

O EXERCÍCIO DA ALTERIDADE E O COMBATE À HOMOFOBIA: OS DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS

Amanda Brito Meira¹

O diferente é necessário, imprescindível, essencial. Respeitar o outro é querer respeito consigo. Somos todos uns em função do outro. Não nos cabe o preconceito, a intolerância, a estupidez, a barbárie.²

1 Introdução. 2 Panorama das dimensões dos direitos humanos. 3 O exercício da alteridade e o combate à homofobia. 4 Novos perfis familiares: o necessário reconhecimento das uniões homoafetivas e os direitos delas decorrentes. 5 Conclusão.

1 Introdução

A idéia de produzir esse artigo surgiu a partir de discussões que envolveram os temas homofobia, homossexualidade e uniões homoafetivas, notadamente, em decorrência do dia mundial de combate à homofobia, que ocorreu no dia 17 de maio, na mesma semana em que houve a marcha em Brasília, com o intuito de reivindicar a aprovação do projeto de lei nº. 122/2006, que tramita na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa do Senado³, cujo objeto é a criminalização da homofobia, bem como de outros

¹ Advogada. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Salvador/Bahia.

² NERY, Wellington. **O princípio da alteridade**. Jequié, 06 out. 2007. Disponível em: <<http://falandonalata.wordpress.com/2007/10/06/o-principio-da-alteridade/>>. Acesso em: 03 mai.2010.

³ O referido projeto de lei encontra-se com matéria sobrestada, aguardando audiência pública, desde o dia 04 de fevereiro de 2010. Tramitação completa do projeto, cf.: BRASIL. Senado Federal. Projetos e Matérias Legislativas. **PLC – Projeto de Lei da Câmara, nº. 122, de 2006**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em 19 mai. 2010.

tantos direitos a que fazem jus casais que vivem em uniões estáveis homoafetivas.

Espera-se que este texto possa contribuir para uma visão atual e humanística acerca dos direitos dos homossexuais, possibilitando ao leitor entender que as diferenças existem e merecem o devido respeito. É necessário e urgente conscientizar a sociedade acerca das freqüentes mudanças por que passam as relações sociais, despertando-a para a importância da convivência pacífica e harmônica entre os indivíduos, bem como da tolerância e do amor ao próximo, independentemente das suas orientações ou condições sexuais.

Em um primeiro momento, serão abordadas as dimensões dos direitos humanos, enquanto ciclo evolutivo da proteção dos direitos da humanidade. Serão traçados os novos perfis da família, estabelecidos pela Constituição Federal, em seu art. 226. Outrossim, respeitando o passo evolutivo da humanidade, serão estudadas as uniões homoafetivas, defendendo-se o seu reconhecimento, enquanto instituição familiar, com todos os direitos decorrentes.

Seguindo-se nesta perspectiva de proteção aos direitos fundamentais do ser humano, será analisado o princípio da alteridade, tendo em vista a necessidade da sua observância, a fim de reprimir a intolerância, e consagrar o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana.

2 Panorama das dimensões dos direitos humanos

Cabe, inicialmente, destacar que a expressão “gerações de direitos humanos” foi inicialmente empregada por Karel Vasak, que estabeleceu a relação entre a evolução dos direitos humanos e os dogmas da Revolução Francesa. Nesse diapasão, Karel Vasak citado por George Marmelstein Lima entende que:

[...] a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*)⁴.

Dirley da Cunha Junior sustenta que os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões:

[...] correspondem a uma sucessão temporal de afirmação e acumulação de novos direitos fundamentais. Isso leva, por conseguinte, a uma conseqüência fundamental: a irreversibilidade ou irrevogabilidade dos direitos reconhecidos, aliada ao fenômeno de sua complementaridade. Quer dizer, o progressivo reconhecimento de novos direitos fundamentais consiste num processo cumulativo, de complementaridade, onde não há alternância, substituição ou supressão temporal dos direitos anteriormente reconhecidos⁵.

Não obstante já existirem três gerações/dimensões de direitos fundamentais amplamente consagradas na doutrina, os direitos de quarta geração vêm ganhando amplitude face à constante evolução dos direitos fundamentais, alargando ainda mais o rol de garantias asseguradas aos indivíduos. Tal evolução “[...] acontece precisamente porque o Estado, instrumento de satisfação das necessidades humanas, está, de modo ininterrupto, submetido a modificações pelo simples fato de o ser humano que o cria estar constantemente em transformação”⁶.

Assim sendo, a doutrina reconhece que os direitos fundamentais possuem quatro dimensões, muito embora não se possa descartar que outras dimensões venham a surgir com o passar do tempo, a fim de ampliar e complementar os direitos fundamentais já solidificados, haja vista a evolução por que passa constantemente o ser humano.

⁴ VASAK, Karel apud LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 06 mai. 2010.

⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 558-559.

⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 517.

Os direitos de primeira dimensão são, portanto, os direitos civis e políticos, consubstanciados no ideal de liberdade da Revolução Francesa. Surgiram a partir do século XVIII, com o Estado Liberal⁷. Tais direitos, conforme ensina Dirley da Cunha Junior, amparado no posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet, são:

[...] marcadamente individualistas, afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais propriamente como direitos de defesa, demarcando uma esfera de autonomia individual impermeável diante do poder estatal, indispensável ao digno desenvolvimento de cada indivíduo⁸.

Os direitos de segunda geração, por sua vez, constituem os direitos sociais, econômicos e culturais, baseados no dogma da igualdade sustentada pela Revolução Francesa. Insta salientar que tais direitos surgiram no século XIX, como forma de equilibrar as desigualdades sociais, que cresceram em decorrência da inércia do Estado⁹. Sobre este aspecto, Fábio Konder Comparato sustenta que:

A Revolução Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então. Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário¹⁰.

Quanto aos direitos de terceira dimensão, embora tenham sua gênese recente, apresentam como fundamento o ideal de fraternidade da Revolução Francesa. Por esta razão, são também denominados direitos de solidariedade. Consoante ensina Dirley da Cunha Junior, lembrando as idéias de Ingo Wolfgang Sarlet, tal dimensão de direitos fundamentais é denominada de direitos de solidariedade ou fraternidade “[...] em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e, de modo especial, em face de sua implicação

⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 428.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang apud CUNHA JUNIOR, 2008, p. 562.

⁹ SILVA NETO, 2006, p. 516.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p.132.

universal, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo mundial, para sua efetivação”¹¹.

Nessa perspectiva da internacionalização dos direitos humanos, esclarece Maria Berenice Dias:

Os direitos de terceira geração sobrevieram à Segunda Guerra Mundial, reagindo aos extermínios em massa da humanidade praticados na primeira metade do século XX, tanto por regimes totalitários (stalinismo, nazismo) como democráticos (destruição de cidades indefesas, até por bombas atômicas). Na medida em que o gênero humano se mostrou técnica e moralmente capaz de se autodestruir, voltaram-se os olhos para garantir não o indivíduo contra o indivíduo, mas a humanidade contra a própria humanidade. Nesse momento, os direitos humanos, postos como direitos de toda a humanidade, internacionalizaram-se – o que delimitou a soberania estatal por meio da criação de sistemas normativos supranacionais – com o fim de reconstruir paradigmas éticos e restaurar o respeito à dignidade da pessoa humana pelo implemento de todas as condições gerais e básicas que lhe sejam necessárias¹².

O grupo de direitos fundamentais de quarta dimensão apresenta sua gênese ainda mais recente, constituindo-se, portanto, de forma ainda embrionária na doutrina, não obstante os livros já venham sustentando a proximidade dos direitos de quinta geração. É de reconhecer-se que não tardará para que outras dimensões ganhem notoriedade no mundo jurídico, tendo em vista a evolução pela qual o ser humano constantemente é submetido, ensejando, cada vez mais, a criação e, conseqüentemente, ampliação do rol de direitos a ele garantidos e assegurados.

Após essas breves considerações sobre as dimensões dos direitos humanos, passa-se à análise do princípio da alteridade e a importância da sua observação no combate à homofobia.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang apud CUNHA JUNIOR, 2008, p. 571.

¹² DIAS, Maria Berenice. **A discriminação sob a ótica do direito**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/content/impressao.php?i=PT&u=a-discriminacao-sob-a-otica-do-direito>>. Acesso em 15 mai. 2010.

3 O exercício da alteridade e o combate à homofobia

O princípio da alteridade apresenta-se de grande relevância para o tema ora em análise. Alteridade, segundo Wellington Nery, é

[...] o caráter do que é outro, a diversidade, a diferença. Sim, o antônimo de identidade. **É preciso contemplar a diferença em todas as suas nuances. Para isso, busquemos entender que “quando eu nomeio, eu me nomeio” e sem o outro eu não sei quem sou, pois só sou em sociedade. E as sociedades devem ser múltiplas como a vida o é**¹³. (grifos nossos)

A alteridade, em outros termos, significa o respeito ao próximo. É o simples fato de entender que as diferenças existem e precisam ser levadas em consideração e aceitas com a dignidade que merecem, já que a sociedade é naturalmente plural. De acordo com os ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos, citado por Flávia Piovesan:

‘Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. **Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades**’¹⁴.(grifos nossos)

Uma sociedade compreendida como democrática não pode estar arraigada em idéias preconceituosas, que desconsideram ou ignoram a necessidade de aceitar e respeitar as diferenças. Um comportamento desta natureza conduz aos diversos atos de intolerância, seja racial, seja de condição sexual ou de gênero, dentre tantas outras formas de violação, levando ao cometimento de todo de iniquidade. Seguindo essa linha de pensamento, sustenta Maria Berenice Dias:

O art. 5º da Carta Constitucional, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, consagra: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Garante o mesmo dispositivo, modo expresso,

¹³ NERY, 2007.

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Souza apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29.

o direito à liberdade e à igualdade. Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana e à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. **Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito**¹⁵. (grifos nossos)

Nesta perspectiva, é importante ressaltar não apenas os avanços jurisprudenciais, como serão verificados em momento oportuno. O Legislativo precisa estar atento à evolução que a sociedade constantemente experimenta, a fim de garantir aos cidadãos a máxima e efetiva proteção aos direitos que lhe são inerentes. Neste rol de direitos merece tratamento o combate às práticas homofóbicas, que se traduzem nas mais diversas formas de violência contra os homossexuais. Recentemente foi publicado o Decreto¹⁶ que instituiu, no Brasil, o dia 17 de maio¹⁷, como Dia Nacional de Combate à Homofobia. Trata-se de um avanço em prol da luta pelos direitos dos homossexuais, e a iniciativa merece aplausos, mas não resolve as inúmeras celeumas que casais que vivem em uniões estáveis homoafetivas são obrigados a enfrentar, face ao silêncio do Legislativo em regulamentar seus direitos.

Feitos esses breves delineamentos, passa-se ao estudo dos novos perfis familiares estabelecidos pela Constituição de 1988, a fim de entender o conceito moderno de família, a partir do qual é possível compreender e

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental à homoafetividade**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/content/impresao.php?i=PT&u=direito-fundamental-a-homoafetividade>>. Acesso em: 06 mai. 2010.

¹⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto de 4 de junho de 2010**. Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia. Publicado no DOU de 7 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2010/06/decreto-de-4-6-2010-institui-o-dia-nacional-de-combate-a-homofobia.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2010.

¹⁷ O dia 17 de maio é considerado internacionalmente o dia de combate à homofobia. Isto porque, em 17 de maio de 1990, a homossexualidade foi, finalmente, excluída da Classificação Internacional de Doenças, deixando de ser considerada transtorno mental. A partir de então, a data representa o marco da luta contra a homofobia. Maiores informações, cf.: ABGLT - Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. **Homofobia**. Disponível em: <<http://www.abglit.org.br/port/homofobia.php>>. Acesso em 02 jun. 2010.

defender o efetivo reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas e os direitos que lhe devem ser assegurados.

4 Novos perfis familiares: o necessário reconhecimento das uniões homoafetivas e os direitos delas decorrentes

Traçar um conceito de família não é tarefa simples, tendo em vista tratar-se de instituição essencialmente social que, como tal, sofre mudanças com o transcorrer do tempo. Nesse sentido, destaca Luiz Edson Fachin citado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

[...] é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais¹⁸.

Percebe-se, com essas frequentes mudanças sofridas pela sociedade, que a família tende a moldar-se às novas realidades que surgem. Assim sendo, partindo-se para uma breve análise evolutiva, vê-se que o conceito de família, inicialmente fundado exclusivamente no casamento, apresentava uma conotação patriarcal, em que o homem detinha direitos e poderes sobre os demais membros da família. Igualmente, prevalecia o caráter patrimonial do vínculo estabelecido por meio do matrimônio.

Com a evolução da sociedade, houve o aprimoramento do conceito de família, levando-se em consideração, não mais o vínculo matrimonial que une seus membros e a hierarquia do homem (pai) sobre os demais membros. Os sentimentos ganharam destaque especial, prevalecendo os vínculos de amor, de afeto, independentemente do matrimônio¹⁹.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, atendendo às novas definições de família, e em respeito à dignidade da pessoa humana, consagrou

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson apud FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3.

¹⁹ Ibidem.

outros exemplos de entidades familiares. Nesse sentido, além da família formada pelo casamento, foram reconhecidas como instituições familiares a união estável e as famílias monoparentais.

As uniões homoafetivas, por sua vez, não foram expressamente inseridas no rol do art. 226 da CF, o que gerou dúvidas e desconforto, no que concerne à regulamentação da sua natureza e, por conseguinte, aos direitos que permeiam esse núcleo familiar. Parte da doutrina, arraigada em noções tradicionalistas, entende que a união entre pessoas do mesmo sexo enquadra-se como sociedade de fato. Como é de notório entendimento, as sociedades de fato possuem caráter eminentemente obrigacional, característica esta que não mais se coaduna com a definição de família.

Em razão do fundamento maior que a Constituição defende, qual seja, a dignidade da pessoa humana, há que se reconhecer o rol exemplificativo dos modelos de família, elencados na *Lex Fundamentallis*, a fim de compreender a legitimidade da união estável homoafetiva. Nesse diapasão, sustentam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal:

Ou seja, a proteção ao núcleo familiar deverá estar atrelada, necessariamente, à tutela da pessoa humana, através dos (democráticos) princípios gerais da Lei Maior. Por isso, desnivelar a proteção da pessoa humana, sob o argumento de proteger a instituição familiar, é cometer gravíssima subversão hermenêutica, violando frontalmente o comando constitucional!

Daí ser lícita, por exemplo, a conclusão de que o reconhecimento da união homoafetiva dentro do Direito de Família é imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais. Aliás, nessa medida em que a família deixa de ser encarada sob a ótica patrimonialista e como núcleo de reprodução, passando a ser tratada como instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana, realçados seus componentes mais próximos à condição humana, tem-se, sem dúvida, uma democratização da estrutura familiar²⁰. (grifos nossos)

²⁰ FARIAS; ROSENVALD, 2008. p. 7.

Outro não é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, senão o de reconhecer a natureza familiar da união homoafetiva, conforme acórdão *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

[...]

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. **Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres.** Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido²¹.

Verifica-se, portanto, que se a união entre pessoas do mesmo sexo tem por base o afeto, a convivência e respeito mútuo, com muita razão, merece enquadrar-se nos novos modelos de família, restando ultrapassada a característica puramente obrigacional. Nessa senda, considerando-se a união

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº. 820.475/RJ**, da 4ª Turma. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Rel. p/ Acórdão Min. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 02 set. 2008. Publicado no DJe de 06 out. 2008 RDTJRJ vol. 77 p. 97.

homoafetiva uma entidade familiar, não de reconhecidos os direitos que lhe são decorrentes. Segundo o posicionamento de Maria Berenice Dias:

É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, gerando o entrelaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar regramento jurídico²².

É imprescindível e urgente que haja a regulamentação legislativa da união estável homoafetiva, a fim de salvaguardar direitos decorrentes desses vínculos, tais como direitos sucessórios, previdenciários, de família entre outros. Enquanto o vazio legislativo não dá lugar a regramentos capazes de disciplinar com o respeito e cuidado que a matéria requer, resta aos tribunais suprirem esta lacuna, minimizando a injustiça por que passa parcela da sociedade, que se vê impedida de livremente manifestar seu desejo em constituir uma família ao lado da pessoa que ama, em razão da sua condição sexual. Trata-se de uma inconstitucionalidade flagrante, que vem sendo timidamente revertida pelos Tribunais Superiores, reconhecendo às uniões homoafetivas, determinados direitos que lhe devem ser deferidos.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a um casal de mulheres homossexuais, o direito à adoção de duas crianças no Rio Grande do Sul. Este é um avanço que merece aplausos da comunidade jurídica, na medida em que traduz um valioso precedente que certamente impulsionará a defesa do direito homoafetivo.

MENORES. ADOÇÃO. UNIÃO HOMOAFETIVA. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos

²² DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental à homoafetividade**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/content/impressao.php?i=PT&u=direito-fundamental-a-homoafetividade>>. Acesso em: 06 mai. 2010.

interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles²³.

Outras matérias relacionadas ao direito homoafetivo já vêm sendo abordadas pelo Superior Tribunal de Justiça, como a assistência médica ao companheiro dependente, ou mesmo a pensão *post mortem*, direitos previdenciários reconhecidos na união homoafetiva.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 889.852/RS**, da 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=2&idJurisSubAssunto=38>>. Acesso em: 15 mai. 2010.

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

[...]

- **A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.**

- **O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.**

- Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados.

[...]²⁴

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

[...]

3 - **A pensão por morte é "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. "**

[...]

5 - **Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.**

[...]

7 - **Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.**

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*. Mais do que razoável,

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 238.715/RS**, da 3ª Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 07 mar. 2006. Publicado no DJ de 02 out. 2006.

pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento.

9 - Recurso Especial não provido²⁵.

Verifica-se, pois, que as modificações da acepção família no decorrer do tempo trouxeram importantes avanços para o efetivo reconhecimento dos direitos concernentes às uniões homoafetivas. Ora, a partir do momento em que uniões entre casais do mesmo sexo passam a ser consideradas entidades familiares, os direitos pertinentes a tais instituições passam, com razão, a ser atribuídos, também, às uniões estáveis homoafetivas.

5 Conclusão

Este artigo buscou estabelecer uma análise crítica a respeito dos novos caracteres da família moderna, destacando o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, enquanto entidades familiares.

Percebeu-se que, não obstante a sociedade evolua de maneira rápida e constante, o direito pouco tem acompanhado esses avanços, carecendo, pois, de embasamento legal que regulamente a matéria pertinente ao direito homoafetivo. Contudo, enfrentando o vazio deixado pela omissão legislativa, o Judiciário brasileiro vem reconhecendo diversos direitos que norteiam as relações homoafetivas, a exemplo de direitos previdenciários, bem como aqueles relativos ao direito das famílias, *exemplii gratia*, adoção, alimentos, dentre outros.

O Estado Democrático de Direito, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, em cuja base está o respeito à dignidade da pessoa humana, necessita de ações que efetivamente assegurem a observância dos direitos humanos. Algumas dessas ações vêm sendo paulatinamente concretizadas por meio de decisões judiciais que concedem os direitos dos homossexuais que as

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 395.904/RS**, da 6ª Turma. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 13 dez. 2005. Publicado no DJ de 06 fev. 2006. p. 365.

leis insistem em ignorar. Ocorre que ao Poder Legislativo compete regulamentar essa realidade por que passa a sociedade, reconhecendo, finalmente, os direitos pertinentes às uniões estáveis homoafetivas, enquanto entidades familiares que são.

Uma sociedade contemplada com a característica de democrática, precisa despir-se de práticas discriminatórias que conduzem à iniquidade e à intolerância, despertando para a importância do exercício da alteridade, respeitando cada membro que a compõe, independentemente de raça, sexo ou condição sexual.

REFERÊNCIAS

ABGLT -Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. **Homofobia.** Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/port/homofobia.php>>. Acesso em 02 jun. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto de 4 de junho de 2010.** Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia. Publicado no DOU de 7 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2010/06/decreto-de-4-6-2010-institui-o-dia-nacional-de-combate-a-homofobia.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2010.

_____. Senado Federal. Projetos e Matérias Legislativas. **PLC – Projeto de Lei da Câmara, nº. 122, de 2006.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em 19 mai. 2010

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 395.904/RS**, da 6ª Turma. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 13 dez. 2005. Publicado no DJ de 06 fev. 2006. p. 365.

_____. _____. **REsp 238.715/RS**, da 3ª Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 07 mar. 2006. Publicado no DJ de 02 out. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº. 820.475/RJ**, da 4ª Turma. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Rel. p/ Acórdão Min. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 02 set. 2008. Publicado no DJe de 06 out. 2008 RDTJRJ vol. 77 p. 97.

_____. _____. **REsp 889.852/RS**, da 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=2&idJurisSubAssunto=38>>. Acesso em: 15 mai. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A discriminação sob a ótica do direito**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/content/impressao.php?i=PT&u=a-discriminacao-sob-a-otica-do-direito>>. Acesso em 15 mai. 2010.

_____. **Direito fundamental à homoafetividade**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/content/impressao.php?i=PT&u=direito-fundamental-a-homoafetividade>>. Acesso em: 06 mai. 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 06 mai. 2010.

NERY, Wellington. **O princípio da alteridade**. Jequié, 06 out. 2007. Disponível em: <<http://falandonalata.wordpress.com/2007/10/06/o-principio-da-alteridade/>>. Acesso em: 03 mai.2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.