

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: ADPF N. 132 E ADI N. 2.447, UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

STABLE HOMOAFETIVA UNION: ADPF N. 132 AND ADI N. 2.447, A JUDICIAL ANALYSIS

Thays Fortes Borges*

Janaína Reckziegel**

Resumo: Aponta-se, na presente pesquisa, uma reflexão sobre a homossexualidade e os direitos dos casais homoafetivos. Inicialmente, abordou-se o conceito histórico da homossexualidade e das relações homoafetivas na sociedade e após o processo de modernização. O surgimento da união estável homoafetiva foi trabalhada sob a perspectiva de modalidade familiar, que pode vir a ser convertida em casamento. Todo o contexto foi analisado sob o viés do direito de escolha concernente ao exercício da autonomia da vontade e ao respeito à dignidade da pessoa humana tutelada pelos direitos fundamentais, positivados na Constituição Federal de 1988. Para esse fim, analisaram-se as decisões judiciais ADPF n. 132 e ADI n. 2.447, que reconhecem e elencam os pressupostos da união estável homoafetiva e também o direito à seguridade social desses casais perpetrados para sustentar o ideal de sociedade igualitária e pluralista de direitos.

Palavras-chave: União estável. Dignidade da pessoa humana. Direitos homoafetivos. Autonomia da vontade.

Abstract: *It is showed, in this research, a reflection on homosexuality and the rights of homosexual couples. Initially, it was addressed the historical concept of homosexuality and homosexual relations in society and after the process of modernization. The emergence of stable homosexual union was worked from the perspective of family modality, that might be converted into a marriage. All the context has been analyzed under the bias of the right of choice concerning the exercise of freedom of choice and respect for human dignity safeguarded by fundamental rights, positivized in the Federal Constitution of 1988. To this end, we analyzed the ruling ADPF n. 132 and ADI n. 2.447, which recognize and list the assumptions of stable homosexual union and also the right to social security of these couples committed to support the ideal of egalitarian and pluralistic society rights.*

Keywords: *Stable union. Human dignity. Homosexual rights. Autonomy of the will.*

1 INTRODUÇÃO

Com a presente pesquisa, te-ve por objetivo apresentar uma reflexão em relação às modalidades de família, inserindo o relacionamento homoafetivo e os direitos dos casais homossexuais em comporem uma nova modalidade de família. Desse modo, iniciou-se a pesquisa sob

* Graduada do Curso de Direito; Bolsista de iniciação científica.

**Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito Público; Professora e Pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; janaina.reck@gmail.com

uma perspectiva histórica da homossexualidade na sociedade até os dias atuais, salientando-se a importância da modernização social no processo de disseminação do preconceito.

Partindo desse pressuposto, fez-se um estudo acerca dos princípios constitucionais, que servem de fundamento para garantir e assegurar os direitos dos casais homoafetivos. Destaca-se que a identidade sexual não é requisito para justificar a discriminação. Assim, reconhecer o direito dos homossexuais, principalmente no que se refere às relações homoafetivas, é mister para sustentar o ideal de sociedade igualitária e pluralista de direitos.

Ao discorrer sobre o princípio da liberdade, percebeu-se que ser livre para optar é exercer sua autonomia da vontade, isto é, afirmar sua personalidade. Considerando que o princípio da igualdade assegura que todos são iguais perante a lei, não se deve privar ou diferenciar à custa da orientação sexual. Partindo dessa prerrogativa, analisou-se a ADPF n. 132 e a ADI n. 2.447 quanto aos votos e à sua fundamentação, as quais sustentam uma importante decisão histórica na sociedade brasileira, o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos.

Ao final, apresentados os fatos que embasaram as referidas decisões, são estudados os impactos no ordenamento jurídico, em relação aos direitos dos casais homoafetivos, nesse aspecto, quanto ao Direito Previdenciário e ao benefício da pensão por morte ou prisão do companheiro, também fundamentado por uma decisão proferida no Tribunal de Porto Alegre, que teve sua eficácia estendida para a coletividade.

2 HOMOSSEXUALIDADE E UNIÃO ESTÁVEL: CONCEITO HISTÓRICO E EVOLUTIVO

A união estável entre duas pessoas fora do casamento era inicialmente conhecida na sociedade e no ordenamento jurídico como “concubinato”. Essa expressão designava o estado de “amasiamento” ou “ajuntamento” entre homem e mulher, com o inerente relacionamento sexual entre eles. Em síntese, a união estável se refere à união de duas pessoas baseadas no afeto com o intuito de instituir família (FONTANELLA, 2006).

De acordo com Dias (2003), a própria Constituição Federal elegeu o afeto como princípio que fundamenta a união estável. Dessa forma, o conceito de família passou a ser caracterizado pela presença do vínculo afetivo. Com isso, recentemente, a questão levantada pela união estável é a livre orientação sexual ou liberdade de escolha em instituir família entre parceiros do mesmo sexo. Por esse motivo, entender a homossexualidade se faz necessário para relacionar a união estável e o posicionamento jurídico atual.

Assim, a palavra homossexual foi utilizada pela primeira vez no ano de 1869 pelo médico húngaro Karoly Benkert, visto que a conduta de manter relações com parceiros do mesmo sexo é tão remota como a própria heterossexualidade. Alguns acreditam que esse comportamento é originário de uma doença psíquica desencadeada por um desvio comportamental do indivíduo, enquanto para outros se trata de uma questão biogenética em que o indivíduo, homem ou

mulher, desenvolve a homossexualidade no desenvolvimento intrauterino (MOREIRA FILHO; MADRID, 2008).

Nesse sentido, a quantidade de testosterona recebida pelo feto pode determinar se o indivíduo em uma fase futura terá inclinação para o sexo oposto ou análogo ao seu e, ainda, para outros, trata-se apenas de uma questão de escolha, uma orientação sexual na qual o indivíduo tem o direito de decidir com quem quer se relacionar, com o sexo oposto, semelhante ou com ambos (MOREIRA FILHO; MADRID, 2008, p. 2).

Ainda, antigamente, nas sociedades primitivas, o amor entre os homens era uma prática constante e aceita por estar presente na cultura, lendas e mitos dos povos. Portanto, por se tratar de um assunto amplamente cultural e com raízes primitivas, é praticamente impossível determinar uma explicação para a homossexualidade. Nas civilizações clássicas do mundo antigo, por exemplo, a importância não estava na sexualidade dos cidadãos, mas no *status* social de quem o cidadão se relacionava. Com isso, percebe-se que a questão é muito mais ampla nesse aspecto do que as relações estabelecidas entre dois homens (VECCHIATTI, 2008, p. 41).

Para os gregos, a liberdade do exercício da sexualidade fazia parte do cotidiano dos deuses, reis e heróis, portanto, não era considerada uma degradação moral, um acidente genético ou um vício. Nesse sentido, um dos exemplos mais comuns é retratado pela cultura religiosa Hindu, originária da Índia. É sabido que os deuses cultuados assumem diferentes formas relacionadas à sexualidade. Existem deuses bissexuais, hermafroditas, travestidos e até mesmo alguns que seriam capazes de mudar de sexo (VECCHIATTI, 2008).

Também, do ponto de vista da cultura indiana, o sexo não indicava somente a finalidade da procriação, mas a busca do prazer e do poder. Considerando a importância atribuída aos deuses pela cultura indiana, é notável a influência que exerce sob a população, pois a instiga a agir de tal forma ou a manifestar conduta semelhante ao que é visualizado nos deuses. É notável que, independente dessas formas descritas, todos são muito valorizados e respeitados pela sociedade (VECCHIATTI, 2008).

Para os romanos, a prática homossexual também fazia parte do contexto social, reconhecida como de procedência natural, e era denominada sodomia. Em ambas as civilizações, tanto indiana quanto romana, há uma similaridade, o preconceito contra o ente passivo da relação; papel que, geralmente, era incumbido às mulheres e escravos, todos excluídos do poder (MOREIRA FILHO; MADRID, 2008).

Em se tratando da prática sexual dos romanos, a relação com a mulher era encarada apenas com a finalidade da procriação, por outro lado, com o homem, era a manifestação da libido, um privilégio somente dos bem-nascidos. As relações homossexuais eram consideradas mais nobres do que a própria relação heterossexual (DIAS, 2003). O caráter relativo dos conceitos de masculinidade e feminilidade, segundo Vecchiatti (2008, p. 47), “[...] são variáveis de acordo com a história e cultura de cada sociedade, não podendo ser visto como algo inalterável ou invariável.”

No entanto, a partir do surgimento do Cristianismo na sociedade, a homossexualidade passou a ser visualizada sob a ótica do preconceito e da intolerância. Até aquele momento, o ho-

mossexual não era considerado diferente dos demais e sua conduta sexual era uma prática aceitável. O fundamento para a intolerância do Cristianismo é que a Igreja consagrava o casamento que tivesse por finalidade a procriação como algo correto e moralmente aceitável, e passou a condenar toda a prática sexual que não se enquadrasse nessa condição (VECCHIATTI, 2008).

Por esse motivo, na Idade Média, em vez de extinguir a prática da homossexualidade, acabou apenas tornando uma prática oculta. A conduta homossexual foi relacionada com feitiçaria e demonismo pela Igreja Católica, e com o advento da peste negra que devastou a Europa essas afirmações ganharam força e, conseqüentemente, a condenação homofóbica também (VECCHIATTI, 2008, p. 55). Apenas com o enfraquecimento dos laços entre o Estado e a Igreja, e, ainda, a modernização da sociedade, é que alguns tabus foram quebrados em relação à homossexualidade. Nesse sentido, o sentimento de culpa diminuiu e o prazer sexual deixou de ser criminoso (DIAS, 2003).

Também, o casamento, que era sacralizado pela Igreja e pelo Estado, deixou de ser a única modalidade de formar família, e com isso novas estruturas emergiram. A orientação sexual fundada no afeto deixou de ser alvo de repúdio e caracterizou-se como uma opção e não como algo ilícito ou que se deva atribuir culpa. Conforme Dias (2003, p. 42), desde meados da década de 1960 e início dos anos 1970, houve o aumento da visibilidade de diversas formas de expressão da sexualidade.

Para que se possa manter uma boa relação de convívio social e assegurar a coletividade aos mesmos direitos e deveres independente de pensamento, classe, religião e preferência sexual, é necessário manter uma relação de respeito mútuo, priorizando os limites, pois o direito de um indivíduo acaba quando o de outro começa.

3 A AUTONOMIA DA VONTADE COMO FUNDAMENTO PARA A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

É fundamental reconhecer que a sexualidade integra a condição humana, pois caracteriza um elemento da natureza humana. Respeitar e assegurar o respeito pela liberdade sexual e livre orientação sexual reflete em realizar-se como ser humano, pois abrange o alcance da felicidade. No viés dos Direitos Humanos, o direito à sexualidade, conforme Dias (2003, p. 100), está lutando para ser inserido no âmbito dos direitos da terceira geração, que concernem aos direitos decorrentes da natureza humana, tomados genericamente e solidariamente.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, todos positivados na Constituição Federal de 1988, servem como base que outorga a efetividade dos direitos humanos. O direito à identidade sexual é um direito humano fundamental, logo, o direito à união homoafetiva corresponde também a um direito humano fundamental (DIAS, 2003, p. 101).

Conforme Sarlet (2001), a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva de todo o ser humano e sua relação com a orientação sexual é direta. A opção sexual representa o livre desenvolvimento da personalidade. Dessa forma, qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura um desrespeito à dignidade humana, ferindo, assim, o

maior princípio constitucional. Em relação ao princípio da igualdade, é vedada pela Constituição qualquer desigualdade em razão de sexo.

Também, a definição de autonomia se refere a uma qualidade ou condição inerente de um ser. O princípio da autonomia é “[...] não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.” (WALINE, 1945, p. 169-170). Não obstante a autonomia da vontade é um dos elementos essenciais para o exercício da liberdade, incide no âmbito das escolhas individuais, é o poder de se autogovernar, de decidir o que lhe cabe e, nesse caso, respectivamente, a livre orientação sexual.

Por outro lado, a liberdade enseja um valor essencial à condição humana, ela permanece como um direito de escolha até os dias atuais, sofrendo alterações apenas quanto às técnicas de tratamento implementadas pelo Estado (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 325). Dessa forma, a liberdade quanto ao conteúdo é caracterizada por não haver submissão a outrem, não estando sob o controle de terceiros e não sofrendo restrições impositivas provenientes da sociedade ou do Estado (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 325).

Assim, limitar a liberdade de escolha quanto à orientação sexual é impor privação aos direitos que fundamentam um dos elementos principais da condição humana. Os limites ao direito de escolha apenas poderão ser interpostos pela sociedade por meio das leis quando isso interferir nos direitos da coletividade, isto é, visando à proteção ao direito de todos (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 329). Efetivar a autonomia da vontade quanto aos direitos dos casais homoafetivos é simplesmente respeitar a liberdade de optar que cada indivíduo possui.

Consoante esse fato, por exemplo, o que acontecia no tempo da escravidão, a proibição dos casamentos inter-raciais (DIAS, 2003, p. 105). Nessa proibição, os negros não eram proibidos de casar, porém, não poderiam se casar com pessoas de cor distinta à sua. Em contrapartida, a situação dos homossexuais é semelhante à dos negros, pois estes também podem se casar, entretanto, desde que não seja com pessoa do mesmo sexo. Nesse aspecto, até a decisão judicial ADPF n. 132, aqueles que não desejavam contrair casamento com o sexo oposto eram privados do direito de constituir família dentro da legalidade.

Deve-se considerar que a homoafetividade não causa nenhum prejuízo aos heterossexuais; se ao avistar um casal homossexual, um indivíduo heterossexual se sente incomodado, isso é um profundo preconceito injustificável. Portanto, se o direito de se autogovernar compete no exercício do princípio da liberdade positivado na constituição, logo, é evidente que autodeterminar a forma como viver a vida é assegurar o cumprimento desse princípio (VECCHIATTI, 2008).

Aparentemente, o ser humano parece ter dificuldade de aceitar aquilo que não consegue compreender por ser diferente e, conseqüentemente, por não estar acostumado a lidar com a situação. Por esse motivo, os grupos minoritários da sociedade são comumente discriminados pela maioria. Assim, é dever do legislador garantir a essas minorias mecanismos legais específicos, para que possam ingressar no Judiciário contra o ofensor que tenha desrespeitado seus direitos (VECCHIATTI, 2008, p. 164).

4 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: A DECISÃO JUDICIAL NA ADF N. 132 E ADI N. 2.447

A Constituição Federal de 1988, conforme observado, elegeu o afeto como princípio fundamental de uma união estável; por meio disso, a família passou a ser compreendida não ape-

nas por laços sanguíneos, mas também pelo laço de afeto existente. Ainda, assegurou o direito à igualdade, proibindo qualquer espécie de discriminação, inclusive em razão de sexo, inserindo a união estável nesse patamar de forma implícita (DIAS, 2009, p. 179).

O problema de não se determinarem expressamente todas as modalidades de famílias no Texto Constitucional, segundo Lobo (2002, p. 92), é hermenêutico, uma vez que a interpretação sistemática da Carta Constitucional conduz a ideia de inclusão das outras modalidades familiares. Assim, nada mais é do que um equívoco excluir as uniões homoafetivas do âmbito das entidades familiares, em razão da expressão “homem e mulher”, destacada no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Entende-se que se duas pessoas estabelecem convívio social, cumprindo os deveres de mútua assistência, fundamentados pelo amor e respeito, nada impede que se deixe de reconhecer direitos ou mesmo impor obrigações recíprocas (DIAS, 2009, p. 181). Nesse sentido, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, impetrou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, visando ao reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal (VECCHIATTI, 2008, p. 329).

O fundamento foi a lesão ao princípio da igualdade, no qual é vedada toda forma de preconceito e discriminação, o que abarca concomitantemente a orientação sexual das pessoas de maneira implícita, a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade. O fato do não reconhecimento da união estável homoafetiva estaria violando o propósito constitucional de construir uma sociedade pluralista e refratária de preconceito, sendo, então, os argumentos religiosos inadmissíveis, por se tratarem de visões de mundo particulares (VECCHIATTI, 2008, p. 330).

O segundo preceito constitucional de grande relevância corresponde ao direito à liberdade e à autonomia da vontade, decorrente à autonomia privada. Um Estado Democrático de Direitos deve assegurar aos seus indivíduos o direito de escolha entre diferentes projetos de vida, desde que estes sejam lícitos, e propiciar condições efetivas para que se possam concretizar tais feitos (VECCHIATTI, 2008, p. 330). Em relação à questão de escolha da orientação sexual, esse Estado Democrático de Direitos não indica o estabelecimento de relações com indivíduos do mesmo sexo ou sexo oposto, mas, sim, em se abster de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente.

Exercer a autonomia da vontade é ser livre para optar; a liberdade é um pressuposto para o desenvolvimento da personalidade, privar um indivíduo de viver a sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que norteiam o sentido da existência (VECCHIATTI, 2008). O terceiro princípio enfatizado na ADPF n. 132 é a dignidade da pessoa humana, conforme Kant (2006), o ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo e não como um meio, haja vista que todos os projetos de vida pessoais ou coletivos, quando razoáveis, são dignos de respeito e consideração.

Assim, o não reconhecimento das uniões homoafetivas implica a violação de dois núcleos da dignidade da pessoa humana (VECCHIATTI, 2008). O primeiro núcleo se refere ao ser humano ser tratado como um meio, no projeto de vida determinado pela sociedade, em que

somente é aceito aquele que se molda pela tradição, respectivamente, no que se refere ao papel de membro da família heterossexual destinado à procriação.

O segundo núcleo da dignidade da pessoa humana a ser violado pelo não reconhecimento é afirmar que esse estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais, conceituados corretos pela tradição da sociedade. Esse fato se converte em desconforto por parte dos adeptos, pois estes negam sua própria identidade à custa de um grande sofrimento emocional, situação que elenca a verdadeira política de discriminação (VECCHIATTI, 2008).

Ainda, no que se refere aos fundamentos favoráveis, o Ministro Ayres Britto justificou seu voto equiparando a união estável às uniões homoafetivas, e ressaltou que não se deve fazer uso da letra da Constituição Federal para “matar o seu espírito”, isto é, percebeu-se que alguns direitos estão implícitos em relação à Carta Constitucional (CHAVES, 2011). O Ministro afirmou, ainda, “[...] que não se deve separar por um parágrafo, o que a vida uniu pelo afeto, em clara remissão ao art. 226, par. 3º da Constituição Federal.” O Ministro Relator também manifestou opinião sobre a adoção a casais homoafetivos, firmando que a orientação sexual dos adotantes não é importante, desde que analisado o real interesse do casal em realizar a adoção (CHAVES, 2011).

O segundo votante do julgamento foi o Ministro Luiz Fux, que afirmou que a homossexualidade é um fato da vida, além de constituir uma orientação e não opção sexual, assim, as relações estabelecidas entre casais do mesmo sexo constituem vínculos contínuos e duradouros, baseados em respeito e afeto recíproco, para partilhar meios e projetos de vida. Justificando seu posicionamento, apresentou dados do último censo, os quais apontam a existência de mais de 60 mil casais homossexuais no Brasil (CHAVES, 2011).

Em seguida, a Ministra Carmem Lúcia, terceira a votar, acompanhou os votos dos dois Ministros que anteriormente haviam votado, os quais foram citados anteriormente. Em seu voto, ficou evidente a postura consensual da Corte em repreender o preconceito e a discriminação, com a seguinte expressão: “[...] todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito.” (CHAVES, 2011).

Ricardo Lewandowski foi o quarto Ministro do Supremo Tribunal Federal a votar favoravelmente; para fundamentar seu voto, apresentou inicialmente um parâmetro entre o conceito de família trazido pelas constituições anteriores, evidenciando a relação que existia entre a ideia de família e o instituto do casamento, que desapareceu na Constituição Federal de 1988. Já a Ministra Ellen Gracie, sétima a votar no julgamento da ADPF n. 132 e da ADI n. 2.447 acompanhou na integralidade o voto do Ministro Relator. Relembrou processos judiciais que ocorreram em outros países e que despertaram a possibilidade de se efetivar o casamento homoafetivo (CHAVES, 2011).

O Ministro Marco Aurélio firmou seu voto discorrendo sobre a realidade homossexual e sobre a importância de assegurar direitos que erradiquem os crimes homofóbicos (CHAVES, 2011). Ao final, o Ministro Celso de Mello acompanhou o voto do Ministro Relator Ayres Britto, julgando procedentes as ações constitucionais, objetivando reconhecer como entidade familiar

a união homoafetiva, desde que sejam atendidos a todos os requisitos exigidos para a união estável entre homem e mulher, e assegurando aos cônjuges os mesmos direitos e deveres (CHAVES, 2011).

Assim, todos os 10 ministros votantes no julgamento da ADPF n. 132 e da ADI n. 2.447 foram favoráveis às ações constitucionais, reconhecendo a união estável homoafetiva como entidade familiar, sob o mesmo regime que se aplica à união estável entre homem e mulher (VECHIATTI, 2008, p. 334). Diante disso, faz-se necessário analisar os impactos que as parcerias homossexuais e a união estável homoafetiva geraram no ordenamento jurídico.

5 O IMPACTO DAS PARCERIAS HOMOSSEXUAIS E DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

As parcerias homossexuais, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, vêm sendo conhecidas como sociedade de fato. Isto é, um fato social e jurídico gerador de efeitos jurídicos, de modo que configura também uma sociedade civil e comunhão de interesses (BRANDÃO, 2002, p. 101). Tradicionalmente, o Direito Previdenciário é inovador, pois foi ele quem reconheceu o direito da concubina, por exemplo. E no que se refere à homossexualidade, deveras, não poderia ser diferente.

É fato que o desamparo da pessoa que vivia em parceria homossexual, após a morte ou prisão do parceiro, de quem era economicamente dependente, trouxe consequências desastrosas, tanto no ponto de vista econômico quanto no emocional e afetivo. A partir da conquista dos direitos positivados por meio do reconhecimento da união estável homoafetiva, a questão do desamparo dos companheiros passou a ser tratada com novas pretensões relacionadas diretamente à formação dessa nova modalidade de família, que diz respeito aos direitos direcionados aos cônjuges em determinadas situações, em que compete à previdência social ressarcir os indivíduos (BRANDÃO, 2002).

O ano 2011 ficou marcado para Previdência Social, pois “[...] por intermédio da ação dos Tribunais Superiores, uma das questões mais delicadas relativas à concessão de benefícios previdenciários, em especial o destinado aos dependentes do segurado falecido, no caso, a pensão por morte.” (MARTINS, 2011). A sociedade atual, certamente, apresentou inúmeros avanços no que se refere aos direitos dos casais homossexuais, porém, ainda há muito preconceito quanto à aceitação dos direitos referentes aos casais homossexuais.

A discussão levantada em relação aos direitos previdenciários dos casais homoafetivos é principalmente a pensão por morte do companheiro do mesmo sexo. Tal discussão foi levada aos Tribunais Pátrios, cabendo ao juízo da 3ª Vara Federal de Porto Alegre proferir a decisão primária na Ação Civil Pública n. 2000.71.00.0009347-0, tendo por finalidade conceder ou não o benefício de acordo com o Regime Geral de Previdência Social, estendendo os efeitos para a coletividade (MARTINS, 2011).

O fundamento para o pleito da ação foi a dignidade da pessoa humana e a afronta ao princípio da igualdade. Desse modo, foi concedida a tutela antecipada, com abrangência nacional,

para que o órgão previdenciário principal federal possibilite a inscrição do companheiro como dependente principal, garantindo, assim, o auxílio-reclusão e a pensão por morte do beneficiário, desde que cumpridas as exigências que também são feitas aos companheiros heterossexuais (DIAS, 2009, p. 188).

A hipótese de aplicação, segundo Martins (2011), pode ser equiparada à Teoria Tridimensional do Direito, elaborada por Miguel Reale, cuja união estável homoafetiva foi reconhecida pela sociedade como algo relevante, ou de alto valor social, e por isso há a necessidade de uma regulamentação ou normatização. A Previdência Social reconhece o direito para os óbitos ocorridos a partir de 05 de abril de 1991 ao benefício de pensão por morte aos parceiros homossexuais que comprovem união estável.

Quanto aos requisitos, o dependente deve apresentar, além dos documentos pessoais, três provas materiais, como mesmo endereço, conta bancária conjunta, seguro de vida, seguro saúde, bens, imóveis ou outros documentos que comprovem a união do casal (BRANDÃO, 2002). Inicialmente, por meio da IN n. 25/2000 revogada, preceituava em seu art. 3º vários documentos exigidos especificamente para parceiros de relações homossexuais, observando-se que tal exigência era muito mais rígida do que a prevista para casais heterossexuais.

No entanto, hoje em dia, independente de ser união homoafetiva ou heterossexual, os critérios para requerimento da pensão por morte são os mesmos (BRANDÃO, 2002, p. 108). Também, o INSS aceita outras declarações, desde que estas comprovem a união estável do casal, como, por exemplo, o comprovante de residência, procuração, fiança reciprocamente outorgada, registro em associação de qualquer natureza desde que conste o interessado como dependente do segurado, anotações em ficha ou livro de registro de empregado, apólice de seguro na qual o segurado é o instituidor e o interessado o beneficiário, ficha de tratamento médico sendo o segurado responsável, escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente ou outros documentos que comprovem a união (BRASIL, 2005).

Ainda, para fins de caracterização dos dependentes, a Previdência Social considera aquelas pessoas que sejam dependentes financeiramente, classificados em três categorias por ordem de prioridade: “[...] o cônjuge, o companheiro(a) e filhos menores de 21 anos, não emancipados ou maiores inválidos; os pais, e, por último, os irmãos menores de 21 anos, não emancipados ou maiores inválidos.” (BRASIL, 2005). Havendo dependentes de uma classe, os integrantes da classe seguinte perdem o direito ao benefício.

Seguindo essas classes de beneficiários, todo casal homossexual está apto a solicitar benefícios do INSS. “Os homossexuais também contribuem, eles também têm o direito e eles participam da sociedade. Nada mais justo que eles também venham a usufruir dos benefícios da Previdência Social.” (Chefe da Agência da Previdência Social (APS)) (informação verbal). A Justiça Federal e o próprio Superior Tribunal de Justiça já vêm reconhecendo tanto o direito de pensão por morte quanto a inscrição de parceiro em plano de assistência médica.

Mesmo na hipótese de outros beneficiários, a Justiça Federal Gaúcha reconhece ao parceiro homossexual o direito à pensão vitalícia, a ser repartida em partes iguais com o ex-cônjuge do servidor falecido (DIAS, 2009, p. 191). Nos dias de hoje, o direito previdenciário aos homos-

sexuais tem evoluído significativamente, ensejando fixar os ideais dos princípios constitucionais de igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e seguridade social.

6 CONCLUSÃO

Por meio da presente pesquisa, analisou-se o direito dos casais homoafetivos sob a ótica de modalidade familiar e como uma condição necessária para o pleno exercício dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e autonomia da vontade. Inicialmente, analisaram-se as relações homossexuais na sociedade antiga e nos dias atuais, vinculando a relação homoafetiva como uma nova modalidade de família. Também, em relação à efetivação da autonomia da vontade, abordaram-se a ADPF n. 132 e a ADI n. 2.447, as quais trouxeram à tona uma nova realidade para o ordenamento jurídico ao reconhecer e tutelar a união estável entre casais homoafetivos.

O reconhecimento da união estável homoafetiva, fundada nos princípios constitucionais e no afeto como elemento essencial para constituir família, efetivou o direito dos parceiros homossexuais em compartilharem suas vidas em união, com a proteção legislativa. A decisão judicial reconheceu os direitos de união estável aos homossexuais, tais quais igualmente para os heterossexuais, rompendo, assim, o caráter discriminatório.

Quanto aos impactos no Direito Previdenciário, salienta-se o direito de pensão por morte ou prisão do companheiro como aspecto principal em assegurar a seguridade social para os companheiros, uma vez que é um direito que também cabe aos casais heterossexuais. Alguns tribunais já autorizam essa pensão com fundamento legislativo, no entanto, conforme observado, há a presença dos requisitos também necessários para os casais heterossexuais, que busquem comprovar a dependência financeira do parceiro falecido ou detento.

Tais elementos de reconhecimento da união estável homoafetiva e posterior tutela à seguridade social dos casais homoafetivos evidenciam uma sociedade igualitária e pluralista de direitos, cujos direitos devem se valer para os casais homossexuais e também para os heterossexuais. Por fim, encerra-se a discussão de efetivar direitos, pondo em questão a esfera do reconhecimento do direito previdenciário em nível nacional como um próximo passo para a nova geração dos direitos decorrentes da dignidade e necessidade humana.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass. *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: Desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido. *Os Desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BRANDÃO, Debora Vanessa Caús. *Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Acesso à informação*. 2005. Disponível em: <<http://www.acaoainformacao.gov.br/acaoainformacao.gov/>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: Preconceito & a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Os alimentos nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição*. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 30 set. 2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=99>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

FONTANELLA, Patrícia. *União Estável e Eficácia Temporal das Leis Regulamentadoras*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, FAMÍLIA E CIDADANIA. O NOVO CBB E A VACATIO LEGIS, 3., 2002, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MARTINS, Bruno Sá Freire. O Impacto da União Homoafetiva na Previdência. *Consultor Jurídico*, 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/impacto-reconhecimento-uniao-homoafetiva-previdencia>>. Acesso em: 11 out. 2014.

MOREIRA FILHO, Francisco Carlos; MADRID, Daniela Martins. *A Homossexualidade e a sua História*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view-File/1646/1569>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RUPRECHT, Alfredo J. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 1996.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

WALINE, Marcel. *L'individualisme et le droit*. Paris: Domat-Montchrestien, 1945.

