeiro país a conferir na sua legislação os mesmos direitos dos casais heterossexuais aos casais homoafetivos, mediante modificação no Código Civil Argentino.

A modificação no artigo 172 daquele Código Civil, estabeleceu: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, com independência de que los contrayentes sean del mismo e de diferente sexo”.

A República Argentina de forma inovadora no continente confere status legislativo a união de pessoas do mesmo sexo, não fazendo mais nenhuma distinção de sexo para caracterizar qualquer união, bastando para isso mera declaração de vontade perante uma autoridade competente para a existência do casamento civil. Assim estabelece o art. 42 da Lei n.º. 26.618/10:

Aplicación. Todas las referencias e al instición del matrimonio que contiene nuestro ordenamento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS(2) personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS(2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada em el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce

de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS(2) personas de distinto sexo.

Fica evidente que a normativa desse país atendeu ao determinado na Constituição Argentina, que afirma que todos são iguais perante a lei, expressado no art.16 da Carta Constitucional daquele país:

La Nacion Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni titulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales antes la ley, y admisibles en los empleos sin otra condicion que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas publicas.

Vale ressaltar que já existia uma normativa anterior a Lei de União Civil da cidade de Buenos Aires, aprovada no final de 2002, que foi o primeiro antecedente antes da existência da lei nacional sancionada pela presidente Cristina Kirchner, que garante às pessoas do mesmo sexo os mesmos direitos e responsabilidades de casais heterossexuais, além da mudança dos termos “marido e mulher” no Código Civil Argentino para “contratante” ou “cônjuges”. Isto inclui muito mais direitos do que as uniões civis, incluindo adoção, direito a herança, benefícios sociais e patrimoniais.

No entendimento de César Cigliutti presidente da Comunidade Homossexual Argentina (CHA) ao jornal Clarín,

A lei já está vigente e a disposição de todos (as). É como propomos através da Comunidade Homossexual Argentina (CHA), a ampliação do conceito de família. Todas as famílias, as nossas também. As

leis, além de outorgar direitos e reconhecer obrigações, também educam a sociedade. As novas gerações se formarão na consciência do matrimônio igualitário, como fazem agora com o voto feminino. Assim avançam historicamente as civilizações. Sem se restringir às tradições e nem impondo dogmas<sup>71</sup>.

Se a República Argentina já tem resguardado em seu Código Civil os direitos dos casais homoafetivos em sua legislação, aqui ainda precisa avançar em relação ao tema.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No que tange a questão específica da efetivação dos direitos dos casais homoafetivos, notamos que o julgado do STF deu validade judicial a tais relações, constituindo dessa forma um novo paradigma nos direitos desses casais.

Ressaltamos que a jurisprudência do Supremo não surge como salvação para os casais que encontram-se incluídos no grupo beneficiados pelo julgado. Mas é uma forma de observar a lei de maneira mais rica e trazer à discussão o modo como o judiciário vem analisando os casos que chegam aos tribunais. Portanto, o presente julgado é um referencial teórico para formular questões, que de certa forma ficariam sem respostas, se não fossem invocadas.

Nesse sentido, vimos que foi cabível uma interpretação constitucional no sentido de reconhecer a união homoafetiva como instituição familiar. Pode-se questionar os vários métodos de interpretação que equiparam os casais homoafetivos aos heteroafetivos, no entanto, é inegável o avanço constituído após o julgado do STF.

Por fim, vale informar que apesar do importante avanço jurisprudencial sobre o tema da união homoafetiva, o Brasil

---

71. Disponível em <http://www.azevedosette.com.br/noticias/noticia?id=1685>. Acesso em: 13 Jun.2014

ainda carece de uma normativa legal, uma legislação específica que contempla os direitos dessa parcela da sociedade, a fim de consolidar seus direitos e trazer garantia jurídica para milhões de brasileiros.

A inserção ou modificação de um artigo no Código Civil Brasileiro, parecer ser um caminho adequado para conferir amplos e irrestritos direitos aos casais homoafetivos, elevando o Brasil a mesma condição que nosso vizinho Argentino.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGENTINA, Presidência de La Nacion. **Lei nº. 26.618 de 21 de Julho de 2010**. Altera o Codigo Civil Argentino, para dispor sobre o matrimonio civil. Disponível em: < [http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000109999/109481/textactley340\\_libroI\\_S2\\_tituloI.htm](http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000109999/109481/textactley340_libroI_S2_tituloI.htm) > . Acesso em: 16 jun.2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 580/2007**. Altera a Lei nº. 10.406 de janeiro de 2002 – Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/617018.pdf> > . Acesso em:17 mai.2014.

\_\_\_\_\_.Presidência da Republica. Constituição da Republica Federativa do Brasil(1988). Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/legislacao/const> > . Acesso em: 10 mai.2014.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> > . Acesso em: 10 mai.2014.

\_\_\_\_\_.Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Jurisprudência. Disponível em: < <http://www.trtsp.jus.br/> > . Acesso em: 10 mai.2014.

\_\_\_\_\_.Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2009/munic2009.pdf> > . Acesso em: 10 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1861> > . Acesso em: 15 Jun.2014.

BARROSO, Luis Roberto, **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_, **Diferentes mais iguais : o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**: Disponível em: < <http://lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentes-maisiguais.pdf> > . Acesso em:17 mai.2014.

BARBOSA, Joaquim Benedito Barbosa, **Ação afirmativa, princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais – aspectos jurídicos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CANOTILHO. José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 1<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 11<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HUMENHUK, Wewertton. **A Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14457-14458-1-PB.pdf>. Acesso: 07 mai.2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Volume 7. Editor Borsoi. Rio de Janeiro. 1955.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 1952.

- PAULA, Alexandre Sturion de. **Ação afirmativa e discriminação reversa: análise a partir da instituição de cotas para cidadãos negros e pardos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_61/Artigos/Art\\_alexandre.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_61/Artigos/Art_alexandre.htm)> . Acesso em:16 mai. 2014.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1>> . Acesso em: 20 mai.2014.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>> . Acesso em: 20 mai.2014
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/index.action>> . Acesso em: 20 mai.2014.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> . Acesso em: 20 mai.2014
- VILLELA, João Baptista. **As novas relações da família**. Anais da XV Conferência Nacional da OAB, Foz do Iguaçu, Paraná, p. 639-647, set/1994.
- WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado** – 4. ed., rev. e atualizada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2009.