



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ana Paula Buonomo Machado

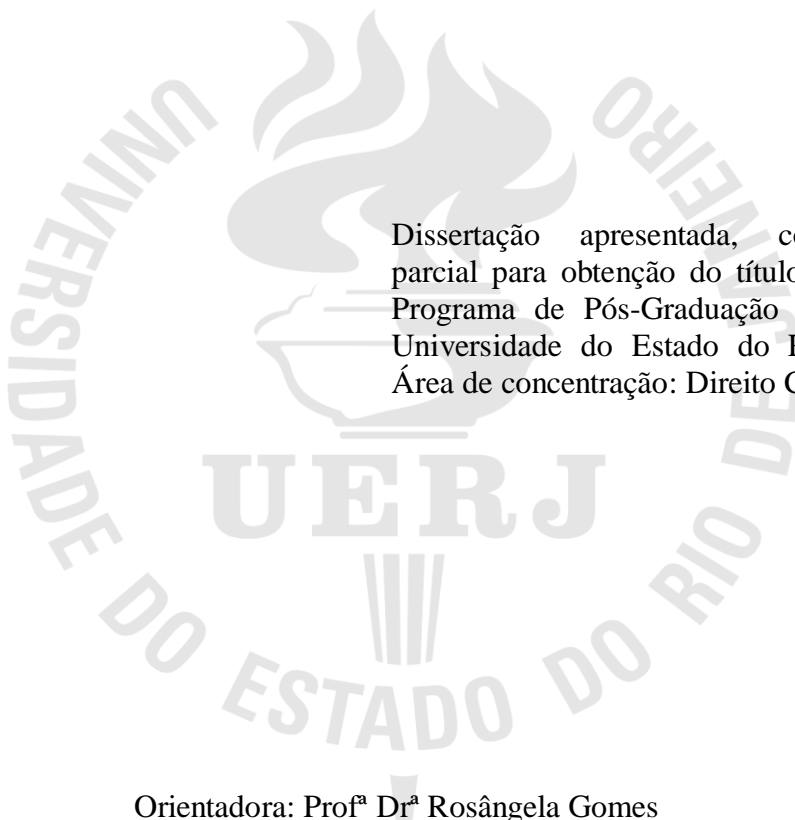
Família homoafetiva: efeitos patrimoniais

Rio de Janeiro

2009

Ana Paula Buonomo Machado

Família homoafetiva: efeitos patrimoniais



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientadora: Prof^a Dr^a Rosângela Gomes

Rio de Janeiro

2009

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M149f Machado, Ana Paula Buonomo.

Família homoafetiva : efeitos patrimoniais / Ana Paula Buonomo - 2009.
161 f.

Orientador: Rosângela Gomes.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito da família - Teses. 2. Homossexualismo - Teses. 3. Direitos
fundamentais – Teses. I. Gomes, Rosângela Maria de Azevedo. II.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.6

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Ana Paula Buonomo Machado

Família homoafetiva: efeitos patrimoniais

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovado em: 26 de novembro de 2009

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Rosângela Maria de Azevedo Gomes (Orientadora)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins
Faculdade de Direito da UERJ

Prof^a. Dr^a. Daniela Trejos Vargas – PUC/RJ

Rio de Janeiro

2009

DEDICATÓRIA

Aos meus amores, Gustavo e Manuela.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação, aparentemente fruto de um trabalho singular, é resultado da soma de esforços de algumas pessoas especiais, às quais agradeço imensamente.

Em primeiro lugar, agradeço à minha mãe, a quem devo tudo o que sou, que me ensinou a nunca desistir de meus sonhos e a lutar, mesmo diante das adversidades. Enfim, exemplo de caráter, honestidade e, principalmente, dedicação aos filhos.

Em segundo lugar, ao Gustavo, companheiro fiel, por seus estímulos e sua dedicação. Por seu amor.

Agradeço à minha orientadora, a Professora Doutora Rosângela Gomes, por me receber de braços abertos, quando eu me dividia entre fraldas de minha recém-chegada filha e o cumprimento dos prazos do Mestrado, e por toda ajuda que até este momento dela recebi.

Não poderia me esquecer dos amigos, que me apoiaram e incentivaram, especialmente Gustavo Schmidt, que, nesses momentos de dificuldades e imersão nos estudos, me ajudou com material precioso para elaboração da dissertação, e Daniel Cervásio, por dedicar seu tempo precioso à leitura de meus escritos.

Por fim, agradeço à minha filha Manuela, simplesmente por existir e, com sua existência, fazer o meu mundo melhor.

“A Força Aérea me condecorou por matar diversos homens no Vietnã, e me expulsou por amar um.”

(Leonard Matlovich, soldado da Força Aérea americana, condecorado por sua atuação na guerra do Vietnã e expulso em 1975 por se declarar homossexual)

RESUMO

MACHADO, Ana Paula Buonomo. **Família homoafetiva**: efeitos patrimoniais. 2009. 163f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

Constituição de 1988. Novo ordenamento jurídico tem início, novo arcabouço, com novos valores e princípios, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Este novo sistema jurídico precisa ser aplicado, os valores e princípios que passam a reger o ordenamento devem impregnar todos os ramos do direito, orientar sua interpretação e aplicação. Nestes se inclui o direito civil, que tem suas raízes fincadas no sujeito de direito, no credor e proprietário, digno de proteção. Um novo direito civil começa a surgir, na esteira de valores outros, absolutamente distintos dos anteriormente encontrados. Essa necessidade de mudança se faz notar mormente no direito de família, que tem arraigada na sua cultura secular a família patriarcal, hierarquizada na pessoa do pai, destinada a assegurar o patrimônio deste grupo, destinada a assegurar uma moral que se diz aceita socialmente, e cujos valores pretende preservar. Essa família entre em choque com os valores trazidos pela nova Constituição; não será por meio de sua simples promulgação que tais valores superarão a ‘moral socialmente aceita’ para passarem a tutelar a pessoa em primeiro lugar, para buscar a proteção do indivíduo, da sua dignidade, em detrimento da propriedade outrora dominante. O trabalho do intérprete do direito é, pois, fazer do direito instrumento não só de manutenção do *status quo*, mas de transformação da sociedade, para que a Constituição não seja mera folha de papel, e sim norma que obriga e modifica a sociedade para a qual foi elaborada. A família atual é multifacetada, plural, capaz de se estruturar dos mais variados modos, desde que o seja da maneira mais apta a desenvolver a personalidade de cada um de seus integrantes, a proporcionar a vida digna e a convivência harmônica destes integrantes. Moral socialmente aceita não é aquela preestabelecida por algum grupo como única possível, mas qualquer uma capaz de, respeitando cada individualidade, proporcionar à pessoa o desenvolvimento de sua personalidade segundo suas concepções de vida digna. Não há uma moral, mais várias – sem preconceitos e pré-julgamentos, tendo por base os princípios e valores constitucionais de liberdade, igualdade, dignidade, de vedação à discriminação de qualquer tipo. O presente trabalho pretende trazer algum auxílio no difícil labor de transformar a realidade, de transformar o direito civil do século XVIII, hierarquizado e apto a tutelar adequadamente apenas o patrimônio, no direito civil da Constituição de 1988, que busca o desenvolvimento da pessoa, a concretização de seus anseios e a promoção da sua dignidade na procura de uma sociedade livre, justa e solidária. Busca-se oferecer alternativas para que os princípios constitucionais possam suplantar a moral patrimonialista de outrora, que não mais se justifica no ordenamento posto.

Palavras-Chave: Homoafetividade. Dignidade. Patrimônio.

ABSTRACT

Constitution of 1988. A new legal system begins, new framework, with new values and principles, especially of human dignity. This new legal system needs to be applied, the values and principles that shall rule laws should go through all areas of law, guide its interpretation and application. Such bodies include the civil law, which is rooted in the subject, the creditor and owner, worthy of protection. A new civil law begins to emerge in the wake of other values, quite different from those previously found. This change can be noticed especially in family law, which secular culture is rooted in the patriarchal family, the father represents the highest hierarchy of the group and done for ensuring the heritage inside the group and a moral as said 'socially acceptable', whose values it wants to preserve. This family clashes with the values brought by the new Constitution, and will not be the only fact of its enactment that will make such values overcome that 'moral socially acceptable' to move the protection to the individual in first place, to seek the protection of individual dignity at the expense of property that was once dominant. The law's interpreter duty is make law not only means of maintaining the 'status quo', but an instrument of social transformation, guarantee that the Constitution is not a mere piece of paper, but real law that compels and change society for which was drawn up. The new family is multifaceted, diverse, able to structure itself in a variety of ways, always searching the better way able to develop the personality of each of its members, to provide a dignified and peaceful coexistence of these members. A socially accepted moral concept is not that previously established by some group as the only possible, but anyone capable of, while keeping the respect of the individuality of each other, to provide the development of his personality according to his conceptions of life with dignity. There isn't a moral concept, but several of it - without prejudice and preconceptions, based on constitutional principles and values of freedom, equality, dignity, forbidding discrimination of any kind. This paper intends to bring some ideas to this difficult task of changing reality, to transform the civil law of the eighteenth century, hierarchical and able to adequately protect only property, into the civil law from the 1988's Constitution, which seeks to develop the person as individual, achieving their expectations and develop human dignity in the pursuit of a free, fair and solidarity society. It tries to offer alternatives to help constitutional principles overcome the old property's moral concept that's no longer justified in the present legal system.

Key-words: Homosexuality. Dignity. Property.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
	A homossexualidade na história da sociedade	11
	A família e sua evolução conceitual	13
	A união entre pessoas do mesmo sexo	15
1	AS FAMÍLIAS NO DIREITO BRASILEIRO	19
1.1	A família matrimonial	23
1.2	A família oriunda da união estável	26
1.3	A família monoparental	31
1.4	A família oriunda da união homoafetiva	35
1.5	Outras famílias	38
2	A UNIÃO HOMOAFETIVA – ESPÉCIE DE FAMÍLIA?	39
2.1	Razões para o reconhecimento do grupo social como entidade familiar. Fundamentação tradicional da conceituação no Direito brasileiro. Crítica. Análise estrutural e funcional da relação familiar. Análise da natureza do art. 226 da CRFB/1988	39
2.1.1	<u>A família como formação social: núcleo de promoção da dignidade da pessoa humana</u>	39
2.1.2	<u>O papel da afetividade</u>	50
2.1.3	<u>A natureza do artigo 226 da CRFB/1988</u>	53
2.1.4	<u>Há hierarquia entre as espécies de família?</u>	60
2.2	Justificativa funcional da união homoafetiva como entidade familiar. Princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana	64
2.2.1	<u>O princípio jurídico da igualdade</u>	65
2.2.2	<u>O princípio da liberdade</u>	73
2.2.3	<u>O princípio da dignidade da pessoa humana</u>	76

2.2.4	<u>O princípio da segurança jurídica</u>	81
2.3	A experiência estrangeira	84
2.4	Do Projeto de Lei no 1.151/1995 ao Projeto de Lei n o 5.167/2009 .	87
2.5	Efeitos da existência de união entre pessoas do mesmo sexo. Formação de família com efeitos pessoais e patrimoniais. Crítica. Papel da doutrina e da jurisprudência	89
2.5.1	<u>Natureza da norma protetora da entidade familiar: norma constitucional de eficácia limitada?</u>	89
2.5.2	<u>O argumento histórico: tradicionalmente e por natureza, o casamento é heterossexual</u>	94
2.5.3	<u>O argumento legislativo: por definição legislativa, casamento e união estável se estabelecem entre pessoas de sexos diferentes</u>	100
2.5.4	<u>Conclusões da doutrina brasileira</u>	109
3	EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO HOMOAFETIVA	113
3.1	Jurisprudência. Efeitos atribuídos pelos tribunais. Inadequação da aplicação da teoria da sociedade de fato	113
3.1.1	<u>O panorama nos tribunais</u>	113
3.1.2	<u>A inadequação de instrumento obrigacional como disciplinador de situações existenciais</u>	127
3.2	Efeitos da classificação como espécie de família. Regime de bens e efeitos sucessórios	131
4	CONCLUSÃO	135
	REFERÊNCIAS	138
	ANEXO A: Brasil – Projeto de Lei nº 1.151/1995	150
	ANEXO B: Brasil – Projeto de Lei nº 580/2007	153
	ANEXO C: Brasil – Projeto de Lei nº 4.914/2009	154
	ANEXO D: Brasil – Projeto de Lei nº 5.167/2009	155
	ANEXO E: Portugal – Lei nº 7/2001	156
	ANEXO F: Buenos Aires – Ley nº 1.004/2002	159

ANEXO G: Brasil – Resolução CFP nº 001/1999	161
--	------------

INTRODUÇÃO

“O amor que não ousa dizer seu nome.”

Lord Alfred Bruce Douglas

A homossexualidade na história da sociedade

Neste trabalho analisam-se os efeitos jurídicos, mais especificamente os patrimoniais, no ordenamento jurídico brasileiro, da existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo, com estabilidade, publicidade e intenção de constituir família é inegável no panorama nacional, e mesmo no mundial. O tratamento jurídico da união homoafetiva, no entanto, ainda é muito controverso e tem carecido de disciplina e proteção mais efetivas. A própria nomenclatura da situação homossexual é objeto de discussão: de *homossexualismo*, com a conotação de doença, para *homossexualidade*, com direta alusão à característica da pessoa; ou de *união homossexual* para *união homoafetiva*.

Na maioria dos ordenamentos em que o problema se apresenta, muitas vezes o fundamento de sua negativa é a suposta ‘falta de naturalidade’, ou a ‘contrariedade à normalidade’ da conduta homossexual, ou ainda a impossibilidade de procriação por meios ‘naturais’, associadas ao argumento histórico de que o casamento é tradicionalmente realizado entre pessoas de sexo diferentes, tal como deve ser a união livre entre pessoas reconhecidas como entidade familiar.

Tais argumentos são os primeiros a ceder diante da história da humanidade. A manutenção de relações amorosas entre pessoas do mesmo sexo remonta às primeiras formas organizadas de sociedade de que se tem notícia. No Egito antigo há relatos, por exemplo, da Tumba de Niankhkhnun e Khnumhotep, dois homens da V Dinastia, descoberta por Mounir Basta em 1964, representados em abraços afetuosos; possivelmente, ela é a única prova da existência de relacionamentos amorosos entre indivíduos do mesmo sexo naquela civilização – o que, contudo, não exclui a existência de inúmeros outros indícios.

De igual sorte, na Grécia antiga, a pederastia era não apenas considerada normal como estimulada. Deste modo, o homem que cortejasse o rapaz ficava responsável por assegurar seus estudos, seu desenvolvimento e formação. Mencione-se que nenhum impedimento havia aos homens casados de terem protegidos. O mesmo estímulo ocorria no exército espartano. Seus generais estimulavam os guerreiros a se tornarem amantes, com o objetivo tornar o exército mais forte. Acreditava-se que um amante, além de lutar, jamais abandonaria outro amante no campo de batalha. O Batalhão Sagrado de Tebas, famoso pelas suas vitórias, era formado totalmente por pares homossexuais¹.

Uniões homossexuais sempre existiram ao longo dos tempos; o que sempre variou foi o seu grau de aceitação no seio da sociedade – em alguns momentos, eram aceitas; em outros, completamente rejeitadas.

Na sociedade ocidental, com a prevalência da doutrina judaico-cristã na determinação da moral socialmente aceita, e em que as concepções de vida tendiam à unicidade, à uniformidade, sem aceitação de outras formas de vida digna, apenas aquele *modus vivendi* que se coadunasse com o padrão dessa sociedade judaico-cristã ocidental era considerado digno. Nesse panorama, as uniões entre pessoas do mesmo sexo foram relegadas ao ostracismo, à completa inexistência de tutela.

Soma-se a isto o fato de que a tutela da pessoa era mínima, quiçá inexistente no ordenamento jurídico de então. Durante a Revolução Industrial, por exemplo, o tão proclamado desenvolvimento se deu à custa de muitas vidas, de numerosas mutilações, de pessoas, inclusive crianças, trabalhando até 14 horas por dia, em condições sub-humanas. O custo social foi, em muito, superior aos benefícios prometidos.

Situações como essas demonstram o equívoco de se conferir tutela a um bem patrimonial, a um modo de vida ou a um instituto apartado da pessoa humana (como a vontade abstrata, no dogma da autonomia da vontade). É possível mencionar os horrores da Segunda Guerra Mundial, capazes de demonstrar que o bem de maior valor é o próprio homem. Este deve ser o objeto maior de tutela pelo ordenamento jurídico, sendo responsabilidade do direito garantir-lhe efetiva proteção. Não deve ser digno de proteção e estímulo apenas um modo de vida ou um bem patrimonial, mas, essencialmente, a pessoa humana.

Neste panorama as mudanças sociais foram intensas. No que diz respeito à homossexualidade, surgiu a concepção dos homossexuais como grupo social. Roger Raupp

¹REDE EX AEQUO. **A história da homossexualidade**. Disponível em: <<http://www.rea.pt/forum/index.php?PHPSESSID=5083fcb06a337d390ee14801cc8a2fb4&topic=1494.0;wap2>>. Acesso em: 23 set. 2008.

elencam alguns fatores que auxiliaram essa transformação: a) a formação de ‘comunidades homossexuais’; b) a organização de movimentos sociais lutando pelo reconhecimento de direitos de homossexuais; c) o impacto do movimento feminista na estrutura social urbana; d) a crise do modelo familiar até então determinante dos padrões de moralidade; e) as diversas manifestações de protesto reivindicatório de liberdade na década de 1960; e f) a revisão de conceitos médicos e psicológicos que até então rotulavam a homossexualidade como doença².

A família e sua evolução conceitual

A família ocidental tradicional, historicamente, é uma unidade produtiva, é instituição estruturada em torno do patrimônio familiar e destinada a proteger esse patrimônio. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, família, em seu sentido biológico e genérico, é o conjunto de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum³. Ou, na concepção até pouco tempo predominante na sociedade brasileira, é um organismo patriarcal, hierarquizado, de inspiração romana, formado exclusivamente pelo casamento.

Na família romana, o pai era o chefe do grupo, dotado de poder hegemônico, até de vida e morte, sobre seus membros. Nessa formação, cuja influência predominou nas sociedades ocidentais até o século XIX, a tutela ao patrimônio ocorria em detrimento dos interesses das pessoas que integravam a família⁴.

As mudanças ocorridas na sociedade – especialmente a partir da Revolução Industrial, que retirou a mulher do lar e a jogou no mercado de trabalho, fazendo cessar a dependência do marido e colocando-a igualmente responsável pela manutenção do lar – tornaram essa estrutura familiar tradicional incompatível com a realidade que a circundava. Tais mudanças fizeram com que o grupo familiar formado pelo casamento passasse a ser apenas mais uma das formas de família de fato, com força cada vez menor, ainda que aquela fosse a única forma de família merecedora de tutela pelo ordenamento jurídico.

² RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 115-116.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. V: Direito de Família. 16. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19.

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. V. II. 2. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 256 e segs.

A perda da força da instituição do casamento leva a pensar que as uniões livres sempre existiram, seja entre pessoas de sexos diferentes, seja entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, reconhecimento jurídico, proteção efetiva, eram concedidos apenas ao casamento. Essa distinção de tratamento, cada vez mais, fazia sentir a necessidade de adequação das leis ao fato social existente.

A revolução no seio social confrontava cada vez mais o conceito tradicional de família no direito brasileiro. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, apoiado nas idéias de Lacan, a família não é natural, mas cultural: “O elemento que funda a família é o elo psíquico estruturante, dando a cada membro um lugar definido, uma função.”⁵ O elemento biológico deixava de ser essencial. Relações de afeto necessárias à formação da personalidade dos integrantes do grupo familiar assumiram relevo.

Imperativo se tornou compatibilizar essa mudança; nessa linha, afirmou Ana Paula Ariston: “Aos juristas, de um modo geral, resta a responsabilidade de apreender essa nova realidade, não perdendo de vista o fato de que a família hoje se apresenta plural, unida pelo amor em busca da plena realização de seus membros.”⁶

É com vistas a esse novo conceito de família que se deve buscar sua função e, assim, sua abrangência. A família formada exclusivamente pelo casamento na ideologia de outrora, detinha aparente justificativa para a exclusão de outros grupos, de conceituação restrita. Na família moderna, em que a tutela se desloca para os seus membros, o fundamento da proteção à entidade familiar e, principalmente, sua conceituação devem estar pautados por outros parâmetros. Gustavo Tepedino aponta o pressuposto para essa proteção na nova ordem constitucional:

A unidade familiar [...] adquire contornos funcionais, associada à idéia de *formação comunitária apta ao desenvolvimento dos seus integrantes*. O centro da tutela constitucional se desloca, em consequência, da exclusividade do casamento para a pluralidade das entidades que, fundadas ou não no vínculo conjugal, livre e responsabilmente constituídas, contenham os pressupostos para a tutela da dignidade da pessoa humana.⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), ao trazer em seu artigo 226 uma nova forma de tutela às famílias, não criou novas formas, apenas ampliou a tutela do ordenamento a esses outros tipos de família que sempre existiram à margem da lei.

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 10.

⁶ PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21.

⁷ TEPEDINO, A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, ano 6, n. 22/23, jan./jun. 2007, p. 92.

É norma do tipo inclusiva. Assim o fez para compatibilizar a disciplina da família às normas fundamentais desse mesmo Diploma.

A norma constitucional alterou a natureza, assim como a destinação da família, de instituição merecedora de tutela *de per si*, destinada a amear e proteger o patrimônio formado em seu seio, finalidade puramente patrimonial, para instrumento destinado a promover o desenvolvimento de seus integrantes.

A família deixa de ser protegida pelo simples fato de pertencer à instituição *família* para se tornar instrumento da promoção da dignidade humana, vocacionada a proporcionar os meios necessários ao desenvolvimento de seus integrantes e merecedora de tutela apenas e tão somente quando destinada ao alcance deste objetivo. Pietro Perlingieri já esclareceu que a família não é titular de interesse separado e autônomo, superior ao interesse do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa⁸.

Alterado o fundamento da proteção conferida à família pelo ordenamento legal, também restará modificado, como visto, o próprio conceito de família, ou o que pode ser classificado como tal. Com base nesse novo fundamento, deverá ser definido qual o elemento caracterizador da família. De igual sorte, as questões patrimoniais atinentes à família adquirem novo vetor axiológico, senão aquele de promoção das pessoas que integram o grupo familiar, devendo, portanto, se orientar pela promoção do pleno desenvolvimento destes.

Vivemos hoje num mundo plural, em que a proteção se confere não a determinando *modus vivendi*, mas à pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é o fundamento da República e princípio prioritário na Carta Magna. Não se justifica, portanto, o tratamento conferido pela doutrina tradicional, ainda predominante, aos que optam pela homossexualidade.

A união entre pessoas do mesmo sexo

À vista de tais mudanças, torna-se premente analisar que tutela jurídica deve ser concedida às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Os posicionamentos são diversos. Ana Carolina Brochado define entidade familiar como núcleo unido pelo afeto, pela reciprocidade

⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 245.

e, principalmente, funcionalizado à formação da personalidade e à promoção da dignidade de seus membros⁹. Paulo Luiz Netto Lobo, por sua vez, aponta como elementos definidores do núcleo familiar a afetividade, a ostensibilidade e a estabilidade. A primeira consiste no fundamento e na finalidade da família; a segunda diz respeito à apresentação pública daquele grupo como família, no reconhecimento pela sociedade daquela sociedade familiar enquanto tal; e a terceira consiste na comunhão de vida, sem relacionamentos casuais e descompromissados. O artigo 226 da CRFB/1988 consistiria em cláusula geral de inclusão, “não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”¹⁰ do conceito de família.

Tendo como pressuposto a promoção à dignidade da pessoa humana, fundamento da República, e como elementos a afetividade, a ostensibilidade e a estabilidade, a família, portanto, será o organismo destinado à promoção de seus integrantes, seja ela formada pelo casamento, pela união estável, por um dos genitores e sua prole, e mesmo por duas pessoas do mesmo sexo.

Esta última hipótese, no entanto, encontra grande resistência na doutrina e na jurisprudência¹¹ majoritárias. Argumentos contrários, de caráter não-jurídico, a esse reconhecimento são, além da alegada ‘falta de naturalidade’ da união entre pessoas do mesmo sexo e da ‘contrariedade à natureza das coisas’, o fato de o casamento ser tradicionalmente celebrado entre pessoas de sexo diverso, assim estabelecido inclusive na Bíblia, e a incapacidade de procriação pelos meios naturais. Há mesmo aqueles que alegam suposto prejuízo dos filhos eventualmente criados e educados por pessoas vivendo em comunhão de vida com outras do mesmo sexo. Este ‘exemplo’ poderia levá-los à homossexualidade¹² – alegação, no entanto, apresentada sem qualquer comprovação científica.

⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Novas entidades familiares. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padua, ano 4, v. 16, out./dez. 2003, p. 29.

¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 03 out. 2008.

¹¹ A jurisprudência sobre o assunto merecerá exame mais detalhado no capítulo 3, item 3.1.1, razão pela qual até então a análise das decisões dos mais diversos Tribunais terá um tratamento mais pontual e perfunctório.

¹² Um dos argumentos de Christopher Wolfe para negar tutela às uniões entre pessoas do mesmo sexo é o suposto aspecto educativo. “But there are some cases in which policy can have an effect, cases in which others factors (for example, the personal relationship of the child with his father and mother) have left the child’s gender identity weak but not settled – the case of so called “waverers”. In such cases, the social approval of homosexuality may encourage attitudes and experiences (such as sexual experimentation) that undermine the normal and proper formation of gender identity” (WOLFE, Christopher. *Homosexuality in American public life*. In: _____. **Same sex matters: the challenge of homosexuality**. Dallas: Spence, 2000, p. 12-13). O autor afirma – em tradução livre do trecho – que devem ser adotadas políticas promocionais preventivas da orientação homossexual, pois em alguns casos, quando fatores outros, como o relacionamento com os pais, possam ter deixado a orientação sexual daquela criança ‘fraca’, mas ainda não estabelecida, o exemplo de união entre pessoas do mesmo sexo encorajaria experiências homossexuais e submeteria “a normal e apropriada formação da identidade de gênero”.

Argumentos jurídicos apresentados são o fato de que uniões formadas por pessoas do mesmo sexo não são iguais a famílias formadas por pessoas de sexos distintos, não sendo possível a aplicação do princípio da igualdade, e, por fim, a falta de previsão desse tipo de família no rol constitucional, causando verdadeira celeuma em torno da espécie de rol trazido pela CRFB/1988, se exemplificativo ou se exaustivo.

A tutela que se reconhece no ordenamento legal pátrio consiste em considerar tais uniões como sociedades de fato, sendo necessária a prova de efetiva contribuição no momento da divisão do patrimônio, sem reconhecimento de direitos sucessórios e outros. Jurisprudência favorável ao reconhecimento de direitos mais amplos é encontrada de forma isolada, em especial no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), capitaneada pela então Desembargadora Maria Berenice Dias, e em algumas poucas e recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A opção por uma ou por outra espécie de família, portanto, não pode ser feita analisando-se unicamente o artigo 226 da CRFB/1988, pois a unidade do sistema impede que se faça análise isolada do dispositivo. A Carta Magna é una e deve ser interpretada sistematicamente, de modo a compatibilizar todos os seus dispositivos, eliminando as incongruências que se apresentam no texto. Ademais, deve-se buscar a teleologia da Carta para viabilizar, juntamente com a interpretação sistemática, sua aplicação como documento único.

Necessário se faz estabelecer se uniões entre pessoas do mesmo sexo, famílias homoafetivas, são consideradas *família* para os fins do artigo 226 da CRFB/1988. Para tanto, não serão abordadas de forma detalhada a questão histórica da homossexualidade, suas mais variadas concepções ao longo do tempo (pecado, doença, anormalidade), a desmistificação de todos esses conceitos e a visão moderna de homossexualidade como característica da personalidade, pois essa análise já foi feita com excelência por diversos autores, tais como Maria Berenice Dias¹³, Roger Raupp Rios¹⁴ e William Eskridge¹⁵.

Dessa forma, a fim de se atingir aos objetivos desta pesquisa, o tema se desenvolve ao longo de três capítulos, culminando na necessária Conclusão.

¹³DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁴RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**, *cit.*

¹⁵ESKRIDGE JR., William N. **The case for same-sex marriage: from sexual liberty to civilized commitment**. New York: Free, 1996.

No Capítulo 1 são analisadas as espécies de família no direito brasileiro e o panorama atual, verificando os efeitos da doutrina civil-constitucional sobre sua conceituação.

O Capítulo 2 discute se a união homoafetiva pode ser considerada família para os fins do artigo 226 da CRFB/1988, discorrendo sobre sua qualificação jurídica e a disciplina constitucional da questão sob os influxos dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

O Capítulo 3 traça o panorama da jurisprudência, da sua evolução, e analisa as regras disciplinadoras dos efeitos patrimoniais, inclusive sucessórios, dessa forma de união sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio.

1 AS FAMÍLIAS NO DIREITO BRASILEIRO

“No vazio jurídico da lei expressa, a consciência histórica do Judiciário continua ancorada no século XVIII e de costas para o presente.”

Luiz Edson Fachin¹⁶

Família é a célula *mater* da sociedade¹⁷, entidade natural onde o ser humano nasce, vive e se desenvolve. Ou, como estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo XVI, item 3, a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado¹⁸. É nestes termos que a doutrina tradicionalmente se refere à família.

O instituto da família sempre existiu, resultado da natureza gregária do homem, que necessita viver em grupo e procriar. Seja ele grupamento cultural ou construção social, está adaptado ao momento histórico e político de cada sociedade em que se forma.

A família brasileira, especificamente, foi gestada na fase colonial, marcadamente cartorial, com forte influência da igreja, numa sociedade extremamente desigual economicamente. Daí surgir a família com suas características mais marcantes, matrimonializada, hierarquizada e patriarcal. Visualiza-se o matrimônio entre as famílias mais abastadas como meio de transmissão do patrimônio e de manutenção da descendência legítima. Simultaneamente, ocorre entre as classes pobres o espraiamento do concubinato, seja em razão do rigor burocrático e dos custos do casamento, seja pela impossibilidade de casamento entre pessoas de classes distintas.

Essa estrutura familiar hierarquizada, matrimonializada e patriarcal manteve-se até o século XX, alimentada pela influência no Direito Civil Brasileiro do Código de Napoleão, com sua ideologia liberal, patrimonialista, que estabeleceu estreita conexão entre a configuração jurídica da família e o Estado, sendo aquela o local de formação dos futuros

¹⁶FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 85, v. 732, out. 1996, p. 50.

¹⁷Numa crítica a este conceito, Paulo Luiz Neto Lobo afirma que a família não é célula do Estado, mas da sociedade civil, porque concebida como espaço de realização da dignidade das pessoas humanas (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 03 out. 2008).

¹⁸ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** [1948]. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1948, na Áustria. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 12 mar. 2009.

cidadãos e proprietários deste. Tal como no Estado, a função da família era política, estabelecida num complexo hierarquicamente ordenado, com sua chefia conferida ao homem, a condição de submissão da mulher e dos filhos, com prevalência da família legítima, única adequada para cumprir o papel de manter o progresso da sociedade como um todo. Não causa estranheza o fato de que, nesse panorama, as uniões livres ou entre pessoas do mesmo sexo estavam excluídas por completo da noção de família.

Com o correr do século XX, em especial no período subsequente à Segunda Guerra Mundial, as inovações tecnológicas e o turbilhão social impulsionaram a sociedade para um novo modelo estrutural. A revolução feminista teve importante papel nessa mudança dos costumes. A mulher saiu de casa para buscar sua independência econômica. Tornou-se possível escolher o parceiro com base na afetividade e no amor, e não mais na capacidade de prover economicamente o lar. A relação se mantém enquanto existente o amor, e não apenas a conveniência econômica. A ideologia patriarcal passou a ser condenada pela busca da felicidade.

A família, unidade econômica de proteção do patrimônio, no entanto, insistia em manter-se presente e predominante. A estrutura tradicional, em que o homem figurava como provedor do lar, ainda era largamente encontrada. A mulher, a despeito do seu ingresso no mercado de trabalho e da liberalização dos costumes, muitas vezes mantinha-se sob o poder marital, em condição de franca desigualdade, tanto no lar quanto no mercado de trabalho – onde lhe eram reservados ou os postos com pior remuneração ou, quando exercendo atividades equivalentes às dos homens, inferior remuneração.

Necessária se mostrou uma reformulação dessa família para acompanhar as mudanças sociais, para compatibilizar a família com os novos valores, que priorizam o compromisso dos vínculos afetivos em detrimento do espaço econômico, o triunfo do sentimento e da proteção à pessoa e a inexistência de hierarquia entre as pessoas com a promoção da igualdade, sem o estabelecimento de papéis fixos, imutáveis, simples mantenedores da desigualdade.

Outro fator de relevo, muitas vezes ignorado pelo legislador, para a maior parte da população brasileira era a existência de barreiras reais, econômicas, à opção pelo casamento. Os elevados custos para a realização do casamento impediam sua realização. No momento mais crítico da vida do casal, o da dissolução, os valores exigidos para tanto, e mesmo a burocracia exigida, tornavam mais problemática a vida de quem já enfrenta os dramas naturais da dissolução de uma família. A camada mais pobre da população não tinha real opção pelo casamento; só lhe restava a união livre. A esse respeito, afirmou o Professor Luiz Edson Fachin: “Quando presente na maior parte das populações carentes, o gesto de eleição é

uma ficção.”¹⁹ Não por outra razão, o mencionado professor classifica como elitista e equivocada o entendimento de que o Estado não deve se imiscuir nas uniões livres, deixando ao arbítrio das partes interessadas a sua regulação. Prevalecerá o interesse do mais forte sobre o mais fraco, que muito provavelmente não teve condições de optar pela circunstância em que se encontra.

Disciplinar as uniões livres não constitui intervenção extrema e injustificada na vida das pessoas que, em condições econômicas e culturais de decidir o seu caminho, optam por não se casar para não se inserirem na disciplina do casamento; consiste, sim, em possibilitar recursos jurídicos àqueles que, por suas condições econômicas precárias, excluídos econômicos e socialmente – a maioria da população brasileira – não têm real opção na formação familiar. A inexistência de tutela familiar consistiria em mais uma forma de exclusão pelo Estado.

No direito brasileiro anterior à CRFB/1988, conceituava-se família como conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum²⁰, ou, nas palavras de Silvio Rodrigues, pessoas ligadas por vínculo de sangue, base de toda estrutura da sociedade, onde se assentam as colunas econômicas e se esteiam as raízes morais da organização social²¹. O mencionado autor afirma categoricamente que a instituição família é objeto de tutela do Estado com a finalidade de proteger a sobrevivência da própria instituição, de modo a assegurar seu desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais.

Ana Carla Harmatiuk afirma que essa característica matrimonializada da família parece ter relação direta com sua natureza patriarcal²². Essa família, formada exclusivamente pelo casamento²³, hierarquizada, patriarcal e merecedora de proteção *de per se*, como unidade econômica, assim é identificada já na metade da década de 80, final do século XX, às vésperas do advento da CRFB/1988.

O professor Caio Mário da Silva Pereira aponta a ocorrência, nesse mesmo momento histórico, de incipientes evoluções: de família extensa e hierarquizada para grupo restrito aos

¹⁹FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 97.

²⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. V: Direito de Família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 15.

²¹RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. V. 6: Direito de Família. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 4-5.

²²MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 11.

²³A natureza jurídica do casamento – se instituição, contrato ou pessoa formal – é discutida neste momento. Clóvis Beviláqua adota a tese contratualista.

pais e seus filhos, em que já se pratica e desenvolve o princípio da solidariedade doméstica e da cooperação recíproca²⁴. É a família econômica que cede espaço para a família afetiva.

Não obstante essa nova orientação democrático-afetiva, a família objeto de tutela é ainda aquela dita legítima, formada exclusivamente pelo casamento, sendo a mulher mera cooperadora, permanecendo a chefia do casal com o homem, restringindo-se igualmente as hipóteses de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. Essa lenta evolução, portanto, não alterou a essência hierarquizada e tuteladora da instituição, como dito, *de per se*.

Nesse panorama adveio a CRFB/1988, cujas inovações não foram abraçadas de imediato pelos civilistas, seja numa vã tentativa de manter a centralidade já perdida do Código Civil, seja na igualmente inútil busca de manutenção da ordem moral estabelecida, dos ‘bons costumes’, assim definidos pela opinião pública como únicos válidos.

A família plural, a mesma não reconhecida de forma extensa pela opinião pública tradicional (mas já abalada pelos valores incipientes), pela moral social constituída, é reconhecida e tutelada nas suas mais variadas formas pela CRFB/1988. A inegável realidade era a de que as pessoas se uniam em função do afeto, independentemente do formato tradicional do casamento. Essa realidade apenas permanecia carente de tutela pelo ordenamento jurídico.

Diante de tais mudanças, há quem se arrisque a apresentar um conceito atualizado de família. Jacinta Gomes Fernandes define a família atual como “grupamento de pessoas organizado através de regras culturalmente elaboradas em conformidade com modelos de comportamento”²⁵. Menciona como apoio o entendimento de Maria Berenice Dias de que a entidade familiar está disposta em uma estruturação psíquica em que cada um ocupa determinado lugar e detém certa função (pai, mãe ou filho), sem, no entanto, estarem seus elementos necessariamente ligados por vínculos de sangue.

Roger Raupp, sem pretender conceituar família, apresenta um conjunto de elementos caracterizadores desta, sendo possível afirmar-se que, para esse autor, a família se forma com a união de pessoas em que se estabelece uma comunhão de vida voltada para o desenvolvimento da personalidade, mediante vínculos sexuais e afetivos duradouros,

²⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 5. ed., *cit.*, p. 16.

²⁵FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. In: COUTO, Sérgio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coords.). **Direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul, RS: Sapucaia do Sul, RS: Notadez Informação, 2007. Série Família Notadez, v. II, p. 179.

presentes na construção cotidiana da vida de cada um dos partícipes da relação, sem depender mais de vínculos formais e de finalidade reprodutiva²⁶.

Também apresentando elementos caracterizadores da nova noção jurídica da família, Francisco Javier Pereda Gámez, Magistrado da Audiência Provincial de Barcelona, elenca: a voluntariedade, sendo essa unidade de convivência baseada na liberdade dos membros; a finalidade constitucional e pública de proteção dos seus membros, que promove o livre desenvolvimento da personalidade e os valores fundamentais dos indivíduos que as integram; a constituição efetiva de uma unidade de convivência; a exclusividade e a falta de ligação prévia; a permanência e a estabilidade; a notoriedade e a publicidade; uma dualidade econômica assimétrica²⁷. Esses elementos, para o autor, superam a noção de família fundada na afetividade ou na maritalidade, e também de família baseada na dualidade de sexos e com a sexualidade orientada para a procriação. Conclui ele que a convivência familiar continuará sendo o marco programático e a família continuará sendo a instituição que promove o programa constitucional dos seus membros. Qualquer grupo que promova esse programa terá a vocação de constituir-se juridicamente em família²⁸.

O redimensionamento da família, e principalmente da pessoa, no ordenamento jurídico supre os anseios gerados pelo modelo social em formação, que rejeita a tutela do patrimônio em detrimento da pessoa humana. A CRFB/1988 surgiu não apenas com o papel de consolidar as mudanças sociais ocorridas, mas igualmente com o dever de ser o motor propagador da democracia social, da justiça e da igualdade, através da promoção de novos valores, aptos a concretizar uma vida digna e a realização das necessidades da pessoa, e capaz de viabilizar a realização de escolhas pessoais por cada um dos integrantes da família.

1.1 A família matrimonial

Historicamente, a família formada pelo casamento sempre foi considerada legítima; por muito tempo, tem sido considerada, em todas ou quase todas as culturas, a única forma legítima de família.

²⁶RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2001, p. 108.

²⁷GÁMEZ, Francisco Javier Pereda. El cambio de las estructuras familiares y la modernización del derecho de familia. In: NAVARRO Susana Navas (Dir.). **Matrimonio homosexual y adopción: perspectiva nacional e internacional**. Madrid: Reus, 2006, p. 205-206.

²⁸*Ibid.*, p. 207.

Nessa acepção tradicional de família, o casamento é considerado ato solene, consagrador da união entre pessoas de sexos diferentes, aptas a formar família; destinava-se a estabelecer entre seus integrantes uma comunhão de vida e interesses, com o objetivo de criar a prole resultante desta união, tendo o homem como o ‘cabeça do casal’. Em razão à sua natureza controvertida jurídica – ato solene, convenção social ou contrato – desatacam-se duas correntes: a institucionalista e a contratualista.

Assim, o casamento é, para uns, instituição social, por refletir uma “situação jurídica cujas regras e quadros se acham preestabelecidos pelo legislador, com vistas à organização social da união dos sexos”²⁹; para outros, contrato, por sua “indispensável declaração convergente de vontades livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas”³⁰.

Com maior número de adeptos, prevaleceu no ordenamento jurídico brasileiro a teoria contratualista. Dentre seus defensores, destaca-se Clóvis Beviláqua³¹, cuja definição ressalta não só a natureza contratual, mas também a natureza formal do casamento. Afirma esse autor que o casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolivelmente, legitimando as relações sexuais e estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se ainda a criar e educar a prole dali advinda.

Características até então consideradas essenciais ao casamento eram: a solenidade; a diversidade de sexos, por entender-se ser este o elemento natural, pressuposto da sua existência; e a dissolubilidade, obtida após a edição da lei do divórcio³², pois até então a forte influência católica imprimira ao casamento o caráter de indissolúvel.

As finalidades do casamento apontadas pela doutrina, por sua vez, eram legitimar a família – pois apenas ele era apto a formar a família legítima –, disciplinar as relações sexuais e oferecer mútua assistência entre os cônjuges. Sua finalidade natural era a procriação, sendo a comunhão de vida e de interesses seu efeito natural.

O casamento aqui descrito, solene, hierarquizado, econômico, reprodutor do sistema político vigente, é uma configuração do casamento da sociedade burguesa do século XIX –

²⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 5. ed., *cit.*, p. 33.

³⁰*Ibid.*, p. 34.

³¹BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 7. ed. corr. e aum. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976, p. 35.

³²BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 25 maio 2009. Alterada pela **Lei nº 7.841**, de 17 de outubro de 1989. Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil – e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7841.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009.

sociedade de inspiração liberal e, como tal, marcada pela proteção primordial ao patrimônio, tendo no direito civil a disciplina dos bens e direitos que uma pessoa pudesse titularizar, sem preocupação com a pessoa enquanto tal. Os interesses dos integrantes dessa instituição não estavam dentre os alvos da tutela jurídica. Para Helmut Schelsky, o casamento é “uma comunidade e uma organização econômica, ou, em outros termos [sic], que essa instituição deve sua estabilidade social em primeiro lugar a uma necessidade de proteção mútua, aos deveres que cabem aos pais para garantir a segurança e a subsistência de seus filhos”³³. Ou, segundo Santiago Alvarez González, Catedrático de Direito Internacional Privado da Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha, a lógica do matrimônio é a institucionalização de uma realidade que cada ordenamento jurídico perfila segundo seus critérios de organização social, independentemente da história e das bases culturais comuns – noção também comum em grandes círculos jurídicos, que possibilita falar-se de certa equivalência institucional³⁴.

O advento da CRFB/1988, fosse como reflexo das mudanças sociais ocorridas, fosse como elemento propulsor dessas mudanças em ebulição no seio da sociedade, trouxe novo horizonte para a disciplina do homem enquanto sujeito de direitos e, com isto, novo horizonte para as famílias, em especial para seus integrantes, até então detentores de tutela deficiente na sua expressão individual.

A família mudou, está em constante mutação. A CRFB/1988, no seu papel de centro reunificador do direito privado, consagrou uma nova gama de valores como elementos fundantes do ordenamento jurídico brasileiro. O centro da tutela desloca-se da propriedade para o homem na sua dignidade. Com ela, transforma-se a família: de instituição perpetuadora do sistema, fim em si mesma, “digna de proteção como meio de preservar o instituto, cuja sobrevivência representa a própria sobrevivência do Estado”³⁵, para instituição-meio, destinada a proteger seus integrantes, a promover o desenvolvimento de sua personalidade, “espaço indispensável para garantia da sobrevivência de desenvolvimento e da proteção integral dos filhos e demais membros, independentemente do arranjo familiar ou da forma como vêm se estruturando”³⁶.

³³SCHLSKY, Helmut. **Sociologia da sexualidade**. Trad. Luiz Fernando Cardoso. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 27.

³⁴GONZÁLEZ, Santiago Álvarez. El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho español: perspectiva internacional. In: NAVARRO, Susana Navas (Dir.). **Matrimonio homosexual y adopción: perspectiva nacional e internacional**. Madrid: Reus, 2006, p. 55.

³⁵RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, *cit.*, p. 19.

³⁶TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Novas entidades familiares, *cit.*, p. 7.

A consagração, pelo legislador constituinte, do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III da CRFB/1988 como princípio fundamental da República, refletiu diretamente na formação da estrutura familiar, que passa a ter como objetivo a consagração deste princípio, impedindo a admissão da “superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família”³⁷. A proteção desloca-se da coesão do vínculo familiar para a promoção da dignidade dos seus integrantes.

A primeira consequência dessa mudança é a perda da exclusividade na formação da família ‘legítima’. O motivo do adjetivo deixa de existir no momento em que as demais espécies de família, por adequadas para promover a dignidade dos seus integrantes, são igualmente protegidas pela CRFB/1988. A relação entre os cônjuges é afetada no mesmo patamar, deixando de ser hierarquizada para se basear em parâmetros isonômicos. A proteção dos filhos sofre equivalente transformação, deixando de se pautar na paz doméstica, que obstava o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, para equipará-los em direitos, qualquer que seja a sua origem, tendo como vetor axiológico o melhor interesse da criança.

A tutela conferida à família formada pelo casamento concorre em grau de igualdade com as demais formações familiares. Elas são distintas, porém merecedoras do mesmo grau de proteção. A diversidade na tutela não pode implicar hierarquia entre as espécies de família.

A família matrimonializada será, portanto, digna de proteção enquanto apta a promover o desenvolvimento de seus integrantes. Sua tutela decorre da sua funcionalização na promoção da dignidade de seus integrantes. A família matrimonializada não está em extinção, mas apenas em transformação: deixa de ser a única espécie de família para se tornar mais uma das espécies de família.

1.2 A família oriunda da união estável

“O legislador antes prefere ignorar o concubinato, do que discipliná-lo como realidade inescandível.”³⁸ Concubinato, família ilegítima – assim se definiam as uniões livres

³⁷TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 398.

³⁸RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, *cit.*, p. 8.

entre um homem e uma mulher não fundadas no casamento na realidade brasileira anterior à CRFB/1988. Dividia-se o concubinato em puro e impuro (também chamado espúrio), segundo a existência ou não de impedimentos para o casamento, dando origem o primeiro a filhos naturais, legitimáveis pelo casamento subsequente de seus pais, e o segundo a filhos adúlteros ou incestuosos. Tal divisão tornou-se injustificável sob o pálio da CRFB/1988.

Doutrina e jurisprudência negavam tutela a essas famílias com base no direito de família, reconhecendo apenas direito ao ressarcimento pelo esforço na formação do patrimônio, tal como numa sociedade com fins comerciais, como uma sociedade de fato³⁹. A tutela era puramente patrimonial, obrigacional, sem o reconhecimento de qualquer caráter familiar a essa relação jurídica.

Surpreendentemente, essa solução foi a mais benéfica encontrada para a proteção das companheiras em uniões livres, uniões muitas vezes de uma vida inteira, que, após sua dissolução, ficavam no completo desamparo. Isto ocorria num período em que a Constituição de 1946 vedava a tutela a qualquer família diversa daquela formada pelo casamento. A tutela patrimonial foi o caminho encontrado para assegurar pelo menos alguma tutela a essas famílias. Decisões existiram, ainda, no sentido de conferir-lhes remuneração pelos serviços domésticos prestados⁴⁰. Direitos reconhecidos, apenas os de caráter previdenciário e os dos favores da legislação social.

Mesmo com o advento da CRFB/1988, que reconheceu explicitamente essas uniões como espécie de família, a doutrina e a jurisprudência relutaram em conceder-lhes o tratamento constitucionalmente determinado. A norma constitucional foi considerada de eficácia limitada, na célebre classificação de José Afonso da Silva, carecendo de norma ordinária regulamentadora para conferir-lhe eficácia plena. Outrossim, tornando mais grave a questão, não bastasse serem poucos os direitos reconhecidos a essa espécie de família, o posicionamento de muitos ainda era de manutenção da tipificação da união estável como família ilegítima, tal como Washington de Barros Monteiro: “De concessão em concessão, chegar-se-á ao aniquilamento da família ilegítima; nada mais a separará da legítima.”⁴¹

³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 380**. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Brasília, 3 abr. 1964. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0361a0390.htm>. Acesso em: 23 mar. 2009.

⁴⁰ “[...] é justa a reparação dada à mulher que não pede salários como amásia, mas sim pelos serviços caseiros [...]” (GONTIJO, Segismundo. **Das uniões**: a formal e as informais, seus regimes de bens e a sucessão. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/sg003.html>>. Acesso em: 13 mar. 2008).

⁴¹MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. V. 2. Direito de Família. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 18.

Faltava à doutrina vontade de aplicar o princípio da efetividade, que, segundo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, consiste em impor ao jurista o dever de formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas, em especial no que diz respeito à concretização da norma constitucional⁴². Outrossim, nenhuma norma, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas de modo a dar máxima efetividade aos dispositivos constitucionais.

No afã de manter a lógica estabelecida até então, o *status quo*, fazia-se uma interpretação da Constituição conforme a lei, em especial conforme o Código Civil, para manter como ilegítimas todas as famílias não derivadas do casamento, negando aos conviventes em união estável a tutela dos direitos decorrentes da sua natureza de entidade familiar. Era uma vã tentativa de ‘tapar o sol com a peneira’.

O início da mudança veio com a Lei nº 8.971/1994⁴³, seguida da Lei nº 9.278/1996⁴⁴.

A Lei nº 8.971/1994, buscando a conversão da união estável em casamento, exigiu, para a configuração da união estável, que o homem fosse solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Exigiu prazo mínimo de cinco anos de convivência, ressalvada a existência de prole. A concessão de alimentos restou condicionada à prova da união e da necessidade. Previu igualmente direito sucessório. Estabeleceu a partilha dos bens amealhados durante a união, provada a contribuição. Restou definido que o conceito de contribuição neste caso era *lato*, admitindo-se as mais variadas formas, e não apenas a contribuição financeira.

A Lei nº 9.278/1996 não mais mencionou prazo mínimo para configuração da união estável, tampouco faz restrições ao estado civil dos conviventes. São mantidos os direitos a alimentos, com abrandamentos na definição das hipóteses em que é devida a sua prestação, trouxe novas hipóteses de direito sucessório. No que tange à meação, esta se apura não só no momento da morte (artigo 3º da Lei nº 8.971/1994), como por ocasião da dissolução da união em vida, estabelecendo o artigo 5º da Lei nº 9.278/1996 o condomínio entre os cônjuges.

⁴²BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 235-263.

⁴³BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm>. Acesso em: 26 maio 2009.

⁴⁴BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 26 maio 2009.

O advento de novos direitos sucessórios, sem aclarar se eram mantidos ou revogados os estabelecidos pela Lei nº 8.971/1994, gerou discussão acalorada, em especial quando confrontados com os direitos sucessórios dos cônjuges. Embora reconhecida a cumulação dos direitos de ambas as leis em muitas decisões, a matéria não restou pacificada na doutrina.

A nova legislação fez a diferenciação entre *concubinato*, relação não tutelada porque oriunda de uniões adulterinas ou incestuosas, e *companheirismo*, caracterizador da união estável, apta a formar família.

Nesse patamar assegurou-se a tutela da união estável, que difere do casamento por não ter necessariamente um momento certo de início, por se formar através de uma sucessão de atos, dos quais decorrem igualmente seus efeitos. Contrariamente ao casamento, no qual da simples celebração do ato solene decorrem todos os efeitos e são atribuídos inúmeros direitos, é união livre, informal, cujos efeitos podem ser livremente regulados pelas partes.

Há, no entanto, quem critique, como, por exemplo, Regina Beatriz Tavares da Silva, a possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas separadas judicialmente ou de fato, alegando que este fato privilegia a união estável em detrimento do casamento, o que seria “atribuir efeitos à união estável que concorre com o casamento civil e punir com a nulidade o casamento que concorre com outro casamento civil”⁴⁵, defendem eles a opinião de que as uniões estáveis formadas durante a vigência do casamento se submetam ao regime da separação de bens, com a aplicação do artigo 1.725 do CCB/2002.

A caracterização da união estável tem requisitos subjetivos e objetivos. Dentre os requisitos objetivos está a *estabilidade*, em contraposição a relacionamentos passageiros ou a relações sexuais descompromissadas, ainda que reiteradas. A estabilidade se comprova com o decurso do tempo. No entanto, segundo a doutrina prevalente, não há prazo determinado em lei. O prazo mínimo de cinco anos trazido pela Lei nº 8.971/1994, no entendimento dessa maioria, foi revogado pela Lei nº 9.278/1996. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, no entanto, é favorável a que se exija o prazo mínimo de dois anos⁴⁶, ao fundamento de que a solidez e a estabilidade devem ser aferidas também sob o requisito do decurso do tempo, pois, em apertada síntese, os pressupostos são aferidos *a posteriori*, sendo indispensável o requisito temporal, tal como no usucapião.

O segundo elemento é a *publicidade da relação*, a ostensibilidade da relação no meio em que vivem os companheiros, apresentando-se no meio social como se casados fossem.

⁴⁵FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil comentado**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1.585-1.586.

⁴⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 195.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em razão desta característica de reconhecimento social, ainda que a um grupo restrito, prefere o termo ‘notoriedade’, afirmando ser esta uma característica, e não um requisito da união estável⁴⁷.

O terceiro elemento é a *continuidade* do relacionamento. Brigas e breves separações não o descaracterizam. Este elemento deve ser analisado segundo a ótica do razoável e no caso concreto.

O elemento subjetivo é a *intenção de constituir família*. É um estado de espírito que ultrapassa a mera união esporádica, tratando de verdadeira comunhão de vida e de interesses entre os conviventes.

A *exclusividade*, segundo orientação predominante, constitui requisito para a configuração da união estável, uma vez que a existência de famílias simultâneas impede o reconhecimento da união estável para todas. Apenas uma poderá ser caracterizada como tal.

Não são essenciais à caracterização da união estável a existência de prole e a convivência sob o mesmo teto⁴⁸. São impostos aos conviventes deveres semelhantes aos do casamento, e o regime de bens, em caráter supletivo ante a possibilidade de sua definição pelos conviventes, é o da comunhão parcial. O contrato de união estável pode ser feito em qualquer momento durante a união, capaz de regular todo o período daquela união.

É controvertida a exigência de outorga uxória para venda de imóvel em nome de apenas um dos conviventes, e a conversão da união estável em casamento exige intervenção judicial.

Elemento controvertido, relevante para a discussão posta, é a diversidade de sexos. Doutrina e jurisprudência majoritárias entendem-na como essencial à caracterização da união estável. No entanto, parcela incipiente da doutrina e poucos julgados reconhecem a existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Dentre os principais argumentos dos que reconhecem a diversidade como elemento essencial estão o argumento histórico, a alegada falta de naturalidade no relacionamento entre

⁴⁷*Ibid.*, p. 63.

⁴⁸“Direito de família. União estável. Configuração. Coabitação. Elemento não essencial. Sociedade de fato. Ausência de prova de colaboração para a aquisição dos bens em nome do *de cuius*. Não configuração da sociedade de fato. União estável. Presunção de mútua colaboração para formação do patrimônio. Direito à partilha” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 275.839/SP, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrichi, julg. 02.10.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/scon>>. Acesso em: 07 jun. 2009).

pessoas do mesmo sexo e a interpretação literal dos dispositivos do Código Civil de 2002 (CCB/2002)⁴⁹ e da CRFB/1988⁵⁰ que falam expressamente na união entre homem e mulher.

Maria Berenice Dias, acerca da diversidade de sexos como requisito para se conferir proteção, afirma que tal restrição constitui preconceito de caráter ético, que deve ser afastado, descabendo estigmatizar “quem exerce orientação sexual diferente, eis que, negando-se a realidade, não se irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento de tais relações”⁵¹.

1.3 A família monoparental

O núcleo familiar formado por um dos genitores e sua descendência passou a merecer atenção do ordenamento jurídico brasileiro com a CRFB/1988, que lhe assegurou especial proteção do Estado⁵². No entanto, não houve qualquer detalhamento da forma como tal ‘especial proteção’ seria concretizada.

A família monoparental pode se originar pelos mais variados modos: do desfazimento do casamento ou da união estável, seja pela separação dos parceiros ou pela viuvez; da gravidez de mulher solteira, programada ou não, através de relação sexual ou de inseminação artificial; ou da adoção por apenas um adulto. As possibilidades são inúmeras, e merecedoras, cada uma delas, de diferentes formas de tutela pelo Estado, porque absolutamente distintas suas necessidades.

A liberalização dos costumes, com a inserção da mulher no mercado de trabalho e a possibilidade de escolher, através de métodos anticoncepcionais, o momento de engravidar

⁴⁹ Art. 1.723: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 maio 2009).

⁵⁰ Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]
§ 3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil** [1988]. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const>>. Acesso em: 28 abr. 2009).

⁵¹ DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Famílias modernas: (inter) secções do afeto e da Lei. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 4, out./dez. 2000, p. 278-279.

⁵² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]
§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**, *cit.*).

possibilitaram que as mulheres não apenas se casassem mais tarde, não dependendo do casamento para sair da casa de seus pais, como escolhessem não se casar. O adjetivo ‘solteiro’ deixou de ser um estigma para se tornar uma opção de vida – opção esta que não impede a tomada de decisão quanto a ter filhos ou não. A ‘produção independente’ tornou-se igualmente uma opção válida.

É necessário destacar, porém, que a existência de famílias formadas por apenas um dos genitores e sua prole não é fato recente. Tampouco se restringe aos casos de pessoas que optam por um novo estilo de vida, através, por exemplo, da inseminação artificial pela mulher solteira que, alcançados seus objetivos profissionais e relativa estabilidade financeira, decide ser mãe. Como demonstrou Eduardo de Oliveira Leite, fatores outros, como a burocracia e os elevados custos para a formação da família pelo casamento, sempre levaram pessoas de classe mais baixa, com menores condições econômicas, a formar uniões livres, que, desfeitas, facilitavam a não-assunção por um dos companheiros do cumprimento dos deveres em relação à prole⁵³. O exercício efetivo da guarda ficava a cargo de apenas um dos genitores, geralmente a mãe. Existem ainda relacionamentos efêmeros que, resultando em gravidez inesperada, indesejada, levam a que os cuidados com a criança permaneçam a cargo somente da mãe. Em geral, devido ao fato de a maioria dos casos envolver mães muito jovens, são estas auxiliadas por suas famílias, permanecendo na casa dos pais. Os parceiros, na grande maioria dos casos, buscam se eximir da responsabilidade de sustento do filho inesperado.

Em ambos os casos, que percentualmente constituem a grande maioria das famílias monoparentais da sociedade brasileira, trata-se de pessoas pertencentes às camadas mais pobres da população⁵⁴. Não obstante existam famílias monoparentais chefiadas por homens, o que se vê é um sistema majoritariamente ‘matricentrado’, quando a realidade feminina, a despeito da evolução alcançada, ainda é de percepção de salários menores que os dos homens, mesmo quando em iguais condições de trabalho. Por esta razão, tais famílias merecem do Poder Público especial atenção, até o momento a elas não conferida.

Diante da omissão legislativa, a doutrina apresenta as mais variadas soluções. Maria Berenice Dias propõe, diante da estrutura mais frágil das famílias monoparentais, a adoção de

⁵³LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

⁵⁴BRASIL. IBGE. **Crianças e adolescentes**: indicadores sociais, 1989 *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**, *cit.*, p. 170.

políticas públicas que privilegiem tais espécies de famílias, seja para assentamentos ou para financiamento na aquisição da casa própria⁵⁵.

Eduardo Oliveira Leite indica a necessidade da adoção de políticas públicas de auxílio a tais famílias através de pensionamento, seja pelo Poder Público, seja mesmo por fundos privados, e aponta várias medidas, adotadas em diferentes países, para proporcionar melhores condições de vida às entidades familiares monoparentais, que, em geral, vivem em condições mais precárias. Menciona a concessão de pensão temporária (por aproximadamente três meses), como na Grã-Bretanha, “onde o fato de pertencer a uma família monoparental é considerado como suficiente para não ter acesso ao emprego”⁵⁶. Na Suécia foram adotadas medidas destinadas a facilitar às mães a obtenção e a manutenção de emprego, através da introdução de refeição gratuita na escola, para oferecer oportunidades iguais às crianças mais pobres e às mais ricas, e pela ampliação do horário escolar, “de modo a permitir que a mãe se afaste do lar por um maior período, sem prejuízo dos filhos e, igualmente, de sua atividade profissional”⁵⁷.

Para as famílias monoparentais decorrentes de uniões desfeitas, Eduardo Oliveira Leite propõe medidas que impeçam que a separação do casal se transforme em separação parental. Dentre elas, cita a manutenção da autoridade parental para ambos os pais, com a adoção da guarda conjunta, como meio de manter o convívio dos filhos com os dois genitores. Reconhece, porém, as limitações da adoção dessa medida⁵⁸.

Há que se lembrar do crescimento das famílias monoparentais formadas por mulheres solteiras que, com estabilidade econômica, decidem ter filhos, geralmente através de inseminação artificial. Os opositores da ‘produção independente’ afirmam ser prejudicial à criança crescer numa família em que inexistente a figura paterna, deixando não preenchido um espaço importante na formação da psique.

Maria de Fátima Freire de Sá questiona a afirmação de que crianças criadas apenas por um dos genitores, que já nasçam sem pai, possam ser mais desajustadas socialmente que

⁵⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 197-198.

⁵⁶LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**, *cit.*, p. 309.

⁵⁷*Ibid.*, p. 310.

⁵⁸“Um consenso já é possível visualizar; este, que o exercício conjunto da autoridade parental ‘é a solução ideal quando os pais, apesar de sua separação, permanecem conciliadores e cooperadores e que o acordo convém à criança’. Igualmente, a solução nova traz em seu bojo a grande vantagem para a criança, de atenuar os efeitos dolorosos da ruptura, permitindo-lhe manter os laços com ambos os genitores, além da separação. [...] É melhor que a criança viva com um só genitor, mas equilibrado e capaz de bem lhe conduzir, do que com dois, sendo um gerador de constante conflito, comprometedor do interesse maior da criança” (*Ibid.*, p. 289).

outras em situação diversa. Considerando tais afirmações mera especulação, aduz que a imagem do pai pode ser encontrada em outra pessoa que possa figurar como tal na relação, e que o amor da mãe pode ser suficiente à formação da criança, sem causar danos capazes de torná-la desajustada⁵⁹.

Maria de Fátima Freire de Sá critica de forma veemente a apresentação de projeto de lei que, tratando da reprodução assistida, procurou restringir aos casais heterossexuais a permissão para a utilização da técnica, criminalizando o emprego da reprodução assistida por pessoa solteira⁶⁰. O vício de inconstitucionalidade era evidente, uma vez que a CRFB/1988 protege a família monoparental como entidade familiar, sem estabelecer hierarquia ou restrições. Não pode a lei inibir, e mesmo criminalizar, a formação familiar monoparental, restringindo as opções de vida digna. Indaga a autora no que consistiria, por essa lógica, o disposto no CCB/2002 sobre a presunção de paternidade na fecundação *post mortem*. O Código admite a inseminação da viúva com o sêmen do marido já falecido. Diante da morte do marido, a mulher se torna só e a criança crescerá igualmente sem pai. Razão não há para permitir a inseminação da viúva e negar, nas mesmas condições, a inseminação da mulher solteira.

Na jurisprudência, a tutela conferida às famílias monoparentais se fez sentir primeiramente nos bens de família, com a aplicação da Lei nº 8.009/1990⁶¹, que, ao conceder proteção ao casal ou à entidade familiar, recebeu do STJ interpretação ampla⁶², o que redundou na edição da Súmula 364⁶³.

⁵⁹SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e Biodireito. In: PEREIRA Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

⁶⁰BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 90/1999**. Autor Senador Lúcio Alcântara. Dispõe sobre a reprodução assistida. Arquivado em 28 fev. 2007. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304>. Acesso em: 18 mar. 2009.

⁶¹BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.009**, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Acesso em: 26 maio 2009.

⁶²Exemplificativos do entendimento são as decisões: “RESP – CIVIL – IMÓVEL – IMPENHORABILIDADE. A Lei nº 8.009/90, o art. 1º precisa ser interpretado consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. “Data venia”, a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, “data venia”, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 182223/SP (1998/0052764-8), 6ª T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. 19.08.1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=182223&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=19>>. Acesso em: 17 mar. 2009). “EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. Lei nº 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o

1.4 A família oriunda da união homoafetiva

Sociedade de fato, união entre pessoas com o objetivo de amealhar patrimônio, cuja divisão se fará segundo o esforço de cada um dos participantes da sociedade. Esta é a visão atual do direito sobre a união afetiva entre duas pessoas que se unem em razão do afeto, do amor que nutrem uma pela outra, e pretendem viver em comunhão espiritual e de vida. Dessemelhança com a união estável: o fato de ambas as pessoas serem do mesmo sexo.

Justificativa: o casamento e a união estável são, por essência, por definição, estabelecidos entre pessoas de sexos diversos, e, por terem como objetivo a procriação, não podem ser estabelecidos entre pessoas do mesmo sexo. Historicamente (leia-se, na sociedade ocidental moderna, base da sociedade brasileira) casamento e união estável pressupõem diversidade de sexos.

No que tange ao casamento, Maria Helena Diniz o conceitua como vínculo jurídico entre o homem e a mulher livres, que se unem segundo as formalidades legais com o objetivo de obter mútuo auxílio material e espiritual⁶⁴. Estabelece, assim, conceitualmente a exigência da diversidade de sexos. Carlos Alberto Menezes Direito, cuidando da união estável, inclui a diversidade de sexos como elemento constitutivo desta⁶⁵. Carlos Roberto Gonçalves é categórico ao dizer que a diversidade de sexos é um pressuposto de ordem objetiva para a configuração da união estável, sendo a união entre pessoas do mesmo sexo ato inexistente no que tange ao direito de família⁶⁶. A exigência da diversidade de sexos decorre do fato de ser a união estável modo de constituição de família assemelhado ao casamento, ausente apenas a formalidade da celebração. A matéria, uma vez excluída do âmbito do direito de família, gera efeitos de caráter obrigacional, abrigado pelo artigo 1.363 do CCB/2002.

apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na lei 8009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 159.851-SP (1997/0092092-5), 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 19.03.1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=159851&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 23 abr. 2009.

⁶³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 364**. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Brasília, 15 out. 2008. Disponível em: <<http://www.mundonorarial.org/sumula364.html>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

⁶⁴DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.007.

⁶⁵DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável no Código Civil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coords.). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 1.271.

⁶⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. V. VI: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 543-544.

Álvaro Villaça Azevedo partilha do mesmo entendimento, rejeitando para as uniões entre pessoas do mesmo sexo a caracterização de união estável. Entende ser prematuro o reconhecimento dessas uniões como espécie de família, tutelando-se os direitos daqueles que vivem em união homoafetiva através da realização de contratos escritos – tutela puramente obrigacional⁶⁷.

Pessoas do mesmo sexo têm direito à privacidade e, com base nesse direito, podem estabelecer relacionamentos afetivos na intimidade do lar, sem que estes produzam efeitos jurídicos familiares. O modelo de família homoafetiva segundo esta concepção tradicional e ainda prevalente não é, juridicamente, *família*. A proteção jurídica, segundo esse pensamento, existe para os modelos familiares predefinidos na CRFB/1988 e no CCB/2002, restando à margem de proteção sob o âmbito do direito de família outros modelos de formação familiar sociológica.

A distinção aqui feita se deve ao fato de que a família é um dado fático, uma realidade sociológica que antecede o próprio direito⁶⁸. O ponto a ser definido é se o direito corresponderá a essa realidade sociológica, conferindo proteção a todas as espécies de família sociológica encontradas na sociedade, ou se elegerá algumas espécies de família como dignas de proteção, relegando as demais à inexistência de tutela.

Afirma-se que não restarão carentes de tutela os demais tipos de família sociológica, pois o sistema os tutelarará por outros meios – como nas uniões homoafetivas, tuteladas através do tipo da sociedade de fato. As indagações a serem feitas, neste caso, são se a tutela por mecanismos elaborados para questões patrimoniais é adequada para promover a integral tutela das famílias sociológicas não abrangidas pelo direito de família e se de fato a *ratio* constitucional não abarca a proteção a tais grupos como espécie de família.

Acerca deste último, Ana Carolina Brochado afirma que conferir ao artigo 226 da CRFB/1988 interpretação restrita é incompatível com sua natureza de tipo aberto, uma vez que protege a família sem especificar quais tipos de família constituem a estrutura social e são

⁶⁷AZEVEDO, Álvaro Villaça. União entre pessoas do mesmo sexo. Congresso Brasileiro de Direito de Família. Direito de Família: a família na travessia do milênio. *Anais*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000, p. 147-150.

⁶⁸Esclarecedora é a afirmação do Professor Fachin, que se mostra contrário ao posicionamento tradicional no que tange à proteção às espécies de família não explicitamente mencionadas no texto da norma: “A família, entretanto, é realidade mais ampla que esse dado formal, a ele não se aprisionando. O engessamento pretendido pela construção da família no direito em uma seara de abstração foi progressivamente se deslegitimando, ante a insuficiência do modelo unitário – centrado no casamento – para atender às demandas da sociedade. A família é, efetivamente, realidade sociológica, que antecede o direito, não sendo possível aprisioná-la a conceitos ou modelos fechados e formalmente instituídos. Essa família como realidade sociológica é plural, como plurais são as aspirações afetivas que instituem o fenômeno familiar” (FACHIN, Luiz Edson. Vínculo parental biológico e irmandade sócio-afetiva. *In*: _____. **Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 272).

alvo de proteção⁶⁹. Importante não é a forma como tal estrutura é obtida, mas que o núcleo de pessoas ali formado concretize as funções familiares de proporcionar a seus membros a estruturação familiar necessária ao desenvolvimento biopsíquico enquanto sujeitos. Conclui não ser possível estabelecer uma tipicidade fechada das hipóteses tuteladas. Seria incompatível com a eleição feita pela CRFB/1988 de priorizar a tutela dos valores como prioritários, dentre os quais o da dignidade da pessoa humana se apresenta como mais relevante; além disso, a inserção familiar é uma das formas de realização do valor da pessoa humana – ponto a ser analisado neste trabalho.

Luiz Edson Fachin defende o resgate das leis reguladoras da união estável (Lei nº 8.971/1994 e Lei nº 9.278/1996) para disciplinar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, admitindo essa extensão como “um caminho, enquanto a norma específica não vier, para que os resultados buscados, dentro ou fora do Judiciário, sejam mais justos”⁷⁰. Na opinião do mencionado Professor, o pressuposto da diversidade de sexos e a teoria da inexistência matrimonial, carregadas de rigidez e preconceito, não podem ser subterfúgios para negar, num outro plano, efeitos jurídicos às associações afetivas de pessoas do mesmo sexo.

Ana Carla Harmatiuk afirma que, em verdade, segundo a época histórica, diferentes categorias de sujeitos foram excluídas ou receberam tratamento inferior do direito em razão de estigmas sociais. Assim ocorreu com os filhos fora do casamento, a concubina e os desquitados. Imperativo se faz mais um avanço para retirar dessa exclusão as uniões entre pessoas do mesmo sexo⁷¹.

É de se destacar a observação de Gustavo Tepedino acerca da extensão dos direitos assegurados a um tipo familiar ao outro tipo⁷². Afirma o autor que é preciso identificar a *ratio* das normas que se pretende interpretar. Quando informadas por princípios relativos à solenidade do casamento, não há que se estendê-las às entidades familiares extramatrimoniais. Quando informadas por princípios próprios da convivência familiar, vinculada à solidariedade de seus componentes, a não-aplicação da regra contraria a CRFB/1988. Embora cuidasse o autor da união estável, sua premissa pode ser útil à questão da união homoafetiva.

⁶⁹TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Novas entidades familiares, *cit.*, p. 8.

⁷⁰FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**, *cit.*, p. 125.

⁷¹MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**, *cit.*, p. 12.

⁷²TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 385.

Maria Berenice Dias defende a opinião de que, presentes os requisitos da vida em comum, da coabitação e da mútua assistência, é de se reconhecer como incluídas no conceito de família as uniões homoafetivas⁷³.

1.5 Outras famílias

Há ainda quem considere como espécies de família as chamadas família anaparental e família eudemonista.

A primeira consistiria na convivência entre parentes dentro de uma mesma estrutura organizacional e psicológica, visando objetivos comuns. São os casos de irmãos ou de tios e sobrinhos que residem no mesmo lar, em razão da afetividade que os une ou de necessidades financeiras ou mesmo emocionais, como o medo de viver sozinho. Não há verticalidade nos vínculos.

A segunda é a família decorrente da convivência entre pessoas ligadas por laços afetivos e solidariedade mútua, como amigos que “vivem juntos no mesmo lar, rateando despesas, compartilhando alegrias e tristezas, como se irmãos fossem, razão por que os juristas entenderam por bem considerá-los como formadores de mais um núcleo familiar”⁷⁴.

O termo *eudemonismo* vem de ‘felicidade’ no idioma grego, e se refere à família que busca a felicidade individual “vivendo um processo de emancipação de seus membros”⁷⁵. Eudemonismo é o sistema de moral que tem por fim a felicidade do homem, sendo a família eudemonista aquela em que a felicidade individual ou coletiva se torna o fundamento da conduta humana. A afetividade tem papel de destaque nesse meio. A tônica familiar sai dos bens, da família instituição, fim em si mesmo, para o indivíduo, para a família instrumento, meio de desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, de seus anseios afetivos. A família eudemonista se identifica pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíprocas.

⁷³DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva*, *cit.*, p. 180.

⁷⁴FERNANDES, Jacinta Gomes. *União homoafetiva como entidade familiar*, *cit.*, p. 188.

⁷⁵*Loc. cit.*

2 A UNIÃO HOMOAFETIVA – ESPÉCIE DE FAMÍLIA?

*“Acho que gosto de São Paulo
Gosto de São João
Gosto de São Francisco e São Sebastião
E eu gosto de meninos e meninas
Vai ver que é assim mesmo e vai ser assim pra sempre
Vai ficando complicado e ao mesmo tempo diferente”
(Meninos e Meninas – Legião Urbana)*

2.1 Razões para o reconhecimento do grupo social como entidade familiar. Fundamentação tradicional da conceituação no direito brasileiro. Crítica. Análise estrutural e funcional da relação familiar. Análise da natureza do artigo 226 da CRFB/1988

2.1.1 A família como formação social – núcleo de promoção da dignidade da pessoa humana

A família tradicional, especialmente presente nos séculos XVIII e XIX, reflete o pensamento jurídico de uma época em que se pretendia retirar do direito qualquer conteúdo sociológico. A realidade jurídica era estabelecida em um plano formal, segundo conceitos e normas rígidas, fechadas, livres das influências da realidade fática. O caráter formal dessa família, aprisionada numa estrutura única – o casamento – fora da qual não se falava em tutela jurídica, restringia a poucos, no grupo social, o âmbito de aplicação do direito.

Essa moldura – patriarcal, hierarquizada, formada unicamente pelo casamento – não refletia a realidade, deixando inúmeras situações carentes de tutela; promovia ainda uma situação de insegurança jurídica e revelava uma opção do ordenamento, por não tutelar adequadamente as necessidades humanas. A proteção era conferida à família em si mesma, desde que formada pelo casamento, sem que a tutela fosse destinada aos integrantes do grupo familiar. A opção por modelos fechados era incapaz de promover tutela ampla ao sujeito, por não permitir a este escolher o meio segundo o qual desejava estabelecer a convivência familiar.

Essa incapacidade decorre do fato de a família sociológica ser plural, e não se restringir aos modelos fechados de convivência familiar estabelecidos pelo ordenamento. Ao

direito cabe apreender a existência dessa família sociológica, independentemente do modelo de sua formação, e assegurar aos seus integrantes a tutela jurídica adequada. A esse respeito assinalou Luiz Edson Fachin: “O engessamento pretendido pela construção da família no direito em uma seara de abstração foi progressivamente se deslegitimando, ante a insuficiência do modelo unitário – centrado no casamento – para atender às demandas da sociedade.”⁷⁶

A família contemporânea, constitucionalizada, afasta-se do padrão estabelecido nos séculos passados. *Família* passa a ser formação social destinada à promoção de seus integrantes, cujo elemento de agregação é também a relação de sangue, mas são, sobretudo, as relações de afeto que se traduzem em comunhão espiritual e de vida. O grupo familiar é espaço de troca de afetos, companheirismo, prestação de auxílio mútuo e assistência material e moral. A família – meio, e não fim – é sociológica e juridicamente plural.

Muitos são, no entanto, os defensores da corrente segundo a qual a tutela jurídico-familiar deve ser conferida apenas aos modelos descritos na Constituição; dentre eles destacam-se Nagib Slaibi Filho⁷⁷ e Álvaro Villaça de Azevedo⁷⁸. Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que a CRFB/1988 apreendeu sob a sua tutela determinadas espécies de família sociológica, mas deixou outras de fora⁷⁹.

Martínez-Calcerrada, magistrado do Tribunal Supremo Espanhol, aponta a existência de uma corrente sustentando que a Constituição protege um mínimo de direitos, evitando sua vulneração, mas não proíbe o legislador de melhorar esse mínimo, ampliando os direitos ou a titularidade desses direitos, de modo que poderá estender legitimamente o direito de acesso ao regime jurídico equiparável ao do casamento às uniões entre pessoas do mesmo sexo, se assim considerar oportuno. Enquanto não o fizer, não haverá tal tutela⁸⁰. Tal entendimento torna coerente a exigência de regulação jurídica específica para que se torne possível a equiparação do regime legal ao do casamento. O mesmo autor, comentando a teoria apresentada, afirma que, se se pode afirmar que não existe direito constitucional ao casamento entre

⁷⁶FACHIN, Luiz Edson. Vínculo parental biológico e irmandade sócio-afetiva, *cit.*, p. 272.

⁷⁷SLAIBI FILHO, Nagib, **Direito Constitucional** apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**, *cit.*, p. 177.

⁷⁸“Com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, ficou bem claro esse posicionamento de só reconhecer, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, conforme o claríssimo enunciado do parágrafo 3.º do seu artigo 226” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. União entre pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 147).

⁷⁹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**, *cit.*, p. 177.

⁸⁰Possivelmente é o que a doutrina constitucionalista brasileira chama de núcleo duro dos direitos fundamentais; esse núcleo é o mínimo assegurado pelo legislador constituinte para aquele direito, cujo desrespeito implica violação ao direito fundamental.

homossexuais, também se pode afirmar que há um direito constitucional de não ser discriminado no acesso a determinado regime jurídico em razão do sexo⁸¹.

Esse posicionamento recebeu críticas, da doutrinadora Ana Carolina Brochado e do Professor Luiz Edson Fachin. A primeira afirma que o artigo 226 da CRFB/1988, ao mencionar somente que ‘a família’ é a base da sociedade, sem nenhum tipo de restrição, tornou-se norma de inclusão, que só poderia ser excluída se houvesse norma de exclusão explícita. O rol ali posto é exemplificativo. O próprio termo ‘família’ é um tipo aberto, e cabem nele infinitas espécies, estando vedada ao Estado a imposição de limites neste aspecto⁸². O segundo esclarece que, reconhecendo a CRFB/1988 a família plural, é impossível que essa pluralidade se restrinja ao rol explicitado na Carta Magna⁸³.

A mudança da função da família, antes mero mecanismo de proteção do patrimônio amealhado pelo grupo formado pelo casamento, com exclusão de todos os demais, para instrumento promocional da pessoa que a integra, implica alteração nos elementos necessários à sua legitimação. Pietro Perlingieri afirma que, se o dado unificador é a comunhão espiritual e de vida, deve ser evidenciado como ela se manifesta numa pluralidade de articulações, em relação aos ambientes e aos diversos graus socioculturais⁸⁴. A função serviente da família deve ser realizada de forma aberta, integrada na sociedade civil, em colaboração obrigatória com outras formações sociais.

Para o renomado professor, portanto, a família não está limitada à formação tradicional, concretizada pelo casamento, mas a toda forma de organização ligada pelo afeto, numa comunhão de vida e espiritual apta a promover a educação e a dignidade de seus integrantes. Não por outra razão, nos ensina ainda Perlingieri:

Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem, tutelam e promovem diretamente exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo, expressão de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres. A família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa.⁸⁵

⁸¹MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. **La homosexualidad y el matrimonio**: Ley 13/2005, de 1 de julio. Madrid: Ed. Académicas, 2005, p. 141-142.

⁸²TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Novas entidades familiares*, *cit.*, p. 13.

⁸³Sobre a interpretação que restringe a proteção familiar aos tipos descritos no texto do art. 226 da CRFB/1988, afirma Luiz Edson Fachin: “[...] ao ignorar realidades socio-afetivas de formação familiar, está o direito aderindo a modelos prévios, excluindo os demais e, com isso, “o direito se afirmaria como instrumento direcionador da conduta dos sujeitos em uma seara que ao Estado não é pertinente, qual seja, a da constituição de vínculos de afetividade. [...] Trata-se de modalidade *sui generis* de intervenção por omissão: oferece-se proteção jurídica desde que se opte pelo modelo ungido pelo legislador. Por certo, tal racionalidade não se compatibiliza com um direito de família emancipatório, centrado na dignidade da pessoa humana” (FACHIN, Luiz Edson. *Vínculo parental biológico e irmandade sócio-afetiva*, *cit.*, p. 282).

⁸⁴PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, *cit.*, p. 243.

⁸⁵PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, *cit.*, p. 245.

Prossegue o autor afirmando que a “unidade da família tem papel também extramatrimonial: ela se concretiza não somente na constância do casamento, mas também em formas diversas, na hipótese de dissolução do casamento ou de separação pessoal”⁸⁶.

Sobre a questão, é de se destacar igualmente o ensinamento de Gustavo Tepedino:

[...] altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos seus genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.⁸⁷

Destarte, pode-se afirmar que a família se tornou plural porque deixou de ser fim em si mesma para se tornar mecanismo destinado à promoção de um ambiente saudável aos seus integrantes. Sendo, portanto, a família instrumento de promoção daqueles que a compõem, sua tutela não pode estar restrita a determinada forma, sem atenção ao conteúdo. É inconcebível restringir a tutela apenas às formatações familiares explicitadas, sem admitir outros modelos que atendam à mesma função promocional.

Igualdade em relações familiares, mais do que tratar desigualmente os desiguais, é também permitir e possibilitar que cada um viva segundo seus ideais e concepções de vida, com igual direito de participação no modelo familiar eleito. As diferentes opções de vida não podem ser motivo para discriminações; ao invés, deve ser reconhecido o direito a essa diferença. O mesmo se diz em relação à formação familiar. É imperativo o reconhecimento do direito a constituir família, e a estrutura familiar possível não pode ser apenas aquela tradicionalmente estabelecida, limitada a modelos hermeticamente fechados, fora dos quais a proteção não existe. Como afirmou Gustavo Tepedino, o conceito de família altera-se continuamente, e tem como ponto de referência central o indivíduo na sociedade⁸⁸. Em outro estudo sobre os requisitos para a admissibilidade do grupo como família, o autor afirma:

[...] seriedade, estabilidade e propósito de constituição de família – não podem ser reduzidos ao entendimento convencional da autoridade pública ou religiosa, mas valorados segundo a tábua de valores constitucionais que, de maneira objetiva e democrática, fixa na realização da pessoa humana e de sua dignidade o parâmetro para o reconhecimento da entidade familiar.⁸⁹

⁸⁶*Ibid.*, p. 251.

⁸⁷TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares, *cit.*, p. 398.

⁸⁸TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares, *cit.* Esclarece ainda o autor: “De se abandonar, portanto, todas as posições doutrinárias que, no passado, vislumbraram em institutos do direito de família uma proteção supra-individual, seja em favor de objetivos políticos, atendendo a ideologias autoritárias, seja por inspiração religiosa” (*Ibid.*, p. 372).

⁸⁹*Id.* A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 100.

A família pode ser formada de modos distintos, desde que possibilite a participação de todos no seio familiar, desenvolvendo suas potencialidades segundo sua livre opção de vida. Exigências desconectadas com a função promocional da família constituem discriminação, vedada pelo artigo 3º, inciso IV da CRFB/1988. Maria Celina Bodin de Moraes entende como violado no caso também o inciso I desse mesmo artigo, tutelado através do “objetivo fundamental de construção de uma sociedade que se pretende ‘livre, justa e solidária’ ”⁹⁰. Essa liberdade só se concretiza quando exercida na constituição e na preservação da família, na justiça proporcionada pela redução das desigualdades entre os membros da família, com respeito à privacidade e às opções individuais de cada membro e com solidariedade que se estabelece por meio do exercício responsável de cada membro das suas liberdades em prol da promoção dos demais.

Não há que se falar, por exemplo, em exigência de capacidade de procriação como elemento essencial à família. São três os principais motivos destacados por Ana Carolina Brochado nesse sentido: o argumento comparativo, de que a família monoparental é desprovida dessa capacidade, sendo família do mesmo modo; os argumentos evolutivos, pois as tecnologias atualmente existentes, em especial as de reprodução assistida, possibilitam às pessoas a procriação independentemente do estado civil; e o fato de que, na constituição de uma família, a procriação já não é objetivo indelével⁹¹.

A procriação e a diversidade de sexos não podem ser vistos como essenciais à formação familiar. Assim não fosse, a família retomaria a proteção do ordenamento *de per se*, e não como instrumento de desenvolvimento dos membros que a integram. Martínez-Calcerrada afirma que a capacidade de procriação deixou de ser condição para o casamento desde que a impotência deixou de ser impedimento ao mesmo⁹². É incoerente e discriminatório, portanto, pretender estabelecer diferenças de tratamento jurídico entre a relação heterossexual e a relação homossexual com fundamento em algo que já não define, em absoluto, a essência da relação marital. Ademais, desde o aparecimento da reprodução assistida, é possível engendrar a descendência biológica sem o concurso da relação sexual. A única solução jurídica é outorgar à convivência *more uxório* um *status* jurídico próprio, alternativo ao casamento, independentemente da orientação sexual dos que a compõem.

⁹⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 1, jan./mar. 2000, p. 108.

⁹¹TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Novas entidades familiares, *cit.*, p. 13.

⁹²MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. **La homosexualidad y el matrimonio**, *cit.*, p. 150.

A afirmação de que a formação de família pressupõe a diversidade de sexo porque ‘na história sempre foi assim’, além de desprovida de dados empíricos que possibilitem sua comprovação, não se coaduna com os dados históricos de que dispõe a ciência – como será posteriormente .

Destaque-se uma deficiência dentre os defensores da possibilidade de a união homoafetiva ser reconhecida como espécie de família. A utilização do princípio da igualdade como fundamento, desacompanhada de justificativa juridicamente fundamentada, torna fraca a defesa desse direito. Há jurisprudência que reconhece tal possibilidade, utilizando o princípio da igualdade, sem, no entanto, aprofundar-se no modo como este princípio opera.

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevando sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.⁹³

A questão principal está no fato de que os opositores ao reconhecimento da união homoafetiva como espécie de família também se utilizam do princípio da igualdade para afirmar que dessas uniões não advém espécie de família por não serem elas iguais às famílias heterossexuais. O ônus argumentativo na utilização do princípio não tem sido observado, despindo-o da força que deveria deter como princípio constitucional.

Outros argumentos utilizados pelos opositores ao reconhecimento da união homoafetiva como forma de família são, sinteticamente, os seguintes: a falta de naturalidade dessa forma de união, pois o natural seria o homem unir-se à mulher, sendo essa união apta à procriação⁹⁴; o fato de o casamento como instituição sagrada e reconhecida pela igreja ser apenas aquele entre homem e mulher; e a inexistência de previsão desse tipo de família na CRFB/1988.

⁹³RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 70001388982, 7ª CC, Rel. Min. José Carlos Teixeira Giorgis, julg. 14/03/2001. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/2/resultado.php>. Acesso em: 29 maio 2008.

⁹⁴SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O casamento: o Direito de Família à luz da dignidade humana. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coords.). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 1.119. O autor afirma mesmo que casamento contraído com a condição de não procriar filhos não é um casamento por contrariar seu fim natural. Considera como finalidade do reconhecimento jurídico do casamento e da família regular e proteger uma estrutura antropológica concreta. Sobre o tema, afirma ainda Jorge Azpiri: “[...] la ley puede válidamente reservar la institución matrimonial para las personas que pueden cumplir con sus fines objetivos, tales como la procreación, la crianza y educación de los hijos” (AZPIRI, Jorge O. **Uniones de hecho**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 308).

Enfim, a regulação do casamento seria uma decisão da sociedade de proteger a convivência heterossexual estável, núcleo natural para a procriação, o que gera entre os cônjuges direitos e obrigações, que devem ser asseguradas pelo Poder Público para salvaguarda dos direitos fundamentais e em prol da estabilidade social. Essa união se reveste de uma roupagem institucional que garante sua proteção. Qualquer outro tipo de relação de convivência é legítima manifestação de liberdade civil, porém carece dos pressupostos indispensáveis para ser protegida institucionalmente⁹⁵.

Para os primeiros, alguns argumentos já expendidos no texto demonstram seu descabimento. Ao argumento da falta de naturalidade, contrapõe-se o fato de existirem uniões entre pessoas do mesmo sexo desde tempos imemoriais, e mesmo no mundo animal ser natural, normal, a existência de uniões homossexuais. À ausência de procriação, tem-se o fato de que o ordenamento jurídico protege a família independentemente da existência de filhos; a existência destes é relevante, no entanto não é determinante para a formação da família. No que tange à instituição sagrada do casamento, opõe-se ela à laicidade do Estado. A Igreja pode não reconhecer esse tipo de união como família, mas em relação ao Estado essas concepções religiosas não podem ser impostas como determinantes na decisão de tutelar ou não a pessoa que integra o grupo.

Cabe ainda destacar que, por muito tempo, argumentos como estes (o papel ‘natural’, o estabelecido pela religião) serviram para negar às mulheres o direito à igualdade, e aos casais que viviam em união estável o reconhecimento como espécie de família. Acerca da suposta ‘natureza das coisas’ e do perigo de se transferir para uniões homoafetivas concepções já ultrapassadas mesmo para uniões heterossexuais, Ana Carla Harmatiuk afirma que existe no imaginário social um ‘mito da complementaridade’, de acordo com o qual a divisão de papéis segundo sua ‘natureza’ somente perpetua a desigualdade entre homens e mulheres, desigualdade que, muitas vezes, se pretende transferir para os parceiros do mesmo sexo, ao se perquirir qual o parceiro ‘ativo’ – raciocínio que remete à organização familiar patriarcal, em que a mulher exerce papel secundário e está em posição de inferioridade, estrutura que não se encontra nos parceiros homoafetivos⁹⁶.

Numa ordem jurídica democrática, concepções particulares, sejam elas religiosas, morais ou políticas, não devem estabelecer o caminho a ser seguido pelo intérprete. Luís Roberto Barroso esclarece:

⁹⁵MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *La homosexualidad y el matrimonio*, cit., p. 131.

⁹⁶MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo*, cit., p. 9.

O intérprete constitucional deve ser consciente de suas pré-concepções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e autoconhecimento no tocante a seus desejos e frustrações. Seus sentimentos e escolhas pessoais não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela razão pública.⁹⁷

Tais são, dentre outros, os principais argumentos, que, no entanto, não serão aprofundados neste momento. Será examinada, em primeiro plano, a hipótese atinente à previsão normativa, por relacionar-se à matéria da igualdade e ao que seja conceitualmente família.

O argumento de que a falta de previsão pela CRFB/1988 da família formada por duas pessoas do mesmo sexo implica a impossibilidade de reconhecer essa união como espécie de família é simplista e deve ser afastado. Tal argumento torna o ordenamento jurídico simples mantenedor do *status quo*, verdadeira barreira a qualquer espécie de evolução. Na sua aparente indiferença, de incluir a matéria no âmbito do não-jurídico, faz, em verdade, um juízo de desvalor daquela conduta, sancionando-a com a inexistência de tutela.

Como afirmou Oscar Vilhena Vieira, as Constituições são pontes entre o jurídico e o não-jurídico, cujas expressões centrais são objeto não de consenso, mas de disputas seculares⁹⁸. Assim, ele transfere para a esfera de aplicação da Constituição a disputa sobre o verdadeiro valor desses princípios. Ao Juiz, no momento da aplicação da Constituição, caberá decidir não segundo valores externos ao direito, que são seus próprios valores, mas sim a partir da esfera de princípios que, integrando o sistema jurídico, limitam e impõem determinado sentido às decisões judiciais.

São, pois, os princípios fundamentais da Constituição que dão o norte a ser seguido pelo aplicador. As decisões devem refletir o valor consagrado em tais princípios, não se distanciando deles. A CRFB/1988 aponta como valor fundamental a pessoa humana. Da conjugação desse valor com o artigo 226 da Carta, Gustavo Tepedino extrai três opções valorativas bem definidas:

a) o caráter instrumental da família, como comunidade intermediária concebida para a realização da pessoa humana e de sua dignidade, na solidariedade constitucional;

⁹⁷BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2008. o autor esclarece: “O uso da razão pública importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores – e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. O contrário seria privilegiar as opções de determinados segmentos sociais em detrimento das de outros, desconsiderando que o pluralismo é não apenas um fato social inegável, mas também um dos fundamentos expressos da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1º, inciso V, da Constituição” (*Ibid.*, nota 15).

⁹⁸VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 193.

b) a pluralidade das entidades familiares, garantidora do respeito à liberdade e às diferenças individuais, mediante indicação não taxativa do rol das entidades familiares dignas de tutela;
 c) a liberdade (de forma) para a constituição da família, vinculada à funcionalização (desta mesma liberdade individual de planejar a convivência familiar) ao princípio da dignidade da pessoa humana e à paternidade responsável.⁹⁹

A decisão sobre a natureza do rol do artigo 226 não poderá se distanciar desses valores. Qualquer interpretação que não seja adequada para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana deverá ser afastada.

A aplicação do princípio da máxima efetividade da CRFB/1988, segundo o qual a interpretação conferida à norma constitucional deve ser aquela que lhe dê maior eficácia, impõe esta solução. Será eficaz a interpretação que permita à pessoa desenvolver plenamente sua personalidade segundo suas concepções, segundo suas opções de vida digna. Por tal razão, deve-se analisar se uma interpretação restritiva desse rol, excluindo da proteção constitucional outros tipos de família, não é apta a proteger as opções de vida eleitas por cada ser humano como necessárias à concretização de sua dignidade. Entre os civilistas, também defende tal posicionamento Rodrigo da Cunha Pereira:

É, portanto, da Constituição da República que se extrai o sustentáculo para a aplicabilidade do princípio da pluralidade de família, uma vez que, em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade. Sobretudo da garantia da liberdade e da igualdade, sustentadas pelo macroprincípio da dignidade, é que se extrai a aceitação da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal.¹⁰⁰

Ainda sobre a necessidade de previsão expressa na norma acerca de um direito, Díez-Picazo apontou que a exigência de previsão legislativa para o reconhecimento de um direito é entendimento que torna o direito verdadeiro fator de inércia na evolução social. Para esse autor, as mudanças na sociedade estão em constante ligação com o ordenamento. A norma editada pelo legislador, ainda quando encontra certa resistência, é reflexo da mudança social, seja ela ideológica ou tecnológica. É hipótese do legislador, que, ao constatar as mudanças ocorridas, atua com função notarial. Quando não atua, permanece imóvel, não faz outra coisa senão facilitar a ação dos instrumentos espontâneos de reajuste da vida social, o que o autor chama de ‘interpretação de readaptação’.

⁹⁹TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 94-95.

¹⁰⁰PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 167.

Em qualquer caso, haverá interação entre as mudanças sociais e o ordenamento: “Un cambio de ideología determina necesariamente un cambio jurídico.”¹⁰¹ Caberá à doutrina perceber quando a mudança social não foi acompanhada de mudança legislativa e adequar a vetusta lei aos novos costumes e usos sociais, realizando verdadeira reciclagem daquela norma às necessidades do momento.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

[...] a ordem jurídica [...], na generalidade das situações, é instrumento de estabilização, e não de transformação. Sem deixar de reconhecer-lhes um ocasional carácter educativo, as leis, usualmente, refletem – e não promovem – conquistas sociais longamente amadurecidas no dia a dia das reivindicações populares.¹⁰²

Este é o papel da doutrina na hipótese da família fruto da união homoafetiva. Ela é um fato social inegável. Pessoas criam vínculos afetivos, formam grupos em tudo assemelhados à família dita heterossexual. O reconhecimento também daqueles grupos como família é meio de permitir igualdade de participação aos que assim pretendem constituir seu grupo familiar.

A família é o *locus* em que as pessoas estão reunidas pelo afeto, e deve ser instrumento de desenvolvimento das potencialidades dos seus integrantes, que pautam suas opções de vida segundo seus ideais de vida digna. Restringir a formação familiar à tradicional, formada pelo casamento, impedirá à pessoa formar um grupo familiar apto a possibilitar o seu desenvolvimento humano, ou seja, a família não cumprirá o papel a que se destina. Restará sem fundamento a tutela à família. Muitos restarão obstados de formar família capaz de proporcionar afeto entre seus integrantes, relação de amor e o pleno desenvolvimento de cada um como pessoa humana. Não por outra razão, afirma Rodrigo da Cunha Pereira:

Necessária se torna a reformulação do tratamento jurídico dispensado à família, no sentido de afastar qualquer disposição legal, doutrinária e jurisprudencial que não acolha as variedades e peculiaridades das famílias, em decorrência da aplicação do princípio da pluralidade.¹⁰³

¹⁰¹DÍEZ-PICAZO, Luis. **Experiencias jurídicas y teoría del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1999, p. 310.

¹⁰²BARROSO, Luís 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, p. 124.

¹⁰³PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**, *cit.*, p. 169. O referido autor afirma que negar reconhecimento às uniões homoafetivas viola a dignidade da pessoa humana: “Uma sociedade justa e democrática começa e termina com a consideração da liberdade e da autonomia privada. Isto significa também que a exclusão de determinadas relações de família do laço social é um desrespeito aos Direitos Humanos, ou melhor, é uma afronta à dignidade da pessoa humana. O Direito de Família só estará de acordo e em consonância com a dignidade e com os Direitos Humanos a partir do momento em que essas relações interprivadas não estiverem mais à margem, fora do laço social. [...] Portanto, o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família” (*Ibid.*, p. 100).

Enfim, deve-se analisar o que pode ser considerado *família* e qual a definição de *família* para os fins da proteção concedida pela CRFB/1988. Este ponto é relevante na medida em que se pretende estabelecer parâmetros minimamente objetivos na determinação de quem é digno de receber a proteção constitucional nesses termos¹⁰⁴.

Ressalte-se, por fim, que a tutela não deve ser concedida apenas quando a sociedade considerar válida aquela opção de vida, quando avaliar se a formação de entidade familiar homoafetiva ou heterossexual é correta ou adequada. Caberá a cada pessoa humana decidir se aquela formação é apta a lhe proporcionar uma vida digna, a lhe proporcionar a realização da sua personalidade na solidariedade constitucional. Ao ordenamento restará assegurar a cada pessoa a possibilidade validamente de realizar essa opção, garantindo-lhe os direitos daí decorrentes, tal como aos que optam por quaisquer espécies de formação familiar.

Acerca deste aspecto, Brian Barry entende que a busca por igualdade de tratamento entre uniões homoafetivas e heterossexuais não se faz com o estabelecimento de “igualdade de merecimento do estilo de vida homossexual e heterossexual” (equal worthiness of homosexual and heterosexual lifestyles)¹⁰⁵. Isso porque as pessoas podem discordar daquele estilo de vida, e, se fosse necessário esperar que toda a sociedade concordasse com igualdade de merecimento do estilo de vida homossexual e heterossexual, seria necessário esperar muito mais tempo por esse reconhecimento do que se essa luta fosse feita segundo as bases da igualdade de tratamento. O que se exige é igualdade de tratamento, igual oportunidade de participação e de formação do grupo familiar segundo a própria concepção de vida digna. Sintetizando:

A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.¹⁰⁶

Corroborando a afirmação de Barry, W. Eskridge, especialista americano em *gaylaw*, autor de vários livros sobre direitos dos homossexuais, entende que, a se exigir a aceitação integral da sociedade, casamentos inter-raciais e igualdade de gênero permaneceriam inalcançados, pois, a despeito da sua consagração jurídica, ainda há quem os rejeite e mesmo

¹⁰⁴ Ponto será explicitado no item 2.1.3.

¹⁰⁵ BARRY, Brian. **Culture and equality**: an egalitarian critique of multiculturalism. Cambridge: Polity Press, 2000, p. 274-279.

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**, *cit.*

critique sua tutela jurídica¹⁰⁷. O direito age não apenas como consagrador das mudanças sociais ocorridas, mas igualmente como promotor dessas mudanças.

2.1.2 O papel da afetividade

Na busca dos elementos constitutivos da família, muito se tem dito acerca do papel da afetividade nesta constituição.

Giselle Groeninga analisou a questão e definiu família como sistema ou conjunto de elementos em interação que evolui no tempo e se organiza em função de suas finalidades e do ambiente¹⁰⁸. A definição traz a noção de que um sistema é maior do que a soma de suas partes. Exclui, de início, grupos de pessoas que tenha se unido para fins outros (econômico, de amizade etc.). Tais grupos não serão considerados família.

Na definição da referida autora, os elementos *em interação* constitutivos da família encontram-se em relação de interdependência. Essa interação é necessariamente afetiva, capaz de influenciar a interação da família com a sociedade, que sofre suas influências ao mesmo tempo em que por ela é influenciada, numa relação dialética.

Segue a autora afirmando que a família tem por finalidade a proteção física e psíquica de seus integrantes, dada a qualidade de desamparo inerente ao ser humano. É instituição estruturante do indivíduo, capaz de propiciar neste o desenvolvimento de sua capacidade de pensamento em sintonia com os sentimentos.

Característica da família é a existência de relações assimétricas, com tratamento diferenciado segundo as diferenças existentes. Essas diferenças – homem, mulher, adulto, criança – apreendidas na família se somam à convivência social.

A importância da diferença está em que o psiquismo se constitui por meio das semelhanças e das diferenças. Adultos exercem os papéis materno e paterno, necessários à formação do psiquismo. É na vivência dos conflitos, da ambivalência originária entre os dois papéis dos pais, que se forma o psiquismo dos filhos. Nesse momento, esclarece a autora, os diferentes exercícios das funções paterna e materna estão geralmente, mas não necessariamente, ligados ao sexo biológico.

¹⁰⁷ESKRIDGE JR., William N. **Gaylaw**: challenging the apartheid of the closet. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 219.

¹⁰⁸GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In: _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e Psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 72.

A família diferencia-se, então, de outros grupos por sua constituição assimétrica, em que há diferença de papéis entre seus integrantes, ligados por uma relação – *interação*, nas palavras de Giselle Groeninga – necessariamente afetiva.

Paulo Luis Netto Lobo também apresenta a afetividade como um dos três elementos caracterizadores da entidade familiar. Afirma que a CRFB/1988, ao abandonar o casamento como o único tipo de família juridicamente tutelada, abdicou dos valores que justificavam essa exclusão para privilegiar o fundamento comum às entidades familiares: a afetividade.

É a presença desses elementos – a assimetria e a afetividade – que auxilia a diferenciação entre comunidades em que há união de pessoas sem a intenção de constituir família, porque ausente a assimetria nos papéis (nos critérios de Gisele Groeninga) e/ou a interação afetiva (elemento apontado por Paulo Luiz Netto Lobo), a despeito da estabilidade e da ostensibilidade da união, das comunidades cuja união decorra de ligação afetiva, com comunhão de vida entre seus integrantes, na intenção de constituir família, como na união homoafetiva.

O afeto e o cuidado dedicados aos integrantes da família tem se tornado elemento capaz de habilitar o indivíduo a lidar mais facilmente com as adversidades da vida e a sair fortalecido desses momentos, para que possa ter uma vida digna. Essa comunhão de vida, calcada no afeto, se transforma na característica da família contemporânea. A própria noção de afeto não é novidade na família; ela aparece na *affectio maritalis* como condição de constituição e manutenção do casamento, pois a separação de fato, causada pelo fim da *affectio*, é causa de extinção da sociedade conjugal, possibilitando a formação de nova família quando surge nova *affectio*.

Há mesmo quem afirme que, no ordenamento jurídico brasileiro, as famílias são estabelecidas com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no afeto, sendo o princípio da afetividade a base da família, ainda que não previsto expressamente na Lei Maior. Pode-se citar como defensores de tal entendimento Fernandes¹⁰⁹ e Vitor Hugo Oltramari¹¹⁰, que conferem a esse elemento posição de extremo destaque na formação

¹⁰⁹FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar, *cit.*, p. 180.

¹¹⁰GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar, frente aos princípios constitucionais aplicáveis. In: COUTO, Sérgio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coords.). **Direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul, RS: Notadez Informação, 2007. Série Família Notadez, v. II, p. 392.

familiar¹¹¹. Carlos Mathias Coltro e Marília Campos Oliveira Telles apontam que no CCB/2002 se encontra menção ao cuidado e ao afeto como dever conjugal dentre as normas que estabelecem os deveres de mútua assistência, além de respeito e consideração mútuos e dos demais deveres conjugais, que envolvem também os aspectos moral e espiritual¹¹².

Pietro Perlingieri afirma que sangue e afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família. Destaca que o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. Para o mencionado autor, o merecimento de tutela da família diz respeito às relações afetivas que se traduzem numa comunhão espiritual de vida¹¹³.

Maria Berenice Dias defende ponto de vista segundo o qual, mesmo sem menção expressa ao afeto na CRFB/1988 e no CCB/2002, o reconhecimento da união estável como entidade familiar significa o reconhecimento e a inserção do afeto no sistema jurídico pátrio. É o princípio jurídico da afetividade que faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, bem como os direitos fundamentais. A autora estabelece como princípio norteador do direito das famílias o princípio da afetividade: “A família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção *eudemonista* da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental.”¹¹⁴

A família é uma relação da ordem da solidariedade, tendo o afeto como pressuposto. É a afetividade que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas¹¹⁵. A relevância atribuída ao afeto é tamanha que a doutrinadora gaúcha

¹¹¹Conceder ao afeto, juntamente com a dignidade da pessoa humana o valor necessário à consideração de determinado grupo como família pode gerar situações esdrúxulas tal como considerar família grupo de amigos que dividam apartamento precipuamente por razões econômicas, mas que, inegavelmente, desenvolvam relações de afeto pela própria convivência. A busca por outros elementos que permitam um maior rigor na definição do que é família se faz necessário.

¹¹²COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira. O cuidado e a assistência como valores jurídicos imateriais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 90.

¹¹³PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 973.

¹¹⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, *cit.*, p. 68.

¹¹⁵Famosa ficou a passagem de Kelsen mencionada em decisão da STJ-MG: “Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: “Oui, monsieur, l’amour”. E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime e assim por diante” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n° 148.897/MG, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 10/2/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 jun. 2009).

afirma que a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas em que permeie o elemento afeto¹¹⁶.

Luís Roberto Barroso considera a família um fenômeno sociocultural institucionalizado pelo direito¹¹⁷. Reflete fatores psíquicos, materializados no âmbito da afetividade e da sexualidade, em vista das transformações que ocorrem na sociedade e, portanto, devem ser acompanhadas pelo direito. A afetividade surge como elemento central desse novo paradigma da família como comunidade de afeto, substituindo a consanguinidade e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos.

2.1.3 A natureza do artigo 226 da CRFB/1988

O artigo 226 da CRFB/1988 estabelece a especial proteção da família pelo Estado¹¹⁸. Seus parágrafos 1º a 4º cuidam de três espécies de família: a formada pelo casamento, a formada pela união estável e a monoparental. Questão tormentosa está em definir se a menção expressa a esses tipos familiares é meramente exemplificativa, não obstante a tutela a outras formações familiares, ainda que não mencionadas de forma expressa na CRFB/1988, ou se a essa menção consiste no desejo do legislador constituinte de tutelar apenas tais espécies de família, sendo *numerus clausus*, e a omissão quanto aos demais tipos constitui silêncio eloquente do constituinte.

[...] *silêncio eloquente*, de origem no direito alemão, é aquele em que a não manifestação do legislador a respeito de determinada hipótese na norma implica uma opção por sua exclusão daquele regime jurídico. Esta opção tem como consequência a impossibilidade de aplicação

¹¹⁶DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit.*, p. 143.

¹¹⁷BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**, *cit.*

¹¹⁸Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º – O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

§ 2º – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º – Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º – O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil** [1988], *cit.*).

analogicamente para aquela hipótese omitida da disciplina conferida a outra hipótese semelhante e expressamente tratada na norma [...] ¹¹⁹

Em parecer solicitado à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) pelos Deputados Marta Suplicy e Roberto Jefferson e assinado por Sérgio Ferraz, adotou-se a posição de que a CRFB/1988 trata dos tipos possíveis de família no artigo 226, que é matéria constitucional, e somente a própria Constituição pode ampliar esse rol, sendo inconstitucional fazê-lo através de lei ¹²⁰. Esse grupo trata o artigo 226 da CRFB/1988 como norma geral exclusiva, que, ao tratar determinado comportamento, exclui da sua regulamentação todos os demais que lhe possam ser assemelhados.

Maria Celina Bodin de Moraes aponta como ponto fraco dessa defesa o fato de que o ordenamento jurídico dispõe de outra norma geral, a inclusiva, que tem como característica regular os casos não previstos na norma de maneira idêntica, quando forem semelhantes ao caso regulado ¹²¹. Caberá ao intérprete, diante da lacuna, decidir se aplicará a norma geral inclusiva, através da analogia, ou a norma exclusiva, com o argumento *a contrario sensu*. Sem prescindir dos métodos clássicos de interpretação, faz-se necessário enfatizar que a normativa constitucional traz preceitos muito mais indeterminados e elásticos do que as demais espécies de normas. Eventual lacuna é na norma, e não no ordenamento.

Outra defesa está na afirmação de que a CRFB/1988 trouxe para o ordenamento jurídico um novo arcabouço, capaz de sustentar axiologicamente as mudanças socioculturais que vinham ocorrendo na sociedade brasileira. Nas palavras do Professor Gustavo Tepedino:

A Constituição da República traduziu a nova tábua de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundantes do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família. ¹²²

A sociedade brasileira mudou, e essa mudança passa pela família. Do modelo patriarcal, com finalidades econômicas, consagrado na sociedade burguesa do século XIX, passou a uma família mais democrática, destinada a proporcionar o pleno desenvolvimento de

¹¹⁹Definindo, José Carlos Moreira Alves afirma que o silêncio eloquente (beredtes Schweigen), oriundo da doutrina alemã, é “o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REExt. nº 130.555-SP, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, julg. 04/06/1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=130555&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 01 maio 2009).

¹²⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 104.

¹²¹*Ibid.*, p. 105.

¹²²TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 91.

seus membros. A CRFB/1988 torna o ordenamento consoante com tais mudanças. Passam a ser objeto de tutela as relações jurídicas existenciais formadas no seio da família aptas a desenvolver a personalidade de cada um de seus integrantes. Não por outra razão, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que a família perdeu suas funções econômica, procriacional e religiosa para se tornar “espaço de realização da afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros”¹²³.

Tal mudança se deve a inúmeros fatores. A função econômica teria sentido numa família unidade produtiva, em extinção em vista da mudança funcional do instituto, que deixa de ser fim em si mesmo para ser meio destinado ao desenvolvimento de seus integrantes. A proteção conferida não é ao instituto, mas às pessoas que integram a entidade familiar. O homem é o fim último da norma. A finalidade de procriação deixa de ser elemento caracterizador da família. As uniões passam a ter como elemento fundamental a unidade, a comunhão espiritual e pessoal dos parceiros numa vida em comum. A procriação é prescindível à legitimação do casamento ou de qualquer outra espécie de família. Casais claramente incapazes de gerar filhos (em razão de idade avançada, da existência de impotência ou por outro motivo qualquer) não são obstados ao direito de formar família pelo casamento ou pela união estável. A religião, já separada do Estado desde há muito, não determina na CRFB/1988 (laica que é esta) a base da disciplina da família.

Outro aspecto importante, ora retomado, é a própria definição do que é família. Parcela dos estudiosos entende como ultrapassada a concepção de que a família é uma estrutura única, de definição fixa e imutável ao longo do tempo. Afirmou Mark Poster, professor de História da Universidade da Califórnia: “O teórico não deve pretender que a sua definição revele a verdadeira essência da família. As famílias variam imenso em diferentes sociedades e podem ser abordadas de inúmeras maneiras, dependendo das finalidades do investigador.”¹²⁴

Ou seja, não há uma definição única e universal do que seja família. Este conceito variará no tempo e no espaço, e segundo a sociedade em que a família se coloca. Não por outra razão, o Professor Fachin afirma que família é realidade que antecede o direito¹²⁵.

¹²³LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**, *cit.*

¹²⁴POSTER, Mark. **Teoria crítica da família**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 168. Continua o autor: “A teoria da família é circunscrita, em especial, pela necessidade de conceptualizar uma estrutura interna da família que permita aos investigadores compararem várias famílias históricas, tornarem inteligíveis as formas concretas de interação entre os membros da família e descobrirem, para fins de pesquisa, as estruturas por meio das quais a idade e o sexo são internalizados por membros da família” (*Loc. cit.*).

¹²⁵FACHIN, Luiz Edson, Vínculo parental biológico e irmandade sócio-afetiva, *cit.*, p. 278.

O STJ reconheceu tais mudanças em seus julgados, como já mencionado¹²⁶, ao conceder tutela familiar a entidades não tradicionais como pessoa solteira ou núcleo formado por irmãos. Elucidativo é o voto do Ministro Gilson Dipp:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1 – O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei nº 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência.

2 – Recurso especial conhecido e provido.¹²⁷

Mesmo para os que vêm na criação dos filhos a finalidade da família, o supra mencionado historiador afirma que todas as organizações familiares, mesmo as mais primitivas, onde não se encontra uma estrutura familiar como a nossa, desenvolve meios de formar a suas crianças, não sendo necessariamente o seio familiar tal como entendido na sociedade moderna, o local de desenvolvimento destes¹²⁸.

Ainda que não encontrada facilmente na doutrina uma definição do que seja família, seria possível identificar ao menos alguns elementos aptos a caracterizá-la. União entre pessoas seja por razões de sangue ou puramente afetivas, com objetivos convergentes, de maneira estável e contínua. Esta não é propriamente uma definição de família, mas apenas um início de análise do instituto, suficiente apenas para o alcance do objeto deste estudo.

Não é, portanto, apenas a família constituída por casal heterossexual burguês, formada pelo casamento, destinada ou não à criação dos filhos, a única formação familiar possível. Inexiste fundamento para restringir, no momento da interpretação, o artigo 226 da CRFB/1988 ao rol ali previsto. Ao estabelecer a proteção da família de modo puro e simples, sem restrições ou remissões a tipos determinados de família, o comando constitucional do artigo 226 se estabelece como norma inclusiva. Em sendo família, qualquer que seja a sua formação, ela será protegida.

¹²⁶Vide nota 39.

¹²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 205.170-SP (1999/0017119-5), 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, julg. 07.12.1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=205170&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 23 abr. 2009.

¹²⁸ O historiador (POSTER, Mark. **Teoria crítica da família**. *cit.* p. 168) afirma, para demonstrar que a formação familiar não está necessariamente atrelada à formação das crianças, que todas as formas de sociedade desenvolvem estratégias para alimentar a criança, treiná-la para se desfazer de seus excrementos e lidar com a autoexploração de seus órgãos genitais. Nesse padrão de conduta que estabelecem e apresentam à criança, há fusão entre amor e autoridade, o que ajudará na formação da psique infantil.

Esta é a interpretação exigida pelo princípio da unidade da Constituição, que demanda a conciliação entre todas as normas do texto, eliminando as antinomias, que, por este princípio, são sempre aparentes. É, portanto, a interpretação adequada para conciliar o disposto no artigo 226 com os princípios da igualdade, do pluralismo – que abrange o pluralismo da entidade familiar –, da liberdade de escolha e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Se a concessão de direitos e a tutela jurídica estiverem condicionadas à escolha de um tipo específico de família, aquele formado pelo casamento de formação heterossexual, não há, em verdade, liberdade de escolha, mas imposição da escolha de um deles, sob pena de não receber tutela, sob pena de não ver concretizada a sua dignidade. Liberdade real, efetiva, é aquela adequada para possibilitar a escolha do tipo familiar que corresponda aos anseios existenciais da pessoa, às uniões formadas por afeto, comunhão de vida e interesses, assegurando-se a elas efetiva tutela, independentemente do tipo escolhido.

A comunidade familiar, dado social já estabelecido, deve ser apreendida pelo direito, concedendo-se eficácia às relações que dentro dela se desenvolvem. Isto é consequência lógica da proteção jurídica concedida às relações jurídicas existenciais, independente do modelo eleito pelos integrantes deste grupo familiar. “A proteção jurídica não é oferecida ao ente transpessoal, mas às pessoas.”¹²⁹

Rodrigo da Cunha Pereira advoga a possibilidade da formação familiar heterogênea, tendo todas as espécies de família condições de prover o desenvolvimento de seus integrantes, sem consistir na promoção pelo Estado da preferência por determinada conduta, mas de mera proteção da pessoa na sua dignidade e no seu direito de fazer as escolhas de vida que a tornem digna¹³⁰.

No mesmo sentido, Ana Carolina Brochado afirma que, se o Estado tutela a família sem qualquer tipo de restrição quanto às suas formas, o rol do artigo 226 da CRFB/1988 não encerra *numerus clausus*, e a menção expressa ao casamento, à união estável e à família monoparental não exclui os demais tipos porventura existentes¹³¹. Não subsiste no ordenamento brasileiro uma tipicidade fechada, mas a pluralidade de entidades familiares.

¹²⁹FACHIN, Luiz Edson. Vínculo parental biológico e irmandade sócio-afetiva, *cit.*, p. 280.

¹³⁰PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, *cit.*, p. 155: “A decisão sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo não pode significar apologia da homo ou da heterossexualidade, ou de minorias, pois estas divergem nas premissas e argumentos que fundam suas posições. O objetivo de trazer a discussão das relações homoafetivas para o Direito é o de se pensar no ideal de justiça e da não expropriação da cidadania, a consideração e a inclusão das diferenças no laço social. Particularmente interessa saber se essas relações podem ser discutidas a partir dos marcos teóricos do direito de família.”

¹³¹TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Novas entidades familiares, *cit.*, p. 29.

Sintetizando, Pietro Perlingieri afirma: “A família não fundada no casamento é portanto ela mesma uma formação social potencialmente idônea para o desenvolvimento da personalidade de seus componentes e como tal orientada pelo ordenamento a perseguir esta função.”¹³²

É impossível interpretar-se o princípio da pluralidade familiar como restrito ao rol de entidades familiares expresso na CRFB/1988, sob pena de se negar proteção jurídica a determinados sujeitos em virtude da opção de vida por eles feita no que diz respeito à sua configuração familiar¹³³. Restringir a tutela apenas aos modelos preestabelecidos pelo legislador, privilegiando a forma, a entidade *de per se*, em detrimento da tutela das pessoas que integram o grupo, é contrariar os valores eleitos pelo legislador constituinte como fundamento da República – em especial, o da dignidade da pessoa humana.

Acerca da constitucionalidade da Lei nº 13/2005, disciplinando no ordenamento jurídico espanhol a união entre pessoas do mesmo sexo, Santiago Alvarez González afirma que as justificativas constitucionais da lei tornam plausível defender que a possibilidade de casamento entre duas pessoas do mesmo sexo já existiria antes mesmo da reforma, sob pena de configurar uma situação de intolerável vulneração institucional de alguns direitos. A Constituição Espanhola contém normas que justificam a reforma, dentre elas o direito à igualdade, a liberdade de desenvolvimento de personalidade, a liberdade e a proibição de discriminação em razão do sexo – fundamentos estes encontrados também na CRFB/1988¹³⁴.

Dentre os princípios de interpretação constitucional, dois podem ser úteis na elucidação da questão: o princípio da interpretação conforme a Constituição e o princípio da unidade da Constituição. Segundo ensinamentos de Luís Roberto Barroso, o princípio da interpretação conforme a Constituição tem como um de seus elementos excluir a interpretação da norma que conduziria a entendimento contrastante com o disposto na Constituição¹³⁵. Dentre duas interpretações possíveis, deve-se sempre buscar aquela que concretize os anseios constitucionais. No caso concreto, significa buscar a interpretação que permita a promoção da dignidade da pessoa humana.

Soma-se a este o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual a Constituição é um documento único e superior, não mero conjunto de normas, mas “um sistema normativo

¹³²PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, *cit.*, p. 254.

¹³³O Professor Fachin afirma que a tutela se impõe porque muitas vezes a formação familiar decorre não da opção do sujeito, mas das contingências da vida (FACHIN, Luiz Edson. Vínculo parental biológico e irmandade sócio-afetiva, *cit.*, p. 279).

¹³⁴GONZÁLEZ, Santiago Álvarez. El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho español, *cit.*, p. 46-47.

¹³⁵BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, *cit.*, p. 180.

fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes”¹³⁶. Faz-se necessário buscar o equilíbrio entre os dispositivos constitucionais de modo a evitar antinomias, que são sempre aparentes, segundo este princípio, “cuidando, todavia, de jamais anular integralmente uma em favor da outra”¹³⁷. A conjugação das disposições constitucionais, interpretando-as segundo os valores eleitos como fundamentais, é responsável pela manutenção da sua unidade e coerência.

Se a formação familiar não tem uma definição universal e imutável; se a família é o *locus* onde seus integrantes devem poder desenvolver plenamente suas potencialidades na busca da vida digna; se a Constituição estabelece como valor máximo do ordenamento a promoção da dignidade da pessoa humana; se a família que goza de proteção constitucional não é aquela rigidamente classificada nos moldes tradicionais, transformando-se num fim em si mesma, mas a apta a promover o desenvolvimento pessoal acima citado; se a interpretação constitucional adotada, na doutrina do Professor Luís Roberto Barroso, deve ser aquela que potencialize o alcance dos objetivos da Constituição; é desprovida de fundamento a interpretação restritiva do que seja família feita do dispositivo constitucional que concede proteção a essa instituição.

Esclareça-se que Luís Roberto Barroso já manifestou o entendimento de que a norma do artigo 226 da CRFB/1988 é inclusiva, introduzida na Constituição para superar a discriminação histórica sobre as relações não fundadas no casamento, e, para que não se desvirtue essa natureza inclusiva, a menção a homem e mulher não pode traduzir vedação à extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. O CCB/2002, por sua vez, é mera norma de reprodução, que não pode ter interpretação mais restritiva que a Constituição.

A restrição imposta, portanto, não será razoável, não será proporcional, por inapta a promover outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. Outra solução não há senão considerar o artigo 226 da CRFB/1988 norma inclusiva, interpretar ampliativamente o ali disposto para incluir outros tipos de família além daqueles já elencados na norma, para os fins de tutela. A norma não pode ser considerada *numerus clausus*, o rol constitucional tem natureza exemplificativa. Independentemente da configuração familiar, haverá apreensão jurídica do fato, com a possibilidade de atribuição de eficácia para assegurar que se faça tutela à pessoa humana.

¹³⁶*Ibid.*, p. 188.

¹³⁷BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, *cit.*, p. 190.

2.1.4 Há hierarquia entre as espécies de família?

Estabelecida a natureza do artigo 226 da CRFB/1988 como exemplificativa, faz-se premente verificar se dentre os tipos de família possíveis há hierarquia, se um tipo familiar merece tratamento privilegiado em relação aos demais ou se há gradação entre as diversas famílias no que tange à tutela jurídica.

Defensores não faltam da prevalência das famílias oriundas do casamento em relação aos demais tipos familiares, sendo aquela a ‘família por excelência’. Por esta razão, não seria possível conferir mais direitos, ou sequer iguais direitos, aos demais tipos familiares. Dentre eles pode-se citar Carlos Aurélio Mota de Souza, que, após afirmar existirem, ao lado da família matrimonial, “outras entidades [...] as quais a Constituição qualifica, em sentido amplo, de *entidades familiares*”¹³⁸, dando a entender que há distinção entre família e entidade familiar, prossegue: “Sob uma perspectiva teleológica, é maior a funcionalidade social da família matrimonial, como ambiente de procriação, humanização e socialização dos filhos.”¹³⁹

O principal fundamento apresentado pelos defensores desse enfoque é o disposto no artigo 226, parágrafo 3º da CRFB/1988, ao facilitar a conversão da união estável em casamento¹⁴⁰. Afirma esta doutrina que, ao realizar essa opção, o legislador constituinte estabelece prioridade do casamento em relação à união estável e, como tal, não poderia o legislador ordinário estabelecer mais direitos, ou mesmo iguais direitos, para a união estável e o casamento. Dentre este podemos citar Maria Helena Diniz, que, ao analisar o artigo 1.726 do CCB/2002, afirma que a CRFB/1988 não pretendeu equiparar a união estável ao casamento, mesmo porque só se poderia converter o desigual¹⁴¹.

Partilha do mesmo entendimento Guilherme Calmon Nogueira da Gama, para quem a regra do artigo 226 da CRFB/1988 estimula a formação da família prioritariamente através do matrimônio, não tendo havido equiparação entre o casamento e as demais espécies de família, que, apesar de tuteladas constitucionalmente, não têm sua proliferação estimulada. Há,

¹³⁸SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O casamento, *cit.*, p. 1.115.

¹³⁹*Loc. cit.*

¹⁴⁰“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil** [1988], *cit.*).

¹⁴¹DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**, *cit.*, p. 1.185.

portanto, prevalência constitucional do casamento sobre outras formas de constituição e manutenção de família, não sendo possível, por isto, reconhecer como uniões estáveis as que, por força do tratamento do direito matrimonial, nunca poderão ser convertidas em casamento¹⁴². O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo exige, *a priori*, que seja possível o casamento entre elas, sob pena de se estar estimulando a proliferação de uniões indesejáveis (porque não conversíveis em casamento)¹⁴³.

Crescente é o número de defensores da inexistência de hierarquia entre os tipos familiares. O principal fundamento é o disposto na CRFB/1988. Seu valor primordial é a dignidade da pessoa humana, e dentre seus princípios fundamentais está o da igualdade, formal e substancial. A conjugação de tais valores constitucionais impede o estabelecimento de hierarquia entre as famílias, cuja constituição é determinada pela afetividade e, independentemente da forma, é adequada para promover e dignidade.

Tampouco a determinação constitucional de facilitar a conversão da união estável em casamento justifica essa distinção hierárquica. Tal dispositivo tem o intuito de facilitar a formação familiar segundo as necessidades e opções de vida da pessoa. A convivência em união estável de forma duradoura oferecia segurança necessária no que tange à formação familiar, capaz de dar preferência a esse grupo na definição do tipo familiar em que pretendia viver. Diante do panorama de preconceito e discriminação em face dos que viviam em união estável, pretendeu o legislador constitucional reforçar sua natureza familiar dando-lhes tratamento privilegiado na conversão em casamento, alertar para o fato de que a conversão não poderia ser obstaculizada.

Norma constitucional criada com o intuito de potencializar o exercício de um direito (constituir família segundo seus ideais de vida) não pode ser utilizada para reduzir a capacidade de exercer esse mesmo direito (de formar família) segundo as legítimas opções de vida do indivíduo pelo simples fato de a opção feita não ser aquela tida pelo legislador como a melhor, e, portanto, ser considerada incapaz de assegurar-lhes os mesmos direitos reservados àqueles que escolheram a formação familiar preferida pelo legislador. Casamento e união estável são institutos de igual natureza e de igual valor jurídico.

Ana Carolina Brochado afirma que, diante do princípio constitucional da igualdade, privilegiar o casamento em detrimento dos demais tipos de família só é possível através de

¹⁴²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**, *cit.*, p. 178.

¹⁴³*Ibid.*, p. 545.

uma visão moralista e preconceituosa¹⁴⁴. Essa visão viola a ordem constitucional e os valores por ela consagrados porque impede a concretização da missão familiar de promoção de seus membros, função única, independente da forma que assumir. Todas as formas de família propiciam aos seus membros a mesma dignidade, através dos laços de afetividade.

Sérgio Luiz Monteiro Salles, criticando a distinção de tratamento, afirma que a união estável é exteriorização formal da livre escolha de condução na vida privada do homem e da mulher, tendo como base os direitos fundamentais, cuja origem está na dignidade da pessoa humana¹⁴⁵.

Gustavo Tepedino também parece discordar da existência de hierarquia entre os tipos familiares ao defender a exclusão de padrões preconceituosos para a convivência em família, uma vez que a tutela da personalidade deflui da cláusula geral de proteção da dignidade humana e o respeito à intimidade afigura-se expressão essencial da personalidade; portanto, é imperativa a obediência às escolhas individuais quanto à constituição do núcleo familiar¹⁴⁶. Tudo isto decorre do direito fundamental a ter família, que torna inconstitucional qualquer ato estatal que limite tais escolhas.

Mais do que apego ao texto legal, entende ser pertinente que a interpretação evidencie os valores que estão no ápice do ordenamento e defina, a partir daí, as situações merecedoras de tutela, a solucionar os conflitos de interesse em consonância com a realidade social.

O estabelecimento de preferências para os tipos familiares, com exclusão de direitos para os tipos não eleitos como preferidos, é uma forma de restrição. O mesmo professor afirma que é manifestamente inconstitucional a restrição de modelos familiares por conta da orientação sexual¹⁴⁷ dos conviventes, sendo compatíveis com o Texto Maior, ao lado da união estável entre o homem e a mulher e o casamento, outras entidades familiares capazes de promover a pessoa humana, tal como a família formada por duas pessoas do mesmo sexo em união afetiva e em comunhão de vida.

¹⁴⁴TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Novas entidades familiares, *cit.*, p. 16.

¹⁴⁵SALLES, Sérgio Luiz Monteiro. União estável como direito fundamental e lacunas em nosso ordenamento. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 6, v. 21, jan./mar. 2005, p. 242.

¹⁴⁶TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 96.

¹⁴⁷Maria Berenice Dias afirma que a expressão 'orientação sexual', é a que goza de maior aceitação. É compreendida como referência à capacidade de cada pessoa de ter profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas. Essa definição é encontrada nos princípios de Yogyakarta, documento firmado na Indonésia, em novembro de 2006, pela Comissão Internacional de Juristas e Serviço Internacional de Direitos Humanos (DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit.*, p. 50).

Seria possível traçar um paralelo com a questão atinente às distintas regulamentações sobre casamento, uniões de fato e uniões registradas nos países que integram a União Europeia. Cristina González Beilfuss, Professora Titular de Direito Internacional Privado da Universidade de Barcelona, critica a aplicabilidade dos efeitos de uniões registradas em países onde não exista esta instituição afirmando que a inexistência não implica a impossibilidade de reconhecimento de efeitos. Defende para a questão sucessória a aplicação das leis do Estado de registro, sendo esta a solução capaz de assegurar o respeito às expectativas das partes e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁴⁸.

Cristina González Beilfuss critica a utilização da disciplina obrigacional para a solução da matéria de nítido caráter pessoal, e defende a aplicação analógica das normas relacionadas a efeitos pessoais e patrimoniais do casamento. A falta de identidade entre o casamento e a união de fato não parece, para esta professora, razão suficiente para descartar a analogia, uma vez que ambas não produzem efeitos em um só âmbito (obrigacional), mas criam um conjunto de relações. Ademais, a diversidade de sexos não guarda relação com as causas e condições da dissolução do vínculo¹⁴⁹.

Heloisa Helena Barbosa sintetiza a questão ao afirmar que, se cabe ao Estado zelar pela construção de uma sociedade livre e justa, reduzindo as desigualdades sociais sem qualquer forma de discriminação, não é possível privilegiar uma forma de constituição familiar em detrimento de outra. Se assim o fizer, haverá cerceamento à liberdade individual, com afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵⁰.

Esse tipo de conclusão somente se faz possível quando consideradas as distintas espécies de família merecedoras de igual dignidade e respeito, não porque uma ou outra espécie de família *de per se* seja merecedora de maior ou menor respeito, mas porque as pessoas que as integram, independentemente do tipo familiar eleito, são merecedoras de igual tratamento, igual dignidade e igual respeito.

¹⁴⁸BEILFUSS, Cristina González. Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo en el derecho internacional privado europeo. In: NAVARRO, Susana Navas (Dir.). **Matrimonio homosexual y adopción: perspectiva nacional e internacional**. Madrid: Reus, 2006, p. 107.

¹⁴⁹*Ibid.*, p. 110-112.

¹⁵⁰BARBOZA, Heloisa Helena. Direitos sucessórios dos companheiros: reflexões sobre o art. 1.790 do Código Civil. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). **Direito Civil. Direito patrimonial. Direito existencial**. Estudos em homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p. 898.

2.2 Justificativa funcional da união homoafetiva como entidade familiar. Princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana

A história do direito é uma história de oscilações quando diz respeito à relação entre o Direito e a Moral, entre o Direito e a Ética – desde momentos em que estavam umbilicalmente ligados, numa confusão indistinta, até momentos em que estavam apartados de forma absoluta, sem qualquer ponto de contato. Em cada um desses momentos, os princípios eram portadores de maior ou menor grau de força no ordenamento jurídico.

No momento atual, com o retorno do pêndulo, que na metade do século passado apontava para absoluta separação entre o Direito e a Moral, os princípios retomam sua força como elementos normativos, não meros indicativos, mas aptos a gerar direitos subjetivos e a vincular o intérprete no momento da aplicação da norma, sendo vetor axiológico na disciplina do caso concreto.

O direito de família em geral, inclusive o direito ao casamento, relaciona-se diretamente com o exercício de vários direitos fundamentais, como o direito à liberdade e à intimidade, derivados da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade¹⁵¹. Com esta defesa, afirma Santiago Arribas que a convivência em casal, em parceria¹⁵², contribui de maneira decisiva para o livre desenvolvimento da personalidade, respondendo a uma decisão íntima do indivíduo, fundada na sua liberdade de consciência. Seria injustificada ingerência ao direito de liberdade de consciência o Estado não permitir ao indivíduo estabelecer relações afetivas que considerar convenientes conforme sua própria consciência, quando essa restrição não estiver baseada na tutela e na promoção de interesses jurídicos de relevância constitucional¹⁵³. A própria escolha do cônjuge, com base na liberdade de escolha, justificaria, sob pena de se incorrer em discriminação por razão de sexo, a opção também pelo casamento para os que decidissem unir-se a pessoas do mesmo sexo. A liberdade de escolha se projeta sobre a pessoa escolhida, com independência sobre sua identidade sexual¹⁵⁴.

¹⁵¹ARRIBAS, Santiago Cañamares. **El matrimonio homosexual en derecho español y comparado**. Madrid: Iustel, 2007, p. 25.

¹⁵²O termo encontrado no original é 'pareja'.

¹⁵³*Ibid.*, p. 33.

¹⁵⁴ARRIBAS, Santiago Cañamares. **El matrimonio homosexual en derecho español y comparado**, *cit.*, p. 38.

Luís Roberto Barroso afirma que no ambiente filosófico do pós-positivismo, caracterizado pela reaproximação do Direito com a Ética, é possível identificar-se o reconhecimento de normatividade aos princípios, a reentronização dos valores na interpretação jurídica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Os princípios, expressão jurídica dos valores, estão contidos nos direitos fundamentais não apenas como direitos subjetivos, mas numa ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do direito. O eminente jurista considera decisivos para solução da questão homoafetiva os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica¹⁵⁵.

Daniel Sarmiento, defendendo o ponto de vista de que um das funções básicas da Constituição é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das majorias, afirma que se pode extrair dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da proteção à segurança jurídica a obrigatoriedade do reconhecimento da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo, independentemente de qualquer mediação legislativa¹⁵⁶.

Gustavo Tepedino afirma que a tutela conferida pelo texto constitucional à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana impede a discriminação da pessoa puramente em razão da sua orientação sexual¹⁵⁷.

Maria Berenice Dias sintetiza a questão afirmando que está na hora de o Estado que se quer democrático e consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, e em que o cidadão tem direito individual à liberdade, à proteção estatal e à felicidade, ver reconhecida a juridicidade deste seu direito¹⁵⁸.

Doutrinadores de renome no cenário jurídico nacional apontam a importância dos princípios constitucionais na definição da questão. É impossível debater a questão, portanto, sem analisar a incidência de tais princípios.

2.2.1 O princípio jurídico da igualdade

¹⁵⁵BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**, *cit.*

¹⁵⁶SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 8, v. 32, out./dez. 2007, p. 32.

¹⁵⁷TEPDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo, *cit.*

¹⁵⁸DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit.*, p. 116.

Muito se fala no princípio jurídico da igualdade; pouca técnica se emprega, no entanto, na aplicação deste princípio. O direito brasileiro sofreu grande influência do conceito aristotélico de igualdade, em que igualdade e justiça se aproximam. Tratando de justiça, Aristóteles apresenta dela algumas formas, tais como a justiça como virtude¹⁵⁹, a justiça particular, que se apresenta como justiça distributiva¹⁶⁰, e a justiça corretiva¹⁶¹.

Na apresentação da justiça distributiva, faz o contraponto da igualdade geométrica, Neste sentido, o injusto é iníquo, o justo é equitativo. A justiça se apresenta como igualdade, e “o igual é um ponto intermediário, o justo será um meio-termo”¹⁶². Assim, ela se apresenta como uma espécie de termo proporcional, aquilo que é bom e melhor.

Após definir justiça como igualdade, Aristóteles passa a tratar da equidade, colocando-a em posição de superioridade em relação à justiça. Isto se deve ao fato de que o equitativo é sempre justo, na opinião do autor, mas não o será em função da justiça legal, visto que esta pode ser falha. A equidade surgirá, então, como correção da justiça legal, daí sua posição de superioridade. É mecanismo de correção da lei porque toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer-se uma afirmação universal que seja correta. Nas hipóteses em que a universalidade da afirmação se mostre insuficiente, a equidade sanará o problema. Conclui-se que o equitativo é justo, porém é superior a uma espécie de justiça – superior não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. Enfim, a natureza da equidade é de “uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade”¹⁶³.

Modernamente, a concepção jurídica da igualdade passa pelas noções de igualdade perante a lei e igualdade na lei, igualdade formal e material. A primeira e grande conquista de seu reconhecimento foi o da igualdade perante a lei, que passa pela aplicação da norma jurídica a todos, sem avaliar as especificidades, os atributos pessoais, as qualidades de cada um. É uma concepção formal do Estado de Direito, sendo essa igualdade formal a vigente na sociedade burguesa do século XIX, capaz de eliminar os estamentos antes existentes e de

¹⁵⁹ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 322. Virtude no sentido de alteridade, em que justos são os “atos que tendem a produzir e a preservar para a sociedade política a felicidade e os elementos que a compõem”. Virtude que se revela, especialmente, no trato com o outro, sendo a conduta mais difícil e, como tal, a grande virtude. Por esta razão, ele a chama de “bem de outro”.

¹⁶⁰*Ibid.*, p. 324. Esta justiça distributiva se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro, e justiça corretiva, que desempenha papel corretivo nas transações entre indivíduos.

¹⁶¹*Ibid.*, p. 329. Será o intermediário entre a perda e o ganho. Na ação injusta, ter demasiado pouco é ser vítima de injustiça, e ter demais é agir injustamente.

¹⁶²*Ibid.*, p. 325.

¹⁶³ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, *cit.*, p. 336.

manter o *status quo*, a legalidade e a segurança do regime vigente, com a garantia da supremacia da legalidade, “medida que não vai além da subordinação da administração à lei”¹⁶⁴, sem se preocupar com a satisfação das necessidades pessoais de cada cidadão.

O momento seguinte foi o do reconhecimento da incapacidade de a igualdade formal promover a justiça, buscando-se a igualdade de todos na lei, a chamada igualdade material ou substancial, na consagrada expressão de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam. Promover a igualdade substancial, no entanto, exige o estabelecimento de quais situações são iguais e quais se diferenciam. Para tanto, faz-se necessário definir qual o critério utilizado para avaliar as igualdades e desigualdades das situações. A definição do critério de equiparação ou diferenciação é ponto nodal no estabelecimento do tratamento jurídico igualitário. Em se tratando de um ordenamento que pretende uma sociedade livre, justa e solidária, consagradora da dignidade da pessoa humana como valor jurídico supremo, a promoção dos direitos fundamentais será a pedra de toque na definição desses critérios.

Na busca do tratamento igualitário para as situações iguais e diferenciado para as situações distintas na proporção dessa desigualdade, deve-se ter em conta que não há igualdade ou desigualdade absoluta; portanto, essas avaliações são parciais, relacionadas a determinados aspectos de comparação. Por esta razão, Alexy chamou essa igualdade de valorativa; a questão da igualdade é a de valoração correta, justa ou razoável do critério eleito¹⁶⁵. O critério definido como apto a diferenciar as pessoas deve ser justo, promotor da dignidade humana. Somente quando justificável, quando apresentada uma razão suficiente, de acordo com uma finalidade amparada pelo ordenamento e, portanto, de acordo com os princípios constitucionais, será aceita a diferenciação posta.

Luís Roberto Barroso afirma que legislar é classificar e distinguir pessoas e fatos com base nos mais variados critérios¹⁶⁶. O que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação seja razoável e o fim visado seja legítimo. O objeto da investigação é se estabelecer se a orientação sexual é fator aceitável de *discrímen* para se negar a essa relação equiparação à união estável.

A constitucionalidade do *discrímen* estará na sua fundamentação, que, se não suficiente, ordenará um tratamento igualitário. O ônus argumentativo está para o tratamento

¹⁶⁴RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**, *cit.*, p. 35.

¹⁶⁵ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 387.

¹⁶⁶BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**, *cit.*

desigual. Considerando-se essa definição de igualdade, há que se analisar o argumento muito utilizado para negar proteção aos casais formados por homossexuais. Esses casais não seriam iguais aos casais formados por heterossexuais, merecendo tratamento desigual na medida dessa desigualdade – uniões entre pessoas de sexos diferentes merecem proteção, e uniões entre pessoas do mesmo sexo não merecem. A solução é simplista e carece de fundamentação.

Ana Carla Harmatiuk afirma que o princípio da igualdade não pode ser considerado forma de nivelamento sistemático; junto a esse princípio apresenta-se o princípio da pluralidade familiar, exigindo tratamento paritário a ambos os tipos de família¹⁶⁷. Daniel Sarmiento considera que a hipótese é claramente de tratamento, que não confere igual respeito e consideração à pessoa unicamente em função de sua orientação sexual¹⁶⁸. Maria Berenice Dias leciona que a livre orientação sexual está entre os direitos de segunda geração, pois o direito à igualdade veda a discriminação e o preconceito por esta causa¹⁶⁹.

Dentre os que não reconhecem na união de pessoas do mesmo sexo a formação de um casal – pois casal seria apenas aquele formado por um homem e uma mulher, sendo a união homoafetiva, portanto, distinta do casal heterossexual –, grupo expressivo na doutrina e na jurisprudência admite a proteção a essa união como sociedade de fato¹⁷⁰. Há ainda quem vá além, aplicando analogicamente os efeitos da união estável sem reconhecer essa natureza na união de pessoas do mesmo sexo¹⁷¹.

A CRFB/1988 enuncia em vários dispositivos, desde o Preâmbulo, a construção de uma sociedade sem preconceitos, afirmando que se busca uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”¹⁷²; passa pelo artigo 1º, que em seu inciso III coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República; o artigo 3º, ao pugnar em seus incisos I e IV

¹⁶⁷MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**, *cit.*, p. 88.

¹⁶⁸SARMIENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 46.

¹⁶⁹DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit.*, p. 99.

¹⁷⁰É a hipótese da decisão do STJ cuja ementa traz: “SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1.363 do C. Civil [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 148.897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: set. 2008 / jun. 2009).

¹⁷¹Maria Alice Birchall afirma: “Um homem e uma mulher são os sujeitos da união estável e não se pode estender o instituto às uniões entre pares homossexuais porque tal conceito é objetivo. Porém, a analogia visa comparar e estender efeitos de um instituto jurídico a outro que se assemelhe ao primeiro. Nesta ordem de idéias, às uniões homossexuais devem ser estendidos os mesmos efeitos jurídicos atribuídos à união estável sem, contudo, atribuir a nomenclatura união estável aos pares homossexuais. A estes, repita-se, a nomenclatura a ser atribuída é a da sociedade de fato” (BIRCHALL, Alice de Souza. União estável. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 130).

¹⁷²BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil** [1988], *cit.*

por uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem sem preconceitos; ao artigo 5º, que traz em seu *caput* a igualdade de todos sem distinção de qualquer natureza, e seus incisos mencionam expressamente discriminação a grupos minoritários¹⁷³.

Eskridge afirma que o tratamento desigual com base na orientação sexual constitui claramente discriminação com base no sexo¹⁷⁴. Qualquer espécie de discriminação com base no sexo requer substancial justificação com base na *equal protection clause*, apresentando razões de política social para validá-las. Ou seja, o ônus argumentativo está para os que pretendem tornar legítima a discriminação. No caso em estudo, cabe aos que se opõem ao casamento entre pessoas do mesmo sexo apresentar a justificativa que se coadune com os princípios constitucionais, por ser sua vedação a discriminação baseada no sexo.

Na questão da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece que na aplicação do princípio da igualdade o fator de relevo para realizar tratamento desigual é apontar um *discrímén* razoável¹⁷⁵. A discriminação exige uma demonstração fundamentada de sua justificativa, sob pena de se impor o tratamento igualitário. Repise-se, o ônus da justificação é exigido para a realização do tratamento discriminatório.

De qualquer sorte, cabe destacar que o conteúdo do princípio jurídico da igualdade terá abordagem diferenciada segundo as diversas concepções de mundo. Outra discussão sobre seu conteúdo gira em torno das idéias de redistribuição e reconhecimento. Estes, segundo moderna doutrina, são os mecanismos aptos a alcançar a igualdade substancial. A análise de cada um deles em separado se faz necessária.

Para Walzer, autor comunitarista cujas idéias são de priorizar a comunidade em relação ao indivíduo, os indivíduos são moldados pela sociedade, seres produzidos culturalmente. A sociedade humana é uma comunidade distributiva, e a idéia de justiça distributiva tem tanta relação com o *ter* quanto com o *ser*. A justiça é alcançada através da distribuição de bens.

Em não havendo o predomínio de um bem capaz de concentrar a sociedade em torno de si, e cuja distribuição fosse capaz de eliminar as desigualdades de modo definitivo, é preciso compatibilizar os diversos bens da sociedade para alcançar este fim.

A igualdade dita simples é aquela em que, no momento inicial, todos possuem a mesma quantidade de bens materiais. Cabe ao Estado, quando do desequilíbrio decorrente das

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ ESKRIDGE JR., William N. **The case for same-sex marriage**, *cit.*, p. 164-165.

¹⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

relações sociais que se travam após o momento inicial, intervir para restabelecer o equilíbrio (o que exige constante intervenção do Estado). Essa igualdade simples é, por evidente, inalcançável. A igualdade possível é complexa, pois a “igualdade é uma relação complexa de pessoas, mediadas por bens que criamos, compartilhamos e dividimos entre nós; não é uma identidade de posses. Requer, então, uma diversidade de critérios distributivos que expresse a diversidade de bens sociais.”¹⁷⁶

Nesta visão, a discussão da igualdade se faz através da questão de distribuição de bens, em que a sociedade é o bem mais importante a ser distribuído. Essa igualdade distributiva é buscada como instrumento de realização da justiça social. O direito a constituir família é um bem socialmente relevante, que não é igualmente distribuído por não ser possível a todos escolher o tipo de formação familiar que faz sentido segundo sua concepção de vida digna, segundo sua identidade pessoal.

Na concepção liberal, liberdade e igualdade estão na base de qualquer sociedade democrática. Para os liberais, é na idéia de pluralismo, associada às diversas concepções individuais de vida digna, que se faz possível compreender a igualdade. Priorizam-se os direitos fundamentais, estabelecendo que o Estado deve ser neutro em relação às diversas concepções individuais acerca do bem, não interferindo nas visões substantivas de cada indivíduo. Os valores defendidos são de igualdade de oportunidades, igual liberdade e respeito mútuo. Foi proposto um novo conceito de justiça, que pudesse justificar a redistribuição socioeconômica.

A autonomia privada do cidadão é protegida, pois suas visões substantivas estão protegidas do processo deliberativo. Questões relativas ao *modus vivendi* se inserem na autonomia privada, não estão no poder de decisão do Estado. O Estado deve – para utilizar a expressão cunhada por Dworkin – tratar a todos com igual dignidade e respeito.

A tese oposta, advinda da filosofia hegeliana, considera que a igualdade é alcançada através de políticas de reconhecimento. Ela promove substantivamente os fins de auto-realização e vida digna; ou seja, mais do que a igualdade, o que se busca é o reconhecimento das diferenças, o direito à diferença como mecanismo de proporcionar a justiça social. Não mais é o direito a ser tratado de forma igual que satisfará a igualdade; necessário é respeitar o direito de ser diferente.

Na base da política da diferença, segundo Charles Taylor, há um potencial universal, o de formar e definir a própria identidade, tanto como indivíduo quanto como cultura. Essa

¹⁷⁶WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 21.

potencialidade tem que ser respeitada por todos. “[A] exigência de igual reconhecimento vai além do potencial igual valor de todos, incluindo o igual valor daquilo que estes possam ter feito concretamente desse potencial.”¹⁷⁷ O desafio capaz de promover a igualdade é o de promover igual dignidade, que não seja homogeneizante, e sim, capaz de dar à distintividade o devido reconhecimento.

Esse direito ao reconhecimento da diferença já se fez sentir na doutrina civilista. Sobre o assunto, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que é “a partir da diferença, da alteridade, que se torna possível existir um sujeito. Enfim, é a alteridade que prescreve e inscreve o direito a ser humano”¹⁷⁸.

Quem melhor tratou do assunto, apontando solução para a discussão sobre se o caminho para a igualdade é a adoção de política de distribuição ou a de reconhecimento, foi Nancy Fraser. Enquanto alguns lecionam que a demanda por reconhecimento é a apta a obter tal resultado, e outros, que a justiça social se alcançará quando preenchidas as demandas por redistribuição, Nancy Fraser desmistifica esta suposta antítese ao afirmar que as demandas por redistribuição e reconhecimento não são antagônicas; ao invés, são complementares. Conjugando ambos os mecanismos, demonstrou que a contradição entre eles é aparente.

A divisão clássica em que políticas de redistribuição estão associadas a questões de política de classe, enquanto políticas de reconhecimento se prestam a questões de gênero, sexualidade, nacionalidade, é visão reducionista. A solução da injustiça social se faz com a adoção de políticas de redistribuição e de reconhecimento; a adoção de uma só delas não basta, porque a origem da injustiça está tanto na estrutura econômica quanto na ordem social estabelecida.

Não se pode estabelecer prioridade no tempo entre estrutura econômica e ordem social; ambas são fontes primárias e co-originárias. Para Nancy Fraser, redistribuição e reconhecimento são duas perspectivas analíticas que podem ser adotadas em qualquer domínio. Nem as demandas de redistribuição, nem as de reconhecimento se contêm em esferas distintas. Há interferência mútua.

As hipóteses de subordinação, segundo a autora, são bidimensionais, mas nunca do mesmo modo. As carências de distribuição e reconhecimento variarão em grau segundo o caso concreto. A solução será adotar medidas que busquem paridade de participação, sem

¹⁷⁷TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000, p. 253.

¹⁷⁸PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**, *cit.*, p. 141.

criar ou exacerbar disparidades de outra dimensão de forma injustificável. Estas em determinados casos serão de redistribuição, em outros, de reconhecimento.

A igualdade na questão das uniões entre pessoas do mesmo sexo, portanto, não se circunscreve à questão do reconhecimento puro e simples, ou seja, de uma interpretação que permita a existência dessas uniões, atribuindo-lhes efeitos de sociedade de fato, tal como a união entre pessoas para fins puramente comerciais, de acumular patrimônio e dividir o produto alcançado. Exige-se amplo reconhecimento da valorização das identidades individuais e coletivas, da entidade formada por essa união como entidade familiar, do direito de a família composta por uma união homoafetiva ser diferente da família tradicional formada por pessoas de sexos diferentes – distinta da unidade familiar tradicional; mas, por sua aptidão de unir pessoas num meio afetivo capaz de proporcionar o desenvolvimento humano dos que a integram, é, sim, entidade familiar, nos termos do artigo 226 da CRFB/1988.

Contudo, como a própria Nancy Fraser esclareceu, só o reconhecimento não basta. Mesmo em questão clássica de reconhecimento, como é o caso da união homoafetiva, demandas de redistribuição se fazem necessárias para o pleno alcance da igualdade. Por isso, o reconhecimento dessas uniões apenas como sociedades de fato, negando-lhes os demais efeitos patrimoniais típicos das relações familiares, tais como direitos sucessórios e alimentos, entre outros concedidos aos reconhecidos como família, consiste, na verdade, em lhes negar tutela, em tratá-los de modo discriminatório sem lhes conferir o direito à diferença.

O direito à diferença não exclui a possibilidade de serem consideradas famílias tais espécies de uniões – tratamento este que passa pela definição do que seja família, ponto que será abordado à frente.

Nesta nova perspectiva da igualdade, faz-se mister buscar o reconhecimento da identidade homossexual, recusar a adoção de políticas que impeçam a igualdade de tratamento entre os que optam por uniões entre pessoas do mesmo sexo, visto que distintas da cultura tradicional de casamento heterossexual. Assim como é necessário rejeitar o tratamento econômico discriminatório, negando aos que optam por tal espécie de união o reconhecimento a qualquer direito patrimonial familiar dali advindo.

No Estado democrático e pluralista, a tutela diferenciada, preferencial de um grupo em relação ao outro, deve decorrer de argumentos de razão pública, e não de concepções de mundo particular, de ordem moral ou religiosa. A tutela jurídica não pode servir de mecanismo de engessamento da organização social, criando uma sociedade aparentemente homogênea, uniforme.

2.2.2 O princípio da liberdade

A liberdade constitui princípio constitucional inscrito no rol de direitos fundamentais da CRFB/1988¹⁷⁹. Este direito constitucionalmente tutelado abarca o de escolher livremente as condições de vida que a pessoa entender como adequadas para proporcionar o desenvolvimento de sua personalidade, promovendo sua dignidade segundo suas concepções de vida digna.

Opositores e defensores do reconhecimento da união homoafetiva como espécie de família utilizam o direito à liberdade como fundamento para a defesa de seu pensamento. É necessário estabelecer-se um critério, parâmetros mínimos do que se inclui no exercício da liberdade assegurada pelo direito de constituir família. O emprego sem fundamentação do princípio da liberdade retira sua força coercitiva, esvazia o princípio. Afirma Bauman: “[...] é a sociedade que precisa legitimar-se em função do serviço prestado à liberdade individual – não a liberdade individual em função de sua utilidade social.”¹⁸⁰

Ao se estabelecer o conteúdo do direito à liberdade, é preciso reconhecer-se que maior ênfase deve ser dada aos aspectos existenciais em relação aos patrimoniais. Priorizados os aspectos existenciais, é imperioso definir as condições conferidas aos sujeitos na formação da entidade familiar. Sobre este aspecto da liberdade, pode-se analisar a distinção das liberdades positivas e negativas. Segundo Norberto Bobbio, a liberdade negativa é a situação em que um sujeito tem a possibilidade de agir ou não agir, sem ser obrigado a isso ou sem que o impeçam outros sujeitos¹⁸¹. A liberdade positiva, dita capacidade de autodeterminação, é a possibilidade de o sujeito agir em direção a um objetivo, pressupondo-se que ele reúne as condições necessárias para agir; não se esgota na mera inexistência de impedimentos externos.

Daniel Sarmento afirma que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, eleger seus objetivos, desde que isto não implique lesão a direitos alheios¹⁸². O papel do Estado é de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente suas

¹⁷⁹“Art. 5º – “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil** [1988], *cit.*).

¹⁸⁰BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rev. téc. Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 254.

¹⁸¹BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993, p. 97.

¹⁸²SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 154-157.

escolhas e possa agir de acordo com elas. Não é seu papel orientar as vidas individuais para a direção que reputar mais adequada.

Maria Berenice Dias afirma que o direito à liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário independentemente da tendência sexual¹⁸³. Trata-se de uma liberdade individual, direito de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre da sua própria natureza.

Dentre os opositores ao reconhecimento da união homoafetiva, argumenta-se que o não-reconhecimento dessa união como espécie de família não importa violar o direito de liberdade. Ao invés, o direito à liberdade não inclui no seu âmbito de tutela a escolha de estilos de vida contrários à natureza das coisas, ao bem comum e à moral social posta. O direito à liberdade, direito fundamental, assim como qualquer outro direito constitucional, não é absoluto; deve ser analisado em consonância com todas as demais normas constitucionais, formando um sistema em que uma não anule a outra, em que todas possam incidir de modo a concretizar os valores estabelecidos no diploma constitucional.

A união entre pessoas do mesmo sexo não estaria restringida pelo direito à liberdade, porque este direito permite a conduta homossexual como opção de vida; não há proibição ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, a proteção estaria assegurada. O que não se reconhece é a formação de família decorrente dessa união. O direito à liberdade tampouco restringiria a liberdade de formar uma família, posto que bastaria a qualquer pessoa formar uma das espécies de família tuteladas expressamente pelo artigo 226 da CRFB/1988 para que viesse a exercer livremente esse direito.

A união entre pessoas do mesmo sexo é permitida, somente não é hábil a formar família nos termos do artigo 226 da CRFB/1988, tal como não se reconhece a formação de família pela união incestuosa, adulterina ou poligâmica. Integram o grupo dos que defendem este posicionamento Nagib Slaib Filho, Desembargador do TJ-RJ e professor de Direito Constitucional, Ricardo Fiúza, relator do CCB/2002, e Christopher Wolfe, professor de ciências políticas na Universidade Marquette.

O direito à liberdade, não sendo absoluto, pode ser exercido dentro dos limites constitucionais, ou seja, desde que não contrarie o bem comum e a ordem pública. Reconhecer como entidade familiar constitucionalmente tutelada a união entre pessoas do mesmo sexo consistiria em estimular a formação de tais uniões e obrigaria ao reconhecimento

¹⁸³DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit.*, p. 99.

como família das uniões incestuosas ou poligâmicas porque constituiria expressão da liberdade de formar família segundo as concepções próprias de vida digna.

A liberdade permanece como direito de exercer atividades homossexuais como consectário do direito à intimidade, posto que não criminalizadas ou vedadas de forma genérica pelo ordenamento. Mas não são tuteladas, pelo fato de não pretender o Estado que sejam estimuladas. A tutela seria estímulo do Estado à sua formação¹⁸⁴.

Dentre os defensores do reconhecimento da união homoafetiva como espécie de família, argumenta-se que o direito fundamental da liberdade abarca o direito de formar família cuja estrutura não está limitada às tradicionais, sob pena de a instituição família transformar-se em fim em si mesmo, e não em meio de exercício dos direitos fundamentais e de promoção da pessoa humana.

Não se sustentam os argumentos de que o reconhecimento da união homoafetiva como espécie de família implicaria necessariamente o reconhecimento das uniões incestuosas ou poligâmicas como família. Ou tratam de situação relacionada à falta de condições da criança para manifestar validamente sua vontade, ou de situação que diz respeito à igualdade entre os integrantes da família¹⁸⁵.

Dentre os que reconhecem a união homoafetiva como formadora de família, há divergência quanto aos efeitos jurídicos decorrentes dessa união. Parcela dos estudiosos, como Gustavo Tepedino e Luís Roberto Barroso, admite a extensão da disciplina posta para a união estável às uniões homoafetivas; outros, no entanto, exigem o advento de lei para que se lhes possa aplicar a mesma disciplina, tal como foi exigido dos casais em união estável. Neste grupo encontra-se Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Enquanto não advier tal norma, a disciplina aplicável é a atinente à sociedade de fato.

Negar aos parceiros homoafetivos o mesmo direito à regulamentação, como a estabelecida para parceiros heterossexuais em união estável, implica negar-lhes o direito de exercer livremente o direito a formar família, de desenvolver sua personalidade, pois sua escolha não é aceita como legítima.

Luís Roberto Barroso afirma que o não-reconhecimento da tutela à união homoafetiva nos mesmos moldes da união estável não é simplesmente uma lacuna, um espaço não-regulado pelo Direito, mas depreciação da qualidade dos projetos de vida e dos afetos desse

¹⁸⁴Segundo Eskridge, essa afirmação não se sustenta, na medida em que o Estado não estimula a realização de casamentos entre casais sadomasoquistas quando os aceita, legítima e confere direitos aos cônjuges independentemente de suas preferências (ESKRIDGE JR., William N. **The case for same-sex marriage**, *cit.*, p. 105).

¹⁸⁵Ponto explicitado no item 2.5.2.

grupo¹⁸⁶. A imposição de restrições deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. O não-reconhecimento das uniões homoafetivas não promove qualquer bem jurídico, mas apenas determinada concepção moral que, mesmo abarcando muitos adeptos, não se impõe como juridicamente vinculante numa sociedade que se pretende democrática, pluralista e livre de preconceitos.

2.2.3 O princípio da dignidade da pessoa humana

A CRFB/1988 trouxe para o panorama jurídico nacional não apenas o fim do período sombrio de ditadura militar, mas, principalmente, uma nova gama de valores inspiradores da sociedade brasileira, com aptidão para transformar um país que conhecia apenas uma constituição nominal¹⁸⁷ num país de constituição democrática – a Constituição Cidadã, nas palavras de Ulysses Guimarães –, verdadeira mudança de paradigma.

Era o adeus a um ordenamento jurídico em que o direito constitucional era matéria de somenos importância, e que tinha no direito civil, na tutela ao direito subjetivo – em verdade, ao patrimônio – o objeto maior de preocupação, de discussão. A partir desse momento, o Código Civil em vigor, o de 1916 (CCB/1916), estava fadado à perda do posto de constituição do direito privado para assumir sua natureza de norma infraconstitucional. Suas normas seriam interpretadas segundo os valores do novo sistema que se apresentava, sob pena de exclusão de suas vetustas disposições.

A CRFB/1988, formadora de novo arcabouço jurídico, tem como vetor axiológico o homem. Erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana¹⁸⁸, o que implicou um adeus à sociedade liberal individualista e patrimonializada, de presença ainda marcante no CCB/1916, cuja permanência no final do século XX se mostrava inadmissível.

¹⁸⁶BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**, *cit.*

¹⁸⁷Nomenclatura cunhada por Karl Loewenstein na sua classificação ontológica da Constituição em normativa (juridicamente válida e integrada na sociedade), semântica (subalterna formalização do poder político existente para o exclusivo benefício dos detentores do poder de fato) e nominal (a dinâmica do processo político não se adapta às suas normas, conserva caráter educativo e prospectivo).

¹⁸⁸“Art. 1º – “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil** [1988], *cit.*).

Destaque-se que resquícios dessa ideologia se faziam sentir na aplicação do CCB/1916 mesmo sob a égide da CRFB/1988, decorrentes, em parte, misto de descrença e pouca efetividade depositadas na então nova Constituição. Esse sentimento é claramente observado na distinção entre dois entendimentos do Professor Luís Roberto Barroso: um expresso em 1993, lamentando a impossibilidade de determinação exata das prestações positivas exigíveis das normas programáticas protetoras dos direitos sociais¹⁸⁹, e outro no final da mesma década, com postura mais arrojada e otimista em relação à efetividade das normas constitucionais, obtida através da interpretação que as torne aptas a produzirem o máximo de efeitos, independentemente da qualificação da Constituição como programática ou não¹⁹⁰.

Em parte, esses resquícios decorreram da natural resistência que uma nova Constituição enfrenta, fruto das raízes já fincadas no íntimo dos indivíduos pela ordem jurídica anterior, condicionando suas condutas e conduzindo a leitura da nova Constituição segundo os valores e conceitos da ordem passada. No direito civil, que perdeu a centralidade de outrora, a resistência da doutrina e da jurisprudência era especialmente acentuada. Continuava a interpretação do Código Civil como constituição do direito privado. A doutrina, a despeito do reconhecimento da tutela conferida pela nova ordem constitucional, não alterou o tratamento pelo Código Civil.

No entanto, o reconhecimento da primazia da Constituição e de seus valores era inevitável. O princípio da dignidade humana sobressaiu dentre os princípios constitucionais, causando verdadeira mudança de paradigma no âmbito do direito civil. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, esse princípio é o que origina como preceitos o respeito à integridade física e psíquica da pessoa, a consideração pelos pressupostos materiais mínimos ao exercício da vida e o respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária¹⁹¹. A pessoa deixa de ser meio para se tornar fim da atividade do intérprete e aplicador do direito, merecendo respeito os projetos pessoais de cada um, aptos a desenvolver sua personalidade.

Como princípio destinado à tutela da pessoa, da sua individualidade, dos traços constitutivos de sua personalidade, esse princípio, inscrito no artigo 1º, inciso III e, como tal,

¹⁸⁹“Trajetória mais ingrata têm percorrido os direitos sociais. Uma das dificuldades que enfrentam é que, freqüentemente, vêm eles encabulados com as normas programáticas, sem que se possa prontamente discrimina as hipóteses em que existem prestações positivas exigíveis” (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**, *cit.*, p. 146).

¹⁹⁰“[...] parece-me hoje de muito melhor valia atribuir-se ao juiz natural da causa o poder-dever de integrar a ordem jurídica, produzindo para o caso concreto sujeito à sua jurisdição a regra faltante” (*Id.* **Interpretação e aplicação da Constituição**, *cit.*, p. 260).

¹⁹¹AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 3, v. 9, jan./mar. 2002, p. 22.

fundamento da República, não pode se circunscrever à abstenção do Estado de intervenção na vida privada das pessoas; deve se consubstanciar num atuar efetivo, na prática de atos destinados a assegurar o efetivo exercício de seus direitos, de atos promocionais desta dignidade, das liberdades pessoais, no que se inclui a orientação sexual, repelindo condutas discriminatórias em função do livre exercício das características pessoais.

Condicionar a tutela a determinada orientação sexual, subordinar as escolhas existenciais do indivíduo na seara da família e na dos relacionamentos afetivos a um modelo predeterminado, tradicional, de formação social e familiar implica condicionar a dignidade da pessoa humana ao modelo predeterminado de sociedade, fora do qual não há tutela – ou, no mínimo, a tutela não se faz na mesma intensidade. Isto significa não atribuir igual respeito à pessoa por sua orientação sexual, é utilizá-la como meio para alcançar fins que ela não partilha e nem almeja, fins de manutenção de uma sociedade engessada em determinado modelo que não reflete os anseios de seus integrantes. Nesta hipótese, é a sociedade, e não a pessoa, o fim do direito.

Argumenta-se que conferir tutela à orientação homossexual no mesmo patamar que à orientação heterossexual estimularia o aparecimento de maior número de homossexuais, impediria que pessoas predispostas a resistir a tais condutas e que poderiam ser ‘salvas’ da homossexualidade não teriam esta oportunidade. Defendem este posicionamento Christopher Wolfe¹⁹², Patrick Fagan¹⁹³, doutrinadores conservadores americanos que lecionam que a família tem como finalidade primordial a formação e a educação dos filhos, a procriação, e o casamento tem como objetivo principal a procriação.

Maria Celina Bodin de Moraes contraria essa afirmação com estudos científicos, mencionando estimativas de que cerca de 10% da população apresente tendências homossexuais, o percentual de homossexuais parece ser o mesmo em todas as sociedades, mantendo-se estável no tempo, e “normas sociais não impedem nem facilitam a emergência da aludida orientação sexual [...]”¹⁹⁴.

Cabe lembrar que o argumento de que a tutela a outro instituto causaria a destruição do casamento e, como consequência, a destruição da família, também foi utilizado pelos opositores do reconhecimento da união estável. A família permanece viva, apesar das profecias de sua destruição, e o casamento, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e

¹⁹²WOLFE, Christopher. Homosexuality in American public life, *cit.*, p. 9.

¹⁹³FAGAN, Patrick. The inversion of heterosexual sex. In: **Same sex matters**: the challenge of homosexuality. Dallas: Spence, 2000, p. 28.

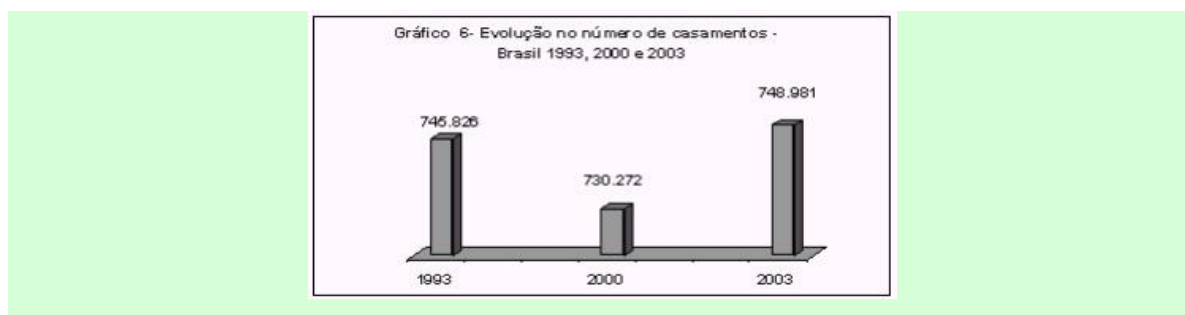
¹⁹⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 95.

Estatística (IBGE), com as oscilações naturais da vida em sociedade, vem aumentando em número a cada ano¹⁹⁵. O que a tutela à união estável acarretou então? A proteção e garantia da dignidade de milhares de pessoas antes ignoradas pelo direito.

Maria Berenice Dias afirma que considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar não comprometerá a estabilidade social, não acabará com a família, não desestimulará casamentos, tampouco elevará a prática homossexual. Apenas retirará da marginalidade, da clandestinidade, maior número de pessoas¹⁹⁶. Estabelece direta relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação sexual, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso III da CRFB/1988, e também porque o Estado Democrático de Direito promete mais aos indivíduos do que a simples abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais: promete a promoção positiva de suas liberdades¹⁹⁷.

Os homossexuais, por sua vez, eram um grupo populacional cientificamente considerado doente, pois a homossexualidade constava da CID-9, no capítulo sobre doenças mentais (Desvios e Transtornos Sexuais – código 302) da Organização Mundial de Saúde (OMS)¹⁹⁸. Em 1993, a OMS inseriu a homossexualidade no capítulo dos “Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais”. Somente na décima revisão, em 1995,

¹⁹⁵MORAES, Rosalina Rocha Araújo. Casamento. In: **Infoescola**: navegando e aprendendo. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/sociologia/casamento/>>. Acesso em: 19 jul. 2009. Segundo dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2003 houve uma recuperação no número de casamentos no Brasil e as estatísticas igualaram-se às de 1993. Foram realizados em 2003, “748.981 casamentos, representando um retorno ao patamar de 1993 (745 826)” (*Ibid.*). Essa recuperação das uniões matrimoniais legais teriam se dado “em parte devido à realização de casamentos coletivos em diversas Unidades da Federação, numa parceria entre prefeituras e a Igreja Católica, para legalizar uniões consensuais” (*Ibid.*).
O gráfico abaixo apresenta um demonstrativo dos dados de 1993, 2000 e 2003. Uma análise rápida mostra a recuperação. Em 2000 há uma queda de mais de 15.000 casamentos em relação a 1993. Em compensação, em 2003 o aumento é de mais de 18.000 em relação a 2000.



(BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **IBGE divulga Estatísticas do Registro Civil 2003**. Disponível em: <http://www1.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=283 &id_pagina=1>. Acesso em: 28 maio 2009).

¹⁹⁶DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit.*, p. 33.

¹⁹⁷DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit.*, p. 103.

¹⁹⁸*Ibid.*, p. 52.

desapareceu sua menção quando da divulgação da CID-10, sendo nominada entre os transtornos psicológicos e de comportamento associados ao desenvolvimento e à orientação sexual¹⁹⁹. Esta foi a razão do banimento do termo *homossexualismo* (sufixo utilizado para designar doenças) e a adoção do termo *homossexualidade* (significando característica da pessoa, sem qualquer conotação pejorativa).

Ou seja, a moderna ciência concluiu que homossexualidade não apenas não é doença, como também não é qualquer outra espécie de transtorno. É mera manifestação do ser humano. A impossibilidade de se considerar alguns homossexuais como saudáveis, nos termos da definição da OMS²⁰⁰ decorre do preconceito sofrido por esse grupo de pessoas no meio social. Há que se reconhecer, pois, que violador da dignidade dessas pessoas é o modo como são tratadas no meio social, a despeito do reconhecimento científico de que sua situação é condição humana, tal como o é a da pessoa introvertida ou extrovertida. Não é, portanto, algo que a pessoa decida ser; é uma característica formada desde cedo na sua vida, decorrente de uma soma de fatores ambientais, genéticos etc., sobre os quais ela tem pouco controle²⁰¹.

O papel do direito é assegurar os direitos dessa minoria. Num sistema democrático, é o Poder Judiciário que exerce este papel contramajoritário; ou seja, diante do governo da maioria, cabe ao Poder Judiciário, especialmente através do controle de constitucionalidade, frear os excessos dessa maioria contra os direitos das minorias. Neste papel, deverá o Judiciário, interpretando tanto a Constituição quanto as normas infraconstitucionais, assegurar que as opções feitas pela maioria no exercício da democracia não violem os direitos fundamentais, não contrariem os princípios estabelecidos na Constituição.

Destarte, em sendo a orientação sexual uma característica humana, necessária ao desenvolvimento da personalidade com dignidade, seu efetivo e livre exercício deve ser assegurado em igualdade de condições com quaisquer outras. Discriminação em face dessa característica pessoal revela, em verdade, a opção por não valorizar nem respeitar socialmente a individualidade homossexual. Esse desmerecimento consubstancia discriminação em razão da orientação sexual, vedada pelo artigo 3º, inciso IV da CRFB/1988, violando por via de consequência a dignidade da pessoa humana, formada também pela livre expressão de suas características e convicções pessoais como mecanismo de busca da felicidade.

Afirma Daniel Sarmiento:

¹⁹⁹*Ibid.*, p. 53.

²⁰⁰Saúde, segundo a OMS, é o estado completo de bem-estar físico, mental e social, ou bem-estar biopsicossocial (WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.who.int/en/>>. Acesso em: 26 maio 2009).

²⁰¹ESKRIDGE JR., William N. *The case for same-sex marriage*, *cit.*, p. 178.

O reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana significa, o mínimo, a proteção de uma esfera de autonomia moral do indivíduo para decidir sobre como conduzir sua própria vida, desde que isto ao lese direitos de terceiros, e esta autonomia não é limitada por qualquer dever de 'mimetização da natureza'.²⁰²

Não sendo possível vislumbrar em que medida a orientação homossexual possa ferir direitos de terceiros, o não-reconhecimento de tutela a essa orientação importa violação à dignidade da pessoa humana. David T. Evans sustenta que a plenitude da cidadania por homossexuais somente será possível com a superação das premissas assentes no princípio da justiça de uma sociedade que considera a heterossexualidade moralmente superior à homossexualidade²⁰³.

Roger Raupp, analisando as várias concepções acerca da homossexualidade, apresenta-a como construção social²⁰⁴. A identificação de uma pessoa ou a qualificação de seus atos sob determinada orientação sexual só se justifica se, em determinado contexto histórico cultural, forem institucionalizados os papéis e as práticas próprias de cada um dos sexos, em que a preferência pelo mesmo sexo ou pelo sexo oposto seja relevante a ponto de justificar até mesmo um tratamento diferenciado entre os indivíduos. Em não justificando, propõe-se a abolição das categorias homossexual / heterossexual na identificação dos sujeitos como forma de superar as discriminações existentes em função da orientação sexual. Tal divisão somente perpetua a dominação instituída e por ela mesma mantida.

A tutela dessa minoria, cuja característica pessoal não causa qualquer prejuízo a terceiros, vedando discriminações injustificadas e violadoras dos direitos fundamentais, é o mecanismo que assegura uma sociedade democrática e pluralista, em que a sexualidade é o exercício de mais um dos elementos do estilo de vida, exercício do direito à personalidade segundo suas concepções de vida com dignidade, segundo suas preferências pessoais.

2.2.4 O princípio da segurança jurídica

A segurança jurídica é elemento de relevo em ordenamentos jurídicos que, como o brasileiro, se originaram do direito romano. Ela tutela a previsibilidade das condutas, a

²⁰²SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 52.

²⁰³EVANS, David. T. Homosexual citizenship, 1995 *apud* RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**, *cit.*, p. 56.

²⁰⁴RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**, *cit.*, p. 54-60.

proteção da confiança e a estabilidade das relações jurídicas. Situações não-regulamentadas são fonte de instabilidade e, portanto, de insegurança.

União entre pessoas do mesmo sexo existem, sempre existiram e continuarão a existir. Este fato social é inegável e inevitável, ainda que se estabeleça que a maioria da população tenha conceitos morais contrários às condutas homossexuais. A simples existência dessas uniões sem qualquer disciplina cria embaraços para a sociedade como um todo – conflitos que buscam sua solução no Judiciário, e este lhes dará alguma. Tais demandas só tendem a crescer, uma vez que as pessoas estabelecem relacionamentos ao longo de sua vida e pretendem alguma previsibilidade dos efeitos desses relacionamentos. A inexistência de norma específica apenas transferirá para o Poder Judiciário a definição da questão, porque a necessidade de segurança jurídica as impelirá a definir a solução – o que não será novidade, pois é corrente o Poder Judiciário se antecipar ao legislador solucionando questões ainda não disciplinadas. A extensão da disciplina da união estável às uniões homoafetivas superaria a insegurança jurídica que hoje ronda a questão.

Ana Carla Harmatiuk critica a situação atual afirmando que, sem a possibilidade de adentrarem o âmbito do legalmente instituído, as pessoas vivem à margem do Direito, mas não se pode enxergar a realidade social sob o prisma do desdobramento minucioso da lei previamente aprovada: “os fatos são mais ricos que o Direito.”²⁰⁵ Daniel Sarmiento lembra que na ordem jurídica brasileira essa extensão não depende só do legislador, uma vez que há mecanismos de jurisdição constitucional também capazes de proporcioná-la, eis que dotados de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante²⁰⁶.

Luís Roberto Barroso é enfático neste ponto, afirmando ainda que não há outro princípio jurídico que se oponha à necessidade de segurança jurídica e ao término da insegurança com a utilização da disciplina da união estável²⁰⁷.

Todos estes argumentos em prol do reconhecimento da união homoafetiva são rebatidos ponto a ponto pelo TJ-RJ em decisão que não reconhece como integrante do chamado núcleo duro dos princípios a união entre pessoas do mesmo sexo; possível, portanto a incidência de restrições ao reconhecimento de direitos a essa união. Na Ementa, lê-se:

HOMOSSEXUALISMO. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. ENTIDADE FAMILIAR. PARTILHA DO PATRIMÔNIO COMUM. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

²⁰⁵MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**, *cit.*, p. 69.

²⁰⁶SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 61.

²⁰⁷BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**, *cit.*

Direito Civil. União homossexual. Pretendido reconhecimento e dissolução da união civil entre pessoas do mesmo sexo como se entidade familiar fosse, com meação de bem imóvel e direito de habitação. Pedido impossível na via eleita. Extinção do processo que se mantém.

1. *Não se discute*, neste julgamento, a *possibilidade*, ou o *direito, de opção sexual* por parte de cada pessoa, decisão essa que diz respeito à *vida privada* e à *intimidade*, cuja inviolabilidade mereceu proteção no inc. X do art. 5 da CF.

2. O *princípio da igualdade* de direitos prevê o tratamento idêntico pela lei para todos, em consonância com os critérios do ordenamento jurídico, vedando apenas as diferenciações arbitrárias e as discriminações absurdas. O tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça. Somente *se tem por lesado o princípio constitucional, quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito* (Alexandre de Moraes, "Direito Constitucional").

3. *Não são todos os direitos da personalidade, decorrentes do princípio da dignidade humana, que se apresentam com natureza de indisponibilidade, ou de imunidade a restrições de natureza constitucional ou infraconstitucional*. Ensina o Professor José de Oliveira Ascensão que ditos direitos podem compor três classes:

1ª – o núcleo duro, ao qual pertencem os direitos sempre indisponíveis, como os que respeitam à liberdade individual e à própria vida;

2ª – a periferia, com relação à qual "as limitações são sempre admitidas", desde que nenhum aspecto ético esteja implicado;

3ª – a orla, "em que se admitem as limitações voluntárias, dentro da autonomia de cada um".

4. Desde os primórdios do século XX, as *Constituições Federais* (1934, 1937, 1946, 1967 e E. C. de 1969) *entendiam a família como a união de pessoas de sexos diferentes*, e de cuja união a descendência ganhava especial relevo e importância.

5. A *Constituição Cidadã de 1988* chama a família de "base da sociedade" e afirma que ela "tem especial proteção do Estado". *Definiu ela três espécies de entidades familiares, sempre prevendo a existência ou a pré-existência de um casal composto pela união de um homem e de uma mulher*, a saber:

a – a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (CF, art. 226, pars. 1. e 2.);

b – a constituída pela união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (CF art. 226, par. 3.);

c – a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, par. 4.).

6. Da mesma forma as Leis Federais n.º 9.278/1996 e 10.406/2002 (Código Civil em vigor), regulamentando o par. 3 do art. 226 da CF, colocam como pressuposto da entidade familiar a união entre um homem e uma mulher. Assim a conceitua o Código Civil/2002, em seu art. 1.723: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

7. Ressalta-se que o objetivo dessa união não se exaure em si mesmo, mas visa à formação de descendência e de laços consanguíneos, e não apenas afetivos, com vista à organização da sociedade e à própria existência da Nação e do Estado.

8. Daí porque o notável constitucionalista e eminente Desembargador Nagib Slaib Filho, em seu conhecido tratado de "Direito Constitucional", pontifica que "já a união homossexual não é entidade familiar com proteção constitucional, embora possa ensejar o reconhecimento de efeitos jurídicos". E aremata, dizendo que a legislação infraconstitucional ou o próprio sistema jurídico pode conferir efeitos a tal relacionamento e pode também vedá-lo (como, por exemplo, na legislação militar sobre a tipificação penal de pederastia), mas tudo em atenção aos valores a serem ponderados caso a caso. E, *na hipótese de atribuição patrimonial em decorrência da união homossexual, há de incidir a regra geral de que ninguém pode se enriquecer sem justa causa* (art. 964, C.C./1916, e art. 884, C.C./2002), conduzindo à "actio de in rem verso" para reprimir o enriquecimento sem causa jurídica. (Editora Forense, 2ª edição, 2006, pg. 725/726).

9. Portanto, *eventuais direitos*, que possam ter se originado da alegada união homossexual pelo autor-apelante, *deverão ser buscados através do reconhecimento e dissolução da sociedade de fato e do direito obrigacional, e não com supedâneo no Direito de Família* e no reconhecimento de Entidade Familiar, como pretendeu o apelante.

10. Precedentes jurisprudenciais citados e recurso desprovido.²⁰⁸

²⁰⁸RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Ap. Cív. n.º 2006.001.59548, 11ª CC, 1ª Ementa, Rel. Des. Roberto Guimarães, julg. 16/05/2007. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2008 – critério: homossexual (grifos nossos).

A segurança jurídica estaria assegurada através da tutela obrigacional conferida a essas relações jurídicas formadas pela união homoafetiva.

Cláudio de Souza Pereira Neto, debatendo acerca da teoria constitucional democrática, questiona se a democracia se legitima a partir da simples decisão majoritária. Entendendo insuficiente o fato de as decisões terem sido aprovadas pela maioria, propõe o mencionado professor que a democracia se alcança através de um processo deliberativo (democracia deliberativa), em que essas decisões tenham sido tomadas após amplo debate público, em que todos os segmentos populacionais, atores políticos e grupos de interesse tenham tido oportunidade de expressar suas opiniões e apresentar suas razões de decidir²⁰⁹. A viabilização dessa decisão, com a oitiva de todos os aspectos, de todas as correntes envolvidas, depende grandemente de amplo acesso ao debate por todos os atores do cenário político, expondo ao debate todas as diferentes visões de mundo e concepções de vida, para que todas sejam levadas em conta no momento da decisão, e não apenas as daqueles atores dominantes.

No Estado Democrático de Direito instituído pela CRFB/1988, que tem nos seus princípios o fundamento da sociedade justa e solidária, cabe esclarecer qual a interpretação adequada desses princípios para espelhar essa opção: se o entendimento da união homoafetiva como família ou como sociedade de fato é o que mais se aproxima da opção constitucional brasileira.

2.3 A experiência estrangeira

O reconhecimento de direitos às uniões homoafetivas encontra abrigo em inúmeros ordenamentos, com atenção especial aos países escandinavos, pioneiros no assunto. Variadas são as formas de tutela concedidas, sendo variada também a origem do reconhecimento, desde a edição de norma até o início jurisprudencial da tutela, seguido de lei consagradora das decisões judiciais, como ocorreu no Canadá. Serão apresentadas a seguir, de forma sintética, algumas dessas formas de tutela.

DINAMARCA

Foi o primeiro país a regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo. Lei de junho de 1989 permitiu aos casais homossexuais o registro da união civil, chamada união registrada,

²⁰⁹SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

com os mesmo direitos concedidos aos casais heterossexuais, com exceção apenas da adoção e da procriação assistida. Em julho de 1999, passou-se a admitir a adoção conjuntamente em relação ao filho natural do parceiro, havido antes da união registrada.

NORUEGA

Em agosto de 1993, permitiu-se o registro das uniões homoafetivas, assegurando-se a maioria dos direitos conferidos aos casais heterossexuais.

SUÉCIA

Desde 1988, algumas vantagens eram reconhecidas aos conviventes do mesmo sexo. Foi, no entanto, em 1º de janeiro de 1995 que se promulgou a norma, aprovada em julho de 1994, regulamentadora da convivência registrada, com as mesmas consequências do casamento (capítulo 3, seção 1), à exceção do disposto quanto à adoção e quanto à fertilização *in vitro*.

ISLÂNDIA

A chamada parceria ou convivência registrada foi regulamentada em junho de 1996, reconhecendo direitos e obrigações mútuas, de natureza moral e material, entre pessoas maiores e capazes do mesmo sexo, inclusive com a possibilidade de se responsabilizar pelos filhos biológicos do outro parceiro que conviverem com o casal.

HOLANDA

A primeira norma editada nesse país, como noticiado pela Professora Maria Celina Bodin de Moraes, não teve como alvo exclusivamente casais homossexuais²¹⁰. A norma, editada em 1998, cuidou das uniões estabelecidas por casais homossexuais e heterossexuais, nominando-as parceria civil e estabelecendo sua equivalência ao casamento civil, com consequências ‘virtualmente idênticas’, sem estabelecimento de vínculo automático sobre a prole do parceiro. Em 1º de abril de 2001, o legislador autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com iguais direitos e deveres, assim como a possibilidade de os parceiros adotarem conjuntamente. Esse foi o primeiro país a reconhecer o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

²¹⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 100.

ESPAÑA

O parlamento catalão aprovou, em 30 de junho de 1998, lei única – Ley nº 10 sobre uniones estables de parejas da Cataluña – para regular as uniões estáveis, homossexuais ou heterossexuais, restringindo quanto às primeiras a possibilidade de adoção. Em 1999, foi a vez da Comunidad Autónoma de Aragón, com a Ley nº 6; em 2000, a Comunidad Autónoma de Navarra, com a Ley nº 6; em 2001, a Comunidad Autónoma de Madrid, com a Ley nº 11, a Comunidad Valenciana, com a Ley nº 1, e a Comunidad Autónoma de Baleares, com a Ley nº 18, todas reconhecendo às uniões homoafetivas direitos de natureza familiar e regulamentando a constituição de ‘parejas registradas’ (uniões, parceiras registradas).

Em 2005, foi aprovada no parlamento espanhol a Ley nº 13, de 1º de julho, para modificar o Código Civil Espanhol, possibilitando o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

ARGENTINA

Lei da Cidade Autónoma de Buenos Aires (Ley CABA nº 1.004, de 12 de dezembro de 2002) cria o registro público de uniões civis formadas por duas pessoas, independentemente do gênero ou da orientação sexual. Todos os benefícios conferidos pelas normas da cidade de Buenos Aires aos casais heterossexuais são automaticamente estendidas aos homossexuais que vivam em união afetiva estável (artigo 4º).

CANADÁ

O casamento entre pessoas do mesmo sexo é consagrado pelo *Civil Marriage Act*, de 2005, cuja constitucionalidade foi confirmada pela Suprema Corte em consulta formulada antes da sua entrada em vigor. A edição da lei ocorreu após a adoção de um conjunto de decisões que reconheciam às uniões homoafetivas proteção similar à conferida aos casais heterossexuais, declarando inconstitucional a lei que restringia a concessão de alimentos em razão de união estável apenas aos casais heterossexuais. A Corte decidiu que o projeto de lei não violava a Constituição; ao contrário, derivava diretamente do direito à igualdade previsto na chamada Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que integra o bloco de constitucionalidade desse país.

FRANÇA

Em 13 de outubro de 1999, a Câmara dos Deputados aprovou o *Pacte Civil de Solidarité* – projeto de lei 207. Rejeitado no Senado em 18 de março e novamente em 11 de maio de 1999, foi definitivamente aprovado na Câmara em 13 de outubro do mesmo ano. O

Senado prometeu levá-lo ao Conselho Constitucional. O governo francês mantém em seu site²¹¹ informações sobre os efeitos dessa união, quem pode realizá-la, os direitos e deveres que dela decorrem. Cuida a norma da declaração conjunta de vida em comum, em cartório, não fazendo distinção quanto à orientação sexual dos parceiros; seu registro marca o início de sua vigência. Traz efeitos patrimoniais e pessoais, estabelecendo obrigações familiares típicas. Essa norma alterou o artigo 515 do código civil francês para disciplinar tais relações jurídicas²¹².

PARLAMENTO EUROPEU

A Resolução de 8 de fevereiro de 1994 (doc. A3-0028/1994) estabelece paridade de direitos para os homossexuais da comunidade, convidando os demais estados a abolirem todas as disposições de lei que criminalizem ou discriminem relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Idem para as Resoluções de 17 de setembro de 1996, 17 de fevereiro de 1998 e 17 de setembro de 1998.

A Corte Européia de Direitos Humanos considerou como forma indireta de discriminação a criação de situações nas quais a diferenciação alcança foros institucionais, “onde idênticas condições repercutem de modo diferenciado, adverso e gravoso a grupos particulares de modo continuado e sistemático”²¹³ – situações cujo único fundamento para a aplicação do tratamento desfavorável a determinado grupo ou pessoa é a discriminação.

2.4 Do Projeto de Lei nº 1.151/1995 ao Projeto de Lei nº 5.167/2009

O Projeto de Lei nº 1.151/1995 não fala expressamente em família; o termo não é encontrado em nenhuma parte de seu texto. No entanto, regulamenta questões patrimoniais e não-patrimoniais, próprias de entidade familiar unida em comunhão de vida.

²¹¹FRANÇA. **Service Public Fr**. Disponível em: <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/N144.xhtml?&n=Famille&l=N19805&n=Couple&l=N20092>>. Acesso em: maio 2009.

²¹²Os artigos inseridos no código civil francês podem ser encontrados no site de legislação do governo francês: **Legifrance.Gouv.Fr**. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8890C26FE7F5AA4D692AED35EF94DA9F.tpdjo05v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006136536&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20090601>. Acesso em: maio 2009.

²¹³RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 98.

Nas discussões dos parlamentares, procurou-se dar ao objeto do projeto um cunho puramente patrimonial, evitando equiparar o contrato ao casamento ou à união estável.

O projeto constitui o imóvel residencial dos parceiros como bem de família (artigo 9º); estabelece benefícios previdenciários (artigo 10); confere direitos sucessórios ao parceiro sobrevivente (artigo 13); institui a prioridade do parceiro na curadoria em relação à família de origem (artigo 14); prevê a aquisição da nacionalidade brasileira quando a parceria for estabelecida entre um estrangeiro e um brasileiro (artigo 15); possibilita a composição de renda para financiamento destinado à aquisição da casa própria e prevê direitos relativos a plano de saúde e a seguros em grupo (artigo 16); caracteriza os parceiros como dependentes para fins tributários (artigo 17).

O projeto veda a alteração do estado civil no curso do contrato (artigo 2º, parágrafo 3º) e também a adoção conjunta (artigo 3º, parágrafo 2º).

Maria Berenice Dias afirma já estar defasado o mencionado projeto. A jurisprudência já teria conferido aos que vivem em união homoafetiva direitos mais amplos²¹⁴.

Em 2007, o Deputado Clodovil Hernandes (PTC-SP) apresentou o Projeto de Lei nº 580/2007²¹⁵, alterando o CCB/2002 para incluir Capítulo tratando do ‘Contrato de União Homoafetiva’ e estendendo aos parceiros em uniões homoafetivas os mesmos direitos sucessórios daqueles que vivem em união estável. O parecer do Relator, o Deputado Mauricio Trindade, do PRB-BA, foi pela rejeição do projeto, ao fundamento de que, no ordenamento brasileiro, relações patrimoniais entre pessoas do mesmo sexo podem se estabelecer, mas não podem ser consideradas relações familiares “no tradicional e exato termo em que se assenta nossa sociedade”²¹⁶.

O mencionado projeto foi apensado ao Projeto de Lei nº 4.914/2009²¹⁷, apresentado pelo Deputado José Genoíno (PT-SP), que atualmente aguarda análise pela CSSF (Comissão de Seguridade Social e Família) e pretende acrescentar ao CCB/2002, no Título “Da União Estável”, dispositivo que determine serem aplicáveis às uniões homoafetivas as mesmas regras da união estável.

²¹⁴DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit.*, p. 66.

²¹⁵BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Seguridade Social e Família. **Projeto de Lei nº 580/2007**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 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: 19 jun. 2009. Íntegra no Anexo B.

²¹⁶Loc. *cit.*

²¹⁷BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.914/2009**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/641237.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2009. Íntegra no Anexo C.

Em sentido contrário, foi também apensado ao Projeto de Lei nº 5.167/2009²¹⁸, apresentado pelos Deputados Paes de Lira (PTC-SP) e Capitão Assunção (PSB-ES), no mesmo estágio do anterior, tendo este último o objetivo de explicitar no CCB/2002 a impossibilidade de ver reconhecida como casamento ou como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo.

2.5 **Efeitos da existência de união entre pessoas do mesmo sexo. Formação de família com efeitos pessoais e patrimoniais. Crítica. Papel da doutrina e da jurisprudência**

2.5.1 Natureza da norma protetora da entidade familiar: norma constitucional de eficácia limitada?

O argumento corrente na sociedade brasileira é pela necessidade de lei ordinária que regulamente a união entre pessoas do mesmo sexo, com impossibilidade de aplicação analógica do regramento estabelecido para união estável, sendo, enquanto não advier lei específica, tal como foi exigido para a própria união estável.

Cabe lembrar que a união estável, a despeito de previsão constitucional como espécie de família desde o advento da CRFB/1988 continuou recebendo da doutrina e da jurisprudência tratamento sociedade de fato até 1994, ao ser promulgada a Lei nº 8.971.

Justificativa jurídica para esse tratamento seria considerar a norma constitucional do artigo 226 norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida – na célebre divisão tricotômica das normas constitucionais desenvolvida por José Afonso da Silva²¹⁹.

Relembrando-se o elaborado pelo mencionado autor, as normas constitucionais poderiam ser:

²¹⁸BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.167/2009**. Altera o art. 1.521 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/653047.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2009. Íntegra no Anexo D.

²¹⁹SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata – receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Independem de providência normativa ulterior para sua aplicação;
- b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição – receberam igualmente do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Mas apesar de independêrem de providência normativa ulterior para sua aplicação, permitiram ao legislador infraconstitucional a utilização da intermediação legislativa para reduzir sua eficácia e aplicabilidade;
- c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida – em geral dependem de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos. Não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, deixando ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação do dispositivo constitucional.

A teoria de José Afonso da Silva foi desenvolvida no início da década de 80, ainda sob a ditadura militar, embora perto do seu término. O País estava sob a égide da Constituição de 1969, considerada por muitos uma constituição puramente semântica²²⁰, que existia apenas para o benefício dos detentores do poder.

Naquele momento, o direito constitucional era disciplina de somenos importância; a Constituição era mera folha de papel²²¹, e por isso seus dispositivos não eram considerados normas efetivas; traziam a impressão de simples recomendação, incapazes de atuação dialética das forças políticas, econômicas e sociais para promover uma realidade, um sistema de poder. José Afonso da Silva teve a ousadia e o brilhantismo de desenvolver uma teoria capaz de conferir às normas constitucionais o caráter real de norma. Deu-lhes a capacidade de incidir nas relações jurídicas existentes, mérito que jamais lhe poderá ser retirado, mas que não torna sua aplicação eterna.

²²⁰Classificação cunhada por Karl Loewenstein, vide nota 126.

²²¹Expressão empregada por Ferdinand Lassalle. Trazia a classificação da Constituição em dois tipos: a Constituição real, a soma dos fatores reais de poder, com atuação dialética das forças políticas, econômicas e sociais para promover uma realidade, um sistema de poder; e a Constituição jurídica, mera folha de papel, que se limita a um documento escrito que converte esses fatores reais do poder em instituições jurídicas, em Direito (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**, *cit.*, p. 60).

Aqui estamos, quase trinta anos depois, com uma Constituição normativa²²², capaz de, indubitavelmente, incidir diretamente nas relações jurídicas, independentemente da existência de norma infraconstitucional. Posicionada no ápice do ordenamento jurídico, Lei Maior do Estado, é descabido condicionar sua incidência, sua validade e sua normatividade a norma de inferior hierarquia.

É possível dizer-se então que a doutrina apresentada está ultrapassada e já não responde aos anseios da atual conjuntura jurídica, do atual patamar da CRFB/1988? Que reconhecer o artigo 226 como norma de constitucional de eficácia limitada é negar vigência ao dispositivo constitucional e condicionar sua validade e existência a uma norma de inferior hierarquia? Especialmente em se tratando de norma que cuida de um direito fundamental? Mas como explicar o fenômeno ocorrido com a união estável, de cujo reconhecimento se exigiu lei ordinária já sob a égide da CRFB/1988?

Isto não se deve a um único fator, mas a uma soma deles. Em primeiro lugar, porque a normatividade de uma Constituição não se atinge num estalar de dedos, com sua promulgação; há um caminho lento, muitas vezes árduo, até o seu atingimento. E assim tem sido com nossa proclamada Constituição Cidadã.

Este fato pode ser constatado ao se avaliar o pensamento do Professor Luís Roberto Barroso. Em 1993²²³, já cinco anos após a promulgação da CRFB/1988, percebe-se em seus escritos um ar um tanto quanto desanimado, crédulo quanto às possibilidades do texto constitucional, porém ainda incrédulo quanto à capacidade da sociedade de potencializar a normatividade inserta na Constituição pátria. Já em 1999²²⁴, poucos anos depois, já se percebe maior entusiasmo com os avanços do caráter normativo²²⁵ da CRFB/1988, pugnando por uma interpretação construtiva, apta a potencializar as normas e os princípios constitucionais, buscando a interpretação que melhor concretize os anseios da Constituição, que melhor compatibilize internamente suas normas, assim como as normas infraconstitucionais com os

²²²Para alguns doutrinadores mais céticos, uma Constituição ainda nominal, diante dos inúmeros dispositivos não concretizados, mas que certamente está pelo menos no caminho da normatividade, muito mais próxima desta do que quando de seu advento.

²²³BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**, *cit.* Este sentimento de incredulidade se apresenta em inúmeras passagens, como quando o autor afirma que não há efetividade possível da Constituição sem uma cidadania participativa. As leis são instrumento de estabilização, e não de transformação, e usualmente refletem conquistas sociais longamente amadurecidas no dia a dia das reivindicações populares. Prossegue com exemplos de normas brasileiras que, no jargão popular, 'não pegaram' porque não foram fruto de uma luta social (p. 124-127), e mesmo em sua conclusão, ao afirmar que o trabalho foi escrito na crença do alcance de uma ordem constitucional efetiva, que poderá conduzir a uma sociedade contemporânea, aberta e justa na partilha das riquezas e das oportunidades (p. 230).

²²⁴*Id.* **Interpretação e aplicação da Constituição**, *cit.*

²²⁵Ainda na classificação de Karl Loewenstein.

princípios eleitos pelo legislador constituinte como dignos de proteção e promoção na construção de uma sociedade livre justa e solidária.

O reconhecimento da união estável como espécie de família atravessou esse momento em que a CRFB/1988 buscava o reconhecimento de seu caráter normativo e enfrentava a resistência da doutrina e da jurisprudência de reconhecer suas amplas possibilidades, insistindo na prática de ler o novo ordenamento como se ainda fosse o velho, o que se fazia quase instintivamente. Soma-se a isto a dificuldade do civilista, não ciente de que perdera a centralidade do sistema para a Constituição, exigindo que a lei civil – apenas ela e não a Constituição – fosse capaz de conferir direitos de família a quem, pelo texto constitucional, de há muito já era família.

A negativa de reconhecimento da união homoafetiva percorre o mesmo caminho: insistir na negação da Constituição como norma maior do sistema, fazendo exigir uma lei civil, esta sim, adequada para conferir direitos de família. A interpretação da norma constitucional, de seus princípios, e sua possibilidade de incidência direta estão sendo negadas ao se afirmar que somente com o advento de lei ordinária disciplinadora da união homoafetiva poderão ser reconhecidos aos que vivem neste tipo de união os direitos tipicamente da família.

Agimos inconstitucionalmente no caso das companheiras, tentando retomar da Constituição a centralidade do sistema. Agimos novamente de forma inconstitucional, negando à Constituição seu papel de norma maior do Estado, como que tentando fazer da norma civil uma norma superior aos princípios constitucionais.

É preciso reconhecer, como bem esclareceu Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

[...] a lei deixa hoje de ocupar o centro do ordenamento jurídico para dar lugar à Constituição. O reconhecimento da normatividade da Constituição, especialmente dos princípios constitucionais, e a pluralidade das sociedades democráticas modernas exigem do Estado o respeito ao Direito e não apenas à lei.²²⁶

O Positivismo, outrora dominante, apegado à segurança jurídica e à supremacia da lei, cede espaço para o chamado Pós-Positivismo²²⁷, novo paradigma jus-filosófico marcado pela normatividade dos princípios e pela reaproximação do direito com a moral.

Retomar a teoria que foi, sem dúvida, um avanço em seu tempo, mas que não se coaduna com a sociedade moderna, implica fatalmente num retrocesso. Classificar a norma do

²²⁶OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Neoconstitucionalismo: constitucionalização do ordenamento jurídico e a releitura do princípio da legalidade administrativa. In: VIEIRA José Ribas (Coord.). **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 37.

²²⁷Expressão empregada por BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264.

artigo 226 da CRFB/1988, que protege o direito fundamental à família, como norma de eficácia limitada é pretender retirar da Constituição sua normatividade tão arduamente alcançada.

Há pouco mais quinze anos, justificava-se o não-reconhecimento da aplicação direta da CRFB/1988 e de seus princípios, por se estar caminhando na direção do reconhecimento da sua normatividade. Reconhecia-se o caráter normativo dos princípios, porém se relutava em aplicá-los. Essa relutância não mais se justifica.

Esse reconhecimento não se cinge ao ordenamento jurídico brasileiro. Cuidando do ordenamento americano, guardadas as suas distinções, mas igualmente reconhecendo a violação à Constituição em razão da inexistência de tutela, David Richards apresenta dois aspectos em razão dos quais a inexistência de reconhecimento legal para uniões entre pessoas do mesmo sexo seria inconstitucional²²⁸. Primeiramente, essa inexistência desrespeitaria o direito à intimidade, ao desenvolvimento da personalidade, de modo tão severo, quando comparado com as uniões entre pessoas de sexos diferentes, que essa restrição seria inconstitucional. Em segundo lugar, as origens dessa restrição estão inconstitucionalmente fundamentadas no preconceito que retira a humanidade do sentimento amoroso entre pessoas do mesmo sexo – humanidade reconhecida para os heterossexuais, tal como se o amor entre homossexuais fosse equivalente ao amor entre animais.

O mesmo autor, mencionando Yuval Merin, compara o tratamento conferido às uniões entre pessoas do mesmo sexo e o conferido aos afro-americanos, na doutrina do *equal but separated*. Conferir tratamento igual, porém separado é, em verdade, tratar negros igualmente aos demais negros, mas não igualmente aos brancos. Tratar uniões entre homossexuais e heterossexuais de formas diferentes, cada uma com sua disciplina porque são intrinsecamente diferentes, é repetir a doutrina do *equal but separated*²²⁹.

Afirmar que há isonomia no tratamento de gays e lésbicas sem lhes conferir os mesmos direitos concedidos aos heterossexuais em suas uniões amorosas, ao fundamento de que são diferentes as uniões entre heterossexuais e homossexuais, é repetir o que ocorreu no *apartheid* racial que um dia foi institucionalizado pelo Estado.

²²⁸RICHARDS, David A. J. **The case for gay rights**: from Bowers to Lawrence and beyond. Lawrence: University Press of Kansas, 2005, p. 130.

²²⁹*Ibid.*, p. 131.

2.5.2 O argumento histórico: tradicionalmente e por natureza, o casamento é heterossexual

Argumenta-se que, na história da humanidade, o casamento sempre foi heterossexual. O relacionamento homossexual, segundo Wolfe, não é determinado especialmente por fatores biológicos ou genéticos; fatores ambientais têm papel determinante na criação da atração entre pessoas do mesmo sexo²³⁰. Ajuda e tratamento podem evitar a opção pela orientação homossexual. Numa sociedade em que a moral social desaprova esse tipo de conduta, ela não pode ser tutelada pelo direito. Ainda que não seja ilícita, ela não deve ser estimulada.

Carlos Aurélio Mota de Souza esclarece que a família é instituição natural, que faz do homem e da mulher seres que se atraem e se completam naturalmente, e necessitam se perpetuar através da geração de filhos²³¹. Família e casamento são instituições referidas à natureza do homem e, como tal, anteriores ao próprio direito, sendo papel deste apenas a criação de normas para reconhecimento e proteção desse *status*. Deste caráter natural da família decorre sua transcendência para o desenvolvimento e o bem da Humanidade, pois seu dever é o bem comum da sociedade civil.

Nesta ordem de idéias, com maior razão, não deve ser aceita a formação da família a partir de união entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a família, instituição destinada a promover o bem comum da sociedade, a educação e criação das crianças, não pode ser estabelecida fora dos padrões corretos de formação moral e psíquica da criança, aqueles padrões heterossexuais em que cada um, o homem e a mulher, assume o papel correspondente à sua natureza. A se admitir a união homoafetiva como espécie de família, com base no direito de liberdade, não se poderia vedar, porque fundamentadas no mesmo direito de liberdade, as uniões poligâmicas ou as incestuosas²³².

Eskridge discorda desta afirmação. A tradição do casamento heterossexual, diz o autor, com hostilidade para uniões do mesmo sexo, é percebida na sociedade ocidental de raízes judaico-cristãs a partir do século XIII. Até aquele momento, mesmo na sociedade ocidental, eram aceitas uniões entre pessoas do mesmo sexo²³³, assim como nas sociedades

²³⁰WOLFE, Christopher. Homosexuality in American public life, *cit.*, p. 3-25.

²³¹SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O casamento, *cit.*, p. 1.100-1.139.

²³²WOLFE, Christopher. Homosexuality in American public life, *cit.*, p. 18.

²³³ESKRIDGE JR., William N. **The case for same-sex marriage**, *cit.*, p. 23-27. Relata ele que na Idade Média, especialmente no século V, eram não apenas aceitas, como abençoadas pela Igreja Católica, as chamadas irmandades, consistentes na união entre duas pessoas do mesmo sexo numa comunhão de vida, geralmente homens missionários, em cerimônia assemelhada à que viria a ser a utilizada para o casamento heterossexual.

africanas do século XIX²³⁴, nas sociedades nativas americanas²³⁵, nas sociedades feudais orientais²³⁶, na sociedade grega e na romana até o século IV²³⁷.

O primeiro ponto, pois, é que o argumento histórico se aplica à sociedade ocidental da época moderna²³⁸, que estabelece como parâmetro de normalidade da família a formada pelo casamento heterossexual monogâmico. Relacionamentos amorosos diversos deste não eram considerados família normal; e mais: a relação era considerada suja, espúria, reprimida socialmente. A razão deste pensamento está no fato de que a sociedade ocidental moderna é a base da formação da sociedade pátria atual. Sua influência foi decisiva na formação da moral comum do brasileiro.

O segundo ponto é que essa moral social não é mais a mesma. Na sociedade atual, em que a família se forma dos mais variados modos, a companheira deixou de ocupar o posto de concubina violadora da moral comum para ser integrante de uma unidade familiar. A procriação independentemente de um casamento, e mesmo de um parceiro fixo, seja pela adoção, seja pela fertilização artificial, deixou de ser violação aos bons costumes para ser uma opção de vida, sem necessário prejuízo à criança que virá.

Por fim, o terceiro ponto toca as relações poligâmicas e incestuosas, porque as primeiras são promotoras de uma situação de desigualdade entre as partes na relação familiar, e a segunda envolve a formação psicológica da criança, o que será exposto a seguir.

David A. J. Richards, constitucionalista americano, professor da New York University, cuidando do assunto, menciona decisão do Justice Kennedy, da Suprema Corte Americana, sobre tratamento diferenciado segundo a opção sexual. Nela, esse Juiz afirma que

²³⁴*Ibid.*, p. 15. É possível ver que, na cultura da tribo Igbo, situada na parte leste da atual Nigéria, há a história de Ifeyinwa Olinke, uma mulher que ascendeu socialmente na sua tribo e, ao superar o marido com tal ascensão, separou-se deste e tornou-se o marido feminino de outra mulher. A posição 'masculina' era adotada pelos que se destacavam socialmente. Afirma-se que a prosperidade alcançada por Olinke lhe possibilitou ter nove esposas.

²³⁵*Ibid.*, p. 15. Nas tribos nativas do sudoeste do continente norte-americano, existiam os *berdaches*, homens que se vestiam em trajes femininos, casavam-se com outros homens, eram tidos como líderes espirituais da tribo em que vivam, gozando de grande prestígio social. Menciona ele também o caso das amazonas brasileiras, mulheres que assumiam as funções masculinas, tinham esposas que as serviam e se tratavam como marido e mulher, tal como se fossem homens (p. 28).

²³⁶*Ibid.*, p. 30-31. O livro *The Great Mirror of Male Love*, de Ihara Saikaku, conta que, entre os samurais, o aprendiz (wakasshu) tinha com seu mentor um envolvimento formal, com trocas de juramentos, num relacionamento aproximado ao casamento. O sexo era um elemento do relacionamento samurai. O samurai tinha o dever de prover social e emocionalmente o aprendiz e servir de modelo para este, o qual deveria merecer o amor do primeiro e ser bom aluno dos ensinamentos da irmandade.

²³⁷*Ibid.*, p. 15-16. Em destaque a história dos soldados romanos Sergius e Baccus, amantes que viviam juntos e foram perseguidos pelos romanos não por sua opção sexual, mas por sua adesão à religião cristã. Conta-se que Baccus foi torturado até a morte, fato que esmoreceu a fé de Sergius. Este último somente retomou sua jornada cristã, morrendo como mártir, após uma aparição de Sergius em que este afirmou que ambos ainda estavam juntos, pelos laços da união existente.

²³⁸A palavra *moderna*, neste momento e a partir de então no item, é empregada na acepção da discussão de modernidade e pós-modernidade, que tem dentre seus importantes teóricos Zygmunt Bauman e Anthony Giddens.

o fato de determinado Estado tradicionalmente ver certa conduta como imoral não é razão suficiente para validar uma lei proibitiva dessa prática; tampouco a história ou a tradição puderam salvar da inconstitucionalidade uma lei proibitiva da miscigenação²³⁹. A vedação é forma de escravidão moral, em que aquele que opta pela orientação homossexual é tratado como se detivesse menor valor como pessoa.

Há correlação entre a construção cultural da homofobia, que proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e a construção cultural do racismo, que por muito tempo proibiu o casamento inter-racial. Esta construção parte da ameaça à superioridade branca em razão da suposta inferioridade negra, assim como a homossexualidade ameaça a superioridade, a correção moral da heterossexualidade.

Mas em se tratando de correção moral, do que é correto e o que é errado em termos morais, cabe notar que, segundo Bauman, noções como sujeira e limpeza – e se poderia dizer também certo e errado – não decorrem da natureza intrínseca das coisas como ‘sujas’ ou ‘limpas’. A classificação se faz segundo uma questão de organização: o que está no local correto está limpo; se desorganizado, é sujo.

O advento da era moderna coincidiu com a mudança no *status* da ordem. Quando se tornou consciente e intencional o objetivo de se limpar, de se organizar, de se manter intactas a maneira como as coisas existiam, o ‘sujo’, o ‘estranho’, o que incluía as pessoas como alvos dessa ‘limpeza’, era combatido²⁴⁰. Assim se fazia sob a impressão de que se estava protegendo a saúde coletiva contra os portadores de doença.

Esse colocar em ordem constitui um novo começo, dismantelando a ordem ‘tradicional’²⁴¹, buscando o estabelecimento de um mundo livre das impurezas, um constante funcionamento correto das coisas. Outro aspecto é que a angustiante busca pela ordem foi facilmente condensada pelas ideologias totalitárias, numa tendência a coletivizar e centralizar

²³⁹RICHARDS, David A. J. **The case for gay rights**, *cit.*, p. 98. O autor mencionava o voto do Justice Kennedy na decisão em que superava o precedente *Bowers v. Hardwick*, a decisão *Romer v. Evans*, onde se lê como um dos argumentos contrários a negativa de tutela: “First, the fact that the governing majority in a State has traditionally viewed a particular practice as immoral is not a sufficient reason for upholding a law prohibiting the practice; neither history nor tradition could save a law prohibiting miscegenation from constitutional attack [...]”.

²⁴⁰Exemplificativa deste pensamento era a prática dos primeiro anos da idade moderna, descrita por Bauman, ao se tratar a ‘poluição’ provocada pela presença de pessoas desajustadas, que “estragavam o quadro”, eliminando-as. Os loucos eram arrebanhados pelas autoridades cidadinas, amontoados dentro de *Narrenschiffen* (“naus dos loucos”) e jogados ao mar, eliminando-se desse modo a obscura desordem representada por eles (BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**, *cit.*, p. 13).

²⁴¹Bauman define modernidade como “a época, ou o estilo de vida, em que a colocação em ordem depende do dismantelamento da ordem ‘tradicional’, herdada e recebida; em que ‘ser’ significa um novo começo permanente” (*Ibid.*, p. 20).

as atividades de ‘purificação’, destinadas ao alcance da pureza – o nazismo com a pureza da raça e o socialismo com a pureza de classe.

Curiosamente, este mesmo mundo moderno, da busca pela ordem constante e definitiva, é marcado pela mudança, é um mundo em movimento. A incerteza e a desconfiança marcam esse período que, por suas fantasias antimodernas de ‘mundo bom’, constante, fez Walter Benjamin afirmar que a modernidade nasceu sob o signo do suicídio. A característica mudança dos conceitos e parâmetros de ‘mundo bom’ impediam que se alcançasse o objetivo da modernidade de estabelecer um caminho do mundo correto e adequado à satisfação dos anseios da coletividade como um todo.

A pós-modernidade rompe, por um lado, com essa tendência coletiva, numa atitude de desregulamentação e privatização, de troca da angústia na busca de uma ordem abrangente, singular, da certeza e da solidez, pela liberdade na busca de “novas e ainda não apreciadas experiências”²⁴², pela diversificação permanente dos estilos e padrões de vida. A pureza, a limpeza no mundo pós-moderno está em buscar as infinitas possibilidades, a constante renovação, em caçar de modo interminável sensações cada vez mais intensas e inebriantes experiências. Os que assim não agem são a ‘sujeira’ da pós-modernidade.

Cai a idéia moderna de ‘mundo bom’ segundo as definições pré-estabelecidas de ordem abrangente, singular, certa e sólida. A aptidão para definir que o conceito de casamento é único, histórico, perpétuo e atemporal já não é capaz de se sustentar na pós-modernidade. A diversificação permanente dos estilos e padrões de vida da pós-modernidade contrapõe-se à idéia de único formato possível para o alcance da ordem e do correto dos modernos. O relacionamento heterossexual e monogâmico como único e correto meio de formar a família contrapõe-se às diversas possibilidades de formação da família digna, apta a proporcionar a felicidade das pessoas e o desenvolvimento de suas personalidades

A família contemporânea, “núcleo evoluído a partir do desgastado modelo clássico, patriarcal, heterossexual, centralizador de prole numerosa que conferia status ao casal”²⁴³, se direciona para o extremo oposto, com número reduzido de filhos, em que os papéis se invertem, se sobrepõem, se alternam. O rigor de outrora foi substituído pela estruturação segundo a satisfação das necessidades afetivas dos integrantes do núcleo familiar.

Para se sustentar como apto a obstar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, o argumento histórico, representativo dos conceitos morais da sociedade, de um

²⁴²*Ibid.*, p. 22.

²⁴³BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*, *cit.*, p. 241.

critério uniforme de opinião pública, deve responder aos questionamentos da pós-modernidade de que esses conceitos morais já não são vistos como único e correto estilo de vida. A antes única moral existente já não é única, é apenas mais uma das opções existentes para a criação de uma comunidade viável.

A política pós-moderna, voltada para a criação de uma comunidade política viável, precisa ser guiada [...] pelo tríplice princípio de Liberdade, Diferença e Solidariedade, sendo a solidariedade a condição necessária e a contribuição coletiva essencial para o bem-estar da liberdade e diferença. No mundo pós-moderno, os primeiros dois elementos da fórmula tríplice têm muitos aliados abertos ou encobertos [...]. Uma coisa que é improvável a condição pós-moderna produzir sob sua responsabilidade – isto é, não sem uma intervenção política – é a solidariedade. Mas sem solidariedade, como mostramos acima, nenhuma liberdade é segura [...].²⁴⁴

O estabelecimento, na história recente da sociedade, da idéia de que o casamento é uma instituição heterossexual monogâmica não significa que, sob os influxos da pós-modernidade, isto não possa ser alterado, ainda que se afirme que, apesar de não ser a única, é predominante a moral que rejeita relacionamentos homossexuais. A tal argumento responde Daniel Sarmento:

[...] o papel do Direito – e especialmente do Direito Constitucional – não é referendar qualquer posicionamento que prevaleça na sociedade, refletindo como um espelho, todos os preconceitos nela existentes. Pelo contrário, o direito deve possuir também uma dimensão transformadora e emancipatória, que se volte não para o congelamento do *status quo*, mas para sua superação, em direção à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. [...] a moralidade que o Direito visa a garantir e promover [...] é a moral que não se contenta em chancelar e perpetuar todas as concepções e tradições prevalentes numa determinada sociedade, mas propõe-se à tarefa de refletir criticamente sobre elas, a partir de uma perspectiva que se baseia no reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas.²⁴⁵

O terceiro ponto diz respeito ao argumento de que a aceitação da união homoafetiva implicaria a aceitação de uniões poligâmicas e incestuosas. Esta afirmação não se sustenta. O casamento poligâmico não é aceito, entre outras questões, por ser contrário ao princípio da igualdade. William Eskridge²⁴⁶ e David Richards²⁴⁷ compartilham deste entendimento. No momento da formação familiar múltipla, poligâmica, o cônjuge em singularidade se torna o centro dos interesses, e uma competição entre os outros cônjuges tende a se formar. Essa estrutura facilita a adoção de posicionamento mais autoritário pelo cônjuge singular, normalmente o homem, estabelecendo uma situação de desigualdade entre o homem e a mulher.

²⁴⁴*Ibid.*, p. 256.

²⁴⁵SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 54.

²⁴⁶ESKRIDGE JR., William N. **The case for same-sex marriage**, *cit.*, p. 149.

²⁴⁷RICHARDS, David A. J. **The case for gay rights**, *cit.*, p. 139.

As sociedades em que o casamento poligâmico é aceito são, com raras exceções, sociedades patriarcais, nas quais a reciprocidade e o companheirismo não fazem parte da estrutura familiar. Essa estrutura se fundamenta na ideologia da superioridade masculina, em que o maior número de esposas reflete o poder e o prestígio do homem. A poligamia serviu, nessas condições, para reforçar os papéis de cada gênero em situação de desigualdade, o que não se mostra razoável na ordem constitucional em que vivemos. Entre o direito à liberdade e o direito à igualdade, o primeiro cederá espaço para o segundo. Essa desigualdade de gêneros, não encontrada na união homoafetiva, a distingue do casamento poligâmico neste aspecto.

A união incestuosa e pedófila, por sua vez, mais do que a existência de restrição religiosa e o aumento do risco da manifestação de doenças presentes em genes recessivos, que dentro de uma mesma família têm maior probabilidade de estabelecerem pares, encontra na criação e educação da criança o seu maior fundamento restritivo. A criança é protegida constitucionalmente, e a família é o instrumento destinado a promover os meios adequados ao seu desenvolvimento. É dever do Estado e da família essa promoção²⁴⁸.

É também no seio da família que ocorre a educação sexual da criança, que determinará a forma como essa pessoa se relacionará na sociedade na vida adulta. A educação sexual, portanto, deve se estabelecer em benefício da criança. No processo de formação da personalidade, a pessoa busca fora da sua família o parceiro para formar uma nova família.

Ademais, estudos demonstram que a interação sexual da criança com um adulto em quem ela confia tem efeitos traumáticos²⁴⁹ – traumas que aquela criança levará para sua vida adulta, inexistentes quando a educação se faz cuidando de transmitir à criança outra visão de sexualidade, distinguindo entre a posição de pais e a de amantes. Entre o direito constitucional à liberdade e o direito constitucional à infância digna, criador do dever de promoção e desenvolvimento digno da criança em toda a sociedade, não há dúvidas da prevalência deste último na situação em questão.

Outrossim, menciona-se que a atividade sexual deve se desenvolver entre pessoas com capacidade – na acepção civil do termo – de realizar o ato. A criança é incapaz de realizar validamente as opções de vida, os negócios jurídicos necessários ao seu desenvolvimento, e cabe aos pais fazê-lo no exclusivo interesse da criança. Excluída está, pois, a prática de ato

²⁴⁸Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil** [1988], *cit.*).

²⁴⁹ESKRIDGE JR., William N. **The case for same-sex marriage**, *cit.*, p. 151.

sexual. É absolutamente desprovido de fundamento, portanto, o argumento de que a aceitação da família homoafetiva implicaria a aceitação da família incestuosa.

Acresça-se aos argumentos supra, acerca da suposta naturalidade da heterossexualidade na formação familiar, a defesa de Martínez–Calcerrada, Magistrado do Tribunal Constitucional Espanhol, de que não é a orientação sexual dos componentes que determina o tratamento jurídico como família, fundamentada em decisão desse Tribunal de 18 de maio de 1992. Nela, afirmou-se que a relação afetiva entre duas pessoas não pode se qualificar juridicamente pela existência ou não de relações sexuais, mas se identifica em função de determinados comportamentos externos, como o refletido na convivência *more uxório*. Conclui Martínez–Calcerrada que, não sendo a sexualidade relevante para discernir a afetividade de uma relação de casal, tampouco pode ser relevante o fato de que essa relação tenha orientação homossexual ou heterossexual²⁵⁰. O essencial de uma relação afetiva é a intenção e o comportamento externo daqueles que a constituem, e não o sexo ou a orientação sexual de seus componentes.

Se se pretende viver em uma democracia pluralista, com respeito às mais variadas concepções de vida, a justificação das normas jurídicas deve perpassar por idéias que possam ser compartilhadas por todos – jamais em concepções de mundo definidas pela religião ou por uma única concepção moral, ainda que majoritária, mas não exclusiva naquele grupo social.

2.5.3 O argumento legislativo: por definição legislativa, casamento e união estável se estabelecem entre pessoas de sexos diferentes.

A sociedade construiu o casamento para satisfazer às necessidades funcionais do cidadão. Esse caráter instrumental adquire maior relevo no ordenamento em que a dignidade da pessoa humana é seu valor fundamental. A funcionalidade da instituição volta-se para o pleno desenvolvimento das personalidades dos integrantes da família. Portanto, argumentos definidores da disciplina adotada nas uniões homoafetivas devem ser fundamentados em bases normativas, na visão funcional juridicamente estabelecida para a instituição casamento. É inadmissível uma valoração tão-somente moral.

²⁵⁰MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *La homosexualidad y el matrimonio*, cit., p. 149.

Não por outra razão, para a extensão ou não dos direitos típicos da família às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, é necessário analisar quais as funções dos direitos da família e, a partir disso, quais direitos podem ser aplicados à união homoafetiva e de que forma. É necessário verificar se é possível, no atual estado legislativo, admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, buscando analogia com algum, ou ambos, desses institutos para conferir ou não aos casais formados por pessoas do mesmo sexo os mesmos direitos.

Majoritariamente tem se dito que a formalidade da instituição casamento exigiria, no mínimo, alteração legislativa para possibilitar a utilização desse instituto para as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Neste grupo encontra-se Guilherme Calmon Nogueira da Gama²⁵¹. A união estável, a despeito da informalidade que a caracteriza, por sua definição legal e constitucional como união entre um homem e uma mulher, não se aplicaria, pelas mesmas razões, às uniões homoafetivas.

Há orientação também no sentido de que admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo constituiria evidente alteração do seu conteúdo essencial²⁵². Para essa doutrina, a regra de direito infraconstitucional que exige a diversidade de sexos não é inconstitucional²⁵³. Ao invés, a norma que o admitisse seria inconstitucional por contrária não só à Constituição, mas aos instrumentos internacionais que estabelecem o casamento como heterossexual, e também à Convenção Internacional dos Direitos da Criança²⁵⁴, pois, ao permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, permite o acesso à adoção e a técnicas de reprodução assistida, o que atenta contra o interesse superior do menor²⁵⁵.

Entendimentos no sentido oposto são encontrados. A norma que define o casamento e a união estável como união entre um homem e uma mulher, ao ser interpretada apenas literalmente, impede que os direitos concedidos a essa espécie de família sejam estendidos a outros tipos. A interpretação literal, em lição já famosa, é apenas a ponta do iceberg – única visível a olho nu, que constitui, porém, a menor parte do iceberg; sua maior parte está imersa na água, longe dos olhos. Assim também é a norma; sob sua letra encontra-se gigantesca

²⁵¹Vide item 2.5.4. Maria Celina Bodin de Moraes elenca outros doutrinadores que partilham do mesmo entendimento, tais como J. M. Leoni Lopes de Oliveira e Francisco José Cahali (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo*, *cit.*, p. 109-111).

²⁵²MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *La homosexualidad y el matrimonio*, *cit.*, p. 134.

²⁵³AZPIRI, Jorge O. *Uniones de hecho*, *cit.*, p. 308.

²⁵⁴Tratado que visa à proteção de crianças e adolescentes de todo o mundo, aprovado na Resolução 44/25 da Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989.

²⁵⁵AZPIRI, Jorge O. *Uniones de hecho*, *cit.*, p. 309.

massa que só pode ser encontrada quando nos aprofundamos nela e utilizamos os demais critérios interpretativos.

Maria Berenice Dias afirma que a exigência de distinção de sexos para a caracterização da união estável no dispositivo constitucional que cuida da família “ou é mera lei constitucional, que pode ser reformada até por lei ordinária, [...] ou é norma constitucional inconstitucional [...] e deve ser banida do ordenamento jurídico-constitucional”²⁵⁶.

Humildemente, ousamos discordar da ilustre doutrinadora, mas apenas quanto ao mecanismo de interpretação constitucional. Em primeiro lugar, porque, na sistemática constitucional brasileira, adotamos o critério da rigidez constitucional; assim, são normas constitucionais, ainda que apenas formalmente²⁵⁷, e, portanto, modificáveis apenas por meio de emenda constitucional, todos os dispositivos que integram a Constituição. Por conseguinte, essas normas, integrantes do texto da CRFB/1988, não podem ser alteradas por meio de lei ordinária, mas apenas por emenda constitucional. O artigo 226, por sua vez, é norma formal e materialmente constitucional. Mesmo sob este critério, não seria alterável por lei ordinária.

Em segundo lugar, o ordenamento jurídico brasileiro admite o reconhecimento da inconstitucionalidade de normas constitucionais, mas apenas das normas constitucionais frutos do Poder Constituinte derivado. Normas constitucionais estabelecidas pelo Poder Constituinte originário não são passíveis de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que afirmou categoricamente a impossibilidade de verificação do desrespeito aos princípios de direito suprapositivo inseridos pelo Poder Constituinte originário no texto da CRFB/1988²⁵⁸.

²⁵⁶DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit.*, p. 112.

²⁵⁷A expressão aqui utilizada trata da classificação das normas constitucionais em norma formalmente constitucional e materialmente constitucional. A primeira é norma constitucional porque inserida no texto da Constituição, ainda que sua matéria não seja constitucional, ou seja, não trate da estruturação, da organização política do Estado, do elenco dos direitos fundamentais, da ordem social ou da ordem econômica. A segunda é norma constitucional porque sua matéria é, em essência, matéria de constituição.

²⁵⁸A jurisprudência do STF se volta neste sentido. Vide: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFOS 1º E 2º DO ARTIGO 45 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. / – A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. / – Na atual Carta Magna 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição; – Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 815-DF, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 28/03/1996, DJ 10/05/1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=adi%20e%20815&base=baseAcordaos>>. Acesso em: maio). Mencione-se ainda a ADI 4.097/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ e publ. 01/08/2008: “Mas o que, em

Não é possível, por fim, considerar-se esse mesmo dispositivo como norma constitucional inconstitucional, na doutrina de Otto Bachof²⁵⁹, segundo doutrina majoritária e jurisprudência do STF, em razão do princípio da unidade da Constituição.

Esse princípio estabelece que, sendo a Constituição um documento único, não há contradições entre si. Essas contradições seriam meramente aparentes, solucionadas por mecanismos interpretativos. A solução para a questão do texto constitucional está, pois, na classificação da Constituição, na sua característica da unicidade.

A Constituição é una; portanto, não existem, *a priori*, contradições internas. As contradições encontradas são meramente aparentes, sendo dever do intérprete procurar a solução apta a compatibilizar as diversas normas do seu texto. O intérprete, na busca dessa solução, poderá adotar os vários critérios interpretativos, tais como a interpretação sistemática, a interpretação extensiva ou restritiva etc.

No processo interpretativo da Constituição, deve-se recordar que a Carta, antes de documento jurídico, é documento político, moldado para ser manuseado não apenas pelos

absoluto, se não admite, em sistemas como o nosso, de Constituição rígida, é ação tendente a atacar norma editada pelo constituinte originário: 'No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte formal, não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer de suas normas. É um princípio de identidade ou de não contradição que o impede' (JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", Coimbra, Coimbra Ed., 2001, tomo VI, p. 18. Grifos originais). Reconhece-o, sem titubeios, a doutrina nacional: 'o direito brasileiro, já foi referido, não admite, como o alemão, a inconstitucionalidade de normas constitucionais, ou seja, de normas incluídas no documento constitucional. Não se admite, entre nós, como na Alemanha, a existência de normas residentes acima da Constituição, determinantes da validade desta, ou residentes na própria Constituição, mas porque hierarquicamente superiores, determinantes da validade de outras normas constitucionais [...]. Vigora entre nós o princípio da 'unidade hierárquico-normativa' da Constituição. Ou seja, desde o prisma formal, todas as normas constitucionais residem no mesmo patamar hierárquico' (CLÊMERTON MARLIN CLÈVE, "A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, SP, Ed. RT, 2ª ed., 2000, p. 225-227). É que a questão da inconstitucionalidade das leis "não se confunde com o problema da injustiça ou ilegitimidade social [...]. Assim sendo, há de reconhecer-se que a inconstitucionalidade é um problema de relação intra-sistemática de normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico estatal. Contudo, em princípio, não se trata de questão intraconstitucional, no sentido das 'normas constitucionais inconstitucionais' estudadas por Bachof [...] Neste sentido, a abordagem do problema da inconstitucionalidade das leis (lato sensu: em sentido formal ou material) circunscreve-se às relações intra-sistemáticas entre as normas constitucionais e normas infraconstitucionais" (MARCELO NEVES, "Teoria da Inconstitucionalidade das Leis", SP, Ed. Saraiva, 1988, p. 68 e ss.). 3. A tese da inicial, que defende a viabilidade da declaração da inconstitucionalidade de norma constitucional constante do texto originário, não encontra suporte algum no ordenamento brasileiro, perante o qual a "jurisprudência do STF assentou, igualmente, a inadmissibilidade do controle de constitucionalidade de norma constitucional originária, enfatizando que a tese da hierarquia entre normas constitucionais originárias, que dá azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, é incompatível com o sistema de constituição rígida" (GILMAR FERREIRA MENDES, op. cit., p. 195)" (Loc. cit.).

²⁵⁹De forma sintética, a teoria de Otto Bachof advoga a possibilidade de se constatarem, dentro do texto originário da Constituição, normas constitucionais que seriam inconstitucionais em face ao Direito Supralegal (BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2008). Apurada essa inconstitucionalidade, seria permitida a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais Constitucionais. Ocorre que o STF, como visto na nota 238 acima, já decidiu que não tem competência para declarar a inconstitucionalidade do texto originário, ainda que esta inconstitucionalidade fosse reconhecida.

tecnocratas, pelos juristas, mas pela sociedade como um todo²⁶⁰. Acresça-se a isto o fato de o texto constitucional utilizar expressões abertas, mecanismo que confere elasticidade à sua interpretação e, portanto, longevidade – inexistente num documento que empregasse conceitos rigidamente fechados, que em pouco tempo estaria obsoleto.

A solução está em compatibilizar os diversos dispositivos constitucionais numa interpretação adequada para afastar as incongruências, possibilitando que o artigo 226 da CRFB/1988 não contrarie os princípios constitucionais supra mencionados. Tal solução é apresentada pela doutrinadora gaúcha²⁶¹ ao afirmar a necessidade de utilização da ponderação de interesses para, numa colisão entre princípios, estabelecer qual deles prevalecerá no caso concreto, sem que isto importe nulidade ou invalidade do princípio então afastado.

Um dos caminhos é buscar nas próprias características da união estável, e da família por ela formada, a solução. A inexistência de formalidade da união estável serve de fundamento à possibilidade de aplicação das regras deste instituto para a união homoafetiva. Este, que seria o ponto marcante do instituto, sua característica principal, a liberdade na constituição da família oriunda da união estável, impediria a oposição de exigências formais quando a família fosse formada por pessoas do mesmo sexo.

Soma-se a isto a consagração, na CRFB/1988, dos princípios humanitários, dentre os quais se pode destacar como prevalecente o da dignidade da pessoa humana, acrescido do mandamento da igualdade e da liberdade. A interpretação sistemática da Constituição impõe, como modo de evitar contradições internas, a adoção da interpretação que melhor compatibilize os artigos entre si, e principalmente, que promova a concretização dos valores eleitos na Carta Magna como fundantes do ordenamento.

De igual sorte, a legislação ordinária será recepcionada nos termos do que dispõe a Constituição, sendo imperativo que passe a ser interpretada segundo esses mesmos princípios, sob pena de não-recepção.

Para se coadunar com os princípios constitucionais, o artigo 226 da CRFB/1988 deve ser interpretado de modo a incluir no âmbito de sua proteção a família formada por pessoas do mesmo sexo. A interpretação restritiva se põe em desacordo com os demais princípios constitucionais e com a própria interpretação histórica do dispositivo. Criado com o objetivo

²⁶⁰Fala-se da doutrina de Peter Häberle: “[...] há que se fomentar a idéia da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle, segundo a qual o círculo de interpretes da Lei Fundamental deve ser elástico para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional” (BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 149).

²⁶¹DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit.*, p. 114-115.

de eliminar a discriminação existente em relação à companheira na união estável, não pode ser utilizado com o objetivo de promover a discriminação de outros tipos de família, o que contrariaria a própria teleologia da norma.

A interpretação ampla é a que possibilita o respeito aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. A união homoafetiva é, tal como a família formada por casal heterossexual, comunhão de vida entre seus integrantes, adequada para o desenvolvimento da personalidade daqueles que a integram, possibilitando o alcance da vida digna segundo suas próprias concepções, com as características de ostensibilidade e estabilidade e desenvolvendo cada um de seus integrantes um papel assimétrico, numa inter-relação afetiva. Ou seja, assemelha-se em tudo ao casal que vive em união estável.

Como bem destacou Luiz Edson Fachin, o sistema jurídico pode ser, antes de tudo, um sistema de exclusão²⁶² – exclusão que ocorre em relação às pessoas ou situações às quais a porta de entrada na moldura das titularidades dos direitos e deveres é negada. Sujeitos são propositadamente colocados à margem do sistema jurídico. Os códigos são moldados para atenderem, numa suposta e inexistente neutralidade técnica ou científica, as fronteiras da vida privada.

O sistema constitucional brasileiro, que tem na promoção da dignidade da pessoa humana seu valor máximo, não se coaduna com essa utilização do sistema jurídico como mecanismo de exclusão daqueles que não se inserem na moral estabelecida pelo preconceito e pela intolerância – moral esta que pode contrariar os novos conceitos sociais. Esse mesmo sistema jurídico de exclusão serviu de mecanismo para a discriminação das mulheres, tornadas juridicamente incapazes e dependentes do pai ou do marido, e dos filhos então ditos ilegítimos, impossibilitados de exigir dos pais o cumprimento dos deveres inerentes à paternidade²⁶³.

A CRFB/1988 surgiu com o objetivo de eliminar essas distorções, promovendo um sistema jurídico de inclusão da pessoa humana na tutela dos direitos inerentes à personalidade, estejam estes ou não expressamente tipificados na norma infraconstitucional.

²⁶²FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 48. Conclui o autor: “Em momento algum pode o direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns nós que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo” (*Ibid.*, p. 53).

²⁶³ESKRIDGE JR., William N. **The case for same-sex marriage**, *cit.*, p. 155-159. O autor afirma que essa mesma moralidade, essa afirmação de normalidade ou da sua falta, serviu de fundamento (inclusive jurídico) na sociedade americana, até meados do século XX, para proibir casamentos inter-raciais. Alguns Estados criminalizavam o casamento entre brancos e negros por ser ‘instintivamente errado’, para ‘manter a pureza das raças’. Conclui que o mesmo horror causado na sociedade atual por esta afirmação será causado na sociedade futura ao terem ciência de que nossa sociedade não reconhece o casamento entre pessoas do mesmo sexo por ser imoral, não-natural.

A elaboração e interpretação da norma em aparente neutralidade, destinada a promover a exclusão da pessoa da moldura das titularidades, impedindo-a de adquirir direitos e deveres, é contrária ao ordenamento jurídico brasileiro. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lobo, “[a] exclusão não está na Constituição, mas na interpretação.”²⁶⁴

Por esta razão, aplica-se ao casal formado por pessoas do mesmo sexo, que vivem na chamada união homoafetiva, o regime da união estável. O que não se admite é a manutenção de um vácuo legislativo que perpetue a inexistência de tutela a interesses da pessoa humana.

O mesmo se diga do artigo 1.723 da CCB/2002, sendo a interpretação possível à manutenção da sua constitucionalidade aquela que faz ingressar no seu espectro de tutela as uniões chamadas homoafetivas, no que diz respeito não só às questões existenciais, mas também aos seus efeitos patrimoniais e sucessórios.

Negando-se a possibilidade de aplicação analógica, argumenta-se que, se o texto normativo indica *homem e mulher*, é porque exige diversidade, pois, em outros momentos, quando não exigida essa diversidade, o texto utiliza outros termos, tais como *pessoas* e outros, o que torna desnecessária a exigência da expressão *entre si* para designar a diversidade. Este fator não é exclusivo de um ordenamento jurídico, mas pode ser encontrado na Constituição Espanhola; no artigo 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos; no artigo 23.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; no artigo 16, inciso I da Declaração Universal dos Direitos Humanos; no artigo 17, inciso II do Pacto de São José da Costa Rica²⁶⁵. O casamento deve ser interpretado em seu sentido dogmático tradicional de instituição heterossexual.

Mesmo as legislações que equipararam em efeitos o casamento e a união entre pessoas do mesmo sexo reservaram o conceito *matrimônio* para a união entre um homem e uma mulher e criaram uma figura equiparada em efeitos; não possibilitaram o casamento a pessoas do mesmo sexo²⁶⁶. Azpiri, com tal entendimento, afirma que a menção expressa nas convenções internacionais, e nas demais normas que cuidam do assunto, da condição de homem e mulher, supõe que a opção é a de que ambos contraíam matrimônio entre si²⁶⁷. Se

²⁶⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 03 out. 2008.

²⁶⁵ MEDINA, Graciela. **Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 201-208.

²⁶⁶ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. **La homosexualidad y el matrimonio**, *cit.*, p. 135-137.

²⁶⁷ AZPIRI, Jorge O. **Uniones de hecho**, *cit.*, p. 308.

tivessem desejado que o casamento pudesse ser contraído também entre pessoas do mesmo sexo, simplesmente o texto faria referência a que ‘todas as pessoas’ têm o direito de casar-se.

Esta problemática, no ordenamento jurídico brasileiro, se aplica tanto ao casamento quanto à união estável, uma vez que a CRFB/1988 fala em ‘homem e mulher’ para ambas as espécies de família.

Ao argumento da exigência de previsão legislativa para o reconhecimento da união homoafetiva como espécie de família, responde Maria Berenice Dias que a previsão posta na Lei nº 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha²⁶⁸, nos artigos 2º²⁶⁹ e 5º, inciso III²⁷⁰, ao estabelecer a proteção da mulher no seio da família independentemente de sua orientação sexual, e ao reconhecer que relação íntima de afeto constitui entidade familiar, estabelece nova definição de entidade familiar e supre a alegada necessidade de reconhecimento legislativo da união homoafetiva como espécie de família.

No que diz respeito à existência de instituições equiparadas em outros ordenamentos sem que lhes seja conferido o nome de *casamento*, é opção legislativa ou questão de nomenclatura chamar essa união de *casamento*, *união civil* ou *parceria registrada* – opção esta que não impede seja reconhecida como casamento, ou seja, com este nome, a união entre pessoas do mesmo sexo, como ocorre no ordenamento jurídico holandês²⁷¹. Relevante se torna reconhecer os direitos familiares a esse tipo de união. Sobre o assunto, Santiago Arribas afirma que o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como casamento ou como outra forma de convivência é questão de oportunidade legislativa; o que existe como direito

²⁶⁸DIAS, Maria Berenice. As uniões homoafetivas na Justiça. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister, n. 28, jan./fev. 2009, p. 27-28. A autora afirma ainda que, no ordenamento jurídico brasileiro, apenas a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) reconhece expressamente a existência da união homoafetiva, em seus artigos 2º e 5º (DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit.*, p. 74).

²⁶⁹“Art. 2º – Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, *orientação sexual*, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social” (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 26 maio 2009).

²⁷⁰“Art. 5º – Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...] III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação” (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.340**, *cit.*).

²⁷¹Vide item 2.3.

constitucional é o reconhecimento de tutela a essa união com fundamento no direito à liberdade de consciência²⁷².

Quanto ao texto constitucional, que faz expressa menção a ‘homem e mulher’, como já mencionado no item 2.1.3, a restrição somente se mostra plausível quando realizada uma interpretação isolada do termo ou do dispositivo. A CRFB/1988 não é um documento com uma única ideologia a permear todo o seu texto. Fruto de uma Assembleia Constituinte plural, cuja composição abrangia desde parlamentares ‘biônicos’ a parlamentares retornados do exílio graças à anistia, de representantes da bancada ruralista a defensores da causa operária, é produto dessas diversas influências e dessas distintas concepções de mundo, com os mais diversos interesses, e, conseqüentemente, das negociações entre elas realizadas para aprovação do texto final. Documento, portanto, plural, a Carta Magna brasileira reflete as mais distintas ideologias e interesses políticos.

No conjunto heterogêneo de valores que permeia a normativa constitucional é preciso identificar elementos agregadores, aptos a sanar as contradições terminológicas, que, numa Constituição que se pretende única, compatibilize todo o texto. Esses elementos são os princípios fundamentais, que devem nortear toda a interpretação do texto constitucional, estabelecendo “as necessárias coligações entre norma e norma, entre instituto e instituto”²⁷³. Não sendo possível estabelecer-se a centralidade de uma norma em relação à outra, há que se buscar a interpretação que não apenas melhor realize o seu texto, mas também o torne legítimo à luz de todo o ordenamento. Nas palavras de Pietro Perlingieri, “A solução a cada controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas à luz de todo o ordenamento, em particular dos seus princípios fundamentais, como escolhas de fundo que o caracterizam.”²⁷⁴

A interpretação da norma que cuida da família, sob pena de se tornar desconectada do sistema como um todo, deve ser compatibilizada com todos os princípios constitucionais vigentes para reconhecer como espécie familiar a união afetiva entre pessoas que buscam uma comunhão de vida e o pleno desenvolvimento de suas personalidades no seio desse grupo, independentemente da orientação sexual ou da semelhança ou distinção de sexos. Este é o caminho apto a viabilizar a unicidade constitucional.

²⁷²ARRIBAS, Santiago Cañamares. **El matrimonio homosexual en derecho español y comparado**. Madrid: Iustel, 2007, p. 40.

²⁷³PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**, *cit.*, p. 176.

²⁷⁴PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**, *cit.*, p. 174-175.

Luís Roberto Barroso, habilmente, propõe, caso impossível o reconhecimento desses direitos através da aplicação direta do artigo 1.723 do CCB/2002, que se faça a aplicação analógica do mesmo dispositivo para conferir aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, convivendo na chamada união homoafetiva, os mesmos direitos reconhecidos para os conviventes em união estável. Justifica sua posição com a pretensão de completude do ordenamento, que não concebe a existência de situação juridicamente relevante que não encontre solução dentro do sistema. Busca-se uma integração do ordenamento.

Reconhecendo-se a existência de omissão normativa, aplicam-se os princípios interpretativos. Se os princípios da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas, estende-se a eles a mesma disciplina. Presentes os requisitos para utilização da analogia – a existência de situação de fato semelhante a outra para a qual não exista norma disciplinadora, cujos elementos essenciais motivam o mesmo tratamento jurídico –, aplicável será para os casos não regulados a mesma norma da união estável.

Já cabalmente demonstrada a existência de família, com as mesmas finalidades da formada pela união estável, apta a promover o desenvolvimento da dignidade de seus integrantes, esta é a norma aplicável, não bastando o reconhecimento da mera sociedade de fato, por se tratar de instituto afeto ao direito das obrigações.

2.5.4 Conclusões da doutrina brasileira

Maria Celina Bodin de Moraes, uma das primeiras estudiosas a tratar do assunto, defende o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como espécie de família, considerando, porém, que esta carece de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, pois a posição do parceiro homossexual não deve coincidir com a posição do cônjuge ou do companheiro²⁷⁵. Com fundamento no princípio da solidariedade social, deve-se reconhecer a união civil entre os parceiros, não abrangendo os demais familiares ou a possibilidade de filiação, porque neste último caso, sopesando-se o direito a ter filhos com o direito dos filhos, estes terão prioridade. Numa sociedade em que se reconhece o direito a uma identidade genética, a uma infância com respeito aos atributos da paternidade e maternidade, cultural e

²⁷⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 109-111.

juridicamente constitutivos da personalidade humana, não é possível a filiação por ambos os parceiros.

Gustavo Tepedino, na mesma linha da autora referida, aponta que a preservação da ordem pública constitucional – democrática, tolerante, igualitária, solidária e personalista – depende de uma interpretação não-restritiva do artigo 1.723 do CCB/2002, admitindo-se em seu espectro normativo as entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo e considerando-se inconstitucional a atuação das autoridades públicas ablativas desses núcleos familiares²⁷⁶. A isonomia constitucional estabelece que tais entidades familiares se submeterão à igualdade de tratamento em face da união estável entre homem e mulher, especificamente no que concerne às relações existenciais, patrimoniais e sucessórias entre os conviventes.

Luís Roberto Barroso²⁷⁷ defende a licitude das uniões homoafetivas, com fulcro no direito à privacidade, à intimidade, sendo papel do Estado o respeito à diversidade, o fomento à tolerância. O não-reconhecimento das uniões homoafetivas não beneficia em nenhuma medida as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor constitucionalmente protegido. A regra do artigo 226 da CRFB/1988, por sua vez, teve o papel de superar a discriminação feita às uniões não fundadas no casamento, sendo norma inclusiva de inspiração não-discriminatória.

Maria Berenice Dias defende a aplicação da analogia com fundamento nos princípios gerais do direito e, especialmente, nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, para aplicar às uniões homoafetivas os mesmos efeitos patrimoniais da união estável sempre que se caracterize que as duas pessoas têm vida em comum, caracterizada pelo amor e pelo respeito, cumprindo deveres de mútua assistência, numa comunhão de afetos em união pública, notória, com fidelidade e coabitação²⁷⁸.

Roger Raupp Rios sustenta a existência de um princípio geral de não-discriminação por orientação sexual como concretização do princípio jurídico da igualdade, seja na esfera da igualdade formal, seja na da igualdade material²⁷⁹. No primeiro caso, é consequência lógica da igualdade formal o tratamento idêntico, sem distinções em razão da orientação sexual, uma vez que as desigualdades só poderão ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em

²⁷⁶TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo, *cit.*, p. 116.

²⁷⁷BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**, *cit.*

²⁷⁸DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit.*, p. 181.

²⁷⁹RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**, *cit.*, p. 68-81.

indagação que, por pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal. O princípio da igualdade formal exige que se reconheça a qualidade de sujeito de direito em todos, independentemente de sua orientação sexual.

No segundo caso, da igualdade material, na determinação das características a serem levadas em conta no juízo de equiparação ou desequiparação para os fins da instituição de um tratamento jurídico, é necessário adentrar o conteúdo daquilo que se considera relevante, não havendo violação do princípio da igualdade somente diante de razão suficiente para o tratamento desigual. Fundamenta-se em Alexy, para quem a inexistência de razão suficiente para permitir tratamento desigual ordena tratamento igual; havendo essa razão, está ordenado o tratamento desigual. Toda diferenciação deve ter fundamento racional, pois, não havendo racionalidade entre o critério de diferenciação e a finalidade perseguida, surge o juízo arbitrário na fundamentação, e, portanto, a inconstitucionalidade do *discrímén*.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama reconhece a união homoafetiva como família sociológica, mas não como família jurídica, pois não é reconhecida como tal no texto constitucional²⁸⁰. Não será possível, por essa razão, a aplicação da analogia, seja com o casamento, seja com a união estável, para os fins da aplicação dos regramentos patrimoniais destas à união homoafetiva. Os efeitos aplicáveis às uniões homoafetivas são os de direito obrigacional, aplicando-se a sistemática da sociedade de fato, com incidência da Súmula 380 do STF, observando-se a mesma tendência existente para as relações companheiris anteriores a 1994 para se reconhecer a contribuição indireta como fonte geradora da sociedade de fato. É possível mesmo reconhecer o cabimento de indenização por serviços prestados, que reprime o enriquecimento sem causa, mas tem como alicerce a reparação da perda da assistência material prestada pelo outro parceiro durante o convívio, tendo nítida natureza alimentar.

Luiz Edson Fachin, como mencionado acima²⁸¹, defende a aplicação das leis reguladoras da união estável (Lei nº 8.971/1994 e Lei nº 9.278/1996) para disciplinar as uniões entre pessoas do mesmo sexo enquanto não sobrevier norma específica, de modo que se encontrem resultados que “sejam mais justos”²⁸².

Doutrinadores brasileiros de renome reconhecem a natureza familiar das uniões homoafetivas, pugnando pela extensão, aos que vivem nesta modalidade de união, os direitos tipicamente familiares. Este reconhecimento é mecanismo de concretização das normativa

²⁸⁰GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**, *cit.*, p. 554-558.

²⁸¹ Vide item 1.4

²⁸²FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**, *cit.*, p. 125.

constitucional de promoção da dignidade humana, numa sociedade livre, justa, solidária e igualitária, e que confere promoção a família na medida em que esta se apresenta como meio propício ao desenvolvimento sadio da personalidade de seus membros e, rigorosamente por isto, livre de preconceitos injustificados.

A jurisprudência tem caminhado, ainda que a passos lentos, na busca da concretização do comando constitucional, ponto a seguir examinado.

3 EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO HOMOAFETIVA

“Na guerra e no amor o primeiro é o dinheiro.”

Ramón de Campoamor y Campoosorio

(Poeta Espanhol – 1817-1901)

3.1 **Jurisprudência. Efeitos atribuídos pelos tribunais. Inadequação da aplicação da teoria da sociedade de fato**

3.1.1 O panorama nos tribunais

A despeito de todo o afirmado acima, a jurisprudência brasileira tem sido tímida no reconhecimento de direitos tipicamente familiares às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, mas ainda assim é possível reconhecer-se os avanços havidos. Ademais, cabe reconhecer à jurisprudência, nesta e em outras questões, o papel de vanguarda na solução de questões socialmente relevantes ainda não disciplinadas pelo legislador.

Destaca-se o TJ-RJ em 1989, ao reconhecer – o que naquele momento era um avanço – a divisão dos bens deixados pelo artista Jorge Guinle Filho ao seu parceiro de 17 anos de vida em comum²⁸³.

Desde então, a jurisprudência avançou significativamente em alguns pontos, como o previdenciário, mantendo-se o mesmo posicionamento, ou surgindo controvérsias relevantes em outros.

É possível sintetizar-se a posição jurisprudencial mais recente do seguinte modo:

- a) Impossibilidade de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo sob o *nomem iuris* de união estável, aplicando-se a ela a disciplina da sociedade de fato, com poucas exceções²⁸⁴.

²⁸³Ementa: “SOCIEDADE DE FATO – DISSOLUÇÃO PELA MORTE DE UM DOS SÓCIOS – PARTILHA DE BENS – ESFORÇO COMUM NA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO – HOMOSSEXUALISMO. Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais. Comprovada a conjugação de esforços para formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha. Isto, porém, não implica, necessariamente, em atribuir ao postulante 50% dos bens que se encontram em nome do réu. A divisão há de ser proporcional à contribuição de cada um. Assim, se os fatos e circunstâncias da causa evidenciam uma participação societária menor de um dos ex-sócios, deve ser atribuído a ele um percentual condizente com a sua contribuição” (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 1989.001.00731, 5ª CC, Rel. Des. Narcizo Pinto, julg. 08/08/1989. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 05 jun. 2009).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele *munus*, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados – arts. 1º e 9º da Lei nº 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido.²⁸⁵

b) Consequência lógica da aplicação da disciplina da sociedade de fato aos conviventes é a necessidade de demonstração da efetiva contribuição na formação do patrimônio para obtenção da partilha, a negativa do

²⁸⁴ Exceções são algumas decisões do TJ-RS que reconhecem o direito à partilha nos mesmos moldes do estabelecido para a união estável:
 “HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na constituição federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto a união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 598362655, 8ª CC, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julg. 01/03/2000. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 27 mar. 2009).
 “UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 70001388982, 7ª CC, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julg. 14/03/2001. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 01 maio 2009).
 “APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. Embora reconhecida na parte dispositiva da sentença a existência de sociedade de fato, os elementos probatórios dos autos indicam a existência de união estável. Partilha. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Caracterizada a união estável, impõe-se a partilha igualitária dos bens adquiridos na constância da união, prescindindo da demonstração de colaboração efetiva de um dos conviventes, somente exigidos nas hipóteses de sociedade de fato. Negaram Provitimento. (Segredo de Justiça)” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 70006542377, 8ª CC, Rel. Des. Rui Portanova, julg. 11/09/2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 01 maio 2009).
 Há também decisão do TJ-RJ aplicando analogicamente as regras da união estável à dissolução da união homoafetiva:
 “HOMOSSEXUALISMO – UNIÃO ESTÁVEL – SOCIEDADE DE FATO – DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE – PARTILHA DE BENS. Dissolução de sociedade e partilha de bens. Relação homossexual. Reconhecimento de união estável. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa e da igualdade entre todos. Uso da analogia autorizado pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Perseguição dos objetivos de construção de uma sociedade justa, com o bem de todos. Reconhecimento do direito como instrumento garantidor da paz social. Verificação de elementos característicos da união estável, excetuando-se a relação, homem/mulher. Direitos constituídos. Reforma da sentença. Provitimento do recurso. Precedente citado: TJ-RS – Ap. Cív. nº 70001388982, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julg. 14/03/2001” (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 2004.001.30315, 17ª CC, Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva, julg. 15/12/2004. Ementário: 16/2005, nº 11, 09/06/2005. Revista de Direito do TJERJ, v. 64, p. 235. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 23 jun. 2009).

²⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 502.995/RN, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 26/04/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=502995&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 23 out. 2008.

reconhecimento de direito a sucessão legítima e a tramitação da demanda no juízo cível.

Exemplificativas deste entendimento:

HOMOSSEXUALISMO. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO COMUM. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Civil e Processual Civil. Ação declaratória. Busca de reconhecimento de união estável entre homossexuais. Sentença de improcedência. Nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei nº 8.971/94, protegem a pretensão rebatida pela decisão apelada. O conceito de família não se estende a união entre pessoas do mesmo sexo. Não demonstrado o esforço comum, também não há que se falar em divisão de patrimônio ou de habilitação no inventário de um dos companheiros, falecido. Precedentes. Desprovemento do recurso.²⁸⁶

ARROLAMENTO DE BENS. UNIÃO HOMOSSEXUAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DE FAMÍLIA. NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS. A união entre pessoas do mesmo sexo não é considerada no direito pátrio como concubinato ou união estável, logo, não tem caráter de entidade familiar, mas não impede que a referida união possa configurar-se como sociedade de fato, de natureza civil, ao amparo do disposto no artigo 981 do Código Civil. Com efeito, as conseqüências jurídicas desse relacionamento de ordem afetivo/sexual e formação do patrimônio, em especial o direito à partilha de bens, em caso de vir a mesma a ser dissolvida pelo falecimento de um deles ou o rompimento espontâneo da relação que lhe deu origem, deverão ser dirimidas no Juízo Cível. A declaração de incompetência absoluta, com a determinação de remessa dos autos à justiça competente, acarreta a declaração de nulidade de todos os atos decisórios. RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DE FAMÍLIA.²⁸⁷

O TJ-RS foi o primeiro tribunal a proferir decisões reconhecendo a competência das Varas de Família para o julgamento da dissolução de união homoafetiva:

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS

²⁸⁶RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 2005.001.28033, 9ª CC, 1ª Ementa, Rel. Des. Renato Simoni, julg. 09/03/2006. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2008 – critério: homossexual. No mesmo sentido, sempre do TJ-RJ: Ap. Cív. nº 2006.001.08192, 4ª CC, 1ª Ementa, Rel. Des. Mario dos Santos Paulo, julg. 09/05/2006 Ap. Cív. nº 2006.001.07984, 1ª CC, 1ª Ementa, Rel. Des. Vera Maria Soares Van Hombeeck, julg. 19/04/2006; Ap. Cív. nº 2006.001.00660, 10ª CC, 1ª Ementa, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, julg. 07/02/2006; Ap. Cív. nº 2005.001.37591, 9ª CC, 1ª Ementa, Rel. Des. Marcus Tullius Alves, julg. 31/01/2006; Ap. Cív. nº 2005.001.37890, 2ª CC, 1ª Ementa, Rel. Des. Carlos Eduardo Passos, julg. 26/10/2005; Ap. Cív. nº 2005.001.28842, 10ª CC, 1ª Ementa, Rel. Des. Jose Geraldo Antonio, julg. 04/10/2005. Disponíveis em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2008.
Com menor rigor na consideração do esforço comum, pode-se mencionar a decisão também do TJ-RJ – Ap. Cív. nº 2005.001.22849 14ª CC. 1ª Ementa, Rel. Des. Ferdinando do Nascimento, julg. 11/04/2006. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2008.

²⁸⁷RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2006.002.17965, 6ª CC, 2ª Ementa, Rel. Des. Francisco de Assis Pessanha, julg. 07/11/2007. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2008. No mesmo sentido podem ser vistas as seguintes decisões do STJ: REsp. nº 148897/MG, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 10/12/1998; REsp. nº 773136/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andriighi, julg. 10/10/2006 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: set. 2008 / jun. 2009); do TJ-RJ: Ap. Cív. nº 2007.001.08140, 2ª CC, Rel. Des. Jesse Torres, julg. 11/04/2007; Ap. Cív. nº 2006.001.12436, 4ª CC, Rel. Des. Gabriel Zéfiro, julg. 21/11/2006; Ap. Cív. nº 2006.001.45903, 17ª CC, Rel. Des. Maria Inês Gaspar, julg. 13/09/2006 (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2008); do TJ-MG: Ap. Cív. nº 2.0000.00.465188-5/000 10ª CC, Rel. Des. Pereira da Silva, julg. 20/03/2007; Ap. Cív. nº 1.0480.03.043518-8/001, 17ª CC, Rel. Des. Márcia de Paoli Balbino, julg. 23/08/2007 (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2008).

DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido.²⁸⁸
 SOCIEDADE DE FATO. UNIÃO ENTRE HOMOSSEXUAIS. NULIDADE DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAMÍLIA. Segundo orientação jurisprudencial dominante nesta corte, as questões que envolvem uniões homossexuais devem ser julgadas nas Varas de Família, razão pela qual, deve ser desconstituída a sentença. É que a competência em razão da matéria é absoluta e a sentença prolatada por juiz incompetente é nula. Sentença desconstituída (SEGREDO DE JUSTIÇA).²⁸⁹

As decisões acima reproduzidas, que reconhecem a competência das Varas de Família para o julgamento do assunto, contrariam a jurisprudência do STJ, expressa abaixo:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis. Recurso especial conhecido e provido.²⁹⁰

Acerca da existência de direito sucessório, mais uma vez se destaca o TJ-RS pelo reconhecimento deste ao casal convivendo em união homoafetiva:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.²⁹¹

²⁸⁸RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AI nº 599.075.496, 8ª CC, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, julg. 17/06/1999. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 27 mar. 2009.

²⁸⁹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 70010649440, 7ª CC, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julg. 30/03/2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 11 jun. 2009.

²⁹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 323370/RS, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 14/12/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=323370&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 23 out. 2008.

²⁹¹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 70001388982, 7ª CC, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julg. 14/03/2001. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 27 mar. 2009. No mesmo sentido: “UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos as uniões homoafetivas impõe que a justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria” (segredo de justiça – 100 fls – d). (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Emb. Infr. nº 70003967676, 4º Gr. CC, Rel. Venc. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Rel. p/ Acórdão Des. Maria Berenice Dias, julg. 09/05/2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 27 mar. 2009).

- c) Negativa do direito à percepção de alimentos entre os ex-companheiros da união homoafetiva.

Decisão do TJ-RJ é taxativa quanto a este ponto:

RELAÇÃO HOMOAFETIVA. ALIMENTOS. VARA DE FAMILIA. UNIÃO ESTÁVEL. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA. IMPOSSIBILIDADE. Relação homoafetiva. Ação de alimentos. Competência. Vara de família. Analogia com a união estável. Impossibilidade. 1. As ações de alimentos cuja causa de pedir seja a relação homoafetiva, pretendendo equiparação por analogia com a união estável entre um homem e uma mulher, devem ser analisadas pelo juízo de família, considerando que não se está discutindo sociedade de fato. 2. No mérito, a equiparação da relação homoafetiva com a instituição da família não se mostra admissível enquanto o texto constitucional, bem como o direito infraconstitucional (art. 1.723 do C. Civil), referirem expressamente que a entidade familiar é formada por um homem e uma mulher. 3. A única semelhança que de princípio se pode apontar da relação homossexual com a família nascida do relacionamento entre pessoas de sexos diferentes, é o afeto. Mas o afeto, ainda que seja reconhecido pela doutrina moderna do direito de família como o elemento mais importante da relação familiar, ainda não é fonte por si só de obrigações. 4. Ainda assim, se a relação chegou ao fim, e portanto não há mais afeto, é impossível julgar a ação reconhecendo obrigação alimentar cuja fonte seria exatamente o afeto, inexistente a esta altura. Quando se desfaz um vínculo afetivo que resultou em família reconhecida pela ordem jurídica, como a decorrente do casamento ou da união estável, o que gera a continuidade do devedor de solidariedade é o vínculo jurídico, inexistente na relação homoafetiva. 5. Portanto, ainda que a relação entre as partes tenha se formado com base na liberdade e no afeto, hoje estão elas desavindas, sendo certo que não pode existir vínculo obrigacional sem fonte, que se resumem, na lição de Caio Mário, a duas: a vontade e a lei.²⁹²

Por outro lado, causando certa incompreensão na distinção de critérios, há decisão excludente do direito a alimentos pela constituição de nova união homoafetiva:

ALIMENTOS. RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL DA MULHER. COMPROVAÇÃO. PEDIDO DE EXONERAÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PRINCÍPIO DA ANALOGIA. Apelação Cível. Relação homoafetiva entre o ex-cônjuge mulher do apelado com companheira, comprovada nesta lide. Pedido do ex-cônjuge marido de sua exoneração de prestação alimentícia à ex-mulher por este motivo. Concessão pelo Juízo monocrático da exoneração obrigacional familiar requerida em tela, com fundamento no princípio da analogia, em face do disposto no artigo 1.708 do CC/2002 ("Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos"). Conhecimento e desprovimento do apelo.²⁹³

- d) Possibilidade de reconhecimento de direitos previdenciários aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, tal como para os casais heterossexuais convivendo em união estável.

²⁹²RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Ap. Cív. n° 2007.001.04634, 16ª CC, Rel. Des. Marcos Alcino A. Torres, julg. 24/04/2007. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2008. No mesmo sentido: RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Ap. Cív. n° 2006.001.09083, 12ª CC, Rel. Des. Nanci Mahfuz, julg. 01/11/2006. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2008; e ainda MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AI n° 1.0024.04.509018-0/001, 6ª CC, Rel Des. Manuel Saramago, julg. 27/09/2005. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2008.

²⁹³RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Ap. Cív. n° 2006.001.24129, 10ª CC, Rel. Des. Célio Geraldo M. Ribeiro, julg. 15/08/2006. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2008

UNIÃO ESTÁVEL. HOMOSSEXUALISMO. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. DESNECESSIDADE. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. PEDIDO DE PENSÃO POR MORTE DE UM DOS COMPANHEIROS. POSSIBILIDADE. § 7º, DO ART. 29, DA LEI 285/79. Companheiro homossexual de policial militar falecido em atividade, que pleiteia pensão previdenciária do IPERJ. Não há que se falar em nulidade somente porque o julgado não acolheu os embargos de declaração, entendendo inexistentes; os vícios apontados em decisão suficientemente fundamentada. Pedido juridicamente possível, desde que encontra leito no ordenamento jurídico, sendo certo que emerge dos autos prova robusta da vida em comum. Exegese do § 7º, do art. 29, da Lei nº 285/79. Desnecessidade de comprovação de dependência econômica. Precedente jurisprudencial. Provimento do recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido. Unânime.²⁹⁴

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRO. UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. SENTENÇA DECLARATÓRIA JUSTIÇA ESTADUAL. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 5º E 226, § 3º. LEI 8.213/91, ARTS. 16, I, E 74. LICC, ARTS. 4º e 5º. 1. A existência de duas sentenças antecedentes, uma proferida por Juiz Estadual e outra por Juiz Federal, amparadas por início suficiente de provas que confirmam o relacionamento entre os companheiros, torna desnecessária a produção de outras provas, permitindo o exame do mérito da pretensão. 2. A Constituição Federal reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º), porém, como o Direito é essencialmente dinâmico, deve acompanhar a evolução da própria sociedade, à qual dirigido. 3. Caracterizados relacionamentos entre homossexuais, resultando na chamada união homoafetiva, com intuito de constituição de família, evidenciam-se fatos que geram conseqüências jurídicas, uma vez que a Constituição Federal direciona que todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput), cabendo a adequação da situação fática perante o Direito, mediante a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais (art. 4º, LICC). 4. A existência de duas sentenças antecedentes, uma proferida por Juiz Estadual, reconhecendo o que chama de "união estável" entre os companheiros do mesmo sexo, amparada em início de prova material, e outra, proferida por Juiz Federal, reconhecendo que, apesar de não ser possível a união estável entre os companheiros do mesmo sexo, faz-se presente a vida em comum, coabitação, laços afetivos e divisão de despesas para efeito de dependência no plano de saúde, deixam evidenciado que, efetivamente, existia a união homoafetiva, com objetivo de constituição de família, cuja concepção modernamente deve ser adequada à realidade, observando-se que na aplicação da lei deverá prevalecer os fins sociais a que ela se dirige (art. 5º, LICC). 5. Segundo previsto na Lei nº 8.213/91, a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer (art. 74), sendo beneficiários, na condição de dependentes do segurado, a companheira e o companheiro (art. 16), sem a distinção de que devam ser de sexos opostos. 6. Apesar de não se tratar de união estável, como assim delinea a Constituição Federal, e independente do nome que a qualifique, ficou seguramente confirmada a união entre os companheiros de mesmo sexo, por mais de dez anos, com publicidade do relacionamento e evidenciado intuito familiar, caracterizada a dependência econômica que, aliás, é presumida entre companheiros (art. 16, § 4º, Lei nº 8.213/91), pelo que restam atendidos os requisitos legais para o reconhecimento do direito à pensão por morte. 7. Afastada questão de ordem e negado provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, tendo sido determinada a juntada de notas taquigráficas.²⁹⁵

No entanto, ao contrário do pacificado no STJ para a união estável, que dispensa a inscrição como beneficiário, no TJ-RJ há decisões para a união homoafetiva exigindo essa inscrição, sob pena de denegação da pensão.

²⁹⁴RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 2002.001.20831, 3ª CC, Rel. Des. Murilo Andrade de Carvalho, julg. 10/06/2003. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2008. No mesmo sentido: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 1.0024.05.750258-5/002, 7ª CC, Rel. Des. Belizário de Lacerda, julg. 04/09/2007. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2008.

²⁹⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ap. Cív. nº 2001.71.00.018298-6-RS, 5ª T., Rel. Des. Luiz Antonio Bonat, julg. 07/01/2008, decisão 04/12/2007, D. E. 07/01/2008. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 05 jun. 2009.

CIVIL. RITO ORDINÁRIO. RELACIONAMENTO ENTRE HOMENS HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO FALECIDO. PLEITO OBJETIVANDO A HABILITAÇÃO COMO PENSIONISTA. REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA DA DEVIDA INSCRIÇÃO COMO DEPENDENTE. DESCABIMENTO. RECURSO PROVIDO. Ainda que evidenciada, por longo tempo, a relação homossexual entre dois homens, a ela não se aplicam as disposições da Lei nº 8.971/94, sob alegação de existência de união estável. Sobretudo porque a Carta Magna, em seu artigo 226, estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, consignando no parágrafo 3º que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Esse preceito constitucional, pois, tem por escopo a união entre pessoas do sexo oposto e não elementos do mesmo sexo. Por outro lado, ausente comprovação da inscrição do autor como dependente do associado junto à ré para fins de recebimento do benefício ora pretendido (pensionamento *post mortem*), sendo certo, ademais, que não se confunde com aquele contratado às fls. 29 (proposta de pecúlio), mostra-se de rigor a improcedência do pedido.²⁹⁶

Curiosa é decisão do TJ-MG sobre a questão, reconhecendo à união homoafetiva direitos previdenciários, porém lhe negando o status de família.

UNIÃO HOMOAFETIVA – PENSÃO PARA O SOBREVIVENTE – POSSIBILIDADE LIMITADA À VERIFICAÇÃO DA DEPENDÊNCIA E DA MÚTUA COOPERAÇÃO EQUIPARAÇÃO À FAMÍLIA E À UNIÃO ESTÁVEL – IMPOSSIBILIDADE. Em tese, é possível o pedido de pensão pelo companheiro sobrevivente, no plano de pensão e previdência privada de que era titular o falecido, em razão da união de fato homoafetiva, cabendo a prova da dependência e demais requisitos. A união homoafetiva não se equipara aos conceitos de família e de união estável, contidos no art. 226, § 3º da CF e na Lei nº 9.287/96. V.v.: Pode a parte sobrevivente postular pensão e demais direitos correlativos, em razão de falecimento do companheiro de união homoafetiva, ao influxo do princípio constitucional da não-discriminação e por aplicação analógica do art. 226, § 3º, da CF, bem como do art. 1º da lei 9.278/96, atribuindo-se a tal união a mesma cidadania de relação familiar, o que não significa caracterizá-la como entidade familiar, mas, tão-só, dar-lhe um conteúdo de similaridade com o qual possa assegurar plenos direitos patrimoniais aos parceiros.²⁹⁷

e) Possibilidade de reconhecimento de dependência para fins de inclusão em benefício de assistência à saúde para casais formados por pessoas do mesmo sexo.

PROCESSO CIVIL E CIVIL – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF – UNIÃO HOMOAFETIVA – INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA – POSSIBILIDADE – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. – Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à minguada de prequestionamento. – 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

²⁹⁶MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 2006.001.59677, 3ª CC, Rel. Des. Antonio Eduardo F. Duarte, julg. 19/06/2007. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2008.

²⁹⁷MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 2.0000.00.503767-2/000, 17ª CC, Rel. Des. Luciano Pinto, julg. 02/06/2005. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=503767&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=homossexual&todas=&expresao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 30 out. 2008. Contudo, o mesmo TJ-MG tem decisão que nega a concessão do benefício previdenciário pela ausência de lei prevendo a hipótese (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 1.0145.02.012887-5/001, 2ª CC, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, julg. 07/06/2005. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2008.

confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.²⁹⁸

f) Possibilidade de adoção por casal convivendo em união homoafetiva.

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime (segredo de justiça).²⁹⁹

O TJ-MG tem sobre o assunto decisões em ambos os sentidos:

AÇÃO ORDINÁRIA – UNIÃO HOMOAFETIVA – ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRINCÍPIO DA IGUALDADE (NÃO-DISCRIMINAÇÃO) E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO – REQUISITOS PREENCHIDOS – PEDIDO PROCEDENTE. – À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. – O art. 226 da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. – A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.³⁰⁰

EMENTA: ENTIDADE FAMILIAR. UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. RECONHECIMENTO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DEPENDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA. PENSÃO POR MORTE. IMPOSSIBILIDADE. – A Constituição da República não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas as respectivas definições do art. 226. – A consagração do companheirismo como forma de dependência previdenciária atende os princípios da entidade familiar, revelada por

²⁹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 238715/RS, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 07/03/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=238715&b=ACOR>. Acesso em: 23 out. 2008.

²⁹⁹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 70013801592, 7ª CC, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julg. 05/04/2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 27 mar. 2009.

³⁰⁰MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. / Reexame Necessário nº 1.0024.06.930324-6/001, 7ª CC, Rel. Des. Heloisa Combat, julg. 22/05/2007. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=6&txt_processo=930324&complemento=1&seqencial=0&palavrasConsulta=homossexual&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 30 out. 2008.

união estável, não se admitindo pensão para pessoa do mesmo sexo, em consideração de união homossexual.³⁰¹

Ganhou notoriedade o TJ-RS por suas decisões reconhecendo a existência de união estável nas uniões homoafetivas³⁰², em especial as decisões de relatoria da então Desembargadora Maria Berenice Dias:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A **união** pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (segredo de justiça).³⁰³

Esclarecedora é a decisão do Desembargador Rui Portanova:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. SEPARAÇÃO DE FATO DO CONVIVENTE CASADO. PARTILHA DE BENS. ALIMENTOS. União homossexual: lacuna do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito. Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva. Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hétero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica. Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo, geram as mesmas conseqüências previstas na união estável.

³⁰¹MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. n° 1.0702.04.182123-3/001, 6ª CC, Rel. Des. Ernane Fidélis, julg. 08/04/2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=702&ano=4&txt_processo=182123&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=homossexual&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 30/10/2008.

³⁰²Cabe ressaltar que mesmo no TJ-RS é possível encontrar decisões negando reconhecimento à união homoafetiva como espécie de família, a exemplo da que se segue: “APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. Ação declaratória de união homoafetiva, cumulada com habilitação em inventário. Descabimento. Entidade familiar. Não caracterização. Inteligência dos arts. 226, § 3º, da CF e 1.723 do CC. Sentença mantida por seus fundamentos. Apelação desprovida por maioria.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. n° 70024885337, 7ª CC, Rel. Des. Vasco Della Giustina, julg. 17/12/2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 25 maio 2009.

³⁰³RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. n° 70012836755, 7ª CC, Rel. Des. Maria Berenice Dias, julg. 21/12/2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 06 mar. 2009. No mesmo sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Emb. Infr. n° 7001120573, 4º Gr. CC, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julg. 10/06/2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 maio 2008.

Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade a pessoa que são. A união homossexual no caso concreto. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC) e demonstrada a separação de fato do convivente casado, de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha dos bens, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. Deram parcial provimento ao apelo. (Segredo de Justiça).³⁰⁴

No que tange à possibilidade de julgamento de demandas reconhecendo a existência união homoafetiva, decisão recente do STJ, em sede liminar, reconheceu a possibilidade jurídica do pedido³⁰⁵ – posicionamento este já adotado anteriormente pelo TJ-RS³⁰⁶.

O Tribunal Superior Eleitoral decidiu pelo reconhecimento da inelegibilidade da convivente em parceria estável com a então prefeita, com a aplicação do dispositivo inserto no artigo 14, parágrafo 7º da CRFB/1988, que a jurisprudência pacífica já aplicava às hipóteses de união estável. Equiparou, para estes fins, a união estável às uniões duradouras entre pessoas do mesmo sexo³⁰⁷.

Tramitaram no STF as ADIs nº 3.299 e nº 3.300, ambas propostas pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo e pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo em 13 de setembro de 2004. A ADI nº 3.299 teve por objeto o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 235, inserido no Cap. VII, “Dos Crimes Sexuais”, do Decreto-Lei nº 1.001/1969 (Código Penal Militar)³⁰⁸. A ADI nº 3.300 teve por objeto o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº

³⁰⁴RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 70021637145, 8ª CC, Rel. Des. Rui Portanova, julg. 13/12/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 25 maio 2009.

³⁰⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 820.475/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Felipe Salomão, publ. DJ 06.10.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

³⁰⁶“APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. Afastada carência de ação. Sentença desconstituída para o devido prosseguimento do feito” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. Cív. nº 70005733845, 2ª CEC, Rel. Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, julg. 20/03/2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 27 mar. 2009).

³⁰⁷“REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REsp. nº 24.564/PA, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julg. 01/10/2004. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/servicos_online/catalogo_publicacoes/revista_eletronica/internas/rj17_1/paginas/acordaos/rec24564.htm>. Acesso em: 26 jun. 2009).

³⁰⁸“Art. 235. Praticar, ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena – detenção, de seis meses a um ano” (BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/de11001.htm>>. Acesso em: 28 maio 2009).

9.278/1996³⁰⁹, que regula o parágrafo 3º do artigo 226 da CRFB/1988. Ambas apresentam como fundamento, em síntese, o fato de que a subjetivização dos direitos fundamentais lhes confere status capaz de não permitir considerar legítima a ordem jurídica que não assegure ao cidadão as liberdades e os direitos de igualdade. No caso específico da ADI 3.299, é criminoso todo aquele que externar sua opção sexual homossexual, o que não ocorre quando o militar externa a opção heterossexual. No ordenamento jurídico pátrio, o direito à igualdade proíbe a regulação desigual de fatos iguais. Necessário se faz estabelecer em que medida casais heterossexuais e homossexuais se igualam na formação da família.

O critério apresentado é a verificação de quais são os elementos essenciais (ou relevantes) e os não-essenciais na norma concessiva do direito, pois o direito à igualdade proíbe tratamento desigual para o essencialmente igual. Utilizando o princípio interpretativo da efetividade dos direitos fundamentais, corolário do princípio da força normativa da Constituição na teoria de Friedrich Muller, em que os direitos fundamentais devem ser interpretados extensivamente, conjuga-se o artigo 5º, inciso I com o artigo 3º, inciso IV da CRFB/1988 para concluir que são não-essenciais na concessão de direitos as características como raça, sexo, cor, idade, utilizando-se ainda a fórmula genérica para abarcar qualquer outra hipótese de discriminação. A interpretação da discriminação por orientação sexual está, portanto, abarcada pela vedação à discriminação por sexo.

Rejeita-se a justificativa de que o princípio da igualdade não resta ferido quando a vedação do acesso ao direito se faz tanto ao homossexual masculino quanto ao feminino, pois não se justifica uma discriminação com outra, e apresentam-se os *leading cases* americano e canadense que estabelecem essa impossibilidade³¹⁰.

Concluem os autores da ADI nº 3.300 que a interpretação a ser feita é aquela que conjuga o artigo 5º caput, com seu parágrafo 3º e o inciso IV do artigo 4º da CRFB/1988, que veda a discriminação por orientação sexual, juntamente com os dispositivos constitucionais que tratam de pensão por morte sem permitir qualquer espécie de discriminação, o que seria “o suficiente para reconhecer a instituição da união estável aos homossexuais”³¹¹. Tal

³⁰⁹Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família” (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.278**, *cit.*).

³¹⁰A inicial menciona as decisões da Suprema Corte do Canadá (*Symes v. Canadá*, 1993), onde se assentou que uma discriminação não pode ser justificada apontando-se para outra; e da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Loving v. Virginia*, 1967), que rejeitou a tese da inexistência de discriminação pelo fato de a lei permitir a todos da mesma raça o casamento e proibir, também a todos, o casamento inter-racial.

³¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.300, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3300&processo=3300>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

entendimento é possível segundo o princípio da unidade da Constituição, porque não há norma excluindo expressamente os casais homossexuais da união estável. Nem mesmo a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais seria apta a justificar a exclusão desse direito aos homossexuais porque, segundo os demandantes, tal restrição somente é cabível quando de acordo com o princípio da proporcionalidade. É plausível a restrição até onde resulte apropriado, necessário e proporcional em sentido estrito, em ordem à consecução de um fim justificável de interesse público formulado pela lei limitadora. Ou seja, é preciso que a limitação tenha por finalidade a proteção de outro direito fundamental.

Ambas as demandas foram extintas sem julgamento do mérito por seus Relatores. O Ministro Carlos Velloso, Relator da ADI nº 3.299, extinguiu a demanda pela impossibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de norma anterior à CRFB/1988. O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da recepção. Norma anterior à Constituição ou é revogada com o advento desta, sendo retirada por completo do ordenamento, ou está recepcionada, porque compatível com a nova Carta, descabendo a discussão de sua constitucionalidade por meio de controle concentrado.

No caso da ADI nº 3.300, o Relator, Ministro Celso de Mello, o fez ao fundamento de que a norma cuja inconstitucionalidade era pretendida havia sido derogada pelo artigo 1.723 do CCB/2002³¹². Não é possível o controle abstrato de norma revogada. Aduz o Relator que tampouco seria possível pretender a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 226 da CRFB/1988 por ser impossível o controle pelo STF de norma constitucional originária. Indica ele que, para a tutela dos direitos fundamentais apontados na inicial, seria cabível o ajuizamento de ação de descumprimento de preceito fundamental.

Relevante foi a decisão do Ministro Marco Aurélio na relatoria da Pet nº 1.984/RS:

DECISÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TUTELA IMEDIATA – INSS – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE – COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL – EFICÁCIA ERGA OMNES – EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – SUSPENSÃO INDEFERIDA.

1. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na peça de folha 2 a 14, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal. O requerente alega que, por meio do ato judicial, a que se atribuiu efeito nacional, restou-lhe imposto o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo sexo como companheiros preferenciais. Eis a parte conclusiva do ato (folhas 33 e 34): Com as considerações supra, DEFIRO MEDIDA LIMINAR, de abrangência nacional, para o fim de determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que: a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16, I, da Lei nº 8.213/91); b) possibilite que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita diretamente nas dependências da Autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso; c) passe a processar e a deferir os pedidos de

³¹² “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.406**, *cit.*).

pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei nº 8.213/91 e art. 22 do Decreto nº 3.048/99). Fixo o prazo de 10 dias para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 461, § 4o, do Código de Processo Civil. Entendo inviável determinação do modo como procederá o INSS para efetivar a medida, consoante postulado pelo parquet (item 14, alínea "d"), porquanto configuraria indevida ingerência na estrutura administrativa da entidade. O requerente esclarece que encaminhou a suspensão, inicialmente, ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 4a Região e, diante do indeferimento do pleito, vem renová-lo nesta Corte, à luz do artigo 4o da Lei nº 8.437/92, com a redação da Medida Provisória nº 1.984-16, fazendo-o ante a natureza constitucional do tema de mérito em discussão. Assevera que a decisão fere a ordem e a economia públicas. Quanto à primeira, aduz que o ato "possibilita que qualquer pessoa se diga companheiro de pessoa de mesmo sexo e solicite o benefício" (folha 4), prejudicando o funcionamento da máquina administrativa, em face da ausência de fixação de critérios. Argúi, em passo seguinte, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor a demanda, ao argumento de que o direito envolvido é individual. Registra: "o gozo de benefício previdenciário não é interesse difuso ou coletivo a ser tutelado por ação civil pública" (folha 5). Além disso, ressalta a impossibilidade de conceder-se, à liminar, abrangência nacional, na medida em que os artigos 11 e 110 da Lei nº 5.010/66 e 16 da Lei nº 7.347/85 "restringem a eficácia erga omnes inerente à decisão de procedência em ação civil pública aos limites territoriais da jurisdição do órgão prolator da decisão" (folha 7). A favor desse entendimento, evoca precedente desta Corte. Sustenta a violação ao princípio da separação dos Poderes, apontando que a Juíza substituiu o Congresso Nacional ao reconhecer a união estável ou o casamento entre homossexuais. A lesão à economia pública decorreria do fato de não se ter estabelecido a fonte de custeio para o pagamento do benefício, o que acabaria por gerar desequilíbrio financeiro e atuarial. O ministro Carlos Velloso, então Presidente da Corte, determinou a remessa dos autos à Procuradoria Geral da República, seguindo-se o parecer de folha 89 a 96, em torno do deferimento do pleito de suspensão. O Advogado-Geral da União manifestou-se por meio da peça de folhas 98 e 99. Defende o legítimo interesse da União para ingressar no feito, na qualidade de assistente simples, por ser responsável pelo financiamento do déficit da Previdência Social. O pedido de ingresso restou atendido à folha 98. Em despacho de folha 100, o INSS foi instado a informar se interpôs agravo à decisão, proferida pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 4a Região, que implicara o indeferimento da suspensão. Positiva a resposta da autarquia, sobreveio o despacho de folha 165, mediante o qual foram requisitadas cópias dos acórdãos para anexação ao processo. Desta providência, desincumbiu-se o requerente, conforme se depreende dos documentos de folha 172 a 203. Em 5 de junho de 2001, chamei o processo à ordem e determinei, à luz do princípio do contraditório, fosse dado conhecimento desta medida ao autor da ação civil pública (folha 215). Na defesa de folha 223 a 259, além de aludir-se ao acerto da decisão impugnada, aponta-se a ausência de dano à ordem ou à economia públicas. O Procurador-Geral da República, no parecer de folhas 426 e 427, reitera o pronunciamento anterior. Diante da passagem do tempo, despachei, à folha 429, a fim de que fossem prestadas informações sobre a Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0. O requerente noticia, à folha 451, haver sido julgado procedente o pedido formulado na ação, interpondo-se a apelação, recebida no efeito devolutivo, por isso persistindo o interesse na suspensão. Instei, então, o Instituto a aditar, querendo, o pedido, trazendo aos autos o inteiro teor da sentença proferida. Daí o aditamento de folha 471 a 474, com a notícia de que a peça encontra-se da folha 351 à 423.

2. Extraem-se da Constituição Federal algumas premissas: a – as ações, medidas e recursos de acesso ao Supremo Tribunal Federal nela estão previstos ante a competência definida no artigo 102; b – em se tratando de recurso, tal acesso pressupõe o esgotamento da jurisdição na origem – artigo 102, incisos II e III. Soma-se a esse balizamento outro dado muito importante: de acordo com a jurisprudência reiterada, apenas se admite a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação cautelar que vise a imprimir eficácia suspensiva a certo recurso, uma vez não só interposto, como também submetido ao crivo do juízo primeiro de admissibilidade, verificando-se, neste último, a devolução da matéria. Então, há de considerar-se como sendo de excepcionalidade maior a possibilidade de chegar-se à Suprema Corte por meio de pedido de suspensão de medida liminar, sentença ou acórdão – procedimento que ganha contornos de verdadeira ação cautelar –, e, mesmo assim, diante do que, até aqui, está sedimentado acerca da admissibilidade da medida. Tanto quanto possível, devem ser esgotados os remédios legais perante a Justiça de origem, homenageando-se, com isso, a organicidade e a dinâmica do próprio Direito e, mais ainda, preservando-se a credibilidade do Judiciário, para o que mister é reconhecer-se a valia das decisões proferidas, somente atacáveis mediante os recursos pertinentes. Estes, por sinal, viabilizam a almejada bilateralidade do processo, o tratamento igualitário das partes, o que não ocorre com a suspensão de liminar, segurança, tutela antecipada ou qualquer outra decisão. Consubstancia a

medida tratamento diferenciado, somente favorecendo as pessoas jurídicas de direito público. Nisso, aqueles que a defendem tomam-na como a atender interesse coletivo, mas deixam de atentar para a dualidade entre o interesse coletivo primário, a beneficiar todos, e o interesse coletivo secundário, ou seja, os momentâneos e isolados da Administração Pública, sempre sujeitos aos ares da política governamental em curso. Assim, toda e qualquer norma ordinária que enseje o acesso direto e com queima de etapas ao Supremo Tribunal Federal deve ser aplicada com a cabível cautela. A aferição da tese conducente à suspensão quer de liminar, de tutela antecipada ou de segurança não prescinde do exame do fundamento jurídico do pedido. Dissociar a possibilidade de grave lesão à ordem pública e econômica dos parâmetros fáticos e de direito envolvidos na espécie mostra-se como verdadeiro contra-senso. É potencializar a base da suspensão a ponto de ser colocado em plano secundário o arcabouço normativo, o direito por vezes, e diria mesmo, na maioria dos casos, subordinante, consagrado no ato processual a que se dirige o pedido de suspensão. Não há como concluir que restou configurada lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, fazendo-o à margem do que decidido na origem, ao largo das balizas do ato processual implementado à luz da garantia constitucional de livre acesso ao Judiciário. Na prática de todo e qualquer ato judicante, em relação ao qual é exigida fundamentação, considera-se certo quadro e a regência que lhe é própria, sob pena de grassar o subjetivismo, de predominar não o arcabouço normativo que norteia a atuação, mas a simples repercussão do que decidido. Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes – inciso V do artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria. Sob o ângulo da tutela, em si, da eficácia imediata da sentença, sopesaram-se valores, priorizando-se a própria subsistência do beneficiário do direito reconhecido. É certo que restou salientada a eficácia da sentença em todo o território nacional. Todavia este é um tema que deve ser apreciado mediante os recursos próprios, até mesmo em face da circunstância de a Justiça Federal atuar a partir do envolvimento, na hipótese, da União. Assim, não parece extravagante a óptica da inaplicabilidade da restrição criada inicialmente pela Medida Provisória nº 1.570/97 e, posteriormente, pela Lei nº 9.497/97 à eficácia *erga omnes*, mormente tendo em conta a possibilidade de enquadrar-se a espécie no Código de Defesa do Consumidor.

3. Indefiro a suspensão pretendida.

4. Publique-se.

Brasília, 10 de fevereiro de 2003.

Ministro MARCO AURÉLIO – Presidente³¹³

Cabe destacar, por fim, a tramitação da ADPF nº 132³¹⁴, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, requerendo seja reconhecida a possibilidade de se incluir no rol dos servidores com direito ao gozo dos benefícios estendidos aos familiares aqueles que vivem em união homoafetiva, estendendo a estes últimos os mesmos direitos reconhecidos aos casais heterossexuais que vivem em união estável.

³¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet nº 1.984/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 10/02/2003, publ. DJ 20/02/2003, p. 24. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(pet1.984-9\)naos.pres.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(pet1.984-9)naos.pres.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 19 jul. 2009.

³¹⁴Petição inicial in **Sociedade Brasileira de Direito Público**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/312_Peticiao%20inicial%20ADPF%20132.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2009.

Administrativamente, o STF já reconhece direitos aos seus servidores que convivem em união homoafetiva estável, mais especificamente o de incluir os parceiros como dependentes do plano de saúde do Tribunal, o STF Med. A disciplina ocorreu no Ato Deliberativo nº 27/2009 do STF³¹⁵.

O que se tem visto na jurisprudência de modo geral é a utilização da mesma sistemática de sociedade de fato aplicada aos que viviam em união estável antes do advento da Lei nº 8.971/1994. Ana Carla Harmatiuk apresenta senões a essa transferência de sistema, afirmando que muitas das soluções então encontradas não se adéquam às necessidades das uniões homoafetivas em razão das distinções naturais entre os casos³¹⁶. A indenização por serviços prestados, por exemplo, não terá a mesma importância que para as uniões estáveis, porque nas famílias heterossexuais é comum encontrar-se a divisão de tarefas entre seus membros em função do sexo, cabendo à mulher as tarefas domésticas. Tal situação tende a se encontrar mais equilibrada nas uniões homoafetivas por não existir qualquer função ‘natural’ de um dos parceiros.

3.1.2 A inadequação de instrumento obrigacional como disciplinador de situações existenciais

A disciplina das relações jurídicas derivadas de uniões entre pessoas do mesmo sexo tem sido efetivada através da aplicação da teoria da sociedade de fato. Cuida-se de tais uniões como sociedades constituídas para a obtenção de lucro entre os sócios da sociedade – hipótese típica de adoção de um instituto de direito patrimonial para regular relação indubitavelmente de caráter existencial: a relação familiar.

A utilização da sistemática do direito subjetivo não se coaduna com a disciplina de questões existenciais. Pietro Perlingieri já evidenciou este problema, afirmando ser necessária a formação da disciplina adequada à tutela das relações existenciais. Tal como na hipótese da família derivada de união homoafetiva, a utilização do recurso da sociedade de fato, hipótese típica de relação jurídica patrimonial, em que a dualidade sujeito–objeto se faz presente, não

³¹⁵STF oficializa as uniões homoafetivas **Notícias STF**, 6 jul. /2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110604&caixaBusca=N>> e ainda em **Espaço Vital**, 7 jul. 2009. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=15251>. Acesso em: 3 jul. 2009.

³¹⁶MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**, *cit.*, p. 80.

se coaduna com a lógica da formação familiar, de tutela da família como mecanismo de promoção dos seus integrantes, sem que se estabeleça a bilateralidade direito–dever.

A estrutura do direito subjetivo, tradicionalmente conceituado como poder atribuído à vontade para a defesa de um interesse juridicamente protegido, é esquema formatado para a disciplina de situações patrimoniais. No entanto, ante a inexistência de sistemática própria para a disciplina de situações existenciais, sempre foi utilizada a fórmula do direito subjetivo para toda e qualquer situação subjetiva que buscava tutela no ordenamento.

A crise do direito subjetivo se apresentou. A até então sólida formação do direito subjetivo, carregado com sua formação binária direito–dever, mostrou-se insuficiente à tutela das relações não-patrimoniais. Restou evidenciado que as relações jurídicas não se resumiam a um sujeito que sofria consequências favoráveis (direito), contraposta à situação de outro que sofria as consequências desfavoráveis (dever), mas existe sempre uma situação jurídica complexa na qual direitos e deveres são postos em ambos os lados.

A crise foi maior; consistiu numa mudança estrutural do direito civil. Este passou de direito privado, destinado a tutelar exclusivamente o patrimônio, com seu ápice na autonomia da vontade (elemento absoluto na disciplina das relações civis), para o direito civil-constitucional, vinculado aos valores e princípios estabelecidos na Constituição como fundantes do ordenamento, ou seja, como normas integrantes do ordenamento, em que a Constituição se apresenta como hierarquicamente superior às demais. Isto importou uma mudança na leitura do próprio Código Civil, que deixou de ser o centro do direito privado para se tornar norma submetida à Constituição, orientada a concretizar os princípios e valores postos nesta³¹⁷.

O valor máximo na CRFB/1988 é a dignidade da pessoa humana. As normas do ordenamento jurídico brasileiro deverão ser interpretadas de modo a concretizar este princípio, possibilitando a cada pessoa o desenvolvimento de sua personalidade segundo suas opções de vida digna, seus desejos e planos de desenvolvimento pessoal. Caberá à lei civil proporcionar os meios desse desenvolvimento.

Mostrou-se insuficiente, portanto, a utilização de esquemas e estruturas tipicamente patrimoniais, únicos existentes no direito civil clássico, fruto da ideologia liberal oitocentista. Situações existenciais exigem tutela em esquemas diferenciados daqueles idealizados para

³¹⁷Sobre a questão, afirmou Pietro Perlingieri: “A Constituição da República assumiu, em relação a este problema, uma posição diversa. Uma coisa é ler o Código naquela ótica produtivista, outra é ‘relê-lo’ à luz da opção ‘ideológico-jurídica’ constitucional, na qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, *cit.*, p. 4-5).

direitos patrimoniais. Os valores protetores de cada um desses tipos de direito são distintos, os objetivos são distintos, exigindo formas de proteção distintas.

A tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento. Eles não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo fora da comunidade na qual vive, mas, antes, como instrumentos para construir uma comunidade que se torna, assim, o meio para a sua realização. Ao conceber a comunidade em função do homem, e não ao contrário, é possível encontrar, mesmo ao nível constitucional, uma hierarquia de valores e de interesses que as comunidades se propõem a alcançar e realizar. Não se pode restringir o valor da comunidade somente à dimensão sociológica, dado que ela tem relevância também jurídica.³¹⁸

A união entre pessoas do mesmo sexo numa comunhão de vida assemelhada ao casamento e à união estável, com intenção de constituir família, merece uma disciplina apropriada ao seu caráter de relação jurídica existencial. A família pode se constituir através de múltiplos arranjos, segundo estabelece o texto constitucional, sem a mesma rejeição enfrentada no passado, porque, como aponta Paulo Luiz Netto Lobo, estabelecida com maior respeito à dignidade profissional da mulher e com maior dedicação aos filhos, o que levou a menor taxa de fecundidade, sendo seus membros vistos, uns em relação aos outros, em suas dimensões pessoais e em comunhão de afetos³¹⁹.

Com tais mudanças, perde razão a manutenção dos interesses patrimoniais à frente dos direitos de família, puros ou patrimoniais. É absolutamente inadequada a disciplina puramente patrimonial da sociedade de fato. Relações familiares são relações subjetivas complexas, que envolvem direitos não previstos e não tutelados na sistemática patrimonial da sociedade de fato. Ensina o Professor Perlingieri:

A obrigação contraída no interesse da família representa, de forma significativa, a relevância do perfil funcional e teleológico sobre a individuação da disciplina da relação e ao mesmo tempo um ponto ideal de relação entre a teoria das obrigações e a ordem pública constitucional em matéria familiar.³²⁰

Para adequar a teoria das obrigações às necessidades funcionais e teleológicas das relações familiares, Paulo Lobo defende a repersonalização das relações familiares, a restauração da primazia da pessoa nas relações familiares, garantia da realização da afetividade e de sua dignidade, como condição primeira de adequação do direito à

³¹⁸PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, *cit.*, p. 38-39.

³¹⁹LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**, *cit.*

³²⁰PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, *cit.*, p. 272.

realidade³²¹. É essa, segundo o autor, a realização da dignidade de seus membros como pessoas humanas concretas, do humanismo que só se constrói na solidariedade com o outro.

Como visto, há posicionamentos no sentido de se tratar as uniões homoafetivas como sociedades de fato e no sentido de se aplicar analogicamente as regras da união estável. Ana Carla Harmatiuk aponta as consequências de emprego analógico das regras da união estável, tais como o reconhecimento da competência das varas de família, o uso do nome do outro parceiro, a dependência para fins de imposto de renda e INSS e mesmo a frequência a clube social – consequências próprias da *affectio maritalis*³²². Concorda ela com este último posicionamento em razão da maior proximidade das realidades, com atenção às especificidades das famílias homoafetivas, de modo a se tutelarem os aspectos existenciais que lhe são peculiares.

Essa autora pondera que a função do contrato, destinado a aspectos financeiros e econômicos das dinâmicas de circulação de patrimônio, afasta-se do cerne da união entre homossexuais, laço “composto por afeto, amor e solidariedade na convivência, entre outros”³²³.

A permanência da utilização do esquema patrimonial do direito subjetivo para a disciplina de situação jurídica existencial da entidade familiar, da união de pessoas baseada na afetividade com intenção de constituir família, consiste em verdadeira degradação das pessoas envolvidas nessas relações. Trata-as como sujeitos jurídicos de menor valor, não dignos da mesma proteção que outros em situação jurídica semelhante, em que a única distinção é o fato de sua formação familiar estar expressamente prevista em lei. Estabelecer que situações jurídicas existenciais tornam a pessoa um sujeito de direito de segunda classe pela simples inexistência de previsão expressa é privilegiar o patrimônio e o formalismo em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Descabido, ainda, é o argumento de que, à falta de norma expressa, a suposta lacuna impede a adoção de outros esquemas para a tutela dessas relações jurídicas. Essa discussão a respeito da lacuna do ordenamento já foi enfrentada com maestria por Norberto Bobbio, segundo o qual a norma apresenta lacunas, mas o ordenamento não³²⁴. Este tem a pretensão de completude e, na presença da lacuna da norma, outros elementos, como os princípios,

³²¹LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**, *cit.*

³²²MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**, *cit.*, p. 86-89.

³²³*Ibid.*, p. 124.

³²⁴BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: EdUnB, 1999, p. 32.

preencherão a lacuna. O ordenamento pode não ser completo, mas suas 'ausências'/lacunas são integradas por elementos encontrados no próprio sistema, através dos métodos de integração da ordem jurídica. As lacunas existentes no ordenamento são as chamadas lacunas ideológicas, consistentes na inexistência de critérios válidos para decidir a norma incidente no caso. A inexistência de norma justa deriva da comparação entre o ordenamento como ele é e como deveria ser. Mas ao intérprete do direito é relevante a inexistência de norma específica para determinado caso concreto, cuja disciplina será aquela escolhida pelo intérprete, quando existir norma geral inclusiva ao lado da norma geral exclusiva e o caso concreto puder ser resolvido por qualquer das duas. São os métodos de integração mencionados os critérios dessa escolha, dentre os quais está a interpretação constitucional.

3.2 Efeitos da classificação como espécie de família. Regime de bens e efeitos sucessórios

A definição da união entre pessoas do mesmo sexo como espécie de família trará aos integrantes desse tipo de união relevantes modificações de consequências patrimoniais. A divisão do patrimônio comum, formado pelo esforço conjunto dos parceiros, na convivência e na dedicação diária na comunidade por eles formada, é algo absolutamente distinto do regime de bens instituído pelo casamento ou pela união estável. O que se confere hoje aos parceiros em união homoafetiva é, apenas e tão somente, uma divisão dos bens tal como numa sociedade comercial.

O reconhecimento da união homoafetiva como espécie de família implica automaticamente o reconhecimento de direitos já admitidos pela jurisprudência, tais como direitos previdenciários e a bens de família, mas também importa na concessão de direitos veementemente rejeitados pela doutrina e pela jurisprudência até o momento, tais como alimentos, meação com presunção de colaboração dos bens adquiridos na constância da união e direitos hereditários.

A inexistência de norma infraconstitucional regulamentadora dessas questões não será óbice à concessão dos direitos, pois admitir-se o condicionamento da eficácia da norma constitucional que tutela a família à edição de norma infraconstitucional regulamentadora significa atribuir à norma infraconstitucional hierarquia superior à da norma constitucional.

Ademais, a aplicação direta da norma constitucional às situações subjetivas por ela tuteladas na inexistência de norma infraconstitucional é realidade inegável e decorre da supremacia da Constituição e da completude do ordenamento jurídico, que tem como consequência natural a integração das lacunas normativas através dos princípios e valores constitucionais.

A discussão, portanto, está voltada para os critérios de divisão do patrimônio amealhado na constância da união, o direito a alimentos e os direitos hereditários na condição de herdeiro legítimo³²⁵.

Curiosamente, autores declaradamente contrários à admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo reconhecem a inadequação da utilização de instrumentos puramente patrimoniais para a solução de questões atinentes às uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Azpiri afirma que uniões entre homossexuais são muito diferentes das entre heterossexuais, mas não é impossível a formação de família por tais espécies de união; por tais razões, quando a questão é de índole patrimonial, não existe razão de fundo que impeça a aplicação dos mesmos princípios jurídicos utilizados para solucionar conflitos nas uniões heterossexuais³²⁶. A distinção, para esse autor, é exigida apenas em relação ao tratamento das questões puramente pessoais.

Graciela Medina, igualmente contrária ao reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, afirma que é possível reconhecer como espécie de família a união entre pessoas do mesmo sexo. Em sendo família, tem direito à proteção com base nestes institutos, ainda que não compreendidos nesse âmbito aqueles atinentes exclusivamente ao casamento³²⁷.

As uniões homoafetivas são caracterizadas pela informalidade, e, quando presentes a estabilidade, a publicidade – ou ostensibilidade, para Paulo Luiz Netto Lôbo, ou notoriedade, nas palavras de Guilherme Calmon –, a continuidade e a intenção de constituir família, devem ser a elas aplicadas as mesmas regras formuladas para as uniões estáveis. Assim se deve fazer, seja para considerar as próprias uniões homoafetivas como uniões estáveis, seja para o estabelecimento de que este *nomen iuris*, união estável, para se compatibilizar com o texto constitucional, deverá ser aplicado apenas para uniões heterossexuais. Mesmo nesta segunda hipótese, se reconhecida apenas com o nome de união homoafetiva, a disciplina, enquanto não

³²⁵Cabe lembrar que Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em não reconhecendo a união homoafetiva como espécie de família, não considera o parceiro como herdeiro legítimo, reconhecendo apenas a capacidade de ser herdeiro testamentário (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**, *cit.*, p. 558).

³²⁶AZPIRI, Jorge O. **Uniones de hecho**, *cit.*, p. 310.

³²⁷MEDINA, Graciela. **Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio**, *cit.*, p. 218-219.

sobrevier norma específica, será a da união estável. Onde há a mesma razão, há a mesma disposição.

A divisão do patrimônio, portanto, se fará segundo os aspectos utilizados para a união estável. Vivendo o casal em comunhão de vida, a colaboração para a formação do patrimônio comum não se faz apenas com o aporte de quantias em dinheiro, mas da própria estruturação familiar dando condições aos integrantes de melhor se dedicarem às questões profissionais, obtendo maior sucesso nesta área. Por vezes, a estruturação familiar possibilita não um maior ganho remuneratório por um ou outro dos parceiros, mas uma capacidade maior de poupança. Este mérito, conferido a ambos na união, deve ser reconhecido no momento da partilha, na ausência de convenção em contrário pelas partes, com a aplicação, tal como na união estável, do regime assemelhado à comunhão parcial. Este critério se aplicará tanto na divisão em vida como na definição do direito de meação decorrente da morte de um dos parceiros.

A prestação de alimentos, por sua vez, constitui dever decorrente da solidariedade familiar, consequência da comunhão de vida entre os integrantes do grupo. Prova disto é que os alimentos são devidos seja entre conviventes, seja entre parentes outros, quando presentes os requisitos da necessidade e possibilidade. Caracterizados a dependência econômica e os demais requisitos necessários à configuração do dever de pagar alimentos, é de se reconhecer seu cabimento, sendo fruto de puro preconceito sua negativa. Assim era em relação à então denominada concubina, quando, para não se reconhecer este dever de solidariedade familiar entre os companheiros, se conferia pensionamento ou indenização a título de indenização por serviços domésticos prestados, caracterizando como empregada quem sempre se apresentou no meio social como cônjuge.

Os direitos hereditários, por sua vez, são os mesmos estabelecidos para os companheiros, considerando-os herdeiros legítimos. Reconhecemos a existência de controvérsia jurídica quanto à posição do companheiro como herdeiro não apenas legítimo, mas necessário³²⁸ – havendo, porém, quem não reconheça esta condição para os conviventes em união estável. No entanto, filiamo-nos ao entendimento do reconhecimento do companheiro como herdeiro legítimo necessário, pois entendimento em sentido diverso estabeleceria verdadeira hierarquia entre casamento e união estável, sendo esta última

³²⁸Sobre a controvérsia apontada, com maestria a Professora Heloisa Helena Barboza relata sua existência e aponta a incongruência de não se considerar herdeiro necessário o companheiro. A firma: “Os direitos sucessórios dos companheiros, regulamentados pela Lei nº 10.406, de 10.01.2002, inscrevem-se dentre as matérias mais controvertidas e ainda não pacificadas” (BARBOZA, Heloisa Helena. Direitos sucessórios dos companheiros, *cit.*, p. 895); “A polêmica se dá quanto ao reconhecimento ou não da qualidade de herdeiro necessário aos companheiros.” (*Ibid.*, p. 903); “Uma interpretação consentânea com a orientação constitucional há de dar prevalência aos princípios da Lei Maior, como os da dignidade da pessoa humana, da igualdade (inclusive entre as entidades familiares), da solidariedade e da proteção da família. / Nessa linha, não parece razoável excluir o companheiro do rol dos herdeiros necessários [...]” (*Ibid.*, p. 904).

considerada 'família de segunda classe', o que não se admite sob o ordenamento constitucional vigente. Em se considerando o companheiro como herdeiro legítimo, herdeiro legítimo será o parceiro na união homoafetiva.

CONCLUSÃO

A CRFB/1988, tendo como um de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, proclama em seu Preâmbulo que a sociedade brasileira é fraterna, pluralista e sem preconceitos.

A dignidade humana aparece como um dos fundamentos da República, sendo a tutela do homem a finalidade primordial do ordenamento jurídico. O centro de interesses dos estudiosos de direito civil desloca-se do *ter* para o *ser*. A promoção e o desenvolvimento da personalidade humana com dignidade norteiam a atividade do intérprete aplicador.

Discriminações, de qualquer ordem, somente são admitidas quando plenamente justificadas, e justificadas em relação à promoção desse objetivo – a promoção da dignidade humana. A distinção de tratamento entre as pessoas se justifica quando demonstrada que promoverá a dignidade, e o tratamento igualitário prejudicará terceiros.

Estes aspectos devem ser o ponto de partida do intérprete no momento de aplicação da Constituição. No momento da interpretação e aplicação da norma, juntamente com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, deve o intérprete buscar o significado da norma que permita a maior participação das pessoas nas decisões sociais e realize livremente as escolhas de vida segundo suas concepções de vida digna, que possibilitem o pleno desenvolvimento de sua dignidade humana.

Pautando sua conduta segundo esses princípios, será possível ao intérprete aplicador obter a máxima efetividade do texto constitucional, buscar a interpretação que melhor permita o pleno desenvolvimento da pessoa. Assim também será na interpretação do artigo 226 da Carta Magna. A interpretação conferida à proteção à família ali definida não pode ser relacionada estritamente aos tipos familiares elencados expressamente no dispositivo constitucional. O rol não poderá ser interpretado restritivamente, sob pena de se retirar proteção de quem, pautando suas escolhas sobre o tipo familiar no afeto e na sua concepção de vida digna, capaz de desenvolver plenamente sua humanidade, optou pela formação de entidade familiar distinta daquelas ali elencadas.

Se família é o grupo formado com base no afeto, no amor entre seus integrantes, destinado a viabilizar o pleno desenvolvimento destes³²⁹, e tutelado enquanto apto a cumprir este papel, será considerado família e, portanto, merecedor de proteção pelo ordenamento, todo grupo que assim se constitua e se desenvolva. Independentemente de expressa previsão, será considerado família, seja porque a interpretação restritiva engessaria o texto constitucional, que, por sua natureza deve ser aberto, capaz de acompanhar o desenvolvimento social e com ele evoluir, numa constante renovação, seja porque interpretar restritivamente o rol familiar seria conferir à família proteção *de per si*, independentemente dos interesses de seus integrantes, em franca contrariedade à teleologia constitucional de promoção da dignidade humana como fundamento da República.

A família não é merecedora de tutela por alguma qualidade intrínseca ao instituto, por sua função de promover a evolução da sociedade, mas como instrumento de promoção daqueles que a integram. O bem social alcançado é consequência da tutela ao homem integrante dessa sociedade. Inexistindo tutela ao instituto como fim, sendo ele um meio, a proteção não se faz à família de determinado tipo ou de outro, mas sim a toda entidade familiar adequada para propiciar aos seus integrantes condições de realizar seus projetos de vida, escolhendo livremente seus caminhos segundo as diversas concepções de vida possíveis, e não apenas segundo as concepções preestabelecidas em um arranjo restrito.

A família homoafetiva, como grupo de pessoas unidas pelo afeto, numa comunhão de vida capaz de promover as individualidades de seus integrantes, possibilitando-lhes viverem segundo suas escolhas de vida, possibilitando igual participação de todos na sociedade, é espécie de família e, portanto, merecedora de proteção pelo ordenamento, conferindo-se a ela todos os direitos advindos do disposto no artigo 226 da CRFB/1988. Ao tratar igualmente as diversas espécies de família, está o Estado tratando seus integrantes com igual dignidade e respeito, sem discriminar as pessoas por suas opções sexuais ou por suas convicções quanto ao meio mais adequado à satisfação de suas necessidades pessoais na formação familiar. Tratamento isonômico e, portanto, constitucional – é por isto que se anseia no ordenamento brasileiro.

³²⁹ Ainda Rodrigo da Cunha Pereira sobre o afeto como requisito de constituição da família: “Família conjugal é aquela que se estabelece a partir de uma relação amorosa, na qual estão presentes, além do afeto, o desejo e o amor sexual. [...] [...] A lista dos diversos arranjos familiares é grande. Fundamental é verificar se os sujeitos que se dispuseram a unir-se o fazem pelos laços afetivos e se constituíram uma entidade familiar que está além de um convívio superficial e desprezioso. Se assim for, devem ser tomados e protegidos como família. Pouco relevante é a obediência a uma padronização, [...] Necessário é compreender que a sociedade comporta a pluralidade de família, num movimento histórico, a partir das demandas íntimas de cada indivíduo” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**, *cit.*, p. 171).

Em sendo a união homoafetiva uma entidade familiar, toda a estrutura de direitos e mecanismos de tutela típicos do direito de família será aplicável aos integrantes dessa união. A inexistência de norma específica não impede a realização da tutela em razão de inexistência de lacunas no ordenamento, possibilitando que, com a aplicação direta da Constituição para indicar que institutos do direito de família são aplicáveis aos integrantes dessa espécie de união, dentro do direito de família, se possa buscar o instituto mais próximo para a aplicação analógica, que é o da união estável.

O impedimento existente para o reconhecimento da união homoafetiva como espécie de família e para a aplicação imediata de seus institutos é, portanto, puramente o da manutenção de uma moral tradicional, de há muito questionada, já não prevalente, que se quer manter viva apenas para excluir de determinados grupos determinados direitos, porque incapaz de estabelecer os conceitos de vida do restante da sociedade. Não há impedimento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. V. II. 2. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

AMAYUELAS, Esther Arroyo I. Sexo, identidad de género y transexualidad. In: NAVARRO, Susana Navas (Dir.). **Matrimonio homosexual y adopción: perspectiva nacional e internacional**. Madrid: Reus, 2006, p. 113-189.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985

ARRIBAS, Santiago Cañamares. **El matrimonio homosexual en derecho español y comparado**. Madrid: Iustel, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União entre pessoas do mesmo sexo. Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Direito de Família: a família na travessia do milênio**. **Anais**. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000, p. 141-159.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 3, v. 9, p. 3-24, jan./mar. 2002.

AZPIRI, Jorge O. **Uniones de hecho**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direitos sucessórios dos companheiros: reflexões sobre o art. 1.790 do Código Civil. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). **Direito Civil. Direito patrimonial. Direito existencial: estudos em homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006, p. 895-910.

BARROSO, Luís 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, mas iguais:** o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2008.

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

BARRY, Brian. **Culture and equality:** an egalitarian critique of multiculturalism. Cambridge: Polity Press, 2000,

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Trad. Mauro Gama, Cláudia e Martinelli Gama. Rev. técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BEILFUSS, Cristina González. Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo en el derecho internacional privado europeo. In: NAVARRO, Susana Navas (Dir.). **Matrimonio homosexual y adopción:** perspectiva nacional e internacional. Madrid: Reus, 2006, p. 99-112.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família.** 7. ed. corr. e aum. Rio de Janeiro: Ed Rio, 1976.

BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o Contributo da Lei n.º 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9868/99.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 139-144.

BIRCHAL, Alice de Souza. União estável. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 119-144.

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad.** Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10. ed. Brasília: EdUnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 580/2007.** Altera a Lei nº 10.406, de 10 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: 19 jun. 2009.

_____. _____. **Projeto de Lei nº 4.914/2009**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/641237.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2009.

_____. _____. **Projeto de Lei nº 5.167/2009**. Altera o art. 1.521 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/653047.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2009.

_____. Conselho Federal de Psicologia. **Resolução nº 001/1999**. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Disponível em: <http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao1999_1.doc>. Acesso em: 01 jun. 2009.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **IBGE divulga Estatísticas do Registro Civil 2003**. Disponível em: <http://www1.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=283&id_pagina=1>. Acesso em: 28 maio 2009

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil** [1988]. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const>>. Acesso em: 28 abr. 2009.

_____. _____. **Decreto-Lei nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del1001.htm>>. Acesso em: 28 maio 2009.

_____. _____. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 25 maio 2009.

_____. _____. **Lei nº 7.841**, de 17 de outubro de 1989. Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil – e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7841.htm>>. Acesso em: 25 maio 2009.

_____. _____. **Lei nº 8.009**, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Acesso em: 26 maio 2009

_____. _____. **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm>. Acesso em: 26 maio 2009.

_____. _____. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 26 maio 2009.

_____. _____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 maio 2009.

_____. _____. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 26 maio 2009.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 90/1999**. Autor Senador Lúcio Alcântara. Dispõe sobre a reprodução assistida. Arquivado em 28 fev. 2007. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304>. Acesso em: 18 mar. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: set. 2008 / jun. 2009.

_____. _____. **Súmula nº 364**. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Brasília, 15 out. 2008. Disponível em: <<http://www.mundonotarial.org/sumula364.html>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Brasília, 3 abr. 1964. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0361a0390.htm>. Acesso em: 23 mar. 2009.

_____. _____. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: maio

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/>>. Acesso em: 05 jun. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/servicos_online/catalogo>. Acesso em: 26 jun. 2009.

BUENOS AIRES. Legislatura. **Ley n° 1004/2002**. Disponível em: <http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos_1.php?id=26&id2=115&id3=295>. Acesso em: 26 maio 2009.

CARVALHO, Pedro Caetano de. Contribuição da justiça para a promoção da paz, do cuidado e da resiliência. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 73-88.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira. O cuidado e a assistência como valores jurídicos imateriais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 89-112.

DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. Congresso Brasileiro de Direito de Família. Direito de Família: a família na travessia do milênio. **Anais**. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000, p. 161-170.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Família homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 169-191.

_____. As uniões homoafetivas na Justiça. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister, n. 28, p. 24-35, jan./fev. 2009.

_____. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

_____; SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Famílias modernas: (inter) secções do afeto e da Lei. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 4, p. 273-280, out./dez. 2000.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Experiencias jurídicas y teoría del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável no Código Civil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coords.). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 1.269-1.285.

ESKRIDGE JR., William N. **The case for same-sex marriage**: from sexual liberty to civilized commitment. New York: Free, 1996.

_____. **Gaylaw**: challenging the apartheid of the closet. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Vínculo parental biológico e irmandade sócio-afetiva. In: _____. **Questões do Direito Civil Brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 267-296.

_____. A família plural: jornada em direção à luz. In: _____. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 323-325.

_____. Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 85, v. 732, p. 47-54, out. 1996.

_____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87-104.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FAGAN, Patrick. The inversion of heterosexual sex. In: **Same sex matters**: the challenge of homosexuality. Dallas: Spence, 2000, p. 26-45.

FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. In: COUTO, Sérgio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coords.). **Direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul, RS: Sapucaia do Sul, RS: Notadez Informação, 2007. Série Família Notadez, v. II, p. 177-210.

FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil comentado**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANÇA. **Service Public Fr**. Disponível em: <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/N144.xhtml?&n=Famille&l=N19805&n=Couple&l=N20092>>. Acesso em: maio 2009.

FRANÇA. **Legifrance.Gouv.Fr**. Disponível em: .<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8890C26FE7F5AA4D692AED35EF94DA9F.tpdjo05v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006136536&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20090601>. Acesso em: maio 2009

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. Transl. Joel Golb, James Ingram and Christiane Wilke. New York: Verso, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

GÁMEZ, Francisco Javier Pereda. El cambio de las estructuras familiares y la modernización del derecho de familia. In: NAVARRO Susana Navas (Dir.). **Matrimonio homosexual y adopción: perspectiva nacional e internacional**. Madrid: Reus, 2006, p. 199-208.

GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar, frente aos princípios constitucionais aplicáveis. In: COUTO, Sérgio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coords.). **Direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul, RS: Notadez Informação, 2007, p. 391-408. Série Família Notadez, v. II.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. V. VI: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONTIJO, Segismundo. **Das uniões: a formal e as informais, seus regimes de bens e a sucessão**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/sg003.html>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

GONZÁLEZ, Santiago Álvarez. El impacto de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho español: perspectiva internacional. In: NAVARRO, Susana Navas (Dir.). **Matrimonio homosexual y adopción**: perspectiva nacional e internacional. Madrid: Reus, 2006, p. 45-73.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In: _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e Psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 125-142.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 03 out. 2008.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 03 out. 2008.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. **La homosexualidad y el matrimonio**: Ley 13/2005, de 1 de julio. Madrid: Ed. Académicas, 2005.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEDINA, Graciela. **Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDONÇA, Gustavo Proença S. Cidadania multicultural e os novos desafios para a ordem constitucional. In: VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 87-105.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. V. 2. Direito de Família. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 1, p. 89-112, jan./mar. 2000.

_____. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

_____. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 89, n. 779, p. 56-57, set. 2000.

_____. O princípio da solidariedade. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso de Albuquerque (Orgs.). **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 527-556.

MORAES, Rosalina Rocha Araújo. Casamento. In: **Infoescola: navegando e aprendendo**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/sociologia/casamento/>>. Acesso em: 19 jul. 2009.

NUNES, Anna Maria. **SOS famílias: subsídios para uma política de atenção à família**. Rio de Janeiro: Publit, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Neoconstitucionalismo: constitucionalização do ordenamento jurídico e a releitura do princípio da legalidade administrativa. In: VIEIRA José Ribas (Coord.). **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 37-67.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** [1948]. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1948, na Áustria. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 12 mar. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. V: Direito de Família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. _____. 16. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 633-656.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais**: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. La dottrina del Diritto Civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 8, v. 31, p. 75-86, jul./set. 2007.

_____. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei nº 7/2001, de 11 de maio**. Adota medidas de protecção das uniões de facto. Disponível em: <http://www.cga.pt/Legislacao/Lei_200105117.pdf>. Acesso em: 26 maio 2009.

POSTER, Mark. **Teoria crítica da família**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
REDE EX AEQUO. **A história da homossexualidade**. Disponível em: <<http://www.rea.pt/forum/index.php?PHPSESSID=5083fcb06a337d390ee14801cc8a2fb4&topic=1494.0;wap2>>. Acesso em: 23 set. 2008.

RICHARDS, David A. J. **The case for gay rights**: from Bowers to Lawrence and beyond. Lawrence: University Press of Kansas, 2005.

_____. **Women, gays, and the Constitution**: the grounds for feminism and gay rights in culture and law. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 maio 2008.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. V. 6: Direito de Família. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e Biodireito. In: PEREIRA Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afetos, ética, família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 435-448.

SALLES, Sérgio Luiz Monteiro. União estável como direito fundamental e lacunas em nosso ordenamento. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 6, v. 21, p. 235-273, jan./mar. 2005.

SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 8, v. 32, p. 29-72, out./dez. 2007.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHELSKY, Helmut. **Sociologia da sexualidade**. Trad. Luiz Fernando Cardoso. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O casamento: o Direito de Família à luz da dignidade humana. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coords.). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 1.100-1.139.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos.** Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Novas entidades familiares. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, ano 4, v. 16, p. 3-30, out./dez. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: _____. **Temas de Direito Civil.** Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21-46.

_____. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.** Brasília: ESMPU, ano 6, n. 22/23, p. 89-116, jan./jun. 2007.

_____. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Temas de Direito Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 371-394.

_____. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. **Temas de Direito Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 395-416.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça.** São Paulo: Malheiros, 1999.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade.** Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLFE, Christopher. Homosexuality in American public life. In: _____. **Same sex matters: the challenge of homosexuality.** Dallas: Spence, 2000, p. 3-25.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.who.int/en/>>. Acesso em: 26 maio 2009.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANEXO A – PROJETO DE LEI N.º 1.151/1995

Câmara dos Deputados

Substitutivo adotado pela comissão.

Disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1º. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei.

Art. 2º. A parceria civil registrada constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais na forma que segue.

§ 1º. Os interessados comparecerão perante os Oficiais de Registro Civil, apresentando os seguintes documentos:

I – declaração de serem solteiros, viúvos, ou divorciados;

II – prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente;

III – instrumento público do contrato de parceria civil.

§ 2º. Após a lavratura do contrato a parceria civil deve ser registrada em livro próprio no Registro Civil de Pessoas Naturais

§ 3º. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de parceria civil registrada.

Art. 3º. O contrato de parceria registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

§ 1º. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação de patrimônio comum.

§ 2º. São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Art. 4º. A extinção da parceria registrada ocorrerá:

I – pela morte de um dos contratantes;

II – mediante decretação judicial;

III – de forma consensual, homologada pelo juiz.

Art. 5º. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria registrada:

I – demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II – alegando o desinteresse na sua continuidade.

Parágrafo único. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada.

Art. 6º. A sentença que extinguir a parceria registrada conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no contrato.

Art. 7º. É nulo de pleno direito o contrato de parceria registrada feito com mais de uma pessoa ou quando houver infração ao § 2º do artigo 2º desta Lei.

Parágrafo único. Ocorrendo a infração mencionada no caput, seu autor comete o crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do artigo 299o do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 8º. Alteram-se os arts. 29, 33 e 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais [...]

IX – os contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo. Parágrafo 1o. Serão averbados: [...]

g a sentença que declarar e extinção da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório os seguintes livros: [...]

III-E – de registro de contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I – o registro:

[...]

35 – dos contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo que versem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II – a averbação:

[...]

14 – das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 9. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 10. Registrado o contrato de parceria civil de que trata esta Lei, o parceiro será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado. Parágrafo único. A extinção do contrato de parceria implica o cancelamento da inscrição a que se refere o caput deste artigo.

Art. 11. O parceiro que comprove a parceria civil registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, I, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 12. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo.

Art. 13. São garantidos aos contratantes de parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:

I – o parceiro sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos desde;

II – o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora não sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

IV – se os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja a colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 14. O art. 454 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, passa a vigorar acrescido de § 3º, com a redação que se segue, passando o atual § 3º a § 4º:

"Art. 454. [...]

§ 1º [...]

§ 2º [...]

§ 3º Havendo parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, a esta se dará a curatela.

Art. 15. O art. 113 da Lei nº 6.815, de agosto de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113.

[...]

VI – ter contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira."

Art. 16. É reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e seguro de grupo.

Art. 17. Será admitida aos parceiros a inscrição como dependentes para efeitos de legislação tributária.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 19. Revogam-se as disposições em contrário.

Sala da Comissão, em 10 de dezembro de 1996.

ANEXO B – PROJETO DE LEI N.º 580/2007³³⁰

Dep. Clodovil Hernandes

Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 — Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Esta Lei altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre o contrato de união homoafetiva.

Art. 2.º Acrescente à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o seguinte capítulo e respectivo artigo.

“Capítulo XVIII-A

Do contrato de união homoafetiva

Art. 839-A. Duas pessoas do mesmo sexo poderão constituir união homoafetiva por meio de contrato em que disponham sobre suas relações patrimoniais.

Parágrafo único. É assegurado, no juízo cível, o segredo de justiça em processos relativos a cláusulas do contrato de união homoafetiva.”

Art. 4.º Acrescente ao art. 1790 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o seguinte parágrafo:

“Parágrafo único. As disposições desse artigo aplicam-se, no que couber, aos companheiros homossexuais.”

Art. 5.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

³³⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/446458.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2009.

ANEXO C – PROJETO DE LEI N.º 4.914/2009³³¹

(Dos Srs. e Sras. Deputado José Genoino; Deputada Raquel Teixeira; Deputada Manuela D'Ávila; Deputada Maria Helena; Deputado Celso Russomanno; Deputado Ivan Valente; Deputado Fernando Gabeira; Deputado Arnaldo Faria de Sá; Deputada Solange Amaral; Deputada Marina Maggessi; Deputado Colbert Martins; Deputado Paulo Rubem)

Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º – Esta Lei acrescenta disposições à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, relativas à união estável de pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º – Acrescenta o seguinte art. 1.727 A, à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil.

“Art. nº 1.727-A – São aplicáveis os artigos anteriores do presente Título, com exceção do artigo 1.726, às relações entre pessoas do mesmo sexo, garantidos os direitos e deveres decorrentes.”

Art. 3º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

³³¹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/641237.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2009.

ANEXO E – PORTUGAL – LEI N.º 7/2001, DE 11 DE MAIO³³³

Adopta medidas de protecção das uniões de facto

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, para valer como lei geral da República, o seguinte:

Artigo 1.º Objecto

1 – A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos.

2 – Nenhuma norma da presente lei prejudica a aplicação de qualquer outra disposição legal ou regulamentar em vigor tendente à protecção jurídica de uniões de facto ou de situações de economia comum.

Artigo 2.º Excepções

São impeditivos dos efeitos jurídicos decorrentes da presente lei:

- a) Idade inferior a 16 anos;
- b) Demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos, e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica;
- c) Casamento anterior não dissolvido, salvo se tiver sido decretada separação judicial de pessoas e bens;
- d) Parentesco na linha recta ou no 2.º grau da linha colateral ou afinidade na linha recta;
- e) Condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro.

Artigo 3.º Efeitos

As pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas na presente lei têm direito a:

- a) Protecção da casa de morada de família, nos termos da presente lei;
- b) Beneficiar de regime jurídico de férias, faltas, licenças e preferência na colocação dos funcionários da Administração Pública equiparado ao dos cônjuges, nos termos da presente lei;
- c) Beneficiar de regime jurídico das férias, feriados e faltas, aplicado por efeito de contrato individual de trabalho, equiparado ao dos cônjuges, nos termos da lei;
- d) Aplicação do regime do imposto de rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições dos sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens;
- e) Protecção na eventualidade de morte do beneficiário, pela aplicação do regime geral da segurança social e da lei;
- f) Prestação por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, nos termos da lei;
- g) Pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, nos termos da lei.

Artigo 4.º Casa de morada de família e residência comum

1 – Em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada comum, o membro sobrevivente tem direito real de habitação, pelo prazo de cinco anos, sobre a mesma, e, no mesmo prazo, direito de preferência na sua venda.

³³³ Disponível em: <http://www.cga.pt/Legislacao/Lei_200105117.pdf>. Acesso em: 26 maio 2009.

2 – O disposto no número anterior não se aplica caso ao falecido sobrevivam descendentes com menos de 1 ano de idade ou que com ele convivessem há mais de um ano e pretendam habitar a casa, ou no caso de disposição testamentária em contrário.

3 – Em caso de separação, pode ser acordada entre os interessados a transmissão do arrendamento em termos idênticos aos previstos no n.º 1 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano.

4 – O disposto no artigo 1793.º do Código Civil e no n.º 2 do artigo 84.º do Regime do Arrendamento Urbano é aplicável à união de facto se o tribunal entender que tal é necessário, designadamente tendo em conta, consoante os casos, o interesse dos filhos ou do membro sobrevivente.

Artigo 5.º Transmissão do arrendamento por morte

O artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, que aprova o Regime do Arrendamento Urbano, passa a ter a seguinte redacção:

“Artigo 85.º [...]

1 – [...]

a) [...]

b) [...]

c) Pessoa que com ele viva em união de facto há mais de dois anos, quando o arrendatário não seja casado ou esteja separado judicialmente de pessoas e bens;

d) [Anterior alínea c).]

e) [Anterior alínea d).]

2 – Caso ao arrendatário não sobrevivam pessoas na situação prevista na alínea b) do n.º 1, ou estas não pretendam a transmissão, é equiparada ao cônjuge a pessoa que com ele vivesse em união de facto.

3 – [...]

4 – [...]

Artigo 6.º Regime de acesso às prestações por morte

1 – Beneficia dos direitos estipulados nas alíneas e), f) e g) do artigo 3.º, no caso de uniões de facto previstas na presente lei, quem reunir as condições constantes no artigo 2020.º do Código Civil, decorrendo a acção perante os tribunais cíveis.

2 – Em caso de inexistência ou insuficiência de bens da herança, ou nos casos referidos no número anterior, o direito às prestações efectiva-se mediante acção proposta contra a instituição competente para a respectiva atribuição.

Artigo 7.º Adopção

Nos termos do actual regime de adopção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adopção em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas.

Artigo 8.º Dissolução da união de facto

1 – Para efeitos da presente lei, a união de facto dissolve-se:

a) Com o falecimento de um dos membros;

b) Por vontade de um dos seus membros;

c) Com o casamento de um dos membros.

2 – A dissolução prevista na alínea b) do número anterior apenas terá de ser judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos da mesma dependentes, a proferir na acção onde os direitos reclamados são exercidos, ou em acção que siga o regime processual das acções de estado.

Artigo 9.º Regulamentação

O Governo publicará no prazo de 90 dias os diplomas regulamentares das normas da presente lei que de tal careçam.

Artigo 10.º Revogação

É revogada a Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto.

Artigo 11.º Entrada em vigor

Os preceitos da presente lei com repercussão orçamental produzem efeitos com a Lei do Orçamento do Estado posterior à sua entrada em vigor.

ANEXO F – BUENOS AIRES – LEY N° 1004/2002³³⁴

Buenos Aires, 12 de diciembre de 2002

La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona con fuerza de Ley

Artículo 1° – Unión Civil: A los efectos de esta Ley, se entiende por Unión Civil:

- a. A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual.
- b. Que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común.
- c. Los integrantes deben tener domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción.
- d. Inscribir la unión en el Registro Público de Uniones Civiles.

Artículo 2° – Registro Público de Uniones Civiles: Créase el Registro Público de Uniones Civiles, con las siguientes funciones:

- a. Inscribir la unión civil a solicitud de ambos integrantes, previa verificación del cumplimiento de los requisitos dispuestos en la presente ley.
- b. Inscribir, en su caso, la disolución de la unión civil.
- c. Expedir constancias de inscripción o disolución a solicitud de cualquiera de los integrantes de la unión civil.

Artículo 3° – Prueba: El cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1°, a los efectos de proceder a la inscripción de la unión civil, se prueba por testigos en un mínimo de dos (2) y un máximo de cinco (5), excepto que entre las partes haya descendencia en común., la que se acreditará fehacientemente.

Artículo 4° – Derechos: Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges.

Artículo 5° – Impedimentos: No pueden constituir una unión civil:

- a. Los menores de edad.
- b. Los parientes por consanguinidad ascendente y descendiente sin limitación y los hermanos o medio hermanos.
- c. Los parientes por adopción plena, en los mismos casos de los incisos b y e. Los parientes por adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí y adoptado e hijo del adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada.
- d. Los parientes por afinidad en línea recta en todos los grados.
- e. Los que se encuentren unidos en matrimonio, mientras subsista.
- f. Los que constituyeron una unión civil anterior mientras subsista.
- g. Los declarados incapaces.

³³⁴Disponível em: <http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos_l.php?id=26&id2=115&id3=295>. Acesso em: 26 maio 2009.

Artículo 6° – Disolución: La unión civil queda disuelta por:

- a. Mutuo acuerdo.
- b. Voluntad unilateral de uno de los miembros de la unión civil.
- c. Matrimonio posterior de uno de los miembros de la unión civil.
- d. Muerte de uno de los integrantes de la unión civil.

En el caso del inciso b, la disolución de la unión civil opera a partir de la denuncia efectuada ante el Registro Público de Uniones Civiles por cualquiera de sus integrantes. En ese acto, el denunciante debe acreditar que ha notificado fehacientemente su voluntad de disolverla al otro integrante de la unión civil,.

Artículo 7° – El Poder Ejecutivo dictará las disposiciones reglamentarias para la aplicación de lo establecido en la presente ley en un plazo de 120 días corridos desde su promulgación.

Artículo 8° – Comuníquese, etc.

RICARDO BUSACCA

JUAN MANUEL ALEMANY

LEY N° 1004

Sanción: 12/12/2002

Promulgación: Decreto N° 63 del 17/01/2003

Publicación: BOCBA N° 1617 del 27/01/2003

ANEXO G – RESOLUÇÃO CFP N° 001/99, DE 22 DE MARÇO DE 1999³³⁵

Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual.

O CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO que o psicólogo é um profissional da saúde;

CONSIDERANDO que na prática profissional, independentemente da área em que esteja atuando, o psicólogo é freqüentemente interpelado por questões ligadas à sexualidade.

CONSIDERANDO que a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade;

CONSIDERANDO que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão;

CONSIDERANDO que há, na sociedade, uma inquietação em torno de práticas sexuais desviantes da norma estabelecida sócio-culturalmente;

CONSIDERANDO que a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações;

RESOLVE:

Art. 1° – Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não-discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade.

Art. 2° – Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3° – os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único – Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4° – Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

Art. 5° – Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6° – Revogam-se todas as disposições em contrário.

Brasília, 22 de março de 1999.

ANA MERCÊS BAHIA BOCK

Conselheira Presidente

³³⁵Disponível em: <http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao1999_1.doc>. Acesso em: 01 jun. 2009.