



Nº 6960 - DD

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

ADPF 178 - 1/800


SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenação de
Processamento Judicial
02/07/2009 17:51 84455


ADI 4277 - 7/600


A PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e nos dispositivos da Lei nº 9.882/99, vem propor **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**, com o objetivo de que esta Corte declare: (a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e (b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

20

2. A presente petição inicial está instruída com cópia da representação formulada pelo Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (doc. 1), com pareceres proferidos pelo Professor Titular de Direito Civil da UERJ, Gustavo Tepedino (doc. 2) e pelo Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ, Luis Roberto Barroso (doc. 3), bem como com cópias de decisões judiciais violadoras de preceitos fundamentais na questão em debate (docs. 4 a 14), e de ato normativo discutido na ação (art. 1.723 do Código Civil, doc. 15).

DA DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA À ADPF 132

3. O Governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou a ADPF nº 132, versando questão conexa à suscitada nesta ação, que foi distribuída ao Ministro Carlos Ayres de Britto. Assim, deve a presente ADPF ser distribuída por dependência àquela ação.

DOS FATOS

4. A união entre pessoas do mesmo sexo é hoje uma realidade fática inegável, no mundo e no Brasil. Embora as parceiras amorosas entre homossexuais tenham sempre existido na história da Humanidade¹, é certo que, com liberalização dos costumes, o fortalecimento dos movimentos de luta pela identidade sexual dos gays e lésbicas² e a redução do preconceito, um número cada vez maior de pessoas

¹ Veja-se, a propósito, William N. Eskridge Jr. *The Case for Same-Sex Marriage*. New York: The Free Press, 1996, p. 15-50.

² Cf. Manuel Castells. *O Poder da Identidade*. Trad. Klauss Brandini Gerhart. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999, p. 238-256; e Pierre Bourdieu. "Algumas Questões sobre o Movimento Gay e Lésbico". In: *A Dominação Masculina*. 4ª ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 143-149.

tem passado a assumir publicamente a sua condição homossexual e a engajar-se em relacionamentos afetivos profundos, estáveis e duradouros³.

5. Em sintonia com esta realidade, inúmeros países no mundo todo vêm estabelecendo formas diversas para reconhecimento e proteção destas relações afetivas. A premissa destas iniciativas é a idéia de que os homossexuais devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração que os demais cidadãos, e que a recusa estatal ao reconhecimento das suas uniões implica não só em privá-los de uma série de direitos importantíssimos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também importa em menosprezo à sua própria identidade e dignidade⁴.

6. Com efeito, com a superação de certas visões preconceituosas e anacrônicas sobre a homossexualidade, como a que a concebia como “pecado” - cuja adoção pelo Estado seria francamente incompatível com os princípios da liberdade de religião e da laicidade (CF, arts. 5º, inciso VI e art. 19, inciso I), - ou a que a tratava como “doença”⁵, hoje absolutamente superada no âmbito da Medicina⁶ e da Psicologia⁷, não subsiste qualquer argumento razoável para negar aos homossexuais o direito ao pleno reconhecimento das relações afetivas estáveis que mantêm, com todas as conseqüências jurídicas disso decorrentes.

7. A tese sustentada nesta ação é a de que se deve extrair diretamente da Constituição de 88, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da

³ Cf. Michel Bozon. *Sociologia da Sexualidade*. Trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004, p. 53-55.

⁴ Cf. Martha C. Nussbaum. *Sex and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 201.

⁵ É clássica a abordagem de Michel Foucault sobre a medicalização das práticas homossexuais. Veja-se Michel Foucault. *História da Sexualidade 1: A Vontade de Saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 51-72.

⁶ A Organização Mundial da Saúde retirou o “homossexualismo” (sic) do seu catálogo oficial de doenças em 1985. E, desde 1995, ao tratar da condição do homossexual, ela aboliu nos seus documentos o uso do sufixo “ismo” - que denota condição patológica - substituindo-o pelo sufixo “dade” - que designa o modo de ser da pessoa. Cf. Fernanda de Almeida Brito. *União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 46.

⁷ No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº 1/99, que “estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual”, vedando qualquer tipo de postura discriminatória.

proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E, diante da inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora, devem ser aplicadas analogicamente ao caso as normas que tratam da união estável entre homem e mulher.

8. Em outras palavras, defender-se-á que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo na ordem jurídica brasileira independe de qualquer mediação legislativa, em razão da possibilidade de aplicação imediata dos princípios constitucionais acima mencionados.

9. Contudo, a ausência desta regulamentação legal vem comprometendo, na prática, a possibilidade de exercício de direitos fundamentais por pessoas homossexuais, que se veem impedidas de obter o reconhecimento oficial das suas uniões afetivas e de ter acesso a uma miríade de direitos que decorrem de tal reconhecimento, e que são concedidos sem maiores dificuldades aos casais heterossexuais que vivem em união estável.

10. Isto porque, embora já existam no país algumas normas tutelando, para finalidades específicas, a união entre pessoas do mesmo sexo, ainda não há, em nossa ordem infraconstitucional, qualquer regra geral conferindo a estas relações o tratamento de entidade familiar.

11. Pelo contrário, o Código Civil, ao disciplinar a união estável, circunscreveu-a às relações existentes entre homem e mulher, mantendo, neste particular, a orientação legislativa anterior, estampada nas Leis 8.971/94 e 9.278/96. Confira-se, a propósito, a definição legal do art. 1723 do referido Código:

“Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável **entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e

30

duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

12. Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das majorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito - como os homossexuais - que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das majorias.

13. Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de serem reconhecidas oficialmente as suas uniões afetivas, com todas as consequências jurídicas patrimoniais e extra-patrimoniais disso decorrentes.

DO CABIMENTO DA ADPF

14. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei 9.882/99, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.

15. A doutrina, de modo geral, reconhece a existência de duas modalidades diferentes de ADPF⁸: a autônoma, que representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso

⁸ Veja-se, a propósito, os artigos que compõem a obra organizada por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001; e Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 247-249.

AD


concreto; e a incidental, que pressupõe a existência de uma determinada lide intersubjetiva, na qual tenha surgido uma controvérsia constitucional relevante.

16. A presente ADPF é de natureza autônoma. Para o seu cabimento, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (b) causada por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, e (c) não haja outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Estes três requisitos estão plenamente configurados, conforme se demonstrará a seguir.

(a) Da Lesão a Preceito Fundamental

17. A tese de mérito desta ADPF é a de que o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo implica em violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da proibição de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade (art. 5º, *caput*), e da proteção à segurança jurídica.

18. Nem a Constituição Federal, nem a Lei 9.868/99, definiram o que se entende sobre “preceito fundamental”. Contudo, há consenso doutrinário sobre o fato de que estão englobados nesta categoria as normas mais relevantes da Constituição, que estruturam o seu sistema e condensam os seus valores mais importantes⁹.

19. Por isso, não pode haver nenhuma dúvida sobre a inclusão no conceito de “preceito fundamental” de princípios tão centrais à ordem jurídica pátria como os da dignidade da pessoa humana – fundamento da República e epicentro axiológico da Constituição –, da proibição de discriminações odiosas – inscrito no elenco dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, e da igualdade, 

⁹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto”. In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *op. cit.* p. 128-149.

da liberdade e da proteção à segurança jurídica – todos inseridos no elenco dos direitos fundamentais elaborado pelo poder constituinte originário.

(b) Atos do Poder Público

20. Os atos do Poder Público suscetíveis de questionamento através de ADPF podem ser comissivos ou omissivos.

21. No caso presente, a conduta do Estado violadora de preceitos fundamentais envolve tanto atos comissivos como omissivos, relacionados ao não-reconhecimento público da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e à conseqüente denegação aos seus partícipes de uma pletera de direitos que decorreriam deste *status* – e.g., direito a alimentos, direito a sucessão do parceiro falecido, direito a percepção de benefícios previdenciários, direito a fazer declaração conjunta de Imposto de Renda, direito de subrogar-se no contrato de locação residencial do companheiro falecido, ou de prosseguir no contrato no caso de dissolução da união, direito à visitaçãõ íntima em presídios, direito à obtenção de licença para tratamento de pessoa da família, ou de licença em caso de morte, do companheiro ou companheira, dentre tantos outros.

22. Estes atos envolvem todos os poderes do Estado, nas três esferas da Federação, no âmbito das respectivas competências. Seria possível citar, a título de ilustração, as decisões judiciais de diversos Tribunais, que se negam a reconhecer como entidades familiares as referidas uniões, e os atos das administrações públicas que não concedem benefícios previdenciários estatutários aos companheiros dos seus servidores falecidos.

23. Na verdade, existe um verdadeiro estado geral de inconstitucionalidade nesta matéria, que se desdobra em uma multiplicidade de

do

atos e omissões estatais, implicando em séria ofensa aos direitos fundamentais dos homossexuais.

24. É verdade que não há lei regulando a união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. No entanto, o caso não é de inconstitucionalidade por omissão, já que esta só se caracteriza quando há mora na edição de norma que seja indispensável para viabilização da incidência de preceitos constitucionais carecedores de aplicabilidade imediata¹⁰.

25. Na hipótese, não é isso que ocorre, pois os princípios constitucionais citados no item anterior são de aplicação direta e imediata¹¹, viabilizando o imediato reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, mesmo diante da inexistência de lei.

(c) Da Inexistência de Outro Meio para Sanar a Lesividade

26. O art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 instituiu o chamado “princípio da subsidiariedade” da ADPF. Há acesa controvérsia sobre como deve ser compreendido o princípio da subsidiariedade nas arguições incidentais. Contudo, quando se trata de ADPF autônoma, parece fora de dúvida que o juízo sobre o atendimento do princípio em questão deve ter em vista a existência e eficácia, ou não, de outros processos objetivos de fiscalização de constitucionalidade – ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão – que possam ser empregados na hipótese.

¹⁰ Cf. Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, p. 218-222.

¹¹ Segundo Ferrajoli, os direitos fundamentais decorrem direta e imediatamente de regras gerais de nível habitualmente constitucional, sem necessidade de intermediação de ato normativo qualquer, em razão de nota característica que os distingue de outros direitos, em especial os de caráter patrimonial: a sua indisponibilidade. Nesse sentido, estão a salvo do comércio político (sequer a maioria pode decidir suprimi-los ou reduzir o seu alcance) e econômico (Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001)

27. No caso, este requisito está plenamente satisfeito. Com efeito, a ação direta de inconstitucionalidade não poderia ser manejada, pois não se objetiva impugnar a constitucionalidade total ou parcial de qualquer preceito legal. A situação também não é, como salientado acima, de inconstitucionalidade por omissão, e mesmo que fosse, a respectiva ação direta não seria meio eficaz para sanar a lesão, uma vez que, neste instrumento de jurisdição constitucional, o provimento judicial se esgota na mera notificação do Congresso Nacional. E a ação declaratória de constitucionalidade não tem qualquer pertinência em relação ao caso.

28. Portanto, realmente não existe outro meio no Direito brasileiro para sanar a lesão aos preceitos fundamentais versada nesta Representação.

29. Por tais razões, a ADPF é cabível no caso, na linha, aliás, de manifestação exarada em *obiter dictum* pelo Ministro Celso Mello, na decisão em que extinguiu a ADI 3300.¹²

OS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS: A OFENSA À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE (ARTS. 3º, IV, E 5º, CAPUT, DA CR)

¹² A decisão, divulgada no *Informativo STF 414*, tem a seguinte ementa:

"UNIÃO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE ATIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF ART. 226, PAR. 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTI O TEMA DAS UNIÕES ESTPAVEIS AFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR.: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF"

30. O princípio da igualdade impõe que todas as pessoas devem ser tratadas pelo Estado com o mesmo respeito e consideração¹³. E tratar a todos com o mesmo respeito e consideração, significa reconhecer que todas as pessoas possuem o mesmo direito de formular e de perseguir autonomamente os seus planos de vida, e de buscar a própria realização existencial, desde que isso não implique na violação de direitos de terceiros.

31. Na verdade, a igualdade impede que se negue aos integrantes de um grupo a possibilidade de desfrutarem de algum direito, apenas em razão de preconceito em relação ao seu modo de vida. Mas é exatamente isso que ocorre com a legislação infraconstitucional brasileira, que não reconhece as uniões entre pessoas do mesmo sexo, tratando de forma desigualitária os homossexuais e os heterossexuais.

32. De fato, o indivíduo heterossexual tem plena condição de formar a sua família, seguindo as suas inclinações afetivas e sexuais. Pode não apenas se casar, como também constituir união estável, sob a proteção do Estado. Porém, ao homossexual, a mesma possibilidade é denegada, sem qualquer justificativa aceitável.

33. Nem é preciso ressaltar que a possibilidade legal oferecida pelo ordenamento infraconstitucional, para que o homossexual constitua entidade familiar com pessoa do sexo oposto, não é suficiente para satisfação do princípio da igualdade. Em razão da sua condição homossexual – que não resulta de uma mera “opção”, mas está condicionada por fatores tidos como imutáveis¹⁴ – esta faculdade de constituir, sob o pálio legal, relações afetivas estáveis com pessoas do

¹³ Cf. Ronald Dworkin. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 205-213.

¹⁴ Não há consenso sobre as causas da homossexualidade, pois há correntes que enfatizam a preponderância de fatores genéticos na definição da sexualidade humana, enquanto outras sublinham a prevalência da influência do ambiente, sobretudo durante a primeira infância. Contudo, existe, pelo menos entre os pesquisadores sérios, firme consenso no sentido de que a homossexualidade não é uma mera “escolha” do indivíduo, mas uma característica componente da própria identidade de cada pessoa.

sexo oposto, não terá qualquer valor para a pessoa homossexual, pois estará em absoluto desacordo com as suas necessidades e inclinações psíquicas e espirituais mais profundas¹⁵.

34. Neste particular, não há qualquer diferença entre negar ao *gay* ou à *lésbica* a possibilidade de constituir família com pessoa do mesmo sexo, e vedar que o homem ou mulher heterossexual façam o mesmo, mas com indivíduos do sexo oposto. Em ambos os casos, trata-se de impedir a constituição legal do único tipo de entidade familiar que faria sentido para cada uma destas pessoas, em razão da sua própria identidade¹⁶.

35. Na verdade, sob a aparente neutralidade da legislação infraconstitucional brasileira, que apenas protegeu juridicamente as relações estáveis heterossexuais, esconde-se o mais insidioso preconceito contra os homossexuais. Esta postura está em franca desarmonia com o projeto do constituinte de 88, que pretendeu fundar uma “*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”, como consta no Preâmbulo da Carta.

36. Não há dúvida, neste ponto, sobre a proibição constitucional de discriminações relacionadas à orientação sexual. Esta vedação decorre não apenas do princípio da isonomia, como também do art. 3º, inciso IV, da Carta, que estabeleceu, como objetivo fundamental da República, “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

37. Sobre esta questão, José Afonso da Silva salientou que a abrangência da vedação constitucional às outras formas de discriminação é suficiente para englobar aquelas fundadas na orientação sexual, já que este é também um fator que tem servido de base para desequiparações e preconceitos¹⁷.

¹⁵ Cf. Morris B. Kaplan. *Sexual Justice: Democratic Citizenship and the Politics of Desire*. Routledge: New York, 1997, p. 207-238.

¹⁶ Cf. William N. Eskridge Jr.. *Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights*. Routledge: New York, 2002, p. 127-158.

¹⁷ José Afonso da Silva. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48.

38. Roger Raupp Rios chegou ao mesmo resultado a partir de argumentação distinta. Para ele, a discriminação contra o homossexual representaria desigualação fundada em sexo, constitucionalmente vedada. Nas suas palavras,

“...a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação.

Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os tratamentos diferentes, neste contexto, tem a sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo¹⁸.”

39. O certo é que, independentemente da fundamentação que se prefira adotar, a discriminação motivada pela orientação sexual é constitucionalmente banida no Brasil. E esta argumentação é reforçada, quando se analisa a orientação seguida no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

40. Com efeito, o Brasil é signatário do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU, que foi promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 592, de 07 de julho de 1992. Este tratado internacional consagra o direito à igualdade nos seu arts. 2º, § 1º, e 26, ao proibir as discriminações *“por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”*. RO

¹⁸ Roger Raupp Rios. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*. São Paulo: RT, 2002, p. 133.

41. Apesar de inexistir no referido texto qualquer alusão expressa à discriminação fundada em orientação sexual, a Comissão de Direitos Humanos da ONU manifestou-se sobre o tema no caso *Nicholas Toonen v. Austrália*¹⁹, analisado em 1994, no sentido de que este tipo de desquiparação é também vedado. Para a Comissão “a referência a ‘sexo’ nos artigos 2º, § 1º, e 26, deve ser considerada como incluindo também a orientação sexual”. Este foi um dos argumentos da Comissão para apontar a violação de direitos humanos cometida pela Austrália, porque um dos seus estados - o Estado da Tasmânia - criminalizara as práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

42. Ora, mesmo que se entenda que os tratados sobre direitos humanos aprovados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 não têm o *status* de norma constitucional, não há dúvida de que, no mínimo, deve o intérprete nacional buscar a harmonia entre a legislação interna sobre a matéria e a normativa internacional, visando a adequar o nosso ordenamento aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro²⁰. Daí porque, a vedação, pelo Pacto dos Direitos Civis e Políticos, das discriminações motivadas por orientação sexual, representa mais uma razão para que se conclua que a Constituição de 88 também proíbe as mesmas práticas.

43. Assim, a Constituição brasileira não está sozinha ao vedar as discriminações fundadas na orientação sexual. Pelo contrário, a ilegitimidade destas desquiparações arbitrárias vem sendo reconhecida em várias outras ordens constitucionais, que já afirmaram inclusive a existência de um direito fundamental ao casamento ou à constituição de união civil por pessoas do mesmo sexo.

¹⁹ U.N Doc. CCPR/c/50/D/488/1992. Os trechos mais importantes desta decisão estão reproduzidos em William N. Eskridge & Nan D. Hunter. *Sexuality, Gender and the Law*. Westbury: The Foundation Press, 1997, p. 751-754.

²⁰ Cf. Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 94-99; e Celso Lafer. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2005, p. 42-43.

44. É certo que nem toda desigualação promovida pela ordem jurídica é ilegítima. Como estabelece a conhecida máxima aristotélica, a igualdade consiste em tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade. Portanto, para que se conclua no sentido da inconstitucionalidade de alguma medida discriminatória, é necessário analisar se existe algum fundamento legítimo, razoável e suficiente para justificar a diferença de tratamento promovida pelo legislador infraconstitucional.

45. Sem embargo, neste ponto, há que se ter em mente a advertência de Robert Alexy, no sentido de que o ônus argumentativo pesa sobre quem sustente a validade das medidas discriminatórias e não sobre os que preconizam o tratamento igual. Como ressaltou o jurista alemão, *“se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual... Como se tem observado reiteradamente, a máxima general de igualdade estabelece assim a carga de argumentação para os tratamentos desiguais”*²¹.

46. E quais seriam as razões existentes para justificar a impossibilidade de constituição de entidades familiares por pessoas do mesmo sexo? Além do argumento atinente à redação do art. 226, § 3º, do texto magno, que será analisado e refutado em outro item, é possível listar alguns outros que vêm sendo empregados pelos opositores da legalização das uniões entre casais do mesmo sexo: estas uniões seriam “pecaminosas”, contrariando a lei divina e o direito natural; elas atentariam contra a “natureza das coisas”; elas não mereceriam proteção legal porque não dão ensejo à procriação; elas estimulariam comportamentos sexuais desviantes, enfraquecendo a família e o casamento; e elas não estariam em consonância com os valores predominantes na sociedade.

20

²¹ Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 395-396.

47. Porém, nenhum destes argumentos pode ser accito na ordem constitucional brasileira.

48. O argumento do “pecado”, como já se ressaltou antes, é francamente incompatível com os princípios da liberdade religiosa e da laicidade do Estado (art. 5º, VI e 19, I, CF). O Estado laico não pode bascar os seus atos em concepções religiosas, ainda que cultivadas pela religião majoritária, pois, do contrário, estaria desrespeitando todos aqueles que não a professam, sobretudo quando estiverem em jogo os seus próprios direitos fundamentais²².

49. Por isso, as religiões que se opõem à legalização da união entre pessoas do mesmo sexo têm todo o direito de não abençoarem estes laços afetivos. O Estado, contudo, não pode bascar-se no discurso religioso para o exercício do seu poder temporal, sob pena de grave afronta à Constituição.

50. O argumento de contrariedade à “natureza das coisas” tampouco convence. Em primeiro lugar, porque, do ponto de vista biológico, a homossexualidade é tão “natural” como a heterossexualidade, manifestando-se também entre outros seres vivos e ostentando, segundo uma importante corrente, um forte componente genético.

51. Mas, ainda que assim não fosse, não seria legítimo cercar a igual liberdade de cada um de perseguir a própria felicidade, escolhendo o seu parceiro ou parceira familiar, com base em argumentos desta ordem. Afinal, o reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana significa, no mínimo, a proteção de uma esfera de autonomia moral do indivíduo para decidir sobre como conduzir a sua própria vida, desde que isto não lese direitos de terceiros.

52. Na verdade, o argumento relativo à “natureza das coisas” deve ser empregado para legitimar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, e não o

²² Cf. Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 346-361.

contrário. De acordo com Karl Larenz, a argumentação correlacionada à natureza das coisas objetiva estabelecer uma concordância recíproca entre as esferas do ser e do dever ser.²³ Ora, no plano da realidade, existe um sem-número de casais homossexuais que formaram uniões afetivas estáveis e duradouras, não reconhecidas pela ordem jurídica infraconstitucional.

53. Portanto, pelo argumento da “natureza das coisas”, deve ser conferido a estas uniões um tratamento jurídico adequado à sua realidade, que é a de autênticas entidades familiares.

54. A alegação de que a impossibilidade de procriação justificaria a não-proteção da união entre pessoas do mesmo sexo é também equivocada. Isto porque, o incentivo à procriação não é o objetivo da tutela legal dispensada à união estável. Existem inúmeros outros motivos válidos e legítimos que levam os casais a optarem pela construção de uma vida em comum, que sempre foram aceitos pelo Direito. Tanto é assim que nem mesmo se discute o direito à constituição de família por casais heterossexuais inférteis, ou que não pretendam ter filhos.

55. Melhor sorte não assiste ao argumento de que a legalização união entre pessoas do mesmo sexo representaria um estímulo a práticas sexuais desviantes, ou que poria em risco o casamento e a família tradicionais.

Com efeito, a própria premissa em que se assenta a primeira parte do argumento – de que a homossexualidade é um “desvio” que deve ser evitado – é francamente incompatível com o princípio da isonomia e parte de uma pré-compreensão preconceituosa e intolerante, que não encontra qualquer fundamento na Constituição de 88. A homossexualidade é uma condição do indivíduo, não sendo, a rigor, positiva ou negativa, da mesma forma que outras características humanas, como a cor da pele.

56. Além disso, a idéia de que a legalização da união entre pessoas do mesmo sexo possa estimular a conversão de pessoas heterossexuais à

²³ Karl Larenz. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 150..

homossexualidade soa absolutamente implausível. Na verdade, ao reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado estará tão-somente respeitando e conferindo a devida proteção legal às escolhas afetivas feitas por pessoas que não teriam como se realizar existencialmente através da constituição de família com indivíduos do sexo oposto.

57. Tampouco é correto afirmar que a união entre as pessoas do mesmo sexo enfraquece a família ou o casamento.

58. Em relação à família, há que se ter em mente que o seu modelo tradicional, patriarcal e hierarquizado, atravessa hoje uma crise profunda, causada por vários fatores, com destaque para a progressiva emancipação da mulher²⁴. Aquela vetusto modelo familiar, com papéis rigidamente definidos - o homem chefe de família e “provedor”; a mulher submissa e circunscrita à esfera doméstica; os filhos obedientes e sem voz - não é objeto de proteção constitucional, pois neste ponto, como em tantos outros, quis o constituinte introduzir modificações visando a compatibilizar os tradicionais institutos jurídicos com os valores democráticos e igualitários subjacentes à Carta de 88.

59. Hoje, afirma-se que a família não é protegida pela Constituição como um fim em si, mas antes como um meio, que é tutelado na medida em que permite que cada um dos seus integrantes se realize como pessoa, num ambiente de comunhão, suporte mútuo e afetividade²⁵.

60. Em outras palavras, não há dúvida de que a ordem constitucional tutela a família, mas isto não significa que ela a tenha posto numa redoma jurídica, para abrigá-la diante das tendências liberais e igualitárias que ganham corpo na sociedade contemporânea, dentre as quais se insere o movimento de afirmação dos

²⁴ Cf. Anthony Giddens. *A Transformação da Intimidade*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1992; Maria Del Priore. *História do Amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 231 ss.

²⁵ Cf. Gustavo Tepedino. “A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 347-366; Maria Berenice Dias. *A União Homossexual: O Preconceito e a Justiça*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59-70; Luiz Edson Fachin. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-40.

direitos dos homossexuais. Pelo contrário, a Constituição de 88 instituiu um novo paradigma para a família, assentado no afeto e na igualdade.

61. Partindo-se desta premissa, é fácil concluir que o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo não enfraquece a família, mas antes a fortalece, ao proporcionar às relações estáveis afetivas mantidas por homossexuais – que são autênticas famílias, do ponto de vista ontológico - a tutela legal de que são merecedoras.

62. Por outro lado, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo em nada modificaria o instituto do casamento, nem tampouco impediria ninguém de se casar.

63. Aliás, a Corte Constitucional alemã manifestou-se exatamente sobre esta questão, quando apreciou a arguição de inconstitucionalidade de uma lei que instituía naquele país a parceria civil registrada entre homossexuais²⁶, afirmando que tal lei não infringira nem a liberdade de casar, nem a garantia institucional do casamento, asseguradas no art. 6.1 da Lei Fundamental de Bonn. Isto porque, nas palavras do Tribunal, após a criação da nova parceria, tanto “*o caminho para o casamento permanece aberto para todas as pessoas que tenham a capacidade de casar*”, como “*todas as regras que dão ao casamento o seu arcabouço legal do casamento e atribuem à instituição as suas conseqüências legais continuam a existir*”.

64. Finalmente, o argumento de que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser aceita, por contrariar a moralidade dominante na sociedade brasileira, também deve ser rejeitado.

65. Em primeiro lugar, porque é no mínimo muito duvidosa a afirmação de que a sociedade hoje se posiciona majoritariamente contra o reconhecimento dos relacionamentos estáveis homossexuais. Não há dados estatísticos incontroversos, mas, em que pese a persistência do preconceito e da

²⁶ BverfGE 1/01 (2002).

homofobia no país, parece certo que a visão social sobre o tema da homossexualidade vem se liberalizando progressivamente nos últimos tempos. Prova eloquente disto é o fato de que as maiores e mais concorridas manifestações públicas que têm ocorrido no Brasil nos últimos anos são as paradas, passeatas e manifestações do movimento *gay*, que mobilizam centenas de milhares de pessoas em diversas capitais do país.

66. Mas, ainda que assim não fosse, o papel do Direito – e especialmente o do Direito Constitucional – não é o de 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 a sua superação, em direção à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

67. Por isso, a subsistência de uma visão social preconceituosa a propósito das relações homossexuais não pode servir de fundamento, no plano da argumentação constitucional, para o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

68. Desta forma, conclui-se que não existem razões de peso suficiente que justifiquem qualquer discriminação contra os homossexuais, no que tange ao reconhecimento jurídico das uniões afetivas que mantêm.

69. Pelo contrário, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presente nas relações estáveis entre pessoas de sexos opostos, que são hoje amplamente reconhecidas e protegidas pela ordem jurídica²⁷.

²⁷

Cf. Ana Carla Harmatiuk Matos, *op. cit.*, p. 59-62.

A OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

70. O não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo tem conseqüências em dois planos distintos, mas que se interpenetram. Por um lado, ela priva os parceiros homossexuais de uma série de direitos importantes, que são atribuídos aos companheiros na união estável: direito a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários, direitos no campo contratual, direitos na esfera tributária, etc. Por outro, ela é, em si mesma, um estigma, que explicita a desvalorização pelo Estado do modo de ser do homossexual, rebaixando-o à condição de cidadão de 2ª classe.

71. Sob ambos os prismas, há uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

72. Com efeito, alguns dos direitos que são denegados aos parceiros em relações homoafetivas são ligados às condições básicas de existência²⁸, como o direito a alimentos, o direito a prosseguir no contrato de locação celebrado em nome do antigo parceiro, em caso de óbito deste ou de separação (dimensão do direito à moradia), e o direito ao recebimento de benefícios previdenciários.

73. Portanto, privar os membros de uniões afetivas destes e de outros direitos, atenta contra a sua dignidade, expondo-os a situações de risco social injustificado, em que pode haver comprometimento às suas condições materiais mínimas para a vida digna.

74. Sem embargo, independentemente disto, o não-reconhecimento em si da união entre pessoas do mesmo sexo já encerra um significado muito claro:

²⁸ A garantia das condições materiais básicas de vida – mínimo existencial - é um dos aspectos essenciais do princípio da dignidade da pessoa humana. Confira-se, a propósito, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 90-98; e Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 191-200.

ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social.

75. Trata-se de violação do direito ao reconhecimento, que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana²⁹. Isto porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem este reconhecimento, ela perde a auto-estima³⁰, que já foi definida por John Rawls como "*o mais importante bem primário*" existente na sociedade.³¹

76. O reconhecimento social envolve a valorização das identidades individuais e coletivas. E a desvalorização social das características típicas e do modo de vida dos integrantes de determinados grupos, como os homossexuais, tende a gerar nos seus membros conflitos psíquicos sérios, infligindo dor, angústia e crise na sua própria identidade. Nas palavras de Axel Honneth,

"A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para os seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja, uma perda na possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características."³²

77. Por isso, quando se quer proteger e emancipar os grupos que são vítimas de preconceito, torna-se necessário travar o combate em dois *fronts*: no

²⁹ Cf. Charles Taylor. "La Política del Reconocimiento". In: Amy Gutmann (org.). *El Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 46-47; e Gregório Peces-Barba Martínez. *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 75-76.

³⁰ Cf. Amy Gutmann. *Identity in Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 42.

³¹ John Rawls. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 440.

³² Axel Honneth. *Luta por Reconhecimento*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 217/218.

campo da distribuição e no campo do reconhecimento³³. No campo da distribuição, trata-se de corrigir as desigualdades decorrentes de uma partilha não equitativa dos recursos existentes na sociedade. E no campo do reconhecimento, cuida-se de lutar contra injustiças culturais, que rebaixam e estigmatizam os integrantes de determinados grupos.

78. Como a homossexualidade está distribuída homoganeamente por todas as classes sociais, a injustiça contra os homossexuais deriva muito mais da falta de reconhecimento do que de problemas de distribuição. A distribuição até pode ser afetada, como quando, por exemplo, discrimina-se o homossexual no acesso ao mercado de trabalho, mas os problemas de distribuição são, em regra, uma conseqüência da falta de reconhecimento, e não o contrário.³⁴

79. Ora, quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele atenta profundamente contra a identidade dos homossexuais, alimentando e legitimando uma cultura homofóbica na sociedade. Afinal, se o que o caracteriza o homossexual é exatamente o fato de que a sua afetividade e sexualidade são dirigidas às pessoas do mesmo sexo, rejeitar o valor das relações amorosas entre iguais é o mesmo que desprezar um traço essencial da sua personalidade. Há nisso, portanto, um grave atentado contra a dignidade da pessoa humana..

80. Note-se que, no caso presente, nem mesmo se pretende a adoção de qualquer medida de discriminação positiva em favor dos homossexuais. Pelo contrário, tenciona-se tão-somente refutar uma prática do Estado, cujo efeito é o de reforçar as injustiças culturais contra os membros deste grupo, ao denegar a eles a possibilidade real de exercício de um direito básico, que deveria ser garantido de forma universal e igualitária: o de constituir família.

³³ Cf. Nancy Fraser. "Da Distribuição ao Reconhecimento? Dilemas na Era Pós-Socialista". In: Jessé de Souza (Org.). *A Democracia Hoje*. Brasília: Ed. UNB, 2001, p. 245-282.

³⁴ *Op. cit.*, p. 257-258.

20.

81. Ademais, o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo viola um aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana, que se identifica com a máxima kantiana de não instrumentalização da pessoa³⁵. Deriva do princípio da dignidade da pessoa humana a exigência de que cada indivíduo seja sempre tratado como um fim em si mesmo pela ordem jurídica, e nunca como um meio³⁶. Mas quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele instrumentaliza os homossexuais, sacrificando os seus direitos e a sua autodeterminação em nome de uma concepção moral tradicional e não-pluralista.

82. Por todas estas razões, o não-reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo representa uma grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A OFENSA AO DIREITO À LIBERDADE

83. Um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento e proteção da liberdade individual. A premissa filosófica de que se parte é a de que a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando as suas escolhas existenciais básicas e perseguindo os seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros.³⁷

³⁵ Emmanuel Kant. *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. In: *Os Pensadores: Kant (II)*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 135 ss.

³⁶ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, p. 90.

³⁷ O jusfilósofo e constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino referiu-se, neste sentido, ao princípio da autonomia da pessoa, segundo o qual "*sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os demais indivíduos) não devem interferir nesta eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual destes planos de vida e à satisfação dos ideais de virtude que cada um sustente e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução*" (*Ética y Derechos Humanos*. 2ª ed, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 204-205).

84. Desde o advento do Estado Social, tem-se reconhecido no campo constitucional que a maior ênfase na proteção da liberdade deve recair sobre os aspectos existenciais da vida humana, e não sobre as decisões de conteúdo predominantemente patrimonial³⁸. Com efeito, se, por um lado, assistiu-se a uma relativização das liberdades econômicas – direito de propriedade, livre iniciativa, etc. -, em nome de interesses da coletividade, por outro, reforçou-se a proteção da liberdade individual correlacionada à esfera das decisões que tocam mais profundamente o desenvolvimento da personalidade humana.

85. Neste ponto, não há dúvida de que um dos aspectos mais essenciais desta liberdade existencial constitucionalmente protegida diz respeito à autonomia de cada indivíduo de escolher a pessoa com a qual pretende manter relações afetivas estáveis, de caráter familiar.

86. Com efeito, tão óbvia é a importância da livre constituição da família para a realização da pessoa humana que ela nem precisa ser aqui enfatizada. Afinal, é em geral na família que o indivíduo trava as suas relações mais profundas, duradouras e significativas; é nela que ele encontra o suporte espiritual para os seus projetos de vida e o apoio moral e material nos seus momentos de maior dificuldade.

87. Mas para que a família desempenhe realmente este papel vital para a realização existencial dos seus membros, a sua constituição deve basear-se num ato de liberdade, em que cada indivíduo tenha a possibilidade de escolher o parceiro ou a parceira com quem pretende compartilhar a vida. Daí porque, na esteira das lições de Gustavo Tepedino, pode-se apontar a *“inconstitucionalidade de qualquer ato estatal – praticado pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo – que limitasse tais escolhas pessoais, circunscrevendo o rol de entidades familiares*

20

³⁸ Cf. Daniel Sarmiento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141-182.

segundo entendimentos pré-concebidos, as mais das vezes arraigados a pré-conceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica."³⁹

88. É exatamente essa liberdade que se denega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua família, sob o amparo da lei, com pessoas do sexo para o qual se orienta a sua afetividade. Ao não reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado compromete a capacidade do homossexual de viver a plenitude da sua orientação sexual, enclausurando as suas relações afetivas no "armário". Esta negativa, como salientou Luis Roberto Barroso, embaraça "*o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos*"⁴⁰.

89. É certo que as liberdades individuais, mesmo as de natureza existencial, não são de natureza absoluta. Como os demais direitos fundamentais, elas podem ser restringidas, de forma proporcional e razoável, em face de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

90. Contudo, como foi ressaltado em item precedente, não há qualquer interesse legítimo que justifique o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento em questão não afeta qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. A sua recusa consubstancia medida autoritária, que busca impor uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, vitimizando os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. Daí a grave ofensa ao princípio constitucional de proteção da liberdade.

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA

³⁹ Parecer citado, p. 09.

⁴⁰ Parecer citado, p. 23.

91. A segurança jurídica é um valor fundamental no Estado de Direito, na medida em que é a sua garantia que possibilita que as pessoas e empresas planejem as próprias atividades e tenham estabilidade e tranquilidade na fruição dos seus direitos⁴¹.

92. No sistema constitucional brasileiro, a segurança é referida no *caput* dos arts. 5º e 6º da Constituição, e a idéia de segurança jurídica permeia e fundamenta uma série de direitos fundamentais e institutos constitucionais relevantes, como o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), e os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributária (art. 150, III, alíneas *a* e *b*, CF). Daí por que pode-se falar na existência de um princípio constitucional de proteção à segurança jurídica.⁴²

93. A relação entre o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo e a segurança jurídica não é tão evidente como a que foi traçada entre ele e os princípios constitucionais acima referidos. Mas ela é também importante e inequívoca.

94. Com efeito, a insegurança jurídica se instala não apenas quando os poderes Legislativo ou Executivo inovam no ordenamento legal de forma abrupta, atingindo situações consolidadas no passado, ou quando eles, pela sua ação ou omissão, frustram a legítima confiança dos cidadãos. A exigência de segurança jurídica envolve igualmente a função jurisdicional, uma vez que a incerteza sobre o entendimento jurisprudencial a propósito de determinadas questões pode ser um elemento provocador de grave intranquilidade e insegurança na sociedade, que devem ser evitadas. E tal situação ocorre com a união entre

⁴¹ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

⁴² Em decisões do STF a segurança jurídica vem sendo caracterizada como subprincípio constitucional, decorrente do princípio do Estado de Direito. Veja-se, e. g., o MS nº 24.580/DF, julgado em 22.04.2004, Rel. Min. Gilmar Mendes: "*Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.*"

peças do mesmo sexo, em vista da indefinição do seu enquadramento jurídico, alimentada inclusive por decisões judiciais conflitantes⁴³.

95. Isto porque, independentemente do seu não-reconhecimento oficial, a união entre pessoas do mesmo sexo ocorre no plano dos fatos. Diante desta realidade, surgem questões importantes a serem decididas, e a inexistência de uma prévia definição sobre o regime jurídico destas entidades gera imprevisibilidade, acarretando problemas não só para os seus partícipes, como também para terceiros.

96. Em relação aos parceiros, é natural, como salientou Luís Roberto Barroso, que eles "*queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos dentre outros*"⁴⁴, o que não ocorre no contexto atual, pelo silêncio do legislador ordinário e a indeterminação da jurisprudência pertinente.

97. Além disto, terceiros de boa fé que celebram negócios jurídicos com quaisquer dos membros da união também são atingidos por esta insegurança jurídica, na medida em que podem surgir, por exemplo, dúvidas sérias sobre a extensão da responsabilidade de cada companheiro por dívidas contraídas por um deles ou pelo casal, ou ainda incerteza sobre a validade de determinados atos jurídicos praticados por um companheiro sem o consentimento do outro, como fianças e alienação de bens do patrimônio comum.

98. Estas e outras situações evidenciam que, para proteger a segurança jurídica tanto dos partícipes das uniões entre pessoas do mesmo sexo como de terceiros, é essencial a definição do regime jurídico a que se submetem estas parcerias. Assim, diante da inércia do legislador e da identidade entre as respectivas hipóteses, o caminho para superação desta insegurança só pode ser a extensão do regime legal da união estável para as parcerias entre pessoas do

⁴³ Cf. Luis Roberto Barroso. Parecer citado, p. 28.

⁴⁴ Idem, ibidem.

mesmo sexo, através de decisão judicial do STF, revestida de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

***A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO ART. 226, § 3º,
DA CONSTITUIÇÃO***

99. Um obstáculo que se invoca contra a possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é a redação do art. 226, “§ 3º, da Constituição, segundo o qual, *“para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”*”.

100. Os adversários da união homoafetiva alegam que o preceito em questão impediria o seu reconhecimento no Brasil, pelo menos enquanto não fosse aprovada emenda alterando o texto constitucional. Porém, o raciocínio não convence.

101. Sabe-se que a Constituição não é apenas um amontado de normas isoladas. Pelo contrário, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos demais.

102. No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. Estes princípios, que são portadores de um elevado significado axiológico, não ostentam formalmente uma hierarquia superior, mas possuem uma importância maior na ordem constitucional, na medida em que têm um raio de incidência mais amplo, e atuam como vetores interpretativos na aplicação de todas as demais normas⁴⁵.

⁴⁵ Cf. Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Renovar, 1996, p. 141-150.

103. No caso brasileiro, nem é preciso muito esforço exegético para identificar tais princípios. O constituinte já tratou de fazê-lo no Título I da Carta, que se intitula exatamente "*Dos Princípios Fundamentais*". E é lá que vão ser recolhidas as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, dentre outros.

104. Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - como o § 3º do art. 226 -, deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade.

105. É verdade que toda esta argumentação principiológica ruiria por terra se houvesse vedação textual à união entre pessoas do mesmo sexo. Porém, não é isso o que ocorre. Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais.

106. Porém, esta ausência de referência não significa silêncio eloquente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento. Neste sentido, confira-se o magistério da Professora Titular de Direito Civil da UERJ, Maria Celina Bodin de Moraes, ao criticar a tese oposta a que ora se sustenta:

"O raciocínio implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da 'norma geral exclusiva' segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma

20.

geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes e de maneira idêntica. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrario sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico⁴⁶

107. A rigor, diante do silêncio do texto constitucional, são três as conclusões possíveis: (a) a Constituição proibiu as uniões entre pessoas do mesmo sexo; (b) a Constituição não se pronunciou sobre o assunto, que pode ser livremente decidido pelo legislador, num ou noutro sentido; e (c) a Constituição requer o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, impondo-se, em razão do sistema constitucional, uma interpretação analógica do seu art. 226, § 3º.

108. Os princípios fundamentais acima referidos impõem a terceira opção.

109. A primeira delas deve ser descartada, porque implica na cristalização, em sede constitucional, de uma orientação preconceituosa e excludente, que está em franca desarmonia com alguns dos valores mais importantes da própria Carta: dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição de discriminações odiosas, construção de uma sociedade livre justa e solidária, etc.

110. Se houvesse expressa determinação constitucional excluindo as uniões entre pessoas do mesmo sexo do rol das entidades familiares, seria o caso de capitular no debate hermenêutico. Teríamos aqui uma regra destoante num regime constitucional tão humanista, cuja superação, entretanto, demandaria alteração no texto constitucional por via de emenda.

⁴⁶ Maria Celina Bodin de Moraes. "A união entre pessoas do mesmo sexo: Uma análise sob a perspectiva do Direito Civil-Constitucional". In: *Revista Trimestral de Direito Civil* nº 01:89-112, 2000, p. 105. Desenvolvendo a mesma argumentação, veja-se ainda Ana Paula Ariston Barion Peres. *A Adoção por Homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56-57.

111. Mas, como já foi dito, não é este o caso. Assim, pelo princípio da unidade da Constituição, deve-se rejeitar a exegese do art. 226, § 3º, que o ponha em franco antagonismo com os princípios fundamentais da República.

112. A segunda alternativa, que remete a resolução da questão ao legislador, também não é a mais correta. Se o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo envolve questão de direito fundamental, como se demonstrou nos itens precedentes, então não é razoável colocá-lo na esfera da discricionariedade legislativa.

113. Afinal, os direitos fundamentais envolvem, por definição, limites impostos às maiorias em proveito da dignidade da pessoa humana de cada indivíduo. Na conhecida expressão de Ronald Dworkin⁴⁷, estes direitos são trunfos, que prevalecem diante das preferências comunitárias ou de cálculos utilitaristas, e que, portanto, devem estar ao abrigo do comércio político, protegidos do arbítrio ou do descaso do legislador pela Constituição.

114. Daí por que só resta a última alternativa, de conceber a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar implicitamente reconhecida pela Constituição, equiparada, por interpretação analógica, à união estável entre homem e mulher.

115. A interpretação analógica justifica-se aqui porque as razões para a atribuição do caráter familiar à união estável não se prendem à diversidade do sexo dos companheiros – elemento meramente accidental – mas ao afeto que os une, à estabilidade dos laços e ao desígnio comum de constituição da família. Estes fatores são indiferentes em relação à identidade ou diversidade do sexo dos parceiros, podendo apresentar-se tanto nas uniões heterossexuais como nas homossexuais.

⁴⁷ Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Op. cit., p. 80-130. Veja-se também Oscar Vilhena Vieira. *Direitos Fundamentais: Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47-50.

20

116. Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria, a *contrario sensu*, o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo.

117. Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito⁴⁸. Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina a *inclusão*, como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais.⁴⁹

118. Assentada esta coordenada, cumpre destacar que a ausência de legislação infraconstitucional que expressamente tutele a união entre pessoas do mesmo sexo não representa obstáculo para o imediato reconhecimento judicial destas entidades familiares. Deveras, se premissa de que se parte é a de que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação, da liberdade e da proteção à segurança jurídica impõem o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, cabe então invocar não só o postulado hermenêutico da efetividade ou força normativa da Constituição, como também a cláusula mais específica de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF), para afirmar a desnecessidade de mediação legislativa no caso.

20

⁴⁸ Cf. Gustavo Tepedino. "Novas Formas de Entidades Familiares. Efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio", *op. cit.*

⁴⁹ Neste sentido, a observação precisa de Luís Roberto Barroso, ao criticar a exegese de que o art. 226, § 3º, da CF conteria vedação à união entre pessoas do mesmo sexo: "*Extraír deste preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: de norma de inclusão. De fato, ela foi historicamente introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.*" (Parecer citado, p. 34).

119. Neste quadro de ausência de regulamentação infraconstitucional, a união entre pessoas do mesmo sexo deve ser regida pelas regras que versam sobre a união estável heterossexual, previstas no art. 1723 e seguintes do Código Civil, aplicadas analogicamente⁵⁰.

A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

120. A trajetória do reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil iniciou-se com decisões judiciais que, sem atribuírem a ela a natureza de entidade familiar, equipararam-na à sociedade de fato.

121. Neste sentido, cumpre ressaltar a precursora decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no processo envolvendo os bens deixados pelo artista plástico Jorge Guinle Filho, que faleceu depois de ter convivido por 17 anos com parceiro do mesmo sexo.⁵¹

122. Com o passar do tempo, esta orientação foi se afirmando na jurisprudência, que passou a tratar das relações entre os parceiros homossexuais como questão inserida no âmbito do Direito das Obrigações.⁵²

123. Todavia, esta solução, que é hoje a predominante no âmbito da jurisprudência nacional⁵³, apesar de representar um avanço em relação ao passado, em que se negava qualquer efeito jurídico às uniões entre pessoas do mesmo sexo, está longe de ser satisfatória.

124. Com efeito, a negativa do caráter familiar à união entre parceiros do mesmo sexo representa uma violência simbólica contra os homossexuais, que

⁵⁰ Também defendendo a aplicação analógica das regras sobre a união estável heterossexual à união entre pessoas do mesmo sexo, veja-se Luiz Edson Fachin. *Direito de Família. Op. cit.*, p. 124-126.

⁵¹ Apelação Cível nº 731/89, julgada em 08.08.89.

⁵² Cf. REsp. nº. 148.897-MG, julgado em 10.02.1998.

⁵³ No Superior Tribunal de Justiça, veja-se as decisões proferidas nos REsp. nº. 148.897-MG, 4ª Turma, Rel. Ministro Ruy Rosado Aguiar, julgado em 10.02.1998; REsp. 32.3370/RS, 4ª Turma, Rel. Ministro Barros Monteiro, julgada em 14.12.2004; e REsp. 502995/RN, 4ª Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgada em 26.04. 2006.

referenda o preconceito existente contra eles no meio social. É artificial, por outro lado, a equiparação com a sociedade de fato, que faz tábula rasa do propósito real que une os companheiros homossexuais, situado no plano da afetividade, e não na esfera econômica. Ademais, desta linha jurisprudencial resultam conseqüências práticas negativas para os parceiros, uma vez que a sociedade de fato não envolve uma série de direitos que se aplicariam, caso fosse atribuída a tais relações uma natureza análoga à da união estável.

125. Contudo, já se encontram na jurisprudência decisões mais avançadas nesta matéria, valendo destacar as que vêm sendo proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que já se pronunciou sobre a competência das varas de família para julgamento das ações de dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo⁵⁴, sobre a viabilidade de adoção conjunta de criança por casal homossexual⁵⁵ e também sobre a possibilidade de reconhecimento destas entidades familiares. Nesta última questão, é paradigmática a decisão proferida pela 7ª Câmara Cível daquele Tribunal na Apelação Cível nº 7000138892, relatada pelo Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis e julgada em 14.03.2001, que teve a seguinte ementa:

“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 de direito, relevados sempre os princípios

⁵⁴ Veja-se, e.g., Agravo de Instrumento nº 599075496, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Mussi, julgada em 17.06.1999; Agravo de Instrumento 598362655, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgada em 15.09.1999; e Conflito de Competência 70000992156, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 29.06.2000.

⁵⁵ Apelação Cível nº 70013801592, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil dos Santos, julgada por unanimidade em 05 de abril de 2006.

constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma onde se debruça a melhor hermenêutica."

126. Por outro lado, no campo previdenciário, há decisões dos Tribunais Regionais Federais da 1^a ⁵⁶, 2^a ⁵⁷, 4^a ⁵⁸ e 5^a ⁵⁹ Regiões e do próprio STJ⁶⁰, reconhecendo o direito do homossexual ao recebimento de pensão do INSS ou estatutária, em caso de óbito do seu companheiro ou companheira.

127. Importantíssimos, ainda, foram os termos de duas decisões monocráticas proferidas pelos Ministros Marco Aurélio Mello e Celso Mello no STF.

128. No primeiro caso, tratava-se de pedido de suspensão da decisão proferida pela Justiça Federal do Rio Grande do Sul, que deferira liminar na já

⁵⁶ Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.000697-0/MG, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, julgado em 29.04.2003.

⁵⁷ Apelação Cível nº 2002.51.01.000777-0, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Tânia Heine, publicado no DJ de 21.07.2003, p. 74.

⁵⁸ Apelação Cível nº 2000.04.01.073643-8, 6ª Turma, Rel. Des. Nyelson Paim de Abreu, julgada em 21.11.2000; Apelação Cível nº 2001.04.01.027372-8/RS, Rel. Des. Fed Edgar Lippman Jr., julgada em 17 de outubro de 2002; Apelação Cível nº 2001.72.00.006119-0/SC, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, julgada em 21 de setembro de 2004; Apelação Cível nº 2001.70.00.02992-0-0/PR, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro, julgada em 15 de dezembro de 2004; e Apelação Cível nº 2000.71.000.009347-0/RS, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. João Batista Pinto Silveira, julgada em 27 de julho de 2005.

No último caso citado, tratava-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, dotada de efeitos nacionais, que postulava a condenação do INSS a conceder aos parceiros homossexuais direitos previdenciários em igualdade de condições em relação aos casais heterossexuais. Na ementa do acórdão que acolheu o pedido, ficou registrado:


"11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei nº 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão."

⁵⁹ Apelação Cível nº 2003.05.00.029875-2, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, julgada em 14.05.2004; Apelação Cível nº 2002.84.00.002275-4, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, julgada em 17.06.2004; e Apelação Cível nº 2000.81.00.017834-9, Rel. Des. Fed. José Batista de Almeida Filho, julgada em 13.12.2005.

⁶⁰ REsp. nº 395.904/RS, 6ª Turma, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 13.12.2005.

comentada ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, determinando a extensão aos casais homossexuais dos benefícios previdenciários percebidos pelos casais heterossexuais, em todo o território nacional. O Ministro Marco Aurélio, na condição de Presidente do STF, indeferiu o pedido, em extensa decisão, da qual se extrai o seguinte trecho:

“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 art. 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 o preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folhas 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, parágrafo 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do art. 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 art. 201. Ora, diante deste quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar a queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação do Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou a 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.”⁶¹

129. A segunda decisão mencionada, da lavra do Ministro Celso Mello, foi proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300, ajuizada conjuntamente pela Associação da Parada do Orgulho dos gays, Lésbicas, 

⁶¹ Petição 1.984-9 Rio Grande do Sul, apreciada em 10 de fevereiro de 2003.

Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, em que se impugnava a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.278/96, que definira a união estável como vínculo familiar entre homem e mulher, excluindo as uniões homoafetivas. O Ministro, na condição de Relator, julgou extinto o processo, tendo em vista o fato de que a norma questionada fora revogada pelo novo Código Civil. No entanto, S. Exa. não se esquivou de tecer relevantíssimas considerações sobre o tema de fundo:

“Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental – cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, do outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas.”⁶²

⁶² Decisão de 03 de fevereiro de 2006, reproduzida no *Informativo STF* nº 414, e disponível em <http://www.stf.gov.br>

AD

130. Finalmente, cabe destacar a decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral a propósito da impugnação do registro de candidata ao cargo de Prefeito de Viseu/PA, que mantinha parceria estável com a então prefeita reeleita daquele Município. A questão relacionava-se à aplicação ao caso do art. 14, § 7º, do texto magno, que prevê a inelegibilidade do cônjuge dos chefes do Executivo, no âmbito das respectivas circunscrições eleitorais, e que é também empregado, de acordo com pacífica jurisprudência, na hipótese de união estável. O acórdão, relatado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, concluiu, por unanimidade, no sentido da incidência à hipótese da referida regra de inelegibilidade, consignando:

“ É um dado da vida real a existência de relações homossexuais em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes vínculos afetivos.

Assim, entendo que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, Parágrafo 7º, da Constituição Federal⁶³.

131. Portanto, muito embora a posição jurisprudencial dominante seja ainda a da equiparação da união entre pessoas do mesmo sexo à sociedade de fato, manifesta-se uma forte tendência, inclusive no âmbito do STF, no sentido da revisão deste posicionamento, para fins de atribuição a esta entidade de *status* análogo ao da união estável, com base na aplicação direta de princípios constitucionais.

BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO COMPARADO

132. Em todo o mundo ocidental existe uma nítida tendência no sentido do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

⁶³ REsp nº 24.564/PA. Decisão proferida em 1º. 10.2004.

133. De fato, há atualmente casamento entre pessoas do mesmo sexo na Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, na África do Sul e nos Estados norte-americanos de Massachusetts e New Jersey. Por outro lado, estas uniões são reconhecidas sem o *status* do casamento, e com denominações variadas, na França, Portugal, Alemanha, Reino Unido, Suíça, Islândia, Dinamarca, Suécia, Noruega, Finlândia, Hungria, República Tcheca, Croácia, Slovênia, Latvia, Andorra, Luxemburgo, Mônaco, em algumas regiões da Itália, em Israel, Colômbia, Guadalupe, Martinica, Antilhas Holandesas, Guiana Francesa, Nova Zelândia, Nova Caledônia, nas províncias argentinas de Buenos Aires e Rio Negro, e nos Estados norte-americanos da Califórnia, Vermont, Connecticut, Hawaii, Maine e no Distrito de Colúmbia (Washington DC), dentre outros.

134. Em muitos casos, esta proteção aos casais homossexuais decorreu de atos legislativos. Neste particular, a iniciativa pioneira foi da Dinamarca, que instituiu em 1989 a parceria registrada para casais do mesmo sexo⁶⁴, tendo sido seguida por outros países nórdicos ao longo da década de 90.

135. Contudo, há também diversos exemplos em que, diante da inércia ou do desrespeito aos direitos dos homossexuais pelas instâncias políticas, a iniciativa foi deflagrada pelo Poder Judiciário, através do exercício da jurisdição constitucional. É o que ocorreu, por exemplo, no Canadá, na Hungria, em Israel e na África do Sul.

136. No Canadá⁶⁵, a jurisprudência da Suprema Corte reconheceu, no julgamento do caso *M. v. H.*⁶⁶, que a norma que permitia a concessão de alimentos a parceiros em uniões estáveis entre pessoas de sexo oposto, mas não estendia a

⁶⁴ Veja-se Ingrid Lund-Andersen. "The Danish Partnership Act". In: Karina Boele-Woelki & Angelika Fuchs. *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*. Antwerp: Intersentia, 2003, p. 13-40.

⁶⁵ Uma descrição detalhada da jurisprudência canadense sobre uniões de pessoa do mesmo sexo pode ser encontrada em Deborah Gutierrez. "Gay Marriage in Canada: Strategies of the Gay Liberation Movement and the implications it will have on the United States". In: *New England Journal of International and Comparative Law* 10: 175-228, 2004.

⁶⁶ (1996) 142 D.L.R 4th 1,6.

AD

possibilidade a companheiros do mesmo sexo, era inconstitucional, por violar o direito à igualdade.

137. Invocando este precedente, várias Cortes estaduais proferiram decisões declarando que a definição de casamento existente na *common law* canadense, que circunscrevia a instituição às relações entre homem e mulher, violaria também o princípio da igualdade, por discriminar injustificadamente os homossexuais.

138. O mais conhecido e importante destes precedentes foi o caso *Halpern v. Attorney General of Canada*⁶⁷, julgado em 2003 pela Corte de Apelações de Ontário. Neste julgamento, depois de reconhecer a importância do casamento para os cônjuges, não apenas pelos benefícios que envolve, mas por representar “*uma expressão de reconhecimento público da sociedade das expressões de amor e compromisso entre indivíduos, conferindo a elas respeito e legitimidade*”, o Tribunal canadense afirmou que a exclusão das uniões homossexuais do âmbito da instituição representaria discriminação motivada por orientação sexual, constitucionalmente vedada.

139. Provocado por esta e outras decisões judiciais, o Parlamento canadense aprovou, em 2003, nova legislação estendendo o casamento às pessoas do mesmo sexo em todo o país. Mas antes que a lei entrasse em vigor, ele consultou a Suprema Corte, solicitando que esta se manifestasse sobre a constitucionalidade da medida (a jurisdição constitucional canadense contempla esta hipótese de consulta prévia).

140. A resposta da Corte, proferida em *Reference re Same-Sex Marriage*⁶⁸ foi afirmativa. Segundo o Tribunal, o projeto de lei em questão não apenas não violava a Constituição, como antes derivava diretamente do direito à

⁶⁷ (2003) O.J. nº 2268. Também foram proferidas decisões no mesmo sentido pelas Cortes de Apelação das províncias de Quebec e Colúmbia.

⁶⁸ (2004) 3 S.C.R. 698.

AD

igualdade previsto na Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que integra o bloco de constitucionalidade daquele país.

141. Já na Hungria, a instituição de união entre pessoas do mesmo decorreu de uma decisão do seu Tribunal Constitucional. A Corte Húngara rejeitou, em 1995, a alegação de que haveria violação aos princípios da igualdade e dignidade humana na não-extensão do casamento aos casais homossexuais. Todavia, em relação à união estável, ela afirmou que *“uma união de vida duradoura entre duas pessoas encerra valores que devem ser legalmente reconhecidos com base na igual dignidade das pessoas afetadas, sendo irrelevante o sexo dos companheiros”*⁶⁹

142. Partindo dessa compreensão, a Corte Constitucional da Hungria reconheceu a inconstitucionalidade da não-extensão da união estável aos casais formados por pessoas do mesmo sexo.

143. Também em Israel, o Poder Judiciário desempenhou um papel essencial no reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, que é hoje aceita pela *commom law* do país. A decisão seminal na matéria foi o caso *El-Al Israel Airlines v. Danilowitz*⁷⁰, julgado em 1994, no qual a Suprema Corte decidiu que constituía discriminação vedada a prática de uma companhia aérea, que concedia determinados benefícios aos parceiros do sexo oposto dos seus funcionários, mas não a estendia aos companheiros do mesmo sexo.

144. Na decisão, redigida pelo Presidente da Corte Aharon Barak, foi formulada e respondida a questão essencial da controvérsia sobre as uniões homossexuais: *“A parceria entre pessoas do mesmo sexo difere em termos de parceria, fraternidade e administração da célula social em relação à parceria entre pessoas de sexo diferente?”*. E a resposta do então *Chief Justice* foi taxativa:

⁶⁹ Decisão 14/1995. Os trechos mais importantes da decisão estão reproduzidos em inglês em Paul Gewirtz. *Global Constitutionalism: Nationhood, Same-Sex Marriage*. Op. cit., p. 62-66.

⁷⁰ High Court of Justice 721/94, 48 Piskei-Din 749. Uma versão em inglês da decisão pode ser consultada em www.tau.ac.il/law/aeyalgross/legalmaterials.htm

"A diferença estabelecida entre as parceiras de pessoas de sexo diferente e pessoas do mesmo sexo é uma explícita e descarada discriminação".

145. Na África do Sul, a Corte Constitucional enfrentou a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo no caso *Minister of Home Affairs and Another v. Marie Adriaana Fourie and Another*⁷¹, quando decidiu que tanto a *common law* sul-africana, como a legislação em vigor no país, violavam a Constituição, por não abrigarem esta possibilidade. Na sua alentada decisão, o Tribunal afirmou:

"A exclusão dos casais do mesmo sexo dos benefícios e responsabilidades do casamento, portanto, não é uma pequena e tangencial inconveniência resultante de uns poucos resquícios do prejuízo social, destinado a evaporar como o orvalho da manhã. Ela representa a afirmação dura, ainda que oblíqua, feita pela lei, de que os casais do mesmo sexo são outsiders, e que a necessidade de afirmação e proteção das suas relações íntimas como seres humanos é de alguma maneira menor do que a dos casais heterossexuais. .. Ela significa que a sua capacidade para o amor, compromisso e aceitação da responsabilidade é por definição menos merecedora de consideração do que a dos casais heterossexuais."

146. Portanto, verifica-se no Direito Comparado não só uma forte tendência ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como também, em alguns casos, o protagonismo do Poder Judiciário nesta seara, diante do preconceito ainda presente nas instâncias de representação popular.

CONCLUSÕES

147. Sintetizando o que foi exposto ao longo desta petição inicial, pode-se dizer que:

⁷¹ Caso CCT 60/04, julgado em 1º de dezembro de 2005.

a) o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual;

b) este não-reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, *caput*) da liberdade (art. 5º, *caput*), e da proteção à segurança jurídica;

c) é cabível *in casu* a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que a apontada lesão decorre de atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos que não reconhecem esta união, dentre os quais se destaca o posicionamento dominante do Judiciário brasileiro, e inexistente qualquer outro meio processual idôneo para sanar a lesividade;

d) a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que ela não contém qualquer vedação a isto;

e) a interpretação deste artigo deve ser realizada à luz dos princípios fundamentais da República, o que exclui qualquer exegese que aprofunde o preconceito e a exclusão social do homossexual;

f) este dispositivo, ao conferir tutela constitucional a formações familiares informais antes desprotegidas, surgiu como instrumento de inclusão social. Seria um contra-senso injustificável interpretá-lo como cláusula de exclusão, na contramão da sua teleologia.

g) é cabível uma interpretação analógica do art. 226, § 3º, ⁰⁴⁵ pautada pelos princípios constitucionais acima referidos, para tutelar como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo;

h) diante da falta de norma regulamentadora, esta união deve ser regida pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, aplicadas por analogia;

DA MEDIDA LIMINAR

148. Estão presentes os pressupostos para a concessão de medida liminar na presente ADPF (art. 5º, Lei 9.882/99).

149. Quanto ao *fumus boni iuris*, ele se evidencia diante de toda a argumentação exposta ao longo desta Representação.

150. O *periculum in mora*, por sua vez, consubstancia-se no fato de que o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo causa aos membros destas parcerias danos patrimoniais e extrapatrimoniais de caráter gravíssimo, que não haverá como reparar adequadamente, por ocasião do julgamento do mérito da ação.

151. Com efeito, dentre os danos patrimoniais, pode-se citar os relacionados à própria subsistência, comprometida com a denegação de certos direitos a que fazem jus os companheiros em uniões estáveis, como o direito a alimentos e à percepção de benefícios previdenciários do regime estatutário dos servidores públicos.

152. Entre os danos extrapatrimoniais, vale citar os abalos à auto-estima dos homossexuais, decorrente da desvalorização pública das suas relações

20

afetivas, e o estímulo ao preconceito e à homofobia que esta postura estatal ocasiona.

153. Assim, espera a Requerente seja concedida a Medida Cautelar ora postulada para assegurar, até o julgamento definitivo desta ação:

(a) a obrigatoriedade do reconhecimento de toda união entre pessoas do mesmo sexo que satisfaça os mesmos requisitos exigidos para a caracterização de união estável; e

(b) a equiparação dos companheiros desta união aos companheiros da união estável, no que tange aos respectivos direitos e deveres.

DO PEDIDO

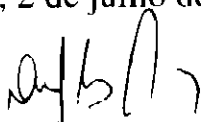
154. Em face do exposto, espera a Requerente seja julgada procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para:

a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e

b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Considerando a relevância do tema, a Requerente protesta, desde já, pela convocação de Audiência Pública no STF (art. 6º, Parágrafo 1º, Lei 9.882/99), para discussão da questão suscitada na presente ação.

Brasília, 2 de julho de 2009.



DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA



Doc. I



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA DR.
ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA.

Ante a e volte.

Em, 20/12/06

Antonio Fernando Barros e Silva de Souza
Procurador-Geral da República

21 de 06 2006
[Assinatura]

O GRUPO DE TRABALHO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO, por seus integrantes Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão; Daniel Sarmento, Luiza Cristina Frischeisen e Paulo Gilberto Cogo Leivas, Procuradores Regionais da República; Sergio Gardenghi Suiama, Procurador Regional dos Direitos do Cidadão de São Paulo; Renato de Freitas Souza Machado, Caroline Maciel da Costa e Rafaela Albereci, Procuradores da República; a **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS – ABGLT**, associação civil sem fins lucrativos, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o número 00442235/0001-33, com sede na Avenida Marechal Floriano Peixoto, 366 – conjunto 43 – Curitiba - PR, neste ato representada por seu Presidente Antonio Luiz Martins dos Reis; a **ASSOCIAÇÃO DA PARADA DO ORGULHO**



02
Rubrica

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

049

DOS GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS E TRANSGÊNEROS DE SÃO PAULO, associação civil sem fins lucrativos, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o número 03308506/0001-50, sediada na Rua Pedro Américo, 32 – 13º andar – São Paulo – SP, neste ato representada por sua Vice-Presidente Regina Facchini; **IDENTIDADE - GRUPO DE AÇÃO PELA CIDADANIA HOMOSSEXUAL**, associação civil sem fins lucrativos, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o número 02542783/0001-60, sediada na Avenida Anchieta, 549 - apto. 73 - Campinas – SP, neste ato representada por seu advogado e coordenador Paulo Tavares Mariante; e **CORSA - CIDADANIA, ORGULHO, RESPEITO, SOLIDARIEDADE E AMOR**, associação civil sem fins lucrativos, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o número 04554813/0001-84, sediada na Rua Major Quedinho, 110 - sala 172 - São Paulo – SP, neste ato representada por Edmilson Alves de Medeiros, vêm oferecer a presente

REPRESENTAÇÃO

visando o ajuizamento por V. Exa. de **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL** (art. 102, Parágrafo 1º, CF e Lei nº 9.882/99), que objetive pleitear junto ao STF a declaração de que: (a) é obrigatório o reconhecimento no Brasil da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e (b) os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A seguir, serão expostos os fundamentos da Representação, que está instruída com os anexos pareceres, elaborados em caráter *pro bono* pelo Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Tepedino (doc. 01), e pelo Professor Titular



PPM 03
10

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

050

de Direito Constitucional da mesma universidade Luis Roberto Barroso (doc. 02).

DOS FATOS

A união entre pessoas do mesmo sexo é hoje uma realidade fática inegável, no mundo e no Brasil. Embora as parceiras amorosas entre homossexuais tenham sempre existido na história da Humanidade¹, é certo que com liberalização dos costumes, o fortalecimento dos movimentos de luta pela identidade sexual dos *gays* e *lésbicas*² e a redução do preconceito, um número cada vez maior de pessoas tem passado a assumir publicamente a sua condição homossexual e a engajar-se em relacionamentos afetivos profundos, estáveis e duradouros³.

Em sintonia com esta realidade, inúmeros países no mundo todo vêm estabelecendo formas diversas para reconhecimento e proteção destas relações afetivas⁴, ora estendendo a elas institutos antes voltados exclusivamente para os casais heterossexuais - como o próprio casamento -, ora criando novos instrumentos. A premissa destas iniciativas é a idéia de que os homossexuais devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração que os demais cidadãos, e que a recusa estatal ao

¹ Veja-se, a propósito, William N. Eskridge Jr. *The Case for Same-Sex Marriage*. New York: The Free Press, 1996, p. 15-50.

² Cf. Manuel Castells. *O Poder da Identidade*. Trad. Klauss Brandini Gerhart. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999, p. 238-256; e Pierre Bourdieu. "Algumas Questões sobre o Movimento Gay e Lésbico". In: *A Dominação Masculina*. 4ª ed. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 143-149.

³ Cf. Michel Bozon. *Sociologia da Sexualidade*. Trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004, p. 53-55.

⁴ O tratamento das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Direito Comparado será explorado mais detidamente em outro item



04
3

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

051

reconhecimento das suas uniões implica não só em privá-los de uma série de direitos importantíssimos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também importa em menosprezo à sua própria identidade e dignidade⁵.

Com efeito, com a superação de certas visões preconceituosas e anacrônicas sobre a homossexualidade, como a que a concebia como “pecado”⁶ - cuja adoção pelo Estado seria francamente incompatível com os princípios da liberdade de religião e da laicidade (CF, arts. 5º, inciso VI e art. 19, inciso I), - ou a que a tratava como “doença”⁷, hoje absolutamente superada no âmbito da Medicina⁸ e da Psicologia⁹, não

5

Cf. Martha C. Nussbaum. *Sex and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 201.

6

Sobre a visão da homossexualidade como pecado, veja-se Roger Raupp Rios. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32/38. Destaque-se, contudo, que está muito longe de ser pacífico, no campo religioso, a rejeição à homossexualidade ou mesmo às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Mesmo no Cristianismo, há várias denominações que aceitam as práticas homossexuais e até abençoam e celebram as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Confira-se, a propósito, a defesa em termos religiosos das uniões homossexuais feita pelo Bispo John Shelby Spong em *Living in Sin? A Bishop Rethinks Sexuality*. New York: HarperCollins Publishers, 1989.

7

É clássica a abordagem de Michel Foucault sobre a medicalização das práticas homossexuais. Veja-se Michel Foucault. *História da Sexualidade 1: A Vontade de Saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 51-72.

8

A Organização Mundial da Saúde retirou o “homossexualismo” (sic) do seu catálogo oficial de doenças em 1985. E, desde 1995, ao tratar da condição do homossexual, ela aboliu nos seus documentos o uso do sufixo “ismo” - que denota condição patológica - substituindo-o pelo sufixo “dade” - que designa o modo de ser da pessoa. Cf. Fernanda de Almeida Brito. *União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 46.

9

No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº 1/99, que “estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual”, da qual vale destacar o seguinte trecho:

“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



PROCURADORIA
FEDERAL
16

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

052

subsiste qualquer argumento razoável para negar aos homossexuais o direito ao pleno reconhecimento das relações afetivas estáveis que mantêm, com todas as conseqüências jurídicas disso decorrentes.

A tese que será sustentada ao longo da presente Representação é a de que se deve extrair diretamente da Constituição de 88, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E, diante da inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora, devem ser aplicadas analogicamente ao caso as normas que tratam da união estável entre homem e mulher.

Em outras palavras, defender-se-á que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo na ordem jurídica brasileira independe de qualquer mediação legislativa, em razão da possibilidade de aplicação imediata dos princípios constitucionais acima mencionados.

Considerando que a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para o esclarecimento sobre questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações;

RESOLVE:

Art. 1º. Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão, notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção do bem-estar das pessoas e da humanidade

Art. 2º. 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. 3º. 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.

Art. 4º. 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."



PRO. CCJ
PP. 06
B
P. 10/04

053

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO**

Contudo, a ausência desta regulamentação legal vem comprometendo, na prática, a possibilidade de exercício de direitos fundamentais por pessoas homossexuais, que se vêem impedidas de obter o reconhecimento oficial das suas uniões afetivas e de ter acesso a uma miríade de direitos que decorrem de tal reconhecimento, e que são concedidos sem maiores dificuldades aos casais heterossexuais que vivem em união estável.

Isto porque, embora já existam no país algumas normas tutelando, para finalidades específicas e pontuais, a união entre pessoas do mesmo sexo – como, no plano federal, a Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 07 de junho de 2000, que estendeu os benefícios de pensão por morte e auxílio reclusão ao companheiro ou companheira homossexual¹⁰, e no plano estadual, o Provimento nº 06/04 da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que previu a possibilidade de registro público da união homoafetiva¹¹ - ainda não há em nossa ordem infraconstitucional qualquer regra geral conferindo a estas relações o tratamento de entidade familiar.

Pelo contrário, o Código Civil, ao disciplinar a união estável, circunscreveu-a às relações existentes entre homem e mulher, mantendo, neste particular, a orientação legislativa anterior, estampada nas Leis 8.971/94 e 9.278/96. Confira-se, a propósito, a definição legal do art. 1723 do referido Código:

¹⁰

Dita Portaria, publicada no D.O.U de 08.06.2000, foi expedida pelo INSS em cumprimento à decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal no Estado do Rio Grande do Sul. Porém, trata-se de um ato normativo ainda precário, uma vez que editado apenas em cumprimento de decisão que ainda não transitou em julgado

¹¹

Publicado no D.J. do Rio Grande do Sul em 03.03.2004.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

“Art. 1723. 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.”

É certo que tramita no Congresso Nacional, desde 1995, o Projeto de Lei nº 1.151, de autoria da então Deputada Marta Suplicy, que visa a disciplinar a “união entre pessoas do mesmo sexo”, e que foi alterado por um Substitutivo apresentado por Roberto Jefferson, em 1996¹². Porém, são escassas as esperanças de aprovação do citado projeto em curto ou médio prazo, tendo em vista a renhida oposição oferecida por segmentos conservadores do Congresso Nacional¹³.

Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição em cujo vértice situa-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das majorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito - como os homossexuais - que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do

¹²

Estes projetos foram comentados e debatidos por Ana Carla Harmatiuk Matos, em *União entre Pessoas do Mesmo Sexo: Aspectos Jurídicos e Sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 126/145.

¹³ Seria cômica, não fosse trágica, a argumentação utilizada pelos opositores do projeto durante os debates travados no Congresso Nacional, quando a intolerância e a homofobia de certos segmentos da sociedade, devidamente representados no Legislativo, revelaram-se em toda a sua cruza. Veja-se, a propósito, João Silvério Trevisan. *Devassos no Paraíso: A Homossexualidade no Brasil, da Colônia à Atualidade*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Record, 2004, p. 158-159.



PGF CCA
F. 08
12/08/2011

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO**

055

constitucionalismo é exatamente a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das majorias.

Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de serem reconhecidas oficialmente as suas uniões afetivas, com todas as conseqüências jurídicas patrimoniais e extra-patrimoniais disso decorrentes.

De outro turno, a situação acima descrita evidencia a lesão a preceitos fundamentais da Constituição – notadamente aos princípios da igualdade, da proibição de discriminações odiosas, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da proteção à segurança jurídica.

Daí porque, esperam os Requerentes que V. Exa. ajuíze a competente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, considerando que inexistente qualquer outro meio processual hábil para sanar a lesão ora referida em relação a todos os homossexuais no território nacional.

Nos próximos itens, serão desenvolvidos os argumentos que lastreiam a presente Representação.



PPR CGA
11-09
3

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

058

DO CABIMENTO DA ADPF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei 9.882/99, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.

A doutrina, de modo geral, reconhece a existência de duas modalidades diferentes de ADPF¹⁴: a autônoma, que representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto; e a incidental, que pressupõe a existência de uma determinada lide intersubjetiva, na qual tenha surgido uma controvérsia constitucional relevante. Apesar desta diferença, em ambas as modalidades o elenco dos legitimados ativos é o mesmo – o do art. 103 da Constituição – e as decisões proferidas revestem-se de eficácia *erga omnes* e de efeitos vinculantes.

No caso presente, pretendem os Requerentes que seja ajuizada uma ADPF abstrata, cujo fundamento legal é o art. 1º da Lei 9.882/99, que reza:

“Art. 1º. A arguição prevista no Parágrafo 1º do art 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar

¹⁴ Veja-se, a propósito, os artigos que compõem a obra organizada por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg . *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001; e Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 247-249.



PPR PPA
10
10

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

057

ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público."

Para o cabimento da ADPF autônoma, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (b) causada por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, e (c) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça.

Estes três requisitos estão plenamente configurados, conforme se demonstrará a seguir.

(a) Da Lesão a Preceito Fundamental

A tese de mérito da Representação, que será desenvolvida nos itens seguintes, é a de que o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo implica em violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da proibição de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV) e da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade (art. 5º, *caput*), e da proteção à segurança jurídica.

Nem a Constituição Federal, nem a Lei 9.868/99 definiram o que se entende sobre "*preceito fundamental*". Contudo, há consenso doutrinário sobre o fato de que estão englobados nesta categoria as



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

053

normas mais relevantes da Constituição, que estruturam o seu sistema e condensam os seus valores mais importantes¹⁵.

Por isso, não pode haver nenhuma dúvida sobre a inclusão no conceito de “preceito fundamental” de princípios tão centrais à ordem jurídica pátria como os da dignidade da pessoa humana – fundamento da República e epicentro axiológico da Constituição –, da proibição de discriminações odiosas – inscrito no elenco dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, e da igualdade, da liberdade e da proteção à segurança jurídica – todos inseridos no elenco dos direitos fundamentais elaborado pelo poder constituinte originário.

(b) Atos do Poder Público

Os atos do Poder Público suscetíveis de questionamento através de ADPF podem ser comissivos ou omissivos.

No caso presente, a conduta do Estado violadora de preceitos fundamentais envolve tanto atos comissivos como omissivos, relacionados ao não-reconhecimento público da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e à conseqüente denegação aos seus partícipes de uma pletora de direitos que decorreriam deste *status* – e.g., direito a alimentos, direito a sucessão do parceiro falecido, direito a percepção de benefícios previdenciários nos regimes do INSS e estatutário, direito a fazer declaração conjunta de Imposto de Renda, direito de sub-rogar-se no contrato

¹⁵ Cf. Gilmar Ferreira Mendes. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto”. In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *op. cit.*, p. 128-149.



PGF/CCA
FOLHA 02
3
1995

059

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO**

de locação residencial do companheiro falecido, ou de prosseguir no contrato no caso de dissolução da união, direito à residência no país, pelo estrangeiro ou estrangeira que mantenha parceria homossexual com brasileiro ou brasileira, direito à visitação íntima em presídios, direito à obtenção de licença para tratamento de pessoa da família, ou de licença em caso de morte, do companheiro ou companheira, dentre tantos outros.

Estes atos envolvem todos os poderes do Estado, nas três esferas da Federação, no âmbito das respectivas competências. Seria possível citar, a título de ilustração, a não-aceitação pelos cartórios públicos do registro das uniões entre pessoas do mesmo sexo, as decisões judiciais de diversos Tribunais que se negam a reconhecer como entidades familiares as referidas uniões, e os atos das administrações públicas que não concedem benefícios previdenciários estatutários aos companheiros dos seus servidores falecidos.

Na verdade, existe um verdadeiro estado geral de inconstitucionalidade nesta matéria, que se desdobra em uma multiplicidade de atos e omissões estatais, implicando em séria ofensa aos direitos fundamentais dos homossexuais.

É verdade que não há lei regulando a união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. No entanto, o caso não é de inconstitucionalidade por omissão, já que esta só se caracteriza quando há mora na edição de norma que seja indispensável para viabilização da incidência de preceitos constitucionais carecedores de aplicabilidade imediata¹⁶.

¹⁶ Cf. Clèmerson Merlin Clève. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, p. 218-222;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PGP/CCA
13
10

060

Na hipótese, não é isso que ocorre, pois é perfeitamente possível a aplicação direta dos princípios constitucionais citados no item anterior, visando ao imediato reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, mesmo diante da inexistência de lei. Aliás, como será demonstrado no item dedicado à evolução jurisprudencial, este entendimento já vem sendo seguido em diversas decisões judiciais.

Porém, mesmo que não se concorde com esta afirmação, não haveria obstáculo para o uso da ADPF. Isto porque, entende o STF que cabe a arguição em casos de inconstitucionalidade por omissão, quando a mera notificação das autoridades em mora não seja suficiente para sanar a lesão ao preceito fundamental.

Esta foi a orientação adotada no julgamento da ADPF nº 4, no qual se decidiu no sentido do cabimento da arguição proposta contra medida provisória que fixara o salário mínimo em desacordo com o disposto no art. 7º, inciso IV, do texto magno – hipótese típica de inconstitucionalidade por omissão parcial – com base no entendimento de que a mera notificação do Congresso Nacional não seria eficaz, naquele caso, para sanar a lesividade.¹⁷

Ora, é evidente que a simples notificação do Congresso Nacional não constituiria mecanismo eficaz para sanar a lesão aos preceitos fundamentais violados no presente caso, pois ela não teria o condão de possibilitar que os casais homossexuais tivessem as suas uniões imediatamente reconhecidas e obtivessem acesso a uma série de direitos que hoje lhes são denegados. .

¹⁷ Julgamento ocorrido em 17.04.2002, noticiado no *Informativo STF* 264.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

061

(c) Da Inexistência de Outro Meio para Sanar a Lesividade

O art. 4º, Parágrafo 1º, da Lei 9.882/99 instituiu o chamado “princípio da subsidiariedade” da ADPF. Eis o seu texto:

“Parágrafo 1º. Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

Há acesa controvérsia doutrinária sobre como deve ser compreendido o princípio da subsidiariedade nas arguições incidentais. Contudo, quando se trata de ADPF autônoma, parece fora de dúvida que o juízo sobre o atendimento do princípio em questão deve ter em vista a existência e eficácia, ou não, de outros processos objetivos de fiscalização de constitucionalidade – ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão – que possam ser empregados na hipótese.

No caso, este requisito está plenamente satisfeito. Com efeito, a ação direta de inconstitucionalidade não poderia ser manejada, pois não se objetiva impugnar a constitucionalidade total ou parcial de qualquer preceito legal.

A situação também não é, como salientado acima, de inconstitucionalidade por omissão, e mesmo que fosse, a respectiva ação direta não seria meio eficaz para sanar a lesão, uma vez que, neste



POF 02A
15
0
15/11/11

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

062

instrumento de jurisdição constitucional, o provimento judicial se esgota na mera notificação do Congresso Nacional. E a ação declaratória de constitucionalidade não tem qualquer pertinência em relação ao caso.

Portanto, realmente não existe outro meio no Direito brasileiro para sanar a lesão aos preceitos fundamentais versada nesta Representação.

Por tais razões, a ADPF é cabível no caso, na linha, aliás, de manifestação exarada em *obiter dictum* pelo Ministro Celso Mello, na decisão em que extinguiu a ADI 3300.¹⁸

¹⁸ A decisão, divulgada no *Informativo STF 414*, tem a seguinte ementa:

"UNIÃO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE ATIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF ART. 226, PAR. 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTI O TEMA DAS UNIÕES ESTPAVEIS AFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR.: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF"



POP OCA
Vol. 16
B

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

063

**OS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS: A OFENSA À PROIBIÇÃO
DE DISCRIMINAÇÃO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE (ARTS. 3º, IV, E 5º,
CAPUT, DA CR)**

O princípio da igualdade proclama que todas as pessoas devem ser tratadas pelo Estado com o mesmo respeito e consideração¹⁹. E tratar a todos com o mesmo respeito e consideração, significa reconhecer que todas as pessoas possuem o mesmo direito de formular e de perseguir autonomamente os seus planos de vida, e de buscar a própria realização existencial, desde que isso não implique na violação de direitos de terceiros.

Na verdade, a igualdade impede que se negue aos integrantes de um grupo a possibilidade de desfrutarem de algum direito, apenas em razão de preconceito em relação ao seu modo de vida. Mas é exatamente isso que ocorre com a legislação infraconstitucional brasileira, que não reconhece as uniões entre pessoas do mesmo sexo, tratando de forma desigualitária os homossexuais e os heterossexuais.

De fato, o indivíduo heterossexual tem plena condição de formar a sua família, seguindo as suas inclinações afetivas e sexuais. Pode não apenas se casar, como também constituir união estável, sob a proteção do Estado. Porém, ao homossexual, a mesma possibilidade é denegada, sem qualquer justificativa aceitável.

¹⁹ Cf. Ronald Dworkin. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 205-213.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

064

Nem é preciso ressaltar que a possibilidade legal oferecida pelo ordenamento infraconstitucional, para que o homossexual constitua entidade familiar com pessoa do sexo oposto, não é suficiente para satisfação do princípio da igualdade. Em razão da sua condição homossexual – que não resulta de uma mera “opção”, mas está condicionada por fatores tidos como imutáveis²⁰ – esta faculdade de constituir, sob o pálio legal, relações afetivas estáveis com pessoas do sexo oposto, não terá qualquer valor para a pessoa homossexual, pois estará em absoluto desacordo com as suas necessidades e inclinações psíquicas e espirituais mais profundas²¹.

Neste particular, não há qualquer diferença entre negar ao *gay* ou à *lésbica* a possibilidade de constituir família com pessoa do mesmo sexo, e vedar que o homem ou mulher heterossexual façam o mesmo, mas com indivíduos do sexo oposto. Em ambos os casos, trata-se de impedir a constituição legal do único tipo de entidade familiar que faria sentido para cada uma destas pessoas, em razão da sua própria identidade²².

Na verdade, sob a aparente neutralidade da legislação infraconstitucional brasileira, que apenas protegeu juridicamente as relações estáveis heterossexuais, esconde-se o mais insidioso preconceito contra os homossexuais. Mas esta postura está em franca desarmonia com o

²⁰ Não há consenso sobre as causas da homossexualidade, pois há correntes que enfatizam a preponderância de fatores genéticos na definição da sexualidade humana, enquanto outras sublinham a prevalência da influência do ambiente, sobretudo durante a primeira infância. Contudo, existe, pelo menos entre os pesquisadores sérios, firme consenso no sentido de que a homossexualidade não é uma mera “escolha” do indivíduo, mas uma característica componente da própria identidade de cada pessoa.

²¹ Cf. Morris B. Kaplan. *Sexual Justice: Democratic Citizenship and the Politics of Desire*. Routledge: New York, 1997, p. 207-238.

²²

Cf. William N. Eskridge Jr.. *Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights*. Routledge: New York, 2002, p. 127-158.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

065

projeto do constituinte de 88, que pretendeu fundar uma *"sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos"*, como consta no Preâmbulo da Carta.

Não há dúvida, neste ponto, sobre a proibição constitucional de discriminações relacionadas à orientação sexual. Esta vedação decorre não apenas do princípio da isonomia, como também do art. 3º, inciso IV, da Carta, que estabeleceu, como objetivo fundamental da República, *"promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"*.

Sobre esta questão, José Afonso da Silva salientou que a abrangência da vedação constitucional às outras formas de discriminação é suficiente para englobar aquelas fundadas na orientação sexual, já que este é também um fator que tem servido de base para desequiparações e preconceitos²³.

Roger Raupp Rios chegou ao mesmo resultado a partir de argumentação distinta. Para ele, a discriminação contra o homossexual representaria desigualação fundada em sexo, constitucionalmente vedada. Nas suas palavras,

"...a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação.

²³ José Afonso da Silva. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

066

Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os tratamentos diferentes, neste contexto, tem a sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo²⁴.

O certo é que, independentemente da fundamentação que se prefira adotar, a discriminação motivada pela orientação sexual é constitucionalmente banida no Brasil. E esta argumentação é reforçada, quando se analisa a orientação seguida no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Com efeito, o Brasil é signatário do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU, que foi promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 592, de 07 de julho de 1992. Este tratado internacional consagra o direito à igualdade nos seu arts. 2º, parágrafo 1º, e 26, ao proibir as discriminações “*por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação*”.

²⁴

Roger Raupp Rios. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*. São Paulo: RT, 2002, p. 133.



PROCURADORIA
FEDERAL
20
16

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

067

Apesar de inexistir no referido texto qualquer alusão expressa à discriminação fundada em orientação sexual, a Comissão de Direitos Humanos da ONU manifestou-se sobre o tema no caso *Nicholas Toonen v. Austrália*²⁵, analisado em 1994, no sentido de que este tipo de desequiparação é também vedado. Para a Comissão “a referência a ‘sexo’ nos artigos 2º, parágrafo 1º, e 26, deve ser considerada como incluindo também a orientação sexual”. Este foi um dos argumentos da Comissão para apontar a violação de direitos humanos cometida pela Austrália, porque um dos seus estados - o Estado da Tasmânia - criminalizara as práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Ora, mesmo que se entenda como o STF, que os tratados sobre direitos humanos aprovados anteriormente à aprovação da Emenda Constitucional nº 45 não têm o *status* de norma constitucional, não há dúvida de que, no mínimo, deve o intérprete nacional buscar a harmonia entre a legislação interna sobre a matéria e a normativa internacional, visando a adequar o nosso ordenamento aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro²⁶. Daí porque, a vedação, pelo Pacto dos Direitos Civis e Políticos, das discriminações motivadas por orientação sexual, representa mais uma razão para que se conclua que a Constituição de 88 também proíbe as mesmas práticas.

Aliás, o entendimento de que o princípio da igualdade é incompatível com tratamentos discriminatórios baseados na

²⁵

U.N Doc. CCPR/c/50/D/488/1992. Os trechos mais importantes desta decisão estão reproduzidos em William N. Eskridge & Nan D. Hunter. *Sexuality, Gender and the Law*. Westbury: The Foundation Press, 1997, p. 751-754.

²⁶

Cf. Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 94-99; e Celso Lafer. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2005, p. 42-43.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PCF/CPA
21
16

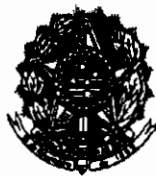
068

orientação sexual, é também seguido pela Corte Européia de Direitos Humanos, muito embora o texto da Convenção Européia não proíba expressamente este tipo de discriminação.

Dentre os inúmeros casos já decididos pela citada Corte Européia²⁷ nesta linha, pode-se destacar *Smith e Grady v. Reino Unido* (n.ºs. 33985/96 e 33986/96), *Lustrig-Prean e Beckett v. Reino Unidos* (n.ºs. 31417/96 e 32377/96) e *Beck, Copp e Bazeler v. Reino Unido* (48535/99, 48536/99 e 48537/99) – todos no sentido da ofensa à isonomia na exclusão de homossexuais das Forças Armadas -; *L. e V. v. Áustria* (39392/98 e 39829/98), *S. L. v. Áustria* (45330/99) e *Wolfmeyer v. Áustria* (5263/03), - apontando a violação da igualdade na criminalização das práticas homossexuais entre adultos e adolescentes entre 14 e 18 anos, mas não a das relações sexuais heterossexuais envolvendo adultos e adolescentes da mesma idade -; *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (33290/96), que reconheceu a ocorrência de discriminação ilegítima em decisão judicial que negara a guarda de menor ao seu pai, por se tratar de homossexual que vivia em união com outro homem; e *B.B. v. Reino Unido* (53760/00), que apontou ofensa à isonomia no estabelecimento de idades diferentes para o consentimento válido em relações sexuais, maior para as homossexuais do que para as heterossexuais.

Assim, a Constituição brasileira não está sozinha ao vedar as discriminações fundadas na orientação sexual. Pelo contrário, a ilegitimidade destas desequiparações arbitrárias vem sendo reconhecida em várias outras ordens constitucionais, que já afirmaram inclusive a existência de um direito fundamental ao casamento ou à constituição de união civil por pessoas do mesmo sexo, como será visto mais à frente, em item destinado à análise do Direito Comparado.

²⁷ A íntegra de todas as decisões abaixo citadas pode ser obtida no sítio da Corte Européia de Direitos Humanos: <http://www.echr.coe.int/echr>



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PGR/CSA
11/2012
B

069

Cumpra, porém, aprofundar o exame da ofensa ao princípio da igualdade. Afinal, é certo que nem toda desigualdade promovida pela ordem jurídica é ilegítima. Como estabelece a conhecida máxima aristotélica, a igualdade consiste em tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade. Portanto, para que se conclua no sentido da inconstitucionalidade de alguma medida discriminatória, é necessário analisar se existe algum fundamento legítimo, razoável e suficiente para justificar a diferença de tratamento promovida pelo legislador infraconstitucional²⁸.

Sem embargo, neste ponto, há que se ter em mente a advertência de Robert Alexy, no sentido de que o ônus argumentativo pesa sobre quem sustenta a validade das medidas discriminatórias e não sobre os que preconizam o tratamento igual. Como ressaltou o jurista alemão, *“se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual... Como se tem observado reiteradamente, a máxima general de igualdade estabelece assim a carga de argumentação para os tratamentos desiguais”*²⁹.

E quais seriam as razões existentes para justificar a impossibilidade de constituição de entidades familiares por pessoas do mesmo sexo? Além do argumento atinente à redação do art. 226, Parágrafo 3º, do texto magno, que será analisado e refutado em outro item, é possível listar alguns outros que vêm sendo empregados pelos opositores da legalização das uniões entre casais do mesmo sexo: estas uniões seriam “pecaminosas”,

²⁸ Cf. Antonio Enrique Pérez Luño. *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 28-31.

²⁹

Robert Alexy. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 395-396.



PGR/CCA
23
B

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

070

contrariando a lei divina e o direito natural³⁰; elas atentariam contra a "natureza das coisas"³¹; elas não mereceriam proteção legal porque não dão ensejo à procriação³²; elas estimulariam comportamentos sexuais desviantes, enfraquecendo a família e o casamento³³; e elas não estariam em consonância com os valores predominantes na sociedade.

Mas nenhum destes argumentos pode ser aceito na ordem constitucional brasileira.

O argumento do "pecado", como já se ressaltou antes, é francamente incompatível com os princípios da liberdade religiosa e da laicidade do Estado (art. 5º, VI e 19, I, CF). O Estado laico não pode basear os seus atos em concepções religiosas, ainda que cultivadas pela religião majoritária, pois, do contrário, estaria desrespeitando todos aqueles que não a professam, sobretudo quando estiverem em jogo os seus próprios direitos fundamentais³⁴.

³⁰

Este é o argumento da Congregação para a Doutrina da Fé, do Vaticano. Veja-se, a propósito, o documento intitulado *Considerations Regarding Proposals to Give Legal Recognition to Unions Between Homosexual Persons*, disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_cfaith_doc_20_23.04.2006, acessado em 23.04.2006.

³¹

Nesta linha, veja-se Jeffrey Hart. "Adam and Eve, not Adam and Henry". In: Robert M. Baird & Stuart E. Rosenbaum. (Eds.): *Same Sex Marriage: The Moral and Legal Debate*. 2nd. ed. Amherst: Prometheus Books, 2004, p. 115-116.

³²

Este foi o principal argumento empregado pelo Estado de Massachusetts para negar a extensão do casamento às pessoas do mesmo sexo. O argumento foi rechaçado pela Suprema Corte daquele Estado no julgamento do caso *Goodridge v. Department of Public Health*, julgado em 17 de maio de 2004, no qual se reconheceu o direito dos parceiros homossexuais a se casarem naquele Estado.

³³

Neste sentido, veja-se Richard A. Posner. *Sex and Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

³⁴ Cf. Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 346-361.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

071

Em uma democracia constitucional caracterizada pelo pluralismo, o fundamento de legitimidade das normas jurídicas não pode repousar sobre concepções religiosas ou metafísicas, porque estas não são compartilhadas por todos e não podem ser heteronomamente impostas. A legitimidade da ação do Estado, sobretudo quando estiverem em jogo os princípios fundamentais de justiça da comunidade política, depende da existência de razões públicas que a justifiquem, que possam ser racionalmente aceitas por todos os seus destinatários, independentemente das respectivas crenças religiosas ou concepções metafísicas³⁵.

Por isso, as religiões que se opõem à legalização da união entre pessoas do mesmo sexo têm todo o direito de não abençoarem estes laços afetivos. O Estado, contudo, não pode basear-se no discurso religioso para o exercício do seu poder temporal, sob pena de grave afronta à Constituição.

O argumento de contrariedade à "natureza das coisas" tampouco convence. Em primeiro lugar, porque, do ponto de vista biológico, a homossexualidade é tão "natural" como a heterossexualidade, manifestando-se também entre outros mamíferos, e ostentando, segundo alguns, um importante componente genético.

Mas, ainda que assim não fosse, não seria legítimo cercear a igual liberdade de cada um de perseguir a própria felicidade, escolhendo o seu parceiro ou parceira familiar, com base em argumentos desta ordem. Afinal, o reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa

³⁵ Cf. Jürgen Habermas. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Vol I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 17-112; e John Rawls. *Liberalismo Político*. Trad. Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 204-242.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PGR/SCA
11/25
3

072

humana significa, no mínimo, a proteção de uma esfera de autonomia moral do indivíduo para decidir sobre como conduzir a sua própria vida³⁶, desde que isto não lese direitos de terceiros, e esta autonomia não é limitada por qualquer dever de “mimetização da Natureza”.

Na verdade, o argumento relativo à “natureza das coisas” deve ser empregado para legitimar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, e não o contrário. De acordo com Karl Larenz, a argumentação correlacionada à natureza das coisas objetiva estabelecer uma concordância recíproca entre as esferas do ser e do dever ser.³⁷ Ora, no plano da realidade, existe um sem-número de casais homossexuais que formaram uniões afetivas estáveis e duradouras, mas, não obstante, a ordem jurídica infraconstitucional não as reconhece.

Portanto, pelo argumento da “natureza das coisas”, deve ser conferido a estas uniões um tratamento jurídico adequado à sua realidade, que é a de autênticas entidades familiares.

A alegação de que a impossibilidade de procriação justificaria a não-proteção da união entre pessoas do mesmo sexo é também primária. Isto porque, o incentivo à procriação não é o objetivo da tutela legal dispensada à união estável ou mesmo ao casamento. Existem inúmeros outros motivos válidos e legítimos que levam os casais a optarem pela construção de uma vida em comum, que sempre foram aceitos pelo Direito. Tanto é assim que nem mesmo se discute o direito à constituição de família por casais heterossexuais inférteis, ou que não pretendam ter filhos.

³⁶

Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 219.

³⁷

Karl Larenz. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 150..



FOR 001
26
5

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO**

073

Melhor sorte não assiste ao argumento de que a legalização união entre pessoas do mesmo sexo representaria um estímulo a práticas sexuais desviantes, ou que poria em risco o casamento e a família tradicionais.

Com efeito, a própria premissa em que se assenta a primeira parte do argumento – de que a homossexualidade é um “desvio” que deve ser evitado – é francamente incompatível com o princípio da isonomia e parte de uma pré-compreensão preconceituosa e intolerante, que não encontra qualquer fundamento na Constituição de 88. A homossexualidade é uma condição do indivíduo, não sendo, a rigor, positiva ou negativa, da mesma forma que outras características humanas, como a cor da pele.

Além disso, a idéia de que a legalização da união entre pessoas do mesmo sexo possa estimular a conversão de pessoas heterossexuais à homossexualidade soa absolutamente implausível.

Na verdade, ao reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado estará tão-somente respeitando e conferindo a devida proteção legal às escolhas afetivas feitas por pessoas que não teriam como se realizar existencialmente através da constituição de família com indivíduos do sexo oposto.

Tampouco é correto afirmar que a união entre as pessoas do mesmo sexo enfraquece a família ou o casamento.

Em relação á família, há que se ter em mente que o seu modelo tradicional, patriarcal e hierarquizado, atravessa hoje uma crise



PGM CCA
27
B

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

074

profunda, causada por vários fatores, com destaque para a progressiva emancipação da mulher³⁸. Aquele vetusto modelo familiar, com papéis rigidamente definidos - o homem chefe de família e “provedor”; a mulher submissa e circunscrita à esfera doméstica; os filhos obedientes e sem voz - não é objeto de proteção constitucional, pois neste ponto, como em tantos outros, quis o constituinte introduzir modificações visando a compatibilizar os tradicionais institutos jurídicos com os valores democráticos e igualitários subjacentes à Carta de 88.

Hoje, afirma-se que a família não é protegida pela Constituição como um fim em si, mas antes como um meio, que é tutelado na medida em que permite que cada um dos seus integrantes se realize como pessoa, num ambiente de comunhão, suporte mútuo e afetividade³⁹. De acordo com Gustavo Tepedino,

“A partir da Constituição da República de 1988, as inúmeras alterações impostas ao direito de família não podem ser examinadas de forma isolada ou casuística, senão no quadro de princípios constitucionais que desenharam novo conceito de unidade familiar, em torno do qual se estrutura todo o sistema das relações existenciais. A unidade familiar, antes vinculada ao casamento – a partir do qual, no qual e para o qual se desenvolvia – adquire

³⁸ Cf. Anthony Giddens. *A Transformação da Intimidade*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1992; Maria Del Priore. *História do Amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 231 ss.

³⁹ Cf. Gustavo Tepedino. “A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 347-366; Maria Berenice Dias. *A União Homossexual: O Preconceito e a Justiça*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59-70; Luiz Edson Fachin. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-40.



FOR 201
F. 28
B

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

075

contornos funcionais, associada à idéia de formação comunitária apta ao desenvolvimento dos seus integrantes. O centro da tutela constitucional se desloca, em conseqüência, 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.⁴⁰

Em outras palavras, não há dúvida de que a ordem constitucional tutela a família, mas isto não significa que ela a tenha posto numa redoma jurídica, para abrigá-la diante das tendências liberais e igualitárias que ganham corpo na sociedade contemporânea, dentre as quais se insere o movimento de afirmação dos direitos dos homossexuais. Pelo contrário, a Constituição de 88 instituiu um novo paradigma para a família, assentado no afeto e na igualdade.

Partindo-se desta premissa, é fácil concluir que o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo não enfraquece a família, mas antes a fortalece, ao proporcionar às relações estáveis afetivas mantidas por homossexuais – que são autênticas famílias, do ponto de vista ontológico - a tutela legal de que são merecedoras.

Por outro lado, o reconhecimento legal da união entre pessoas do mesmo sexo em nada modificaria o instituto do casamento, nem tampouco impediria ninguém de se casar.

⁴⁰

Gustavo Tepedino. Parecer anexado à presente Representação, p. 04.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PPR 2004
23
10

076

Aliás, a Corte Constitucional alemã manifestou-se exatamente sobre esta questão, quando apreciou a arguição de inconstitucionalidade de uma lei que instituíra naquele país a parceria civil registrada entre homossexuais⁴¹, afirmando que tal lei não infringira nem a liberdade de casar, nem a garantia institucional do casamento, asseguradas no art. 6.1 da Lei Fundamental de Bonn. Isto porque, nas palavras do Tribunal, após a criação da nova parceria tanto *“o caminho para o casamento permanece aberto para todas as pessoas que tenham a capacidade de casar”*, como *“todas as regras que dão ao casamento o seu o arcabouço legal do casamento e atribuem à instituição as suas conseqüências legais continuam a existir”*.

Finalmente, o argumento de que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser aceita, por contrariar a moralidade dominante na sociedade brasileira, também deve ser rejeitado.

Em primeiro lugar, porque é no mínimo muito duvidosa a afirmação o que a sociedade hoje se posiciona majoritariamente contra o reconhecimento dos relacionamentos estáveis homossexuais. Não há dados estatísticos incontroversos, mas, em que pese a persistência do preconceito e da homofobia no país, parece certo que a visão social sobre o tema da homossexualidade vem se liberalizando progressivamente nos últimos tempos. Prova eloqüente disto é o fato de que as maiores e mais concorridas manifestações públicas que têm ocorrido no Brasil nos últimos anos são as paradas, passeatas e manifestações do movimento gay, que mobilizam centenas de milhares de pessoas em diversas capitais do país.

⁴¹ BverfGE 1/01 (2002). Os trechos principais da decisão estão reproduzidos em inglês em Paul Gewirtz (Ed). *Global Constitutionalism: Nationhood, Same-Sex Marriage*. New Haven: Yale Law School, 2005, p. 30-39.



SUR 30A
3

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

077

Mas, ainda que assim não fosse, o papel do Direito – e especialmente o do Direito Constitucional – não é o de 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 a sua superação, em direção à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

É neste sentido que se afirma que a moralidade que o Direito visa garantir e promover no Estado Democrático de Direito não é a moralidade positiva – que toma os valores majoritariamente vigentes como um dado inalterável, por mais opressivos que sejam - mas a moralidade crítica⁴². É a moral que não se contenta em chancelar e perpetuar todas as concepções e tradições prevalecentes 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 pessoas⁴³. Conforme salientou Luis Roberto Barroso,

“O que cabe discutir aqui – e rejeitar – é a imposição autoritária da moral dominante à minoria, sobretudo quando a conduta desta não afeta terceiros. Em uma sociedade democrática e pluralista, deve-se

⁴² Cf. Ronald Dworkin. “Liberty and Moralism”. In: *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, p. 240-258

⁴³

José Reinaldo de Lima Lopes. *O Direito ao Reconhecimento para Gays e Lésbicas*. In: <http://www.surjournal.org>, acessado em 30.09.06.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

POB. 004
31
3

078

reconhecer a legitimidade de identidades alternativas ao padrão majoritário”⁴⁴

Por isso, a subsistência de uma visão social preconceituosa a propósito das relações homossexuais não pode servir de fundamento, no plano da argumentação constitucional, para o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

Desta forma, conclui-se que não existem razões de peso suficiente que justifiquem qualquer discriminação contra os homossexuais, no que tange ao reconhecimento jurídico das uniões afetivas que mantêm.

Pelo contrário, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presente nas relações estáveis entre pessoas de sexos opostos, que são hoje amplamente reconhecidas e protegidas pela ordem jurídica⁴⁵.

A OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

⁴⁴ Luis Roberto Barroso. *Diferentes mas Iguais: O Reconhecimento das Relações Homoafetivas no Brasil*. Parecer anexo a este Representação, p. 20.

⁴⁵

Cf. Ana Carla Harmatiuk Matos, *op. cit.*, p. 59-62.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

32
5
079

O não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo tem conseqüências em dois planos distintos, mas que se interpenetram. Por um lado, ela priva os parceiros homossexuais de uma série de direitos importantes, que são atribuídos aos companheiros na união estável: direito a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários, direitos no campo contratual, direitos na esfera tributária, etc. Por outro, ela é, em si mesma, um estigma, que explicita a desvalorização pelo Estado do modo de ser do homossexual, rebaixando-o à condição de cidadão de 2ª classe.

Sob ambos os prismas, há uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, alguns dos direitos que são denegados aos parceiros em relações homoafetivas são ligados às condições básicas de existência⁴⁶, como o direito a alimentos, o direito a prosseguir no contrato de locação celebrado em nome do antigo parceiro, em caso de óbito deste ou de separação (dimensão do direito à moradia), e o direito ao recebimento de benefícios previdenciários, no regime geral do INSS⁴⁷ ou no regime estatutário dos servidores públicos.

Portanto, privar os membros de uniões afetivas destes e de outros direitos, atenta contra a sua dignidade, expondo-os a

⁴⁶ A garantia das condições materiais básicas de vida – mínimo existencial – é um dos aspectos essenciais do princípio da dignidade da pessoa humana. Confira-se, a propósito, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 90-98; e Ana Paula de Barcellos. *A Eficácia Jurídica dos Princípios: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 191-200.

⁴⁷

Recorde-se que o direito às pensões previdenciárias dos parceiros homossexuais só está sendo respeitado pelo INSS em cumprimento de decisão judicial que ainda não transitou em julgado, revestindo-se, portanto, de precariedade.



PROCURADIA
33
3

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

080

situações de risco social injustificado, em que pode haver comprometimento às suas condições materiais mínimas para a vida digna.

Sem embargo, independentemente disto, o não-reconhecimento em si da união entre pessoas do mesmo sexo já encerra um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social.

Trata-se de violação do direito ao reconhecimento, que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁸. Isto porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem este reconhecimento, ela perde a auto-estima⁴⁹, que já foi definida por John Rawls como “o mais importante bem primário” existente na sociedade.⁵⁰

O reconhecimento social envolve a valorização das identidades individuais e coletivas. E a desvalorização social das características típicas e do modo de vida dos integrantes de determinados grupos, como os homossexuais, tende a gerar nos seus membros conflitos psíquicos sérios, infligindo dor, angústia e crise na sua própria identidade. Nas palavras de Axel Honneth,

⁴⁸

Cf. Charles Taylor. “La Política del Reconocimiento”. In: Amy Gutmann (org.). *El Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Trad. Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 46-47; e Gregório Peces-Barba Martínez. *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 75-76.

⁴⁹ Cf. Amy Gutmann. *Identity in Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 42.

⁵⁰

. John Rawls. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 440.



FOR. OCA
Fl. 34
10

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

091

"A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para os seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja, uma perda na possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características."⁵¹

Por isso, quando se quer proteger e emancipar os grupos que são vítimas de preconceito, torna-se necessário travar o combate em dois *fronts*: no campo da distribuição e no campo do reconhecimento⁵². No campo da distribuição, trata-se de corrigir as desigualdades decorrentes de uma partilha não eqüitativa dos recursos existentes na sociedade. E no campo do reconhecimento, cuida-se de lutar contra injustiças culturais, que rebaixam e estigmatizam os integrantes de determinados grupos.

Como a homossexualidade está distribuída homoganeamente por todas as classes sociais, a injustiça contra os homossexuais deriva muito mais da falta de reconhecimento do que de problemas de distribuição. A distribuição até pode ser afetada, como quando, por exemplo, discrimina-se o homossexual no acesso ao mercado de trabalho,

⁵¹ Axel Honneth. *Luta por Reconhecimento*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 217/218.

⁵²

Cf. Nancy Fraser. "Da Distribuição ao Reconhecimento? Dilemas na Era Pós-Socialista". In: Jessé de Souza (Org.). *A Democracia Hoje*. Brasília: Ed. UNB, 2001, p. 245-282.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PPR-CCA
35
B

092

mas os problemas de distribuição são, em regra, uma consequência da falta de reconhecimento, e não o contrário. Como salientou Nancy Fraser,

“Gays e lésbicas sofrem de heterossexismo: a construção autoritativa de normas que privilegiam heterossexuais. Ao lado disto está a homofobia, desvalorização cultural da homossexualidade. Ao terem a sua sexualidade desacreditada, os homossexuais estão sujeitos à vergonha, molestação, discriminação e violência, enquanto lhes são negados direitos legais e proteção igual – todas negações fundamentais de reconhecimento. Gays e lésbicas também sofrem injustiças econômicas sérias; podem ser sumariamente despedidos de trabalho assalariado e têm os benefícios de previdência social baseados na família negados. Mas longe de estarem arraigados na estrutura econômica, esses danos derivam de uma estrutura cultural-valorativa injusta.”⁵³

Ora, quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele atenta profundamente contra a identidade dos homossexuais, alimentando e legitimando uma cultura homofóbica na sociedade. Afinal, se o que o caracteriza o homossexual é exatamente o fato de que a sua afetividade e sexualidade são dirigidas às pessoas do mesmo sexo, rejeitar o valor das relações amorosas entre iguais é o mesmo que desprezar um traço essencial da sua personalidade. Há nisso, portanto, um grave atentado contra a dignidade da pessoa humana.

⁵³

Op. cit., p. 257-258.



PER. P. CA
F. 36
S.

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO**

083

Note-se que, no caso presente, nem mesmo se pretende a adoção de qualquer medida de discriminação positiva em favor dos homossexuais. Pelo contrário, tenciona-se tão-somente refutar uma prática do Estado, cujo efeito é o de reforçar as injustiças culturais contra os membros deste grupo, ao denegar a eles a possibilidade real de exercício de um direito básico, que deveria ser garantido de forma universal e igualitária: o de constituir família.

Na verdade, o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo viola um aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana, que se identifica com a máxima kantiana de não instrumentalização da pessoa⁵⁴. Deriva do princípio da dignidade da pessoa humana a exigência de que cada indivíduo seja sempre tratado como um fim em si mesmo pela ordem jurídica, e nunca como um meio⁵⁵. Mas quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele instrumentaliza os homossexuais, sacrificando os seus direitos e a sua autodeterminação em nome de uma concepção moral tradicional e não-pluralista⁵⁶.

Por todas estas razões, o não-reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo representa uma grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁵⁴ Emmanuel Kant. *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. In: *Os Pensadores: Kant (II)*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 135 ss.

⁵⁵ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, p. 90.

⁵⁶ Cf. Luis Roberto Barroso. "Diferentes mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil", *op. cit.*, p.



PER 39
B

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

084

A OFENSA AO DIREITO À LIBERDADE

Um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento e proteção da liberdade individual. A premissa filosófica de que se parte é a de que a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando as suas escolhas existenciais básicas e perseguindo os seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros.⁵⁷

Desde o advento do *Welfare State*, tem-se reconhecido no campo constitucional que a maior ênfase na proteção da liberdade deve recair sobre os aspectos existenciais da vida humana, e não sobre as decisões de conteúdo predominantemente patrimonial⁵⁸. Com efeito, se, por um lado, assistiu-se a uma relativização das liberdades econômicas – direito de propriedade, livre iniciativa, etc. -, em nome de interesses da coletividade, por outro, reforçou-se a proteção da liberdade individual correlacionada à esfera das decisões que tocam mais profundamente o desenvolvimento da personalidade humana.

Neste ponto, não há dúvida de que um dos aspectos mais essenciais desta liberdade existencial constitucionalmente protegida diz

⁵⁷ O jusfilósofo e constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino referiu-se, neste sentido, ao princípio da autonomia da pessoa, segundo o qual "sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os demais indivíduos) não devem interferir nesta eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem à persecução individual destes planos de vida e à satisfação dos ideais de virtude que cada um sustenta e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução" (*Ética y Derechos Humanos*. 2ª ed, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 204-205).

⁵⁸ Cf. Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141-182.



PGF/CCA
38
5

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

085

respeito à autonomia de cada indivíduo de escolher a pessoa com a qual pretende manter relações afetivas estáveis, de caráter familiar.

Com efeito, tão óbvia é a importância da livre constituição da família para a realização da pessoa humana que ela nem precisa ser aqui enfatizada. Afinal, é em geral na família que o indivíduo trava as suas relações mais profundas, duradouras e significativas; é nela que ele encontra o suporte espiritual para os seus projetos de vida e o apoio moral e material nos seus momentos de maior dificuldade.

Mas para que a família desempenhe realmente este papel vital para a realização existencial dos seus membros, a sua constituição deve basear-se num ato de liberdade, em que cada indivíduo tenha a possibilidade de escolher o parceiro ou a parceira com quem pretende compartilhar a vida. Daí porque, na esteira das lições de Gustavo Tepedino, pode-se apontar a *“inconstitucionalidade de qualquer ato estatal – praticado pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo – que limitasse tais escolhas pessoais, circunscrevendo o rol de entidades familiares segundo entendimentos pré-concebidos, as mais das vezes arraigados a pré-conceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica.”*⁵⁹

É exatamente essa liberdade que se denega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua família, sob o amparo da lei, com pessoas do sexo para o qual se orienta a sua afetividade. Ao não reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado compromete a capacidade do homossexual de viver a plenitude da sua orientação sexual, enclausurando as suas relações afetivas no “armário”. Esta negativa, como salientou Luis Roberto Barroso, embaraça *“o exercício da*

⁵⁹ Parecer citado, p. 09.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PGR/CA
P. 39
S

086

*liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos*⁶⁰.

É certo que as liberdades individuais, mesmo as de natureza existencial, não são de natureza absoluta. Como os demais direitos fundamentais, elas podem ser restringidas, de forma proporcional e razoável, em face de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Contudo, como foi ressaltado em item precedente, não há qualquer interesse legítimo que justifique o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento em questão não afeta qualquer direito de terceiros, ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. A sua recusa consubstancia medida autoritária, que busca impor uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, vitimizando os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. Daí a grave ofensa ao princípio constitucional de proteção da liberdade.

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é um valor fundamental no Estado de Direito, na medida em que é a sua garantia que possibilita que as

⁶⁰ Parecer citado, p. 23.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

REC. 20
15

087

peças e empresas planejem as próprias atividades e tenham estabilidade e tranqüilidade na fruição dos seus direitos⁶¹.

No sistema constitucional brasileiro, a segurança é referida no *caput* dos arts. 5º e 6º da Constituição, e a idéia de segurança jurídica permeia e fundamenta uma série de direitos fundamentais e institutos constitucionais relevantes, como o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), e os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributária (art. 150, III, alíneas *a* e *b*, CF). Daí porque, pode-se falar na existência de um princípio constitucional de proteção à segurança jurídica.⁶²

A relação entre o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo e a segurança jurídica não é tão evidente como a que foi traçada entre ele e os princípios constitucionais acima referidos. Mas ela é também importante e inequívoca.

Com efeito, a insegurança jurídica se instala não apenas quando os poderes Legislativo ou Executivo inovam no ordenamento legal de forma abrupta, atingindo situações consolidadas no passado, ou quando eles, pela sua ação ou omissão, frustram a legítima confiança dos cidadãos. A exigência de segurança jurídica envolve igualmente a função jurisdicional, uma vez que a incerteza sobre o entendimento jurisprudencial a propósito de determinadas questões pode ser um elemento provocador de grave intranqüilidade e insegurança na sociedade, que devem ser evitadas. E

⁶¹ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

⁶²

Em decisões do STF a segurança jurídica vem sendo caracterizada como subprincípio constitucional, decorrente do princípio do Estado de Direito. Veja-se, e. g., o MS nº 24.580/DF, julgado em 22.04.2004, Rel. Min. Gilmar Mendes: "Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material."



PGM/CGA
FD-41
15

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

088

tal situação ocorre com a união entre pessoas do mesmo sexo, em vista da indefinição do seu enquadramento jurídico, alimentada inclusive por decisões judiciais conflitantes⁶³.

Isto porque, independentemente do seu não-reconhecimento oficial, a união entre pessoas do mesmo sexo ocorre no plano dos fatos. Diante desta realidade, surgem questões importantes a serem decididas, e a inexistência de uma prévia definição sobre o regime jurídico destas entidades gera imprevisibilidade, acarretando problemas não só para os seus partícipes, como também para terceiros.

Em relação aos parceiros, é natural, como salientou Luís Roberto Barroso, que eles *“queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos dentre outros”*⁶⁴, o que não ocorre no contexto atual, pelo silêncio do legislador ordinário e a indeterminação da jurisprudência pertinente.

Além disto, terceiros de boa fé que celebram negócios jurídicos com quaisquer dos membros da união também são atingidos por esta insegurança jurídica, na medida em que podem surgir, por exemplo, dúvidas sérias sobre a extensão da responsabilidade de cada companheiro por dívidas contraídas por um deles ou pelo casal, ou ainda incerteza sobre a validade de determinados atos jurídicos praticados por um companheiro sem o consentimento do outro, como fianças e alienação de bens do patrimônio comum.

⁶³ Cf. Luis Roberto Barroso. Parecer citado, p. 28.

⁶⁴

Idem, ibidem.



PGR 004
P. 42
B

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO**

089

Estas e outras situações evidenciam que para proteger a segurança jurídica tanto dos partícipes das uniões entre pessoas do mesmo sexo como de terceiros, é essencial a definição do regime jurídico a que se submetem estas parcerias. Assim, diante da inércia do legislador e da identidade entre as respectivas hipóteses, o caminho para superação desta insegurança só pode ser a extensão do regime legal da união estável para as parcerias entre pessoas do mesmo sexo, através de decisão judicial do STF, revestida de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

**A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO ART. 226, § 3º,
DA CONSTITUIÇÃO**

Um obstáculo que se invoca contra a possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é a redação do art. 226, Parágrafo 3º, da Constituição, que dispõe:

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

Os adversários da referida união alegam que o preceito em questão teria barrado a possibilidade do seu reconhecimento no Brasil, pelo menos enquanto não fosse aprovada emenda alterando o texto constitucional. Porém, o raciocínio não procede, como será a seguir demonstrado.



PUBLICA
43
B

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

090

Com efeito, sabe-se que a Constituição, em que pese o seu caráter compromissório, não é apenas um amontado de normas isoladas. Pelo contrário, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos demais.

A noção de sistema traduz-se num importantíssimo princípio de hermenêutica constitucional, que é o da unidade da Constituição. De acordo com o magistério de Klaus Stern, *“a idéia de unidade da Constituição parte da premissa de que a Constituição não é um conglomerado de normas justapostas umas sobre as outras, mas está sustentada por uma concepção, por uma idéia que pretende ser um todo unitário da ordem da vida da comunidade e do Estado”*⁶⁵

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. Estes princípios, que são portadores de um elevado significado axiológico, não ostentem formalmente uma hierarquia superior, mas possuem uma importância maior na ordem constitucional, na medida em que têm um raio de incidência mais amplo, e atuam como vetores interpretativos na aplicação de todas as demais normas⁶⁶.

No caso brasileiro, nem é preciso muito esforço exegético para identificar tais princípios. O constituinte já tratou de fazê-lo no Título I da Carta, que se intitula exatamente *“Dos Princípios Fundamentais”*. E é lá que vão ser recolhidas as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado

⁶⁵ Klaus Stern. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 292.

⁶⁶ Cf. Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Renovar, 1996, p. 141-150.



PGP
Fls. 44
B

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

091

Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, dentre outros.

Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - como o nosso § 3º do art. 226 -, deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade.

É verdade que toda esta argumentação principiológica ruiria por terra se houvesse vedação textual à união entre pessoas do mesmo sexo. Porém, não é isso o que ocorre. Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais.

Porém, esta ausência de referência não significa silêncio eloqüente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento. Neste sentido, confira-se o magistério de Maria Celina Bodin de Moraes, ao criticar a tese oposta a que ora se sustenta:

“O raciocínio implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da ‘norma geral exclusiva’ segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos.”



FOR. COA
Fls. 45
-

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

092

Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes e de maneira idêntica. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrario sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico⁶⁷

A rigor, diante do silêncio do texto constitucional, são três as conclusões possíveis: (a) a Constituição, *a contrario sensu*, proibiu as uniões entre pessoas do mesmo sexo; (b) a Constituição não se pronunciou sobre o assunto, que pode ser decidido pelo legislador sem entraves, num ou noutro sentido; e (c) a Constituição requer o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, impondo-se, em razão do sistema constitucional, uma interpretação analógica do seu art. 226, Parágrafo 3º.

Os princípios fundamentais acima referidos impõem a terceira escolha.

A primeira delas deve ser descartada, porque implica na cristalização em sede constitucional de uma orientação preconceituosa e excludente, que está em franca desarmonia com alguns dos

⁶⁷ Maria Celina Bodin de Moraes. "A união entre pessoas do mesmo sexo: Uma análise sob a perspectiva do Direito Civil-Constitucional". In: *Revista Trimestral de Direito Civil* nº 01:89-112, 2000, p. 105. Desenvolvendo a mesma argumentação, veja-se ainda Ana Paula Ariston Barion Peres. *A Adoção por Homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56-57.



PROJ. 1
46
6

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

093

valores mais importantes da própria Carta: dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição de discriminações odiosas, construção de uma sociedade livre justa e solidária, etc.

Se houvesse expressa determinação constitucional excluindo as uniões entre pessoas do mesmo sexo do rol das entidades familiares, seria o caso de capitular no debate hermenêutico e recorrer ao constituinte derivado. Teríamos aqui não uma norma constitucional inconstitucional, como já foi sustentado alhures⁶⁸, mas sim uma regra destoante num regime constitucional tão humanista, cuja superação, entretanto, demandaria alteração no texto constitucional por via de emenda.

Mas, como já foi dito, não é este o caso. Assim, pelo princípio da unidade da Constituição, deve-se rejeitar a exegese do art. 226, Parágrafo 3º, que o ponha em franco antagonismo com os princípios fundamentais da República.

A segunda alternativa, que remete a resolução da questão ao legislador, também não é a mais correta. Se o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo envolve questão de direito fundamental, como se demonstrou nos itens precedentes, então não é razoável colocá-lo na esfera da discricionariedade legislativa.

Afinal, os direitos fundamentais envolvem, por definição, limites impostos às majorias em proveito da dignidade da pessoa humana de cada indivíduo. Na conhecida expressão de Ronald Dworkin⁶⁹,

⁶⁸

Maria Berenice Dias. *União Homossexual*. Op. cit., p. 83-84.

⁶⁹

Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Op. cit., p. 80-130. Veja-se também Oscar Vilhena Vieira. *Direitos Fundamentais: Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo:



POP 001
Fls. 47
B

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

091

estes direitos são trunfos, que prevalecem diante das preferências comunitárias ou de cálculos utilitaristas, e que, portanto, devem estar ao abrigo do comércio político, protegidos do arbítrio ou do descaso do legislador pela Constituição.

Daí porque, só resta a última alternativa, de conceber a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar implicitamente reconhecida pela Constituição, equiparada, por interpretação analógica, à união estável entre homem e mulher.

A interpretação analógica justifica-se aqui, porque as razões para a atribuição do caráter familiar à união estável não se prendem à diversidade do sexo dos companheiros – elemento meramente acidental - mas ao afeto que os une, à estabilidade dos laços e ao desígnio comum de constituição da família. Estes fatores são francamente indiferentes em relação à identidade ou diversidade do sexo dos parceiros, podendo apresentar-se tanto nas uniões heterossexuais como nas homossexuais.

Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria, a *contrario sensu*, o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito⁷⁰. Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo

⁷⁰ Malheiros, 2006, p. 47-50.



PGR
FV 48
6

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

095

constitucional, que se destina a *inclusão*, como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais.⁷¹

Assentada esta premissa, cumpre destacar que a ausência de legislação infraconstitucional que expressamente tutele a união entre pessoas do mesmo sexo não representa obstáculo para o imediato reconhecimento judicial destas entidades familiares. Deveras, se a premissa de que se parte é a de que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação, da liberdade e da proteção à segurança jurídica impõem o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, cabe então invocar não só o postulado hermenêutico da efetividade ou força normativa da Constituição⁷², como também a cláusula mais específica de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, Parágrafo 1º, CF), para afirmar a desnecessidade de mediação legislativa no caso.

Aliás, como será visto no próximo item, este caminho já está sendo trilhado por alguns setores na vanguarda da jurisprudência nacional, notadamente no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Cf. Gustavo Tepedino. "Novas Formas de Entidades Familiares: Efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio", *op. cit.*

⁷¹

Neste sentido, a observação precisa de Luís Roberto Barroso, ao criticar a exegese de que o art. 226, § 3º, da CF conteria vedação à união entre pessoas do mesmo sexo: "*Extrair deste preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: de norma de inclusão. De fato, ela foi historicamente introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.*" (Parecer citado, p. 34).

⁷²

Cf. Luis Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. *Op. cit.*, p. p. 218-244; e Konrad Hesse. "La Fuerza Normativa de la Constitución". In: *Escritos de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 55-78.



Neste quadro de ausência de regulamentação infraconstitucional, a união entre pessoas do mesmo sexo deve ser regida pelas regras que versam sobre a união estável heterossexual, previstas no art. 1723 e seguintes do Código Civil, aplicadas analogicamente⁷³.

A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

A trajetória do reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil iniciou-se com decisões judiciais que, sem atribuir a ela a natureza de entidade familiar, equiparou-a à sociedade de fato.

Neste sentido, cumpre ressaltar a precursora decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no processo envolvendo os bens deixados pelo artista plástico Jorge Guinle Filho, que faleceu depois de ter convivido por 17 anos com parceiro do mesmo sexo. A 5ª Câmara Cível daquele Tribunal, em acórdão relatado pelo Desembargador Narciso Teixeira Pinto, decidiu por unanimidade, ainda no ano de 1989:

“Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão de bens em partes iguais. Comprovada a conjugação de esforços para a formação do patrimônio que se quer partilhar,

⁷³

Também defendendo a aplicação analógica das regras sobre a união estável heterossexual à união entre pessoas do mesmo sexo, veja-se Luiz Edson Fachin. *Direito de Família. Op. cit.*, p. 124-126.



REC-2011
51
3

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

093

entre pessoas do mesmo sexo, ainda está longe de ser plenamente satisfatória.

Com efeito, a negativa do caráter familiar à união entre parceiros do mesmo sexo representa uma violência simbólica contra os homossexuais, que referenda o preconceito existente contra eles no meio social. É artificial, por outro lado, a equiparação com a sociedade de fato, que faz tábula rasa do propósito real que une os companheiros homossexuais, situado no plano da afetividade, e não na esfera econômica. Ademais, desta linha jurisprudencial resultam conseqüências práticas negativas para os parceiros, uma vez que a sociedade de fato não envolve uma série de direitos que se aplicariam, caso fosse atribuída a tais relações uma natureza análoga à da união estável⁷⁷.

Contudo, já se encontram na jurisprudência decisões mais avançadas nesta matéria, valendo destacar as que vêm sendo proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que já se pronunciou sobre a competência das varas de família para julgamento das ações de dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo⁷⁸, sobre a viabilidade de adoção conjunta de criança por casal homossexual⁷⁹ e também

⁷⁷

Cf. Ana Carla Harmatiuk Matos, *op. cit.*, p. 71-83; e Glauber Moreno Talavera. *União Civil Entre Pessoas do Mesmo Sexo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 44.

⁷⁸

Veja-se, e.g., Agravo de Instrumento nº 599075496, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Mussi, julgada em 17.06.1999; Agravo de Instrumento 598362655, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgada em 15.09.1999; e Conflito de Competência 70000992156, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataldes Siqueira Trindade, julgado em 29.06.2000.

⁷⁹

Apelação Cível nº 70013801592, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil dos Santos, julgada por unanimidade em 05 de abril de 2006. Pelo seu caráter inovador, vale à pena transcrever a ementa da decisão:

"Apelação Cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas do mesmo sexo. Possibilidade.



FOR
Fm 52
B

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

099

sobre a possibilidade de reconhecimento destas entidades familiares. Nesta última questão, é paradigmática a decisão proferida pela 7ª Câmara Cível daquele Tribunal na Apelação Cível nº 7000138892 relatada pelo Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis e julgada em 14.03.2001, que teve a seguinte ementa:

“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 de direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora de 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 de 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 criança 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.”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

100

Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma onde se debruça a melhor hermenêutica."

Por outro lado, no campo previdenciário, há decisões dos Tribunais Regionais Federais da 1^a ⁸⁰, 2^a ⁸¹, 4^a ⁸² e 5^a ⁸³ Regiões e do próprio STJ⁸⁴, reconhecendo o direito do homossexual ao recebimento de

⁸⁰ Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.000697-0/MG, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, julgado em 29.04.2003.

⁸¹ Apelação Cível nº 2002.51.01.000777-0, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Tânia Heine, publicado no DJ de 21.07.2003, p. 74.

⁸² Apelação Cível nº 2000.04.01.073643-8, 6ª Turma, Rel. Des. Nylson Paim de Abreu, julgada em 21.11.2000; Apelação Cível nº 2001.04.01.027372-8/RS, Rel. Des. Fed Edgar Lippman Jr., julgada em 17 de outubro de 2002; Apelação Cível nº 2001.72.00.006119-0/SC, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, julgada em 21 de setembro de 2004; Apelação Cível nº 2001.70.00.02992-0-0/PR, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Nêfi Cordeiro, julgada em 15 de dezembro de 2004; e Apelação Cível nº 2000.71.000.009347-0/RS, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. João Batista Pinto Silveira, julgada em 27 de julho de 2005.

No último caso citado, tratava-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, dotada de efeitos nacionais, que postulava a condenação do INSS a conceder aos parceiros homossexuais direitos previdenciários em igualdade de condições em relação aos casais heterossexuais. Na ementa do acórdão que acolheu o pedido, ficou registrado:

"11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei nº 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão."

⁸³

Apelação Cível nº 2003.05.00.029875-2, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, julgada em 14.05.2004; Apelação Cível nº 2002.84.00.002275-4, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, julgada em 17.06.2004; e Apelação Cível nº 2000.81.00.017834-9, Rel. Des. Fed. José Batista de Almeida Filho, julgada em 13.12.2005.

⁸⁴

REsp. nº 395.904/RS, 6ª Turma, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 13.12.2005.



PGD 27A
FIC 54
TB

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

101

pensão do INSS ou estatutária, em caso de óbito do seu companheiro ou companheira.

Importantíssimos, ainda, foram os termos de duas decisões monocráticas proferidas pelos Ministros Marco Aurélio Mello e Celso Mello no STF.

No primeiro caso, tratava-se de pedido de suspensão da decisão proferida pela Justiça Federal do Rio Grande do Sul, que deferira liminar na já comentada ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, determinando a extensão aos casais homossexuais dos benefícios previdenciários percebidos pelos casais heterossexuais, em todo o território nacional. O Ministro Marco Aurélio, na condição que então ostentava de Presidente do STF, indeferiu o pedido, em extensa decisão, da qual se extrai o seguinte trecho:

“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...”

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 art. 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a



PPR 001
FL. 55
B.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

102

chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se o preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folhas 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação em relação ao artigo 226, parágrafo 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do art. 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 art. 201. Ora, diante deste quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar a queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação do Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou a 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.”⁸⁵

⁸⁵ Petição 1.984-9 Rio Grande do Sul, apreciada em 10 de fevereiro de 2003.



POD
Pis 56
RS

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

103

A segunda decisão mencionada, da lavra do Ministro Celso Mello, foi proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300, ajuizada conjuntamente pela Associação da Parada do Orgulho dos gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, em que se impugnava a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.278/96, que definira a união estável como vínculo familiar entre homem e mulher, excluindo as uniões homoafetivas. O Ministro, na condição de Relator, julgou extinto o processo, tendo em vista o fato de que a norma questionada fora revogada pelo novo Código Civil. No entanto, S. Exa. não deixou de tecer relevantíssimas considerações sobre o tema de fundo:

“Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tomam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental – cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

104

orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, do outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo extemada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas.⁸⁶

Finalmente, vale ainda destacar a decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral a propósito da impugnação do registro de candidata ao cargo de Prefeito de Viseu/PA, que mantinha parceria estável com a então prefeita reeleita daquele Município. A questão relacionava-se à aplicação ao caso do art. 14, Parágrafo 7º, do texto magno, que prevê a inelegibilidade do cônjuge dos chefes do Executivo, no âmbito das respectivas circunscrições eleitorais, e que é também empregado, de acordo com pacífica jurisprudência, na hipótese de união estável. O acórdão, relatado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, concluiu, por unanimidade, no sentido da incidência à hipótese da referida regra de inelegibilidade, consignando:

⁸⁶ Decisão de 03 de fevereiro de 2006, reproduzida no *Informativo STF* nº 414, e disponível em <http://www.stf.gov.br>



PCB
P. 58
T. 6

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

105

“Ao longo dos tempos, o TSE tem entendido que o concubinato, assim como a união estável, enseja a inelegibilidade prevista no referido dispositivo constitucional...

Essas construções jurisprudenciais sempre objetivaram a não-perpetuação de um mesmo grupo no poder, as chamadas oligarquias, tão presentes em nossa história política...

É um dado da vida real a existência de relações homossexuais em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes vínculos afetivos.

Assim, entendo que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, Parágrafo 7º, da Constituição Federal”⁸⁷.

Portanto, muito embora a posição jurisprudencial dominante seja ainda a da equiparação da união entre pessoas do mesmo sexo à sociedade de fato, manifesta-se uma forte tendência, inclusive no âmbito do STF, no sentido da revisão deste posicionamento, para fins de atribuição a esta entidade de *status* análogo ao da união estável, com base na aplicação direta de princípios constitucionais.

⁸⁷ REspe nº 24.564/PA. Decisão proferida em 1º. 10.2004.



BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO COMPARADO

Em todo o mundo ocidental existe uma nítida tendência no sentido do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

De fato, há atualmente casamento entre pessoas do mesmo sexo na Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, na África do Sul e nos Estados norte-americanos de Massachusetts e New Jersey. Por outro lado, estas uniões são reconhecidas sem o *status* do casamento, e com denominações variadas, na França, Portugal, Alemanha, Reino Unido, Suíça, Islândia, Dinamarca, Suécia, Noruega, Finlândia, Hungria, República Tcheca, Croácia, Slovênia, Latvia, Andorra, Luxemburgo, Mônaco, em algumas regiões da Itália, em Israel, África do Sul, Guadalupe, Martinica, Antilhas Holandesas, Guiana Francesa, Nova Zelândia, Nova Caledônia, nas províncias argentinas de Buenos Aires e Rio Negro, e nos Estados norte-americanos da Califórnia, Vermont, Connecticut, Hawaii, Maine e no Distrito de Colúmbia (Washington DC).

Na maioria dos casos, esta proteção aos casais homossexuais decorreu de atos legislativos. Neste particular, a iniciativa pioneira foi da Dinamarca, que instituiu em 1989 a parceria registrada para casais do mesmo sexo⁸⁸, tendo sido seguida por outros países nórdicos ao longo da década de 90.

⁸⁸ Veja-se Ingrid Lund-Andersen. "The Danish Partnership Act". In: Karina Boele-Woelki & Angelika Fuchs. *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*. Antwerpia: Intersentia, 2003, p. 13-40.



PIB/CCA
FL. 60
B

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

107

Contudo, há também diversos exemplos em que, diante da inércia ou do desrespeito dos direitos dos homossexuais pelas instâncias políticas, a iniciativa foi deflagrada pelo Poder Judiciário, através do exercício da jurisdição constitucional. É o que ocorreu, por exemplo, no Canadá, na Hungria, em Israel, na África do Sul e nos Estados norte-americanos do Hawaii, Alaska, Vermont, Massachusetts e New Jersey. A seguir, examinaremos rapidamente estas experiências, pois são elas as mais relevantes para o caso presente, em que se objetiva exatamente uma intervenção jurisdicional visando ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

No Canadá⁸⁹, a jurisprudência da Suprema Corte reconheceu, no julgamento do caso *M. v. H.*⁹⁰, que a norma que permitia a concessão de alimentos a parceiros em uniões estáveis entre pessoas de sexo oposto, mas não estendia a possibilidade a companheiros do mesmo sexo, era inconstitucional, por violar o direito à igualdade.

Invocando este precedente, várias Cortes estaduais proferiram decisões declarando que a definição de casamento existente na *common law* canadense, que circunscrevia a instituição às relações entre homem e mulher, violaria também o princípio da igualdade, por discriminar injustificadamente os homossexuais.

⁸⁹ Uma descrição detalhada da jurisprudência canadense sobre uniões de pessoa do mesmo sexo pode ser encontrada em Deborah Gutierrez. "Gay Marriage in Canada: Strategies of the Gay Liberation Movement and the implications it will have on the United States". In: *New England Journal of International and Comparative Law* 10: 175-228, 2004.

⁹⁰

(1996) 142 D.L.R 4th 1,6.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

108

O mais conhecido e importante destes precedentes foi o caso *Halpern v. Attorney General of Canadá*⁹¹, julgado em 2003 pela Corte de Apelações de Ontário. Neste julgamento, depois de reconhecer a importância do casamento para os cônjuges, não apenas pelos benefícios que envolve, mas por representar “*uma expressão de reconhecimento público da sociedade das expressões de amor e compromisso entre indivíduos, conferindo a elas respeito e legitimidade*”, o Tribunal canadense afirmou que a exclusão das uniões homossexuais do âmbito da instituição representaria discriminação motivada por orientação sexual, constitucionalmente vedada.

Provocado por esta e outras decisões judiciais, o Parlamento canadense aprovou, em 2003, nova legislação estendendo o casamento às pessoas do mesmo sexo em todo o país. Mas antes que a lei entrasse em vigor, ele consultou a Suprema Corte, solicitando que esta se manifestasse sobre a constitucionalidade da medida (a jurisdição constitucional canadense contempla esta hipótese de consulta prévia).

A resposta da Corte, proferida em *Reference re Same-Sex Marriage*⁹² foi afirmativa. Segundo o Tribunal, o projeto de lei em questão não apenas não violava a Constituição, como antes derivava diretamente do direito à igualdade previsto na Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que integra o bloco de constitucionalidade daquele país⁹³.

⁹¹ (2003) O.J. nº 2268. Também foram proferidas decisões no mesmo sentido pelas Cortes de Apelação das províncias de Quebec e Colúmbia.

⁹²

(2004) 3 S.C.R. 698.

⁹³

Saliente-se, contudo, que a Corte, invocando razões de discricionariedade política, recusou-se a responder uma das questões da consulta, sobre se o regime anterior, que limitava o casamento às pessoas de sexo oposto, era realmente incompatível com a Constituição.



2007.020
Fl. 62
11-5

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

109

Já na Hungria, a instituição de união entre pessoas do mesmo decorreu de uma decisão do seu Tribunal Constitucional. A Corte Húngara – certamente o mais respeitado tribunal constitucional da Europa Oriental – rejeitou, em 1995, a alegação de que haveria violação aos princípios da igualdade e dignidade humana na não-extensão do casamento aos casais homossexuais. Todavia, em relação à união estável, ela afirmou que “*uma união de vida duradoura entre duas pessoas encerra valores que devem deve ser legalmente reconhecidos com base na igual dignidade das pessoas afetadas, sendo irrelevante o sexo dos companheiros*”⁹⁴

Com base neste entendimento, a Corte Constitucional da Hungria reconheceu a inconstitucionalidade da não-extensão da união estável aos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Na sua decisão, ela estabeleceu algumas possibilidades através das quais o legislador poderia alterar as normas vigentes, de modo a tomá-las compatíveis com a Constituição, o que este veio a fazer em 1996.

Também em Israel, o Poder Judiciário desempenhou um papel essencial no reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, que é hoje aceita pela *commom law* do país. A decisão seminal na matéria foi o caso *El-Al Israel Airlines v. Danilowitz*⁹⁵, julgado em 1994, no qual a Suprema Corte decidiu que constituía discriminação vedada a prática de uma companhia aérea, que concedia determinados benefícios aos parceiros do sexo oposto dos seus funcionários, mas não a estendia aos companheiros do mesmo sexo.

⁹⁴ Decisão 14/1995. Os trechos mais importantes da decisão estão reproduzidos em inglês em Paul Gewirtz. *Global Constitutionalism: Nationhood, Same-Sex Marriage*. Op. cit., p. 62-66.

⁹⁵

High Court of Justice 721/94, 48 Piske-Din 749. Uma versão em inglês da decisão pode ser consultada em www.tau.ac.il/law/aeyalgross/legal_materials.htm



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

110

Na decisão, redigida pelo Presidente da Corte Aharon Barak, foi formulada e respondida a questão essencial da controvérsia sobre as uniões homossexuais: “A parceria entre pessoas do mesmo sexo difere em termos de parceria, fraternidade e administração da célula social em relação à parceria entre pessoas de sexo diferente?”. E a resposta do Chief Justice foi taxativa: “A diferença estabelecida entre as parceiras de pessoas de sexo diferente e pessoas do mesmo sexo é uma explícita e descarada discriminação”.

Nos Estados Unidos, por sua vez, os avanços que ocorreram nesta matéria deram-se sobretudo no plano do constitucionalismo estadual. Até porque, até o julgamento do caso *Laurence v. Texas*⁹⁶, em 2003, a Suprema Corte entendia que nem mesmo a criminalização das práticas homossexuais violava a Constituição⁹⁷.

A primeira decisão importante foi a proferida pela Suprema Corte do Estado do Hawaii, no ano de 1996, em *Nina Baehr and Genora Dancel et al. v. John C. Lewin*⁹⁸. Neste julgamento, a partir da constatação de que o direito ao casamento é um direito fundamental, considerou-se que a sua não-extensão aos homossexuais que pretendessem casar-se com pessoas do mesmo sexo importava em violação ao princípio da igualdade, tal como plasmado pela Constituição Estadual.

⁹⁶

539 U.S. 558, 123 S Ct. 2472 (2003). Uma versão em português deste importantíssimo julgado foi publicada em *Revista Brasileira de Direito Constitucional* nº 3, janeiro/junho 2004, p. 601-628.

⁹⁷

Esta odiosa orientação fora adotada em 1986 pela Suprema Corte no julgamento do caso *Bowers v. Hardwick*, (478 U.S. 186 (1986)).

⁹⁸

74 Haw. 530. As partes mais relevantes da decisão estão reproduzidas em William N. Eskridge Jr & Nan Hunter. *Sexuality, Gender and the Law. Op. cit.*, p. 807-812.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

111

Não obstante, tal decisão provocou uma forte reação contrária, que levou a aprovação de uma emenda à Constituição do Hawaii, em 1998, que permitiu expressamente ao legislador que excluísse, do âmbito do casamento, as uniões entre pessoas do mesmo sexo. O legislador de fato extinguiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas adotou solução compromissória, instituindo a figura dos "beneficiários recíprocos" (*reciprocal beneficiaries*), que confere uma série de direitos e obrigações para os parceiros do mesmo sexo.⁹⁹

Também no Alaska, a Suprema Corte estadual reconheceu a inconstitucionalidade da não extensão do direito ao casamento aos casais formados por pessoas do mesmo sexo¹⁰⁰. Contudo, a conquista não durou muito tempo, pois a população daquele Estado aprovou, em plebiscito, emenda à Constituição estadual que definiu o casamento como união entre homem e mulher, visando a reverter aquele precedente.

Já no Estado de Vermont, a Suprema Corte Estadual decidiu em 1999 o caso *Baker v. State*¹⁰¹, reconhecendo a ocorrência de discriminação atentatória contra a Constituição Estadual na negação do direito ao casamento aos casais homossexuais. Nas palavras da Corte, "a Constituição de Vermont determina que toda a miríade de direitos, privilégios e benefícios que decorrem do casamento civil devem ser colocados à disposição de todos os cidadãos, sem qualquer discriminação baseada na orientação sexual".

⁹⁹

Cf. American Bar Association Section of Family Law. "A White Paper: An Analysis of the Law Regarding Same-Sex Marriage, Civil Unions and Domestic Partnerships". In: *Family Law Quarterly* 38, 2004, p. 398.

¹⁰⁰

Caso *Brause v. Bureau of Vital Statistics*, julgado em fevereiro de 1997.

¹⁰¹ 744 A.2d 865 (Vt 1999).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

112

Na citada decisão, o Tribunal abriu duas alternativas para o legislador corrigir a inconstitucionalidade, dizendo que ele poderia estender o casamento às pessoas do mesmo sexo, ou criar algum novo instituto, que conferisse aos parceiros os mesmos benefícios e responsabilidades inerentes ao casamento. Esta segunda alternativa foi preferida pelo legislativo estadual, que aprovou no ano de 2000 uma nova lei, instituindo a figura da união civil para pessoas do mesmo sexo¹⁰².

Em Massachusetts, por sua vez, a Suprema Corte Estadual decidiu em 2003, no caso *Goodridge v. Department of Public Health*¹⁰³, que a não-extensão do casamento às pessoas do mesmo sexo violaria as cláusulas da igualdade e do devido processo legal da Constituição daquele Estado. Isto porque, considerou que, em razão da importância do casamento, ele deveria ser considerado uma liberdade fundamental, e que as razões invocadas pelo Estado para não estendê-lo aos homossexuais não seriam suficientes para justificar a discriminação albergada pela legislação estadual. Os efeitos da decisão foram suspensos por 180 dias, para dar tempo ao legislador para adequar a lei a esta nova orientação.

Durante este prazo, o Senado de Massachusetts formulou uma consulta à Suprema Corte do Estado, indagando se seria possível cumprir a decisão criando a união civil para os homossexuais, que lhes atribuisse direitos e responsabilidades equivalentes aos envolvidos no

¹⁰²

Os processos judicial e político foram extensamente examinados por William. N. Eskridge Jr., em *Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights*. *Op. cit.*, p. 43-82.

¹⁰³

440 Mass. 309 (2003). Os trechos mais relevantes da decisão estão reproduzidos em Andrew Sullivan. *Same-Sex Marriage Pro & Con: A Reader*. New York: Vintage Books, 2004, p. 112-118.



PROCURADORIA
FEDERAL
66
5

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

113

casamento. A resposta da Suprema Corte, formulada em *In re Opinion of the Justices to the Senate*¹⁰⁴, foi negativa. Nas suas palavras,

“A proibição absoluta do uso da palavra ‘casamento’ pelos ‘cônjuges’ do mesmo sexo é mais do que semântica. A diferença entre as expressões ‘casamento civil’ e ‘união civil’ não é inócua; trata-se de uma escolha lingüística que reflete a atribuição aos casais do mesmo sexo, predominantemente homossexuais, um status de segunda classe... A Constituição de Massachusetts, como explicado no caso Goodridge, não permite esta odiosa discriminação, não importa quão bem intencionada seja”.

E a decisão mais recente nos Estados Unidos reconhecendo o direito equivalente ao casamento para casais formados por pessoas do mesmo sexo foi proferida pela Suprema Corte do Estado de New Jersey em outubro de 2006, no caso *Mark Davis and Dennis Winslow et al. V. Gwendolyn L. Harris et al.*

Nesta decisão, fundamentando-se na cláusula da igualdade consagrada na Constituição estadual, a Corte de New Jersey afirmou que *“negar a casais comprometidos formados por pessoas do mesmo sexo os benefícios financeiros e sociais e os privilégios concedidos aos casais heterossexuais casados não guarda qualquer relação substancial com algum objetivo governamental legítimo”*. Em razão disso, ela decidiu que os casais de pessoas do mesmo sexo devem ter exatamente os mesmos direitos e

¹⁰⁴

430 Mass 1205.



PGP 2004
Fls. 67
B

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

114

benefícios que os casais heterossexuais casados, mas ressaltou que o nome a ser atribuído a esta parceira – se casamento ou não – poderia ser decidido pelo legislador, no âmbito do processo democrático.

Finalmente, cabe examinar o caso da África do Sul, cuja Constituição expressamente proíbe as discriminações fundadas em orientação sexual no seu art. 9.3. Vale destacar que a Corte Constitucional daquele país tem se notabilizado pelo seu ativismo em matéria de defesa dos direitos dos homossexuais, tendo proferido uma série de decisões históricas nesta matéria, como o *Home Affairs*¹⁰⁵, em que equiparou, para os fins da lei de imigração, os estrangeiros casados com sul-africanos aos que mantêm com eles relações homoafetivas; o *Satchwell*¹⁰⁶, em que determinou a extensão aos parceiros do mesmo sexo das pensões concedidas aos cônjuges heterossexuais; o *Du Toit*¹⁰⁷, em que reconheceu o direito de casais homossexuais de realizarem adoções conjuntas, e o *J.*¹⁰⁸, em que equiparou à situação legal do marido, a parceira homossexual de mulher que fora inseminada artificialmente.

A Corte enfrentou a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo no caso *Minister of Home Affairs and Another v. Marie Adriaana Fourie and Another*¹⁰⁹, quando decidiu que tanto a *common law* sul-africana, como a legislação em vigor no país, violavam a Constituição, por

¹⁰⁵

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v. Ministry of Home Affairs and Others. 2000 (2) SA 1 (CC)

¹⁰⁶

Satchell v. President of the Republic of South Africa and Another. 2002 (6) SA 1 (CC).

¹⁰⁷

Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others. 2003 (2) SA 198 (CC).

¹⁰⁸

J. and Another v. Director General of Department of Home Affairs and Others. 2003 (5) SA 621 (CC)

¹⁰⁹

Caso CCT 60/04, julgado em 1º de dezembro de 2005.



POP 03
15

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

115

não abrigarem esta possibilidade. Na sua alentada decisão, o Tribunal afirmou:

“A exclusão dos casais do mesmo sexo dos benefícios e responsabilidades do casamento, portanto, não é uma pequena e tangencial inconveniência resultante de uns poucos resquícios do prejuízo social, destinado a evaporar como o orvalho da manhã. Ela representa a afirmação dura, ainda que oblíqua, feita pela lei, de que os casais do mesmo sexo são outsiders, e que a necessidade de afirmação e proteção das suas relações íntimas como seres humanos é de alguma maneira menor do que a dos casais heterossexuais. .. Ela significa que a sua capacidade para o amor, compromisso e aceitação da responsabilidade é por definição menos merecedora de consideração do que a dos casais heterossexuais.

...Pode ser, como sugere a literatura, que muitos casais do mesmo sexo fossem abjurar a imitação ou a sua subordinação às normas heterossexuais... Porém, o que está em jogo não é a decisão a ser tomada, mas a escolha disponível. Se os casais heterossexuais têm a opção de decidir se vão casar ou não, então também os casais do mesmo sexo devem ter esta escolha... Daí porque, considerando a centralidade atribuída ao casamento e as suas conseqüências na nossa cultura, negar aos casais do mesmo sexo a escolha a este respeito é negar o



PROCURADORIA
FL. 69
→

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

116

seu direito à auto-definição da maneira mais profunda."

Portanto, verifica-se no Direito Comparado não só uma forte tendência ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como também, em alguns casos, o protagonismo do Poder Judiciário nesta seara, diante do preconceito ainda presente nas instâncias de representação popular.

CONCLUSÕES

Compendiando o que foi exposto ao longo desta Representação, pode-se dizer que:

a) o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e desvela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual;

b) este não-reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, *caput*) da liberdade (art. 5º, *caput*), e da proteção à segurança jurídica;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

REC. OC. 70
16

117

c) é cabível no caso a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que a apontada lesão decorre de atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos, que não reconhecem esta união, e inexistente qualquer outro meio processual idôneo para sanar a lesividade;

d) não se trata de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que os preceitos constitucionais de onde se extrai o direito ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo são de aplicabilidade imediata, não carecendo de regulamentação para produção dos respectivos efeitos;

e) a redação do art. 226, Parágrafo 3º, da Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que ela não contém qualquer vedação a isto;

f) a interpretação deste artigo deve ser realizada à luz dos princípios fundamentais da República, o que exclui qualquer exegese que aprofunde o preconceito e a exclusão social do homossexual;

g) este dispositivo, ao conferir tutela constitucional a formações familiares informais antes desprotegidas, surgiu como instrumento de inclusão social. Seria um contra-senso injustificável interpretá-lo como cláusula de exclusão, na contramão da sua teleologia.

h) é cabível uma interpretação analógica do art. 226, Parágrafo 3º, pautada pelos princípios constitucionais acima referidos, para tutelar como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo;



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO**

118

i) diante da falta de norma regulamentadora, esta união deve ser regidas pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, aplicadas por analogia;

j) a jurisprudência nacional vem progredindo no reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Porém, embora haja decisões vanguardistas reconhecendo a natureza familiar desta entidade, o posicionamento hoje dominante é o de que se trata de união de fato, regida pelo Direito Obrigacional;

k) no Direito Comparado há uma tendência crescente ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, sob formas e fórmulas diferentes. Este reconhecimento ocorreu em vários países através da intervenção da jurisdição constitucional.

DA MEDIDA CAUTELAR

Entendem os Requerentes que deve ser formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental o pedido de concessão de medida cautelar, uma vez que respectivos pressupostos – o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* -, encontram-se devidamente configurados.

Quanto ao *fumus boni iuris*, ele se evidencia diante de toda a argumentação exposta ao longo desta Representação.



PROCURADORIA
FEDERAL
DOS DIREITOS DO CIDADÃO

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

119

O *periculum in mora*, por sua vez, consubstancia-se no fato de que o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo causa aos membros destas parcerias danos patrimoniais e extra-patrimoniais de caráter gravíssimo, que não haverá como reparar adequadamente, por ocasião do julgamento do mérito da ação.

Com efeito, dentre os danos patrimoniais, pode-se citar os relacionados à própria subsistência, comprometida com a denegação de certos direitos a que fazem jus os companheiros em uniões estáveis, como o direito a alimentos e à percepção de benefícios previdenciários do regime estatutário dos servidores públicos.

Entre os danos extrapatrimoniais, vale citar os abalos à auto-estima dos homossexuais, decorrente da desvalorização pública das suas relações afetivas, e o estímulo ao preconceito e à homofobia que esta postura estatal ocasiona.

Por outro lado, é mister salientar que a jurisdição constitucional concentrada tornou-se a única forma de evitar estes danos, uma vez que, afora o posicionamento vanguardista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a jurisprudência nacional vem se manifestando majoritariamente contra a possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, equiparando-a à sociedade de fato.

Assim, esperam os Requerentes seja postulada ao STF a concessão de medida cautelar, que objetive assegurar, até o julgamento do mérito da ação, (a) a obrigatoriedade do reconhecimento de toda união entre pessoas do mesmo sexo que satisfaça os mesmos requisitos exigidos para a caracterização união estável, bem como (b) a equiparação dos



PROCURADIA
73
B

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

120

companheiros desta união aos companheiros da união estável, no que tange aos respectivos direitos e deveres.

DO PEDIDO

Em face do exposto, esperam os Requerentes que V. Exa. ajulze Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, com pedido de que a Corte profira decisão dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para:

a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e

b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Pedem deferimento.

Brasília, 05 de dezembro de 2006.

Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO**

121


Daniel Sarmiento
Procurador Regional da República

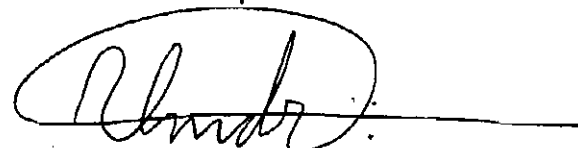

Luiza Cristina Frischeisen
Procuradora Regional da República

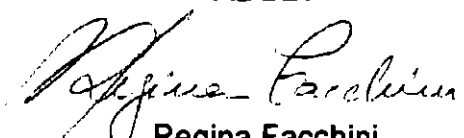

Paulo Gilberto Cogo Leivas
Procurador Regional da República


Sérgio Gardenghi Suiama
Procurador Reg. dos Direitos do Cidadão


Renato de Freitas Souza Machado
Procurador da República


Caroline Maciel da Costa
Procuradora da República


Antônio Luiz Martins dos Reis
ABGLT



Regina Facchini
Associação da Parada do Orgulho GLBT - SP



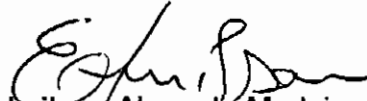
75

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO**

122


Paulo Tavares Maranhão

Identidade - Grupo de Ação pela Cidadania Homossexual



Edmilson Alves de Medeiros

Corsa - Cidadania, Orgulho, Respeito, Solidariedade e Amor



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

123

Doc. II

O INSTITUTO DE DIREITO CIVIL – IDC – é uma entidade privada destinada à pesquisa, à reflexão crítica, à construção dogmática e à produção científica no âmbito do direito privado. Reúne professores e estudiosos preocupados com a compatibilização das fontes normativas, investigando modelos jurídicos, no direito brasileiro e comparado, aptos a disciplinarem as relações jurídicas e darem segurança ao tráfico negocial. Tendo por matiz metodológico a análise civil-constitucional dos inúmeros problemas interpretativos surgidos na realidade social, que repercutem especialmente nas situações existenciais e patrimoniais de direito privado, dedica-se o IDC prioritariamente ao desenvolvimento de soluções hermenêuticas e propostas doutrinárias direcionadas à harmonização dos núcleos de regulamentação jurídica da atividade privada.

Autor desta Opinião Doutrinária:

Prof. GUSTAVO TEPELINO

Presidente do IDC

Professor Titular de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor em Direito Civil na Università degli studi di Camerino, Itália. Professor do Programa de Doutorado em Direito Privado Comparado na Università degli studi del Molise, Itália. Professor Visitante na University of San Francisco, Califórnia, e na Université de Poitiers, França. Diretor da Revista Trimestral de Direito Civil.

Honra-nos o Grupo de Trabalho sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos, instaurado no âmbito da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, através do ilustre Procurador Regional da República, Professor Daniel Sarmento, ao solicitar OPINIÃO DOUTRINÁRIA do Instituto de Direito Civil, no âmbito de procedimento administrativo instaurado por representação de entidades civis, acerca da interpretação constitucionalmente legítima do art. 1.793 do Código Civil brasileiro.

A presente Opinião Doutrinária foi dividida em 3 (três) eixos temáticos, abaixo desenvolvidos, ao fim dos quais se segue uma síntese das conclusões alcançadas.

1. Relações familiares na legalidade constitucional. Pluralidade de modelos e pressupostos para sua configuração. A interpretação do art. 226 da Constituição da República. A indicação meramente exemplificativa das entidades familiares. Inconstitucionalidade da interpretação redutiva do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro.

2. A funcionalização das entidades familiares aos princípios constitucionais da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Entidades familiares de fato e critérios para o seu merecimento de tutela. Liberdade para a constituição de entidades familiares e liberdade de orientação sexual. Uniões de pessoas do mesmo sexo.

3. A interpretação necessária do art. 1.723 à luz da ordem pública constitucional. Estatuto jurídico da entidade formada por pessoas do mesmo sexo: igualdade da união estável no

DD

que concerne às relações existenciais e patrimoniais entre os companheiros, bem como ao seu regime sucessório.

1. Relações familiares na legalidade constitucional. A pluralidade de modelos e pressupostos para sua configuração. A interpretação do art. 226 da Constituição da República. A indicação meramente exemplificativa das entidades familiares. Inconstitucionalidade da interpretação redutiva do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro.

1. No âmbito da extraordinária transformação do direito de família na experiência brasileira dos últimos cinquenta anos, adquire proeminência a alteração dos valores que fundamentam as relações existenciais e as comunidades intermediárias, capazes de redefinir os pressupostos de configuração e as finalidades das entidades familiares.¹

2. Tal processo evolutivo tem seu divisor de águas impresso na Constituição da República de 5 de outubro de 1988. Até então, assistiu-se à ampliação gradual dos direitos da mulher casada, que se emancipa com a Lei 4.121, de 22 de setembro de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, bem como a

¹ Conforme se observou em outra sede: "À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes" (Gustavo Tepedino, *Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2004, pp. 372-373). Confira-se também Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 243-245.



redução da abjeta desigualdade dos filhos, especialmente após a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a Lei do Divórcio, a qual, como se sabe, regulamentou a dissolução do casamento, o divórcio, e a constituição de novo vínculo matrimonial, com fulcro na Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977. Ao mesmo tempo, a família não fundada no casamento passou a ser admitida, por obra de corajosa jurisprudência, legitimando-se pouco a pouco as uniões estáveis, não só no âmbito do direito das obrigações, mas no seio do direito de família.²

3. As sucessivas intervenções legislativas, contudo, que refletiam a mudança no pensamento e na identidade cultural da sociedade brasileira, só em 1988 encontrariam fundamento axiológico para a plena consecução de suas finalidades sociais. 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.

4. A partir da Constituição da República de 1988, as inúmeras alterações impostas ao direito de família não podem ser examinadas de forma isolada ou casuística, senão no quadro dos princípios constitucionais, que

² A evolução jurisprudencial em matéria de união estável é passada em revista por Edgar de Moura Bittencourt, *Concubinato*, São Paulo: Livr. Ed. Universitária de Direito, 1980, 2ª ed. rev., p. 61 e ss.

desenharam novo conceito de *unidade familiar*, em torno do qual se estrutura todo o sistema das relações existenciais. A *unidade familiar*, antes vinculada ao casamento – a partir do qual, no qual e para o qual se desenvolvia – adquire contornos funcionais, associada à idéia de *formação comunitária apta ao desenvolvimento dos seus integrantes*. O centro da tutela constitucional se desloca, em conseqüência, da exclusividade do casamento para a pluralidade das entidades que, fundadas ou não no vínculo conjugal, livre e responsavelmente constituídas, contenham os pressupostos para a tutela da dignidade da pessoa humana.³

5. No sistema pré-constitucional, a concepção de *unidade familiar* se confundia com a *união formal do matrimônio*, justificando-se, assim, segundo a lógica do sistema, a atribuição da chefia da sociedade conjugal ao marido, o sacrifício da liberdade da mulher, a submissão dos filhos ao arbítrio do pai e a preservação, a todo custo, do vínculo conjugal, modelo único admitido pelo ordenamento para a constituição da família. Fora do casamento, não havia família, não havia direito de família, não havia direito.

³ Seja consentido, mais uma vez, remeter a Gustavo Tepedino: “Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos” (*A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2004, p. 397).

6. Na legalidade constitucional, ao reverso, não se reconhece a proteção do casamento ou de qualquer núcleo de convivência em si mesmo considerado. Tampouco se admite valor institucional a modelo de família que justifique a tutela de interesse supraindividual, em favor de concepções pré-legislativas, estatais ou religiosas, a prescindir da concreta realização da pessoa na comunidade familiar. Asseguram-se a liberdade privada na constituição e preservação da família, a redução das desigualdades dos vulneráveis no seio familiar em busca da verdadeira igualdade, o respeito à intimidade e às opções individuais e a responsabilidade de cada membro da família para com a promoção dos demais. Tais são os elementos essenciais de legitimação funcional do núcleo familiar na ordem pública constitucional.

7. Tais premissas metodológicas para a compreensão do direito de família contemporâneo encontram-se insculpidas nos princípios fundamentais da Constituição da República, valendo ressaltar a dignidade da pessoa humana, inscrita pelo art. 1º, III, como fundamento da República, e a solidariedade e isonomia substancial, estabelecidas como objetivos fundamentais. É ver-se:

“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;”

“Art. 3º. Constituem-se objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;”

8. Ao lado de tais princípios, deliberadamente introduzidos pelo constituinte como fundamento e objetivos da República, registre-se, especificamente no que tange ao direito de família, o teor do art. 226, que assim dispõe:

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

(...)

§ 3.º 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.

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

(...)

§ 7.º 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”.

9. A leitura dos preceitos transcritos indica, de imediato, três opções valorativas bem definidas, que associam direitos e deveres:

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

(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.



10. A compreensão da primeira opção indicada mostra-se indispensável para a exegese de toda a disciplina normativa do direito de família. De fato, a pessoa humana foi elevada a valor máximo pelo constituinte e o princípio da solidariedade, que lhe é correlato, torna as comunidades intermediárias, e notadamente as entidades familiares, formações sociais funcionalizadas à promoção de seus integrantes.

11. As entidades familiares encontram-se constitucionalmente tuteladas, portanto, não em razão de algum pretenso valor intrínseco que lhes seja reconhecido, mas como instrumento para a realização da personalidade humana na solidariedade constitucional. Vale dizer, o constituinte protege o casamento (somente) na medida em que o núcleo conjugal serve de locus ideal para a tutela da pessoa. No momento em que deixa de sê-lo, é o próprio constituinte quem prevê o divórcio (art. 227, § 6º, CF), a garantir, assim, a liberdade de escolhas individuais e a confirmar o caráter instrumental das entidades familiares.⁴ Na mesma esteira, o art. 1.511 do Código Civil de 2002 determina que “o casamento estabelece uma comunhão plena de vida”, de tal modo que a preservação do vínculo conjugal somente se justifica na medida em que a entidade familiar por ele

⁴ “A família inscrita na Constituição de 1988 é a família-instrumento, funcionalizada à promoção da personalidade de seus membros. Não mais subsiste a família-instituição, a qual deveria ser protegida a todo custo, pois valia por si só. Não importava a liberdade e realização de seus integrantes, mas sua preservação irrestrita, inclusive com uma hipócrita paz doméstica” (Ana Carolina Brochado Teixeira, *Família, Guarda e Autoridade Parental*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29).

constituída se mostre apta à realização projeto de vida em comum digno de tutela segundo a ordem constitucional.

12. A segunda opção constitucional mencionada decorre, novamente, da tutela da liberdade individual, contida na dignidade humana, a qual se associa à solidariedade e à igualdade constitucionais, encontrando-se visceralmente embutida no Estado Democrático de Direito, que é incompatível com a discriminação de qualquer natureza. A admissão de uma multiplicidade de espécies de constituição da família permite que o núcleo de convivência familiar possa refletir as escolhas individuais indispensáveis à realização da pessoa como ser único. Além disso, traduz a solidariedade do grupo social para com cada uma dessas escolhas, que tornam igualmente protegidas as pessoas em sua singularidade, reduzindo-se as desigualdades advindas das circunstâncias econômicas, sociais e culturais em que vivem.

13 Se a tutela da personalidade deflui da cláusula geral de proteção da dignidade humana, e se o respeito à intimidade afigura expressão essencial da personalidade, mostra-se imperativo a obediência às escolhas individuais quanto à constituição do núcleo familiar, excluindo-se a definição apriorística de padrões preconceituosos para a convivência em família.



14. Aludidas definições íntimas e recônditas expressam não somente a liberdade de viver em família como *o direito fundamental a ter família*⁵, daí decorrendo a inconstitucionalidade de qualquer ato estatal – praticado pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo – que limitasse tais escolhas pessoais, circunscrevendo o rol de entidades familiares segundo entendimento pré-concebidos, as mais das vezes arraigados a pré-conceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica.

15. Em conseqüência da pluralidade de entidades familiares – decorrente sempre da liberdade fundamental à constituição do núcleo familiar –, deriva necessariamente a terceira opção constitucional acima apontada, qual seja, a possibilidade para o estabelecimento da forma constitutiva da própria família.⁶ O constituinte a um só tempo assegura a autonomia individual para o planejamento da convivência familiar e vincula tal liberdade à responsabilidade para com a

⁵ Sobre o ponto, v. Luiz Edson Fachin: “No domínio juscivilístico não estão tão-só as regras tradicionalmente aplicáveis às relações de Direito Civil. Chamadas à colação estão as normas constitucionais e nelas encartados os princípios constitucionais, vinculantes e de caráter normativo. O acervo, entretanto, aí não acaba. Respeito aos direitos fundamentais, ao princípio da igualdade, ao direito de constituir família e de protegê-la, entre outros, são garantias desse rol” (*Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 2ª ed., p. 37).

⁶ Conforme assinala Heloisa Helena Barboza, “a liberdade é garantida em vários incisos do art. 5º, que assegura aos indivíduos a livre manifestação de pensamento, de crença, de exercício de qualquer trabalho, de locomoção, de reunião, de associação. Não seria razoável limitar a liberdade no que se refere ‘às relações mais íntimas e mais intensas do indivíduo no social’, na constituição de família ou à forma de fazê-lo, no momento em que se atribui à família o ‘importantíssimo papel na promoção da dignidade humana’” (*Direitos Sucessórios dos Companheiros*, in Flávio Tartuce e Ricardo Castilho (coords.), *Direito Civil. Direito Patrimonial e Direito Existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, São Paulo: Método, 2006, p. 898).

promoção da pessoa humana, a igualdade e a solidariedade que devem nortear a convivência familiar.

16. Em tal cenário, aos critérios para a legitimidade constitucional de uma determinada entidade familiar associam-se a seriedade de propósitos e a aptidão para a função promocional da pessoa humana. Por isso mesmo, não se pode admitir qualquer interferência legislativa ou interpretativa restritiva de tais opções constitucionais, sob pena de se aniquilar a finalidade axiológica atribuída pelo constituinte às entidades familiares.

17. Nessa esteira, torna-se manifestamente inconstitucional a restrição de modelos familiares por conta da orientação sexual dos conviventes, com a admissão somente de famílias constituídas por casais heterossexuais, em despreço dos princípios constitucionais acima aludidos. Daqui decorre, igualmente, a necessidade de interpretação do art. 1.723 do Código Civil consoante os mesmos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da solidariedade, impondo-se o cumprimento de tais preceitos fundamentais. Nessa direção, confira-se o teor do dispositivo codificado:

“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.”

18. Duas interpretações poderiam aflorar do dispositivo transcrito: uma restritiva e, portanto, violadora dos princípios constitucionais invocados, e por isso mesmo aqui repudiada, que limitaria o reconhecimento de entidades familiares – fora do vínculo matrimonial – à união estável heterossexual ali expressamente veiculada; a outra, ao contrário, compatível com o Texto Maior, e, deste modo, mandatória, pela qual são reconhecidas, no âmbito de incidência do art. 1.723 do Código Civil, ao lado da união estável formada entre o homem e a mulher, outras entidades familiares capazes de promover a pessoa humana, como o são, exemplificativamente, as entidades monoparentais, formadas por um dos genitores com os seus filhos, e igualmente as entidades familiares formadas por duas pessoas do mesmo sexo, em união afetiva e comunhão de vida, com objetivo de realização plena da personalidade de seus integrantes.⁷

⁷ “Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram” (Paulo Luiz Netto Lôbo, *Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 12, Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 55).

2. A funcionalização das entidades familiares aos princípios constitucionais da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Entidades familiares de fato e critérios para o seu merecimento de tutela: liberdade para a constituição de entidades familiares e liberdade de orientação sexual. A tutela da intimidade e das escolhas individuais, como elementos indispensáveis para a realização da pessoa humana. Uniões de pessoas do mesmo sexo.

19. Inúmeros critérios foram estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência para a definição das entidades familiares merecedoras de tutela jurídica, designadas, ao longo do tempo, como concubinato puro, companheirato, união estável. De uma maneira geral, afirma-se que a caracterização de uma entidade familiar depende da presença dos requisitos da seriedade, estabilidade e propósito de constituição de família.⁸

20. Na perspectiva civil-constitucional, tais critérios devem ser lidos funcionalmente, à luz dos princípios constitucionais acima transcritos, de molde a significar a adequação dos núcleos de convivência aos pressupostos para que possam promover a pessoa humana em suas aspirações de realização existencial na sociedade. Em outras palavras, o atendimento dos preceitos fundamentais antes expostos, além de imperativo, serve de parâmetro valorativo para o merecimento de tutela jurídica dos núcleos familiares.

⁸ Confira-se na jurisprudência: "É cediço que, para fins de caracterização da união estável, não somente em vista da legislação extravagante que veio a disciplinar o art. 226 da Constituição Federal, Lei n.º 9278/96, assim como do art. 1723 do novo Código Civil, necessário se faz que esta união, para ser reconhecida como entidade familiar, venha a possuir configuração de convivência pública, contínua, duradoura e que tenha como objetivo a constituição de uma família" (TJRS, Ap. Civ. 70005730288, 2ª CC, Rel. Des. Marta Borges Ortiz, julg. 19.9.2003).

21. Os requisitos para sua admissibilidade, portanto – 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.

22. Se assim é, os critérios para a admissão de um núcleo familiar devem ser suficientemente rígidos para excluir as formações incompatíveis com tais finalidades e necessariamente flexíveis, de modo a atender à multiplicidade de escolhas legítimas que retratam as aspirações da pessoa no que concerne à própria vida em família, expurgando-se paradigmas preconceituosos ou atentatórios à liberdade e à personalidade individuais.

23. Tais opções exprimem a personalidade de cada indivíduo e sua tutela, portanto, se mostra indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) no Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), cujo objetivo é a solidariedade social (CF, art. 3º, I) – que pressupõe a convivência com a diversidade – e a ablação de todo e qualquer preconceito (CF, art. 3º, IV).



24. A questão foi enfrentada de forma pioneira por Luiz Edson Fachin, em 1996:

“Principiando desse modo, pode ser localizada, a partir do texto constitucional brasileiro, que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, da Constituição Federal de 1988), a inviolabilidade da intimidade e a vida privada (art. 5º, inciso X), a base jurídica para a construção do *direito à orientação sexual como direito personalíssimo*, atributo inerente e inegável da pessoa humana. Assim, como direito fundamental, surge um prolongamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária”.⁹

25. Em direção semelhante, Maria Cclina Bodin de Moraes observa:

“Os direitos de igualdade, de liberdade, de intimidade, direitos fundamentais, consubstanciadores da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, e a proibição a qualquer forma de discriminação impõem limites bastante demarcados no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do lícito, e que merece, por todas estas razões, proteção jurídica concreta e eficaz”.¹⁰

⁹ Luiz Edson Fachin, in Vicente Barretto (coord.), *A Nova Família: problemas e perspectivas*, Rio de Janeiro: Renovar, 1977, p. 114.

¹⁰ Maria Cclina Bodin de Moraes, *A União entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*, in *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, vol. 1, jan/mar 2000, p. 108.

26. Tal fundamentação constitucional legitima a orientação sexual como expressão da personalidade e exclui que preconceito de qualquer natureza possa servir de parâmetro ou critério juridicamente aceitável de discriminação entre formações sociais ou pessoas. Conseqüentemente, na definição das entidades familiares dignas de tutela, há de se admitir, necessariamente, a união de pessoas do mesmo sexo com o propósito de constituir família. Ao propósito, acentuou-se novamente em doutrina:

“Estabelecidos esses critérios hermenêuticos, não parece difícil encontrar resposta à questão de se relacionamentos estáveis, potencialmente duradouros, nos quais se reconheça a participação em interesses e finalidades comuns, entre pessoas do mesmo sexo serão capazes, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garantido-se-lhes direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes”.¹¹

27. Por outro ângulo, registra Maria Berenice Dias:

“Passando, duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo, a manter uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a

¹¹ Maria Celina Bodin de Moraes, *A União entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 108.

que pertencem. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência do objetivo de gerar filhos. Tal circunstância, por óbvio, não serve de fundamento para a diferenciação levada a efeito. Como a capacidade procriativa ou a vontade de ter prole não são elementos essenciais para que se empreste proteção legal a um par, é de reconhecer-se a incompatibilidade da regra com o preceito igualitário, que dispõe de maior espectro”.¹²

28. E, ainda, na arguta perspectiva de Ana Carla Harmatiuk Matos:

“Com a tutela principal das relações familiares voltada para a realização personalística de seus membros, a pluralidade de entidades familiares se impõe. Respeitando-se tal clamor, as pessoas poderão conviver familiarmente conforme o modelo que melhor represente seus anseios pessoais. Nesse contexto, a relação entre pessoas do mesmo sexo deve ser apreendida pelo jurídico como mais um modelo de entidade familiar, pois nada mais é que outro exemplo entre os ‘amores possíveis’, com os caracteres que comumente a sociedade tem conferido à família”.¹³

29. Copiosa jurisprudência, por sua vez, tem reconhecido como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo. O Tribunal de Justiça do

¹² Maria Berenice Dias, *União Homossexual. O Preconceito e a Justiça*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 70-71.

¹³ Ana Carla Harmatiuk Matos, *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 161.

Rio Grande do Sul foi pioneiro a determinar que os conflitos decorrentes de relações homoafetivas fossem submetidos à Vara de Família:

“Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas 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, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido” (TJRS, Agr. Inst. 599075496, 8ª CC, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, julg. 17.6.1999).

30. Em seguida, sempre de forma inovadora, o TJRS admitiu a possibilidade jurídica da declaração da família designada como união estável homoafetiva,¹⁴ estabelecendo posição de vanguarda, mediante a invocação expressa dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, contra a injustificada discriminação com base na orientação sexual:

“Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento

¹⁴ Na esteira de tal tendência, o TJRS publicou o Provimento nº 06/04, que alterou a Consolidação Normativa Notarial Registral do Estado, facultando às pessoas de mesmo sexo o registro em cartório de seus pactos de convivência. Confira-se a nova redação do parágrafo único do art. 215 da referida Consolidação Normativa Notarial Registral: “Art. 215 (...). Parágrafo único. As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito”.

de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais esculpidos 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” (TJRS, Ap. Cív. 598362655, 8ª CC, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julg. 1.3.2000).

“União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Mcação 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

b

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” (TJRS, Ap. Cív. 70001388982, 7ª CC, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julg. 14.3.2001).

“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 Provedimento (Segredo de Justiça)” (TJRS, Ap. Cív. 70006542377, 8ª CC, Rel. Des. Rui Portanova, julg. 11.9.2003).

31. Tal reconhecimento de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo, por vezes admitindo-a como entidade familiar, espalhou-se posteriormente na Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, especialmente em matéria previdenciária. Confira-se:

“Previdenciário. Pensão por morte ao companheiro homossexual. 1. A sociedade, hoje, não aceita mais a

discriminação aos homossexuais. 2. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo para efeitos sucessórios. Logo, não há por que não se estender essa união para efeito previdenciário. 3. 'O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica ...' (Pontes de Miranda). 4. 'O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma popular, outra técnica: como as palavras da língua vulgar têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia, as regras de direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos' (Jean Cruet). 5. O direito é fruto da sociedade, não a cria nem a domina, apenas a exprime e modela. 6. O juiz não deve abafar a revolta dos fatos contra a lei" (TRF 1ª Região, Agr. Inst. 2003.01.00.000697, 2ª T., Rel. Des. Tourinho Neto, julg. 29.4.2003).

"Previdenciário. Pensão. Companheiro homossexual. I. O autor comprovou uma vida em comum com o falecido segurado, mantendo conta bancária conjunta, além da aquisição de bens, tais como veículo e imóveis em seus nomes, por mais de vinte anos. II. Os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformação por que passa a sociedade. III. Compete ao juiz o preenchimento das lacunas da lei, para adequá-la à realidade social, descabendo, na concessão da pensão por morte a companheiro ou companheira homossexual qualquer discriminação em virtude da opção sexual do indivíduo, sob pena de violação dos



artigos 3º, inciso IV e 5º, inciso I, da Constituição Federal. IV. Tutela antecipada concedida. V. O artigo 226, §3º, da Constituição Federal não regula pensão previdenciária inserindo-se no capítulo da Família. VI. Apelação e remessa necessária improvidas” (TRF 2ª Região, Ap. Cív. 2002.51.01.000777, 3ª T., Rel. Juíza Tânia Heine, julg. 3.6.2003).

“Agravado interno. Companheiro homossexual. União estável. Pensão por morte. Deferimento. I. A união estável é prevista entre homem e mulher e não entre união homossexual. II. Porém, as conseqüências patrimoniais da união homossexual devem ser preservadas, sob pena de ferirmos o princípio do enriquecimento ilícito. III. Jurisprudência neste sentido. IV. Agravo interno improvido” (TRF 2ª Região, Agravo Interno 2001.51.01.524346-3, 2ª T., Rel. Juiz Messod Azulay Ncto, julg. 17.1.2006).

“Constitucional. Previdenciário. Pensão por morte. Concessão. Companheiro. União homossexual. Realidade fática. Transformações sociais. Evolução do direito. Princípios constitucionais de igualdade. Artigos 3º, IV, e 5º. Dependência econômica presumida. Correção monetária. Juros de mora. Honorários advocatícios. 1. A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem. 2. O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório. 3. O princípio da igualdade consagrado na Constituição

Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV, e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação. 4. A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais. 5. A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei nº. 8.213/91. 6. Estando comprovada a qualidade de segurado do de *cujus* na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei nº 9.528/97 (...)" (TRF 4ª Região, Ap. Cív. 2000.04.01.073643-8, 6ª T., Rel. Juiz Nylson Paim de Abreu, julg. 21.11.2000).

"Administrativo. Servidor público. União estável. Homossexual. Art. 217, i, c, da lei n. 8.112/90. Designação. Ausência. Dependência econômica comprovada. 1. Entender que os homossexuais estariam excluídos da "união estável", vez que esta se verificaria somente entre um homem e uma mulher, significaria a exclusão do reconhecimento da convivência entre homossexuais em ótica evidentemente divorciada da realidade e em dissonância com os preceitos constitucionais. 2. À míngua do ato formal de designação de dependente, prevista no art. 217, i, "c", Lei nº. 8.112/90, não pode a Administração Pública rejeitar pleito de concessão de pensão temporária fundado apenas na dependência econômica do servidor falecido devidamente comprovada. Isto porque a designação constitui mera formalidade em que o

designante dá notícia à Administração da eleição do designando como seu dependente, passando ele a auferir, desde já, os direitos e vantagens atinentes a esta qualidade. Precedentes do STJ” (TRF 4ª Região, Ap. Cív. 2001.72.00.006119-0, 3ª T., Rel. Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon, julg. 21.9.2004).

“Administrativo. Constitucional. Pensão por morte. União homossexual. Reconhecimento da sociedade de fato. Aplicação do previsto no art. 217, i, “c”, da lei 8.112/90 por analogia à união estável. Princípios constitucionais. Juros moratórios de 1% ao mês. Verba alimentar. A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. O reconhecimento da sociedade de fato permite a aplicação do art. 217, i, “c”, como pedido na inicial destes autos, embora não caracterizada a união estável, sob pena de discriminação sexual, interpretando-o de forma analógica e sistemática. Fixação dos juros moratórios à razão de 1% ao mês, pois a jurisprudência dos Tribunais pátrios é massiva em relação à incidência dos juros fixados na taxa prevista por se tratar de dívida de natureza alimentar. Precedentes” (TRF 4ª Região, Ap. Cív. 2001.04.01.027372-8, 4ª T., Rel. Juiz Edgard Antônio Lippmann Júnior, julg. 17.10.2002).



32. Recentemente, também os Tribunais Superiores brasileiros se manifestaram favoravelmente ao reconhecimento de efeitos jurídicos oriundos da união entre pessoas do mesmo sexo. O Superior Tribunal de Justiça o fez de maneira expressa, embora sem reconhecer a existência de entidade familiar¹⁵, em acórdão conduzido pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa, do qual se destacam os seguintes trechos:

“Recurso especial. Direito previdenciário. Pensão por morte. Relacionamento homoafetivo. Possibilidade de concessão do benefício. (...) Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6 – Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 (...) Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna,

¹⁵ Não obstante o reconhecimento de direitos para companheiros do mesmo sexo, especialmente no que diz respeito à questão previdenciária, o Superior Tribunal de Justiça não considera as uniões homoafetivas como entidades familiares, conforme entendimento recente da Corte. Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, o raciocínio “adotado pela jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que em sociedades de fato, como a relatada neste processo, há necessidade de prova da efetiva demonstração do esforço comum para a aquisição do patrimônio a ser partilhado, portanto, evidencia que o acórdão impugnado violou o artigo 1º da lei nº 9.278/96, ao conceder os efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante” (notícia publicada no site www.stj.gov.br, disponível em 27.10.2006).

que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 – (...) Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento 9 – Recurso Especial não provido” (STJ, REsp. 395904/RS, 6ª T., Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julg. 13.12.2005).

33. Finalmente, dois votos do Egrégio Supremo Tribunal Federal, da lavra dos Eminentíssimos Ministros Marco Aurélio (2003) e Celso de Mello (2006), e um voto do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, conduzido pelo Professor e Ministro Gilmar Mendes (2004), tiveram ocasião de reconhecer, de forma eloquente, a união homoafetiva como entidade familiar. Vale transcrever trechos assim ementados:

“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 constitucional vedado. O tema foi bem explorado na sentença, 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 Lci

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” (STF, Pet. 1984/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 10.2.2003).

“Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental –, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar,

de outro, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais” (STF, Informativo 414 (ADIn 3300), Rel. Min. Celso de Mello, julg. 3.2.2006).

“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” (TSE, Recurso Especial Eleitoral n. 24564, Rel. Gilmar Ferreira Mendes, pub. 1.10.2004).

34. Como se vê, doutrina e jurisprudência brasileiras, com fulcro nos princípios constitucionais acima invocados, ampliam cada vez mais o reconhecimento das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo como entidades familiares¹⁶, em igualdade de condições com aquelas estabelecidas entre homem e

¹⁶ Tal tendência de reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar tem reflexos na esfera administrativa, como demonstra o art. 1º da Resolução Administrativa n.º 5, de 3 de dezembro de 2003, do Conselho Nacional de Imigração, ao dispor sobre critérios para a concessão de visto ao companheiro ou companheira, sem distinção de sexo, *in verbis*: “Art. 1º. As solicitações de visto temporário ou permanente, ou permanência definitiva, para companheiro ou companheira, *sem distinção de sexo*, deverão ser examinadas ao amparo da Resolução Normativa nº 27, de 25 de novembro de 1998, relativa às situações especiais ou casos omissos, e da Resolução Normativa nº 36, de 28 de setembro de 1999, sobre reunião familiar, caso a caso, e tendo em vista a capacidade de comprovação da união estável, por meio de um ou mais dos seguintes itens: (...)”. Este procedimento, como se vê, consiste em confirmação, também no âmbito administrativo, do respeito à família homossexual então constituída, de modo a possibilitar a permanência, em definitivo, do companheiro de mesmo sexo no Brasil.

mulher, o que importa na interpretação não restritiva da legislação codificada, especialmente do art. 1.723 do Código Civil, de modo a alcançar as entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo em seu âmbito de incidência normativa.

3. A experiência estrangeira: direitos humanos e tutela da personalidade na ordem internacional. A interpretação necessária do art. 1.723 à luz da ordem pública constitucional. Estatuto jurídico da entidade formada por pessoas do mesmo sexo: aplicação da disciplina das relações existenciais e patrimoniais entre os companheiros, bem como do regime sucessório destes.

35. Legislação e jurisprudência de inúmeros países reconhecem a união afetiva de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. No direito português, por exemplo, a Lei 7/2001 regulamenta as uniões homoafetivas, dispondo sobre os direitos do casal homossexual em igualdade de condições com as entidades familiares estabelecidas entre homem e mulher. Vejam-se os dispositivos:

“Artigo 1º. 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”.

“Artigo 3º. 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 de férias, feriados e faltas, aplicado por efeito de contrato individual de trabalho, equiparado ao dos cônjuges, nos termos da presente 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”.

36. O direito holandês, por sua vez, determina no preâmbulo do Código Civil:

“Preamble: considering that it is desirable to open up marriage for persons of the same sex and amend Book of the Civil Code accordingly; (...) E – Article 30 1. A marriage can be contracted by two persons of different sex or of the same sex. 2. The law only considers marriage in its civil relations”.

37. Na mesma esteira, o direito argentino reconheceu, na Lei 1004/2002, a união de pessoas do mesmo sexo, equiparando seus direitos e deveres aos dos cônjuges:

“Artículo 1º. 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 o orientación sexual (...). Artículo 4º. 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”.

38. Por outro lado, o ordenamento francês introduziu, nos arts. 515 e ss. do Código Civil, o Pacto Civil de Solidariedade (PACs – Pacte Civil de Solidarité), por meio da Lei n. 99-944, de 15 de novembro de 1999, o qual disciplina a união civil entre pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo. Confira-se a definição do referido instituto:

“Art. 515-1. Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune”.

39. Na jurisprudência estrangeira, por sua vez, registre-se a recente decisão sul-africana, de 1º de dezembro de 2005, a qual reconheceu a união homossexual como entidade familiar. Decidiu-se, dentre outras coisas, que:

“The capacity to choose to get married enhances the liberty, the autonomy and the dignity of a couple committed for life to each other. It offers them the

option of entering an honourable and profound estate that is adorned with legal and social recognition, rewarded with many privileges and secured by many automatic obligations. (...) The current common law definition of marriage deprives committed same-sex couples of this choice (...) More deeply, the exclusionary definition of marriage injures gays and lesbians because it implies a judgment on them. It suggests not only that their relationships and commitments and loving bonds are inferior, but that they themselves can never be fully part of the community of moral equals that the Constitution promises to create for all (...) In this case, the question is whether the capacity for commitment, and the ability to love and nurture and honour and sustain, transcends the incidental fact of sexual orientation. The answer suggested by the Constitution itself and by ten years of development under it is Yes" (Supreme Court of Appeal of South Africa, Case nº 232/2003, Cameron JA, Judgment 30.11.2004).

40. Ao comentar esta decisão, a Profª. Francesca Romana Dau afirma:

"(...) o casamento é uma fonte de benefícios econômicos e sociais em favor dos cônjuges, e de deveres recíprocos. A exclusão para os casais do mesmo sexo das vantagens e das responsabilidades de tal união não é somente um inconveniente tangencial e residual de um preconceito enraizado, mas reforça a idéia de que devam ser tratados como híbridos biológicos, ou seja, seres humanos 'mal vindos' que não encontram lugar na



sociedade normal e portanto não têm direito de gozar de todos os benefícios arrolados pela Constituição. Significa ainda afirmar que a sua capacidade de amar, de assumir obrigações e responsabilidades é por definição menos digna de respeito do que a dos casais heterossexuais, sendo-lhes destinado portanto viver em um limbo jurídico”.¹⁷

41. Confira-se, ainda, o eloquente julgado proferido pela Corte do Alaska:

“The Fundamental Right to Choose One’s Life Partner: there is no dispute that the right to marry is recognized as fundamental. Today the court has recognized that the personal choice of a life partner is fundamental and that such a choice may include persons of the same sex (...). It is the decision itself that is fundamental, whether the decision results in a traditional choice or the nontraditional choice (...). The same constitution protects both. Thus, today’s decision finds a person’s choice of life partner to be a fundamental right. The consequence of this decision is that any limitations on this right are the strict scrutiny standard established by the Alaska Supreme Court” (Alaska Supreme Court, caso *Brause v. Bureau of Vital Statistics*, julgado em fevereiro de 1997).

¹⁷ Francesca Romana Dau, *La Corte Costituzionale del Sudafrica si esprime in modo favorevole all'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/esteromatrimonio_omosessuali/index.html (acesso em 24 de maio de 2006).

42. O panorama do direito alienígena confirma a tendência amplamente perceptível, na realidade interna, de admissão da união de pessoas do mesmo sexo como uma das modalidades de família presentes na sociedade contemporânea.

43. Entretanto, seu reconhecimento pelo direito brasileiro depende da interpretação do art. 1.723 do Código Civil, podendo mesmo ser paralisado o processo evolutivo de otimização da normatividade constitucional caso se entenda, ao arrepio dos preceitos fundamentais antes invocados, que a menção expressa a homem e mulher, contida no preceito codificado, restringe as espécies de entidades familiares legítimas, circunscrevendo sua admissibilidade às uniões estáveis formadas por homem e mulher.

44. Por isso mesmo, para que se possa preservar a ordem pública constitucional – democrática, tolerante, igualitária, solidária e personalista –, há de se consagrar a dicção não restritiva do art. 1.723, atribuindo-se-lhe sentido hábil a admitir, necessariamente, em seu espectro normativo, as entidades formadas por pessoas do mesmo sexo, considerando-se, assim, inconstitucional, a atuação das autoridades públicas ablativa desses núcleos familiares.

45. Em consequência, a regulamentação das entidades familiares assim constituídas, formada por casais do mesmo sexo, se submeterá à igualdade de

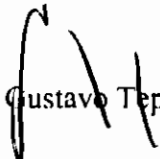


tratamento em face da união estável entre homem e mulher, especificamente no que concerne às relações entre os conviventes – existenciais, patrimoniais e sucessórias –, já que seu reconhecimento decorre da isonomia constitucional.

159

Rio de Janeiro, 28 de novembro de 2006

Prof. Gustavo Tepedino





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

160

Doc. III

**DIFERENTES, MAS IGUAIS:
O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS
NO BRASIL¹**

INTRODUÇÃO

161

- I. Apresentação do problema
- II. A progressiva superação do preconceito

Parte I

PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA E PANORAMA DO DIREITO COMPARADO

- III. Orientação sexual, relações homoafetivas e o papel do Direito e do Estado
- IV. A união estável entre pessoas do mesmo sexo no direito comparado

Parte II

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS
DO MESMO SEXO

- V. Uniões homoafetivas e princípios constitucionais
 - 1. Princípio da igualdade
 - 2. Princípio da liberdade pessoal, do qual decorre a autonomia privada
 - 3. Princípio da dignidade da pessoa humana
 - 4. Princípio da segurança jurídica
- VI. O primado da afetividade: a união homoafetiva como entidade familiar

Parte III

EXTENSÃO DO REGIME JURÍDICO DAS UNIÕES ESTÁVEIS ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS

- VII. Uniões homoafetivas e a regra constitucional do art. 226, § 3º
- VIII. Lacuna normativa e mecanismos de integração da ordem jurídica
 - 1. Os princípios constitucionais na interpretação e na integração da ordem jurídica
 - 2. O recurso à analogia na integração da ordem jurídica

CONCLUSÕES

¹ Trabalho desenvolvido com a colaboração de Cláudio Pereira de Souza Neto, Eduardo Mendonça e Nelson Nascimento Diz, que participaram da pesquisa e da discussão de idéias e de teses.

Luís

I. Apresentação do problema

162

1. Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente suas relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.

2. No direito positivo brasileiro, inexiste regra específica sobre a matéria. A Constituição de 1988, que procurou organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual. Como conseqüência natural, também não faz menção às uniões homoafetivas. Faz referência, no entanto, às uniões *heterossexuais*, reconhecendo como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*². O Código Civil, por sua vez, ao disciplinar o tema da união estável, seguiu a mesma linha³.

3. Diante da ausência de disciplina própria para essas questões, impõem-se algumas indagações e linhas de investigação, dentre as quais:

a) a Constituição considera legítima a discriminação das pessoas em função de sua orientação sexual?

b) a referência feita à união estável entre homem e mulher significa uma proibição da extensão de tal regime jurídico às uniões homoafetivas?

² CF/88, art. 226, § 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".

³ Código Civil, art. 1723: "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".

11/11

c) inexistindo a vedação constitucional referida na alínea anterior, cumpre determinar, ainda assim, qual regime jurídico deve ser aplicado às uniões homoafetivas:

- (i) o das sociedades de fato; ou
- (ii) o da união estável.

163

4. O presente estudo desenvolve uma tese central e uma tese acessória. A tese principal é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A tese acessória é a de que, ainda quando não fosse uma imposição do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo.

II. A progressiva superação do preconceito

5. Na década de 70, nos Estados Unidos, um soldado que havia sido condecorado por bravura na Guerra do Vietnã escreveu ao Secretário da Força Aérea declinando sua condição de homossexual. Foi imediatamente expulso da corporação, com desonra. Ao comentar o episódio, o militar produziu uma frase antológica: “Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro”⁴. Na década de 90, no Brasil, quando se debatia a questão das relações homoafetivas, uma elevada autoridade religiosa declarou: “Os cachorros que me desculpem, mas o projeto de casamento *gay* é uma cachorrada”⁵. Vem de longe essa visão depreciativa. Antigüidade, medievo, iluminismo, modernidade: em

⁴ In: <http://www.rainbowuniverse.com/newenglandGLBTVets/pressreleases/2003/pr02.htm>. Acesso em: 6 nov. 2006. O fato foi amplamente divulgado na ocasião e a frase citada pode ser encontrada em diversos outros sítios.

⁵ In: <http://www.nossomundoeassim.hpg.ig.com.br/canais/menu/frases.htm>. Acesso em: 6 nov. 2006.

épocas sucessivas da evolução do pensamento humano, a condição homossexual foi tratada com intolerância, truculência e despreço.

164

6. Os tempos, no entanto, estão mudando. Progressivamente, as relações homoafetivas vêm conquistando aceitação e respeito. Na esfera privada, é crescente o número de pessoas que assumem publicamente e sem temor a sua orientação homossexual. No espaço público, concorridas passeatas e manifestações, em diferentes capitais do país, simbolizam a vitória pessoal de homens e mulheres que derrotaram séculos de opressão para poderem ostentar sua identidade sexual, desfrutar seus afetos e buscar a própria felicidade. É certo que ainda ocorrem manifestações ocasionais de homofobia, inclusive com o emprego de violência. Mas já não contam com a cumplicidade silenciosa da opinião pública. Aos poucos se consolida uma cultura capaz de aceitar e de apreciar a diversidade.

7. Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. Apesar da ausência de normatização expressa, a postura do Estado em relação ao assunto tem sido de crescente reconhecimento. Certas manifestações do Poder Público já atribuem às uniões entre pessoas do mesmo sexo, para determinados fins⁶, *status* semelhante ao das uniões entre homem e mulher. Não se pode dizer, contudo, que esta seja uma posição dominante ou incontroversa. Pelo contrário, um lance de olhos pela jurisprudência dos diversos tribunais revela a existência de pronunciamentos judiciais divergentes sobre o tema. A título de exemplo, confirmam-se duas decisões recentes, uma em cada sentido:

"Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família,

⁶ De que é exemplo a matéria previdenciária. No âmbito federal, destaca-se a Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 7 jun. 2000, editada por força de decisão judicial ainda não transitada em julgado (Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0), que estipula procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

Luis

observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas”⁷. 165

“Apelação Cível. Ação declaratória. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença mantida. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida; Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, §3º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher; revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo”⁸.

8. As uniões estáveis *heterossexuais* também percorreram caminhos feitos de idas e vindas, acolhimentos e rejeições. Com a Constituição de 1988, no entanto, obtiveram reconhecimento institucional pleno, passando a ser caracterizadas como verdadeiras entidades familiares. Na presente investigação sustenta-se a tese de que o mesmo regime deve ser reconhecido às uniões entre pessoas do mesmo sexo, seja por aplicação direta dos princípios constitucionais, seja por integração de lacuna legal existente.

⁷ TJ/RS, j. 25 jun. 2003, AC 70005488812, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. No mesmo sentido: TJ/RS, j. 17 nov. 2004, AC 70009550070, Rel. Des. Maria Berenice Dias; TJ/RJ, j. 21 mar. 2006, AC 2005.001.34933, Rel. Des. Leticia Sardas.

⁸ TJ/MG, j. 24 mai. 2006, AC 1.0024.04.537121-8/002, Rel. Des. Domingos Coelho. No mesmo sentido: TJ/RJ, j. 7 fev. 2006, AC 2006.001.00660, Rel. Des. Bernardo Morelra Garcez Neto; TJ/SP, j. 7 jun. 2005, AI 388.800-4/7, Rel. Des. José Joaquim dos Santos.



Parte I

PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA E PANORAMA DO DIREITO COMPARADO

166

III. Orientação sexual, relações homoafetivas e o papel do Direito e do Estado

9. A interpretação constitucional, como a interpretação jurídica em geral, não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de *pré-compreensão*⁹. É hoje pacífico que o papel do intérprete não é – porque não pode ser – apenas o de descobrir e revelar a solução que estaria abstratamente contida na norma. Diversamente, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, a ele caberá fazer, com frequência, valorações *in concreto* e escolhas fundamentadas.

10. Porque assim é, há um dever ético do intérprete de declinar a sua pré-concepção a propósito da matéria que está sendo interpretada, o que significa dizer, explicitar o seu ponto de observação e os valores e fatores que influenciam sua argumentação¹⁰. Tal atitude de honestidade intelectual e transparência permite a compreensão correta da fundamentação adotada, bem como o controle e a crítica do processo interpretativo. Nessa linha, cabe declinar, ao início, que o presente estudo se funda nas seguintes visões de mundo:

⁹ V. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 1997, p. 320 e ss.; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 285 e ss.; Luis Roberto Barroso, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro". In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 3 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, 2006, p. 30 e ss..

¹⁰ Nesse sentido, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 293: "É tão certo que ninguém é imune a estes pré-julzos como também seria errôneo ver neles uma barreira absoluta e intransponível. Mas a sua superação não é de todo em todo possível senão mediante um processo permanente de auto-exame e a preocupação constante com a 'questão em si mesma'. Uma disponibilidade para tal é a primeira exigência que se tem de colocar tanto ao juiz como ao cientista do Direito".

JLB

PCJ 034
129
RUBRICA

167

- a) a homossexualidade é um fato da vida;
- b) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um;
- c) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais;
- d) o papel do Estado e do Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

11. Não há consenso acerca das razões que determinam a orientação sexual dos indivíduos. Existem estudos dotados de seriedade científica que certificam que a orientação sexual é decorrente de fatores genéticos¹¹. Segundo outros estudos, igualmente sérios, os fatores determinantes seriam sociais. Não é importante tomar partido nesse debate, salvo para deixar claro que a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida. Deve-se destacar, ademais, que o fato do homossexualismo não viola qualquer norma jurídica¹², nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos.

12. As concepções religiosas dogmáticas, as ideologias cerradas e as doutrinas abrangentes em geral fazem parte da vida contemporânea. E, nos limites da Constituição e das leis, têm o direito de participar do debate público e de

¹¹ Em estudo realizado nos EUA, chegou-se aos seguintes resultados: entre gêmeos univitelinos, se um dos irmãos era homossexual, em 52% dos casos o outro também era; entre gêmeos bivitelinos, o percentual ficava em 22%; entre irmãos adotivos, se restringia a 11%. A pesquisa demonstra que a orientação sexual é influenciada pelo ambiente familiar, mas é influenciada também, e decisivamente, por fatores genéticos. A pesquisa é reportada por Maria Berenice Dias, *União homossexual: o preconceito e a justiça*, 2001, p. 43.

¹² Essa afirmação é inquestionavelmente válida para o Brasil, assim como para a maioria dos países. Nem mesmo a Suprema Corte norte-americana, em sua atual tendência conservadora, ousou dizer o contrário. No julgamento do caso *Lawrence et. al. v. Texas*, que será comentado adiante, declarou-se a inconstitucionalidade da criminalização da chamada sodomia.

JLB

expressar os seus pontos de vista, que, em alguns casos, traduzem intolerância ou dificuldade de compreender o outro, o diferente, o homossexual. Mas a ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais. Como assinalado, o intérprete constitucional deve ser consciente de suas pré-concepções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e auto-conhecimento no tocante a seus desejos e frustrações¹³. Seus sentimentos e escolhas pessoais não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela *razão pública*¹⁴. 168

13. As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma consequência direta e inevitável da existência de uma orientação homossexual. Por isso mesmo, também são um fato da vida, que não é interdito pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um. As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejada situação de insegurança. O assunto será aprofundado mais adiante.

¹³ Luís Roberto Barroso, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo". In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 10: "A *neutralidade*, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (auto-crítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (auto-conhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas".

¹⁴ 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 IV, da Constituição. Sobre esta temática, v. especialmente a obra de John Rawls, notadamente: *Uma teoria de justiça*, *Liberalismo político* e *Direito dos povos*. Na literatura nacional, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2005; e Nythamar de Oliveira, *Rawls*, 2005.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be "Luís", is written in the left margin of the page.

14. Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional, pelos motivos que serão apresentados ao longo do presente estudo. A história dos diferentes países registra exemplos trágicos de discriminação fundada em fatores inatos ou inelutáveis, como raça, deficiência física ou homossexualidade. Foi assim na Alemanha nazista¹⁵, na África do Sul do *apartheid*¹⁶ e nos Estados Unidos até o final dos anos 60¹⁷. Todas essas diferenciações, que vigoraram no século passado – há poucas décadas, portanto – são hoje em dia consideradas odiosas.

15. Na verdade, sequer é preciso citar exemplos tão extremos. Poucas matérias têm sofrido mutação tão acelerada quanto as relações familiares. Até pouco tempo, aceitava-se como normal a superioridade jurídica dos homens sobre as mulheres. Esse entendimento era consagrado, *e.g.*, no Código Civil brasileiro de 1916, em dispositivos que atribuíam ao homem a chefia da família e a primazia na educação dos filhos. O avanço do processo civilizatório se encarregou de condenar essas manifestações autoritárias e assentar a igual dignidade das diferentes etnias e confissões religiosas, assim como a paridade jurídica entre homem e mulher. O mesmo processo tem atuado para repelir a discriminação dos

¹⁵ A Alemanha nazista proibia casamentos entre judeus e alemães da chamada raça ariana, atribuindo competência aos promotores públicos para anulá-los, além de cominar pena de trabalhos forçados para aqueles que violassem a norma. As relações extraconjugais também eram proibidas, tudo para proteger a pureza do sangue alemão. As normas em questão encontravam-se na Lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã, de 15 set. 1935.

¹⁶ O casamento inter-racial (entre brancos e não-brancos) era considerado ilegal. V. *Prohibition of Mixed Marriages Act* (No. 55), de 1949. Posteriormente, relações sexuais entre brancos e não-brancos passaram a ser igualmente vedadas. V. *Immorality Act* (No. 21), de 1950, que alterava o *Immorality Act* (No. 5), de 1927, que já proibia relações sexuais entre brancos e negros.

¹⁷ Nos Estados- Unidos, o casamento inter-racial também chegou a ser proibido em alguns Estados, como Alabama, Arizona, Geórgia, Montana, Oklahoma, Texas, e Virgínia, o que somente veio a ser declarado inconstitucional pela Suprema Corte em 1967, no julgamento do caso *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1).

PGP/CCA
Fol. 130
3

homossexuais, no que se inclui naturalmente o reconhecimento jurídico de suas uniões afetivas.

170

16. O Estado inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, tem cedido passo, historicamente, ao Estado solidário, agente da tolerância e da inclusão social. Alguns exemplos da experiência internacional ilustram o ponto.

IV. A união estável entre pessoas do mesmo sexo no direito comparado

17. A discussão sobre o tratamento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem lugar não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, observando-se uma tendência ao reconhecimento, tanto por meio de atos normativos, quanto por decisões judiciais¹⁸. Em muitos casos, observa-se nítida superposição entre essas duas esferas, de modo que manifestações judiciais disseminam o debate e atribuem direitos que acabam sendo formalmente incorporados pelo legislador. Observe-se, por exemplo, o caso europeu.

18. Na década de 1990, vários países concederam proteção jurídica às uniões homoafetivas, ganhando destaque o regime de parceria registrada. A vanguarda foi assumida pela Dinamarca, que promulgou a lei de regência em 1989¹⁹. Noruega²⁰, Suécia²¹ e Islândia²² seguiram o exemplo dinamarquês, aprovando leis referentes à convivência registrada, reconhecendo

¹⁸ A exposição da jurisprudência estrangeira beneficiou-se de pesquisa gentilmente cedida pelo Professor Daniel Sarmiento.

¹⁹ Lei nº 372/89.

²⁰ Lei nº 40/93.

²¹ Esta lei entrou em vigor em 1 jan. 1995, estabelecendo que a convivência registrada tem as mesmas consequências de um casamento, com exceção da possibilidade de adoção. Uma ressalva também é feita quando as leis sobre inseminação e fertilização *in vitro*, as quais não se aplicam aos conviventes.

²² Trata-se da Lei nº 564/96, bastante similar à lei sueca.

direitos e obrigações mútuas entre pessoas do mesmo sexo. Na Holanda²³, a convivência registrada não se dirige somente aos homossexuais, mas a todos os que não querem ou não podem se casar²⁴. Em 2001, o legislador holandês foi o primeiro a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com iguais direitos e deveres, bem como conseqüências jurídicas idênticas às do casamento heterossexual²⁵. A Bélgica seguiu o caminho, permitindo igualmente, em 2003, o casamento entre pessoas do mesmo sexo²⁶.

171

19. A legislação catalã²⁷ também é bastante avançada no que diz respeito à paridade de direitos entre casais homossexuais e heterossexuais. Há uma única lei, de 1998, para regular as uniões estáveis, independente da orientação sexual dos pares. Na França, em outubro de 1999, foi aprovado o Projeto de Lei nº 207 sobre o *Pacte Civil de Solidarité*, conhecido como PaCS, possibilitando a união entre casais não ligados pelo matrimônio e atribuindo-lhes um conjunto abrangente de direitos e deveres recíprocos. Este pacto pode ser estabelecido por duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, com o objetivo de organizar a sua vida em comum. Em 15 de março de 2001, o Parlamento português aprovou o Decreto nº 56/VIII²⁸, adotando medidas de proteção às uniões de fato. A lei regula as situações jurídicas de duas pessoas, independente do sexo, que vivem em união de fato há mais de dois anos. Na Alemanha, também em 2001, entrou em vigor lei reconhecendo as uniões homoafetivas, permitindo que os envolvidos regulem sua vida em comum por meio de um contrato.

²³ Esta lei entrou em vigor em 1 jan. 1998, estabelecendo que a parceria civil é considerada como equivalente ao casamento civil, sendo suas conseqüências virtualmente idênticas.

²⁴ A professora Maria Celina Bodin de Moraes (A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional, *Revista Trimestral de Direito Civil* 1:89, 2000, p. 100) atenta para outra possibilidade permitida pelo legislador holandês: o contrato de coabitação para a formalização de relação com um parceiro, o qual serve apenas para regular o que as partes acordam entre si, sendo válido somente entre elas, sem conseqüências perante terceiros.

²⁵ Esta lei entrou em vigor em 1 abr. 2001.

²⁶ Esta lei entrou em vigor em 30 jan. 2003.

²⁷ Trata-se da *Ley sobre uniones estables de parejas da Cataluña*, de 30 jun. 1998.

²⁸ Resultou na Lei nº 7/01, de 11 de maio, que adotou medidas de proteção às uniões de fato, revogando a Lei nº 135/99.

f. 113

20. Essa tendência de reconhecimento das relações homoafetivas caracteriza não só os Estados europeus, separadamente, mas também a União Europeia, em seu conjunto. É importante mencionar a Resolução do Parlamento Europeu²⁹, de 8 de fevereiro de 1994, sobre a paridade de direitos dos homossexuais da Comunidade Europeia, estabelecendo o dever de se respeitar o princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independente de sua orientação sexual.

21. Nas Américas, destacam-se Canadá, Argentina e Estados Unidos. O Canadá protege o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base no *Civil Marriage Act*³⁰, de 2005. Antes que a lei entrasse em vigor, houve consulta à Suprema Corte acerca da sua constitucionalidade, possibilidade admitida na ordem jurídica canadense. O Tribunal não apenas declarou que a lei não violava dispositivos constitucionais, como afirmou que a medida realizava o princípio da igualdade³¹. Tal resposta era até previsível, considerando que a edição da referida lei ocorreu após um conjunto de decisões judiciais que reconheciam às uniões homoafetivas proteção similar à conferida aos casais heterossexuais. A principal decisão partira justamente da Suprema Corte, que declarou inconstitucional lei que

²⁹ A recomendação sobre a Paridade de Direitos de Homossexuais consta do Doc. A3-0028/94, sendo as Resoluções de 17 set. 1996; 8 abr. 1997; 17 fev. 1998; e 17 set. 1998 também relativas à paridade de direitos para os homossexuais.

³⁰ Diz a ementa: Este ato estende, para efeitos civis, a capacidade legal de casamento a casais formados por pessoas de mesmo sexo, de modo a refletir valores de tolerância, respeito e igualdade, de acordo com a Carta canadense de Direitos e Liberdades. Emendas em outros atos são conseqüentemente feitas por este ato para garantir igual acesso aos efeitos civis do casamento e divórcio a casais formados por pessoas de mesmo sexo. (tradução livre)

³¹ Manifestações semelhantes já foram realizadas por supremas cortes ou tribunais constitucionais de outros países. É o caso da África do Sul, cujo Tribunal Constitucional declarou incompatível com a Constituição a proibição do casamento homoafetivo, concedendo prazo de um ano ao legislador para que suprima o vício sob pena de se considerar automaticamente estendida aos homossexuais a possibilidade do casamento (Caso CCT 60/04, *Minister of Home Affairs and Another V. Marie Adriaana Fourie and Another*). No mesmo sentido, vale mencionar o caso da Hungria, cuja Corte Constitucional proferiu decisão semelhante no âmbito da união estável (Decisão 14/95). Por fim, destaca-se a Suprema Corte de Israel, que considerou inconstitucional a prática de determinada empresa que concedia benefícios aos parceiros de seus funcionários heterossexuais, mas os negava no caso de uniões homoafetivas (Caso *El-Al Israel Airlines V. Danilowitz*, julgado em 1994). Após a manifestação da Corte, verificou-se uma modificação na ordem jurídica israelense, baseada no *common law*, que passou a reconhecer esse tipo de união.

permitia a concessão de alimentos em razão de união estável apenas no caso de casais do sexo oposto, excluindo os homossexuais³².

173

22. Em relação à Argentina, a legislação da Cidade Autônoma de Buenos Aires reconhece, desde 2002, a união civil entre pessoas do mesmo sexo. A ordem jurídica daquela província considera união civil aquela formada livremente por duas pessoas, independentemente do gênero ou orientação sexual³³.

23. Nos Estados Unidos, alguns tribunais estaduais já decidiram, com base na cláusula da *equal protection*, não ser possível excluir uniões homoafetivas dos benefícios e das proteções previstas pela legislação aos cônjuges heterossexuais³⁴. Vale também mencionar o julgamento, pela Suprema Corte, do caso *Romer v. Evans*³⁵, que declarou inconstitucional uma emenda à Constituição do Estado do Colorado, aprovada em referendo estadual, que impedia toda e qualquer autoridade estadual de praticar atos que resultassem em proteção às pessoas de orientação homossexual em face de qualquer tipo de discriminação. Na ocasião, a Corte afirmou que desequiparações até seriam possíveis, desde que tivessem fundamento razoável, diferente do mero propósito de demonstrar animosidade contra aquelas pessoas³⁶. Na mesma linha foi a decisão da Suprema Corte no caso *Lawrence et. al. v. Texas*³⁷, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que criminalizava a sodomia³⁸. Embora não

³² Trata-se do Caso *M. v. H.* (142 D.L.R 4th), julgado em 1996.

³³ Trata-se da Lei da cidade autônoma de Buenos Aires (*Ley CABA*) nº 1.004/02, que cria o registro público de uniões civis, de 12 dez. 2002.

³⁴ A decisão mais incisiva foi proferida pela Suprema Corte do Estado de Massachusetts, no caso *Goodridge v. Department of Public Health*, julgado em 2003. O Tribunal assentou que a não-extensão do casamento aos casais do mesmo sexo violava a igualdade e o devido processo legal, afirmando que os argumentos apontados para justificar a discriminação não seriam capazes de justificar a quebra da isonomia.

³⁵ *Romer v. Evans*, 517 U.S 620 (1996).

³⁶ Uma descrição e análise do caso encontra-se em Ronald Dworkin, *Sovereign virtue – The theory and practice of equality*, 2000, p. 456-65.

³⁷ *Lawrence et. Al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

³⁸ Os principais Estados que proibiam a sodomia homossexual eram Texas, Oklahoma, Kansas, e Missouri.

diga respeito ao tratamento jurídico das uniões homossexuais, tal decisão afastou qualquer dúvida sobre a licitude das relações homossexuais naquele país.

174

24. Feitas essas notas sobre a pré-compreensão do tema e sobre o direito comparado, passa-se à exposição dos fundamentos extraídos da Constituição de 1988 que impõem a extensão do regime da união estável às relações homoafetivas.

Parte II

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

V. Uniões homoafetivas e princípios constitucionais

25. O ambiente filosófico do direito constitucional contemporâneo é o do *pós-positivismo*, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se (i) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, (ii) o reconhecimento de normatividade aos princípios e (iii) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito.

26. Em meio a esses princípios e direitos fundamentais encontram-se alguns que são decisivos para o enquadramento ético e jurídico da questão aqui enfrentada. Em primeiro lugar, o mandamento magno da *igualdade*, a virtude

soberana³⁹, manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da *liberdade*, que se colhe nos princípios da livre-iniciativa (cuja dimensão, lembre-se, não é apenas a de liberdade econômica) e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional⁴⁰. Acrescente-se, ainda, o princípio da *dignidade da pessoa humana*, que ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na sua versão de integridade física como moral⁴¹. E, por fim, o princípio da *segurança jurídica*, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos⁴².

175

27. Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que

³⁹ A expressão é de Ronald Dworkin, *Sovereign virtue*, 2000.

⁴⁰ V. Luís Roberto Barroso, "Eficácia e efetividade do direito à liberdade". In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1ª. ed. 1999), p. 75 e ss..

⁴¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, 2001; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001; Maria Celina Bodin de Moraes, "O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo". In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Gustavo Tepedino, "Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro". In: *Temas de direito civil*, 1998; Cristiano Chaves de Farias, *Direito civil: teoria geral*, 2005.

⁴² V. Almiro do Couto e Silva, "O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)", *Revista de Direito Administrativo* 237:271, 2004.

eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno⁴³.

176

1. Princípio da igualdade

“As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”.

Boaventura de Souza Santos⁴⁴

28. A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma *“sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”*. O art. 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República *“construir uma sociedade livre, justa e solidária”* e *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*. O caput do art. 5º reafirma que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*. O constituinte incluiu, ainda, menções expressas de rejeição ao racismo⁴⁵ e à discriminação contras as mulheres⁴⁶.

⁴³ V. Luiz Edson Fachin, Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, *Revista dos Tribunais* 732:47, 1996, p. 53: “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”.

⁴⁴ Boaventura de Souza Santos, *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

⁴⁵ CF/88, art. 5º, XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

⁴⁶ CF/88, art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Luiz

29. Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição é refratária a todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas⁴⁷. O desenvolvimento do tema, para os fins aqui visados, remete a algumas categorias conceituais tradicionais no estudo dessa matéria

177

1.1. Igualdade formal e material. Igualdade na lei e perante a lei

30. A igualdade *formal*, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicaneamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade *material*, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, de vez que é associada à idéia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente⁴⁸.

31. Pois bem: a questão aqui estudada resolve-se no plano da igualdade puramente formal, sem envolver quaisquer das dificuldades teóricas e práticas presentes na concretização da igualdade material. A não desequiparação onde não exista um motivo relevante e legítimo que a justifique deve ser a conduta de todos os órgãos e agentes públicos e, dentro de certa medida, deve ser imposta até mesmo aos particulares⁴⁹. Há precedentes, inclusive, sancionando a discriminação contra homossexuais⁵⁰.

⁴⁷ Nesse sentido, v. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 48.

⁴⁸ Sobre o tema, v. Ricardo Lobo Torres, "A cidadania multidimensional na era dos direitos". In: *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999.

⁴⁹ A jurisprudência do STF fornece o seguinte exemplo: "(...) I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita

32. A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da *igualdade na lei* – comando dirigido ao legislador – quanto para a *igualdade perante a lei*, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes – doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inegalitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma *corretiva*, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição.

178

33. É certo que, apesar da linguagem peremptória dos diversos dispositivos constitucionais, não é fato que toda e qualquer descuipeiração seja inválida. Pelo contrário, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios⁵¹. Aliás, a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional e nacionalidade, dentre outros. O que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da descuipeiração seja razoável e o fim por ela visado seja

ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional (...)" (STF, DJU 19 dez. 1997, RE 161243/DF, Rel. Min. Carlos Velloso). Na doutrina, acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais, v. Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2004.

⁵⁰ A título de exemplo, em matéria trabalhista, v. TRT 02ª Reg., DJU 14 out. 2005, Acórdão nº 20050694159 (processo nº 00742-2002-019-02-00-9), Rel. Juiz Valdir Florindo: "OPÇÃO SEXUAL. DEMISSÃO. DANO MORAL CONFIGURADO (...) O homossexual não pode ser marginalizado pelo simples fato de direcionar sua atenção para outra pessoa do mesmo sexo, já que sequer pode-se precisar o que define a opção sexual do ser humano: se fatores biológicos, psicológicos ou até mesmo ambos. De todo acerto e procedência é a decisão de primeiro grau, que censurou a atitude da recorrente. Não há razão alguma ou argumento que possa retirar a condenação". No mesmo sentido, v. TRT 15ª Reg., DJU 1 out. 2004, Decisão 038178/2004-PATR (processo nº 01673-2001-096-15-00-8 ROPS), Rel. Juíza Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza.

⁵¹ V. Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1993 (1ª ed. 1978), p. 11; e Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*, 1983, p. 44.

legítimo⁵². No caso concreto, cuida-se de saber se a orientação sexual é um fator aceitável de discriminação para se negar às relações homoafetivas regime jurídico equiparável ao das uniões estáveis.

179

34. Cumpre investigar, assim, a razoabilidade e a legitimidade da negação de direitos que tem por fator de diferenciação a homossexualidade das partes. Note-se que a Constituição é expressa ao considerar suspeitas desequiparações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (art. 3º, IV). No item gênero, por certo, está implícita a orientação sexual. No caso de uma classificação suspeita, agrava-se o ônus argumentativo de quem vai sustentá-la. A este propósito, os autores que defendem a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável procuram justificar sua posição com base em três fundamentos, a seguir analisados: a impossibilidade de procriação, a violação dos padrões de “normalidade moral” e a incompatibilidade com os valores cristãos. Nenhum deles resiste ao crivo da razão pública.

1.2. Fundamentos invocados para a desequiparação

35. A impossibilidade de procriação não é uma justificativa razoável para o tratamento desigual. Em primeiro lugar porque esta não é, obviamente, a única função da família. No cerne da noção contemporânea de família está a afetividade, o projeto de comunhão de vidas, independentemente da sexualidade⁵³. O próprio Código Civil impõe como requisito para a caracterização

⁵² Luís Roberto Barroso, “Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro”. In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1ª. ed. 1999), p. 161.

⁵³ Enézio de Deus Silva Júnior, Adoção por casais homossexuais, *Revista Brasileira de Direito de Família* 30:124, 2005, p. 143: “Com razão, se o afeto é o que justifica o respeito mútuo, a durabilidade e a solidez, indispensáveis para que as uniões formem uma estrutura familiar (independente do sexo biológico e da orientação de desejo dos seus membros), as relações homossexuais evidenciam todas as nuances distintivas do fenômeno humano, ora juridicizado pelo Direito de Família”. No mesmo sentido, v. tb. Cristiano Chaves de Farias, Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição da República, *Revista Brasileira de Direito de Família* 28:26, 2005, p. 33; Ana Carla Harmatiuk Matos, *União entre pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais*, p. 27, 2004; e Talsa Ribeiro Fernandes, *União homossexuais e seus efeitos jurídicos*, 2004, p. 80-1.

de união estável apenas a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Não há qualquer referência à procriação. Além disso, o reconhecimento constitucional da família monoparental⁵⁴ afasta definitivamente o argumento de que a impossibilidade de procriação seja um óbice à atribuição do *status familiae*⁵⁵. À vista de tais elementos, não se legitima a exclusão de pessoas do mesmo sexo da categoria entidade familiar nem do regime jurídico da união estável, se o que as une é a mesma afetividade e o mesmo projeto de vida comum que ligam as pessoas de sexos opostos.

36. Outro argumento encontrado na doutrina é o de que as relações entre pessoas do mesmo sexo não podem ser reconhecidas como familiares porque escapariam aos padrões de “normalidade moral”. Não é o caso de se enveredar aqui pela discussão acerca do que é *normal*, lembrando apenas que em épocas e lugares diferentes já foram ou são normais a tortura, a escravidão e a mutilação. O que cabe discutir aqui – e rejeitar – é a imposição autoritária da moral dominante à minoria, sobretudo quando a conduta desta não afeta terceiros. Em uma sociedade democrática e pluralista, deve-se reconhecer a legitimidade de identidades alternativas ao padrão majoritário. O estabelecimento de *standards* de moralidade já justificou, ao longo da história, variadas formas de exclusão social e política, valendo-se do discurso médico, religioso ou da repressão direta do poder⁵⁶. Não há razão para se reproduzir o erro.

37. Uma terceira e última corrente que procura justificar a discriminação em relação às uniões homoafetivas baseia-se na seguinte linha: a de não ser possível atribuir *status* familiar a tais relações, por serem elas contrárias aos

⁵⁴ CF/88, art 226, § 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

⁵⁵ V. Ana Carla Harmatiuk Matos, *União entre pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais*, p. 33, 2004.

⁵⁶ Márcia Arán e Marilena V. Corrêa, *Sexualidade e política na cultura contemporânea: o reconhecimento social e jurídico do casal homossexual*, *Physis* 14(2):329, 2004.

filial

*valores cristãos*⁵⁷. Este argumento pode ter importância no debate que se instaure no interior das confissões religiosas. Mas, como intuitivo, não pode prevalecer no espaço público de um Estado laico⁵⁸. Evita-se aqui o desvio – apesar do seu fascínio – de discutir se os *valores cristãos* não seriam realizados de forma melhor pela compreensão, pela tolerância e pelo amparo, em lugar da negação.

38. Um último comentário. O conteúdo do princípio da igualdade sofreu uma importante expansão nas últimas décadas. No contexto do embate entre capitalismo e socialismo, os temas centrais de discussão gravitavam em torno da promoção de igualdade material e da redistribuição de riquezas. Com o fim da guerra fria, entraram na agenda pública outros temas, sobretudo os que envolvem as denominadas *políticas de reconhecimento*, designação sob a qual se travam as discussões acerca de etnia, gênero e orientação sexual. Sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, passou-se a enfatizar a idéia de que devem ser respeitados todos os projetos pessoais de vida e todas as identidades culturais, ainda quando não sejam majoritários.

⁵⁷ Quanto ao ponto, v. Luiz Roldão de Freitas Gomes, Da sociedade entre homossexuais, *Revista de direito do Tribunal da Justiça do Estado do Rio de Janeiro* 59:26, 2004, p. 30: "Esta [a convivência de pessoas do mesmo sexo], como visto, sem desviar de aspectos psicológicos e humanos que as possam envolver, não passam de meras situações de fato, com repercussões apenas no plano patrimonial, como se uma sociedade de fato houvera, o que jamais pode converter-se em casamento, diante de sua concepção agasalhada no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de suas raízes históricas e em face dos valores cristãos, que informam o matrimônio".

⁵⁸ Como se sabe, a Igreja Católica sequer reconhece as uniões estáveis entre homens e mulheres. Em discurso recente (19 out. 2006), o Papa reafirmou a posição: "Hoje uma atenção especial e um compromisso extraordinário são exigidos daqueles grandes desafios em que vastas porções da família humana estão em maior perigo: as guerras e o terrorismo, a fome e a sede, e algumas epidemias terríveis. Mas é necessário também enfrentar, com iguais determinação e clareza de intenções, o risco de opções políticas e legislativas que contradizem valores fundamentais e princípios antropológicos e éticos radicados na natureza do ser humano, de modo particular no que se refere à tutela da vida humana em todas as suas fases, desde a concepção até à morte natural, e à promoção da família fundada no matrimônio, evitando introduzir no ordenamento público outras formas de união que contribuiriam para a desestabilizar, obscurecendo o seu caráter peculiar e o seu papel social insubstituível.". In: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/october/documents/hf_ben_xvi_spe_20061019_convegno-verona_po.html>. Acesso em: 9 nov. 2006.

2. Princípio da liberdade pessoal, do qual decorre a autonomia privada

182
“Se nascemos numa sociedade que nos ensina certos valores morais – justiça, igualdade, veracidade, generosidade, coragem, amizade, direito à felicidade – e, no entanto, impede a concretização deles porque está organizada e estruturada de modo a impedi-los, o reconhecimento da contradição entre o ideal e a realidade é o primeiro momento da **liberdade** e da vida ética como recusa da violência. O segundo momento é a busca das brechas pelas quais possa passar o possível, isto é, uma outra sociedade que concretize no real aquilo que a nossa propõe no ideal”.

Marilena Chauí⁵⁹

39. Duas concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de auto-determinação, de deliberação sem interferências externas. Liberdade, assim, é um ato de decisão e escolha entre várias alternativas possíveis. Na concepção oposta, a liberdade não é um ato de escolha do indivíduo, mas o produto de um contexto externo a ele, seja a natureza ou uma infra-estrutura econômica. É preciso que a realidade concreta lhe dê condições para ser livre. Modernamente, uma terceira concepção tem prevalecido, reunindo elementos de uma e de outra. A liberdade, efetivamente, tem um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade objetiva de decidir⁶⁰.

40. Passando da filosofia para a teoria do Direito e para a teoria democrática, é de se consignar que um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que estas

⁵⁹ Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999, p. 365.

⁶⁰ Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999, p. 360-2.

escolhas possam se concretizar⁶¹. As pessoas devem ter o direito de desenvolver a sua personalidade e as instituições políticas e jurídicas devem promover esse desenvolvimento, e não dificultá-lo. Certas manifestações da liberdade guardam conexão ainda mais estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade, merecendo proteção redobrada⁶². É o caso, por exemplo, da liberdade religiosa, de pensamento e de expressão. E também da liberdade de escolher as pessoas com quem manter relações de afeto e companheirismo. De maneira plena, com todas as conseqüências normalmente atribuídas a esse *status*⁶³. E não de forma clandestina.

41. Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não-regulado pelo Direito. Esta seria, na verdade, uma forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas.

⁶¹ Registre-se que para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. As pessoas devem ter liberdades individuais que não podem ser cerceadas pela maioria, pela imposição de sua própria moral. Sobre o tema, v. Ronald Dworkin, *Sovereign virtue*, 2000, p. 453 e ss..

⁶² Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 241: "Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Tais liberdades não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que sejam".

⁶³ Nesse sentido, v. Érika Harumi Fugie, Inconstitucionalidade do art. 226, §3º, da CF?, *Revista dos Tribunais* 813:64, 2003, p. 76: "De modo que a liberdade de expressão sexual, como direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objeto a própria pessoa. Assim, é dotado de uma especificidade e se insere no *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo do indivíduo. De maneira que o aniquilamento de um direito de personalidade ofusca a pessoa como tal. A esses direitos mais preciosos relativos à pessoa se atribui a denominação de medula da personalidade. Assim, o direito à orientação sexual, em sendo um direito de personalidade, é atributo inerente à pessoa humana".

42. A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. A imposição de restrições deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. Essa é uma exigência do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, mais especificamente do sub-princípio da *proporcionalidade em sentido estrito*⁶⁴. No caso, por se tratar da dimensão existencial da autonomia privada, apenas razões de especial relevância – como a necessidade de conciliação com o núcleo de outro direito fundamental – poderiam justificar uma ponderação para o fim de compatibilizar os interesses em conflito.

43. Ocorre, porém, que o não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a uma determinada concepção moral, que pode até contar com muitos adeptos, mas que não se impõe como juridicamente vinculante em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de *perfeccionismo* ou autoritarismo moral⁶⁵, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar *individuos adequados*⁶⁶. Em

⁶⁴ Sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 244; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 116-7; e Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 152-3.

⁶⁵ Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, 2005, p. 205: "La concepción opuesta al principio de autonomía tal como lo he presentado se suele denominar 'perfeccionismo'. Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores".

⁶⁶ Reinhold Zippelius, *Teoria geral do Estado*, 1997, p. 370-1: "O moderno Estado totalitário, que intervém em todos os sectores da vida e para o qual servem como exemplo a Rússia estalinista e a Alemanha nazi, reclama realizar as suas idéias políticas, econômicas e sociais mesmo na esfera privada (...). No moderno Estado totalitário pretende-se subordinar aos objetivos de Estado e colocar ao seu serviço não só a economia, o mercado de trabalho e a actividade profissional, mas também a vida social, os tempos livres, a família, todas as convicções e toda a cultura e os costumes do povo".

suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

185

3. Princípio da dignidade da pessoa humana

44. O princípio da dignidade da pessoa humana migrou da religião e da filosofia para o Direito nas últimas décadas, tendo sido incluído em documentos internacionais e em Constituições democráticas. A Constituição brasileira de 1988 abrigou-o expressamente, dando início a uma fecunda produção doutrinária que procura dar-lhe densidade jurídica e objetividade⁶⁷. A dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. Expressão nuclear dos direitos fundamentais, a dignidade abriga conteúdos diversos, que incluem condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade⁶⁸. Do ponto de vista moral, *ser* é muito mais do que *ter*.

⁶⁷ A partir do final da década de 90, a produção nacional passou a voltar-se para o tema. Confira-se alguns trabalhos representativos: José Afonso da Silva, Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, *Revista de Direito Administrativo* 212:89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1999; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, 2001; Cleber Francisco Alves, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 2001; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001; Maria Celina Bodin de Moraes, "O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo". In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003.

⁶⁸ Immanuel Kant, *Fundamentação à metafísica dos costumes*, 2005 (edição original de 1785), p. 77-8: "No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade". Explicitando o pensamento de Kant, com remissão a B. Freitag, averbou Maria Celina Bodin de Moraes, "O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo". In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003: "De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Würden*). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade".

Luis

45. É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana⁶⁹. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo⁷⁰; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”⁷¹. A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

46. Em primeiro lugar, tal exclusão funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório. As relações afetivas são vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares. O indivíduo é tratado, então, como meio para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos.

⁶⁹ Ana Carla Harmatiuk Matos, *União de pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais*, 2004, p. 148: “Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana”.

⁷⁰ Esta é, como se sabe, uma das máximas do *imperativo categórico* kantiano, proposições éticas superadoras do utilitarismo. V. Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1951. V. tb. Ted Honderich (editor), *The Oxford companion to Philosophy*, 1995, p. 589; Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005; e Ricardo Terra, *Kant e o direito*, 2005.

⁷¹ V. Charles Taylor, “A política do reconhecimento”. In: *Argumentos Filosóficos*, 2000; José Reinaldo de Lima Lopes, “O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas”. In: Celso Golin; Fernando Altair Pocahy e Roger Raupp Rios (org.), *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas*, 2003.

JLB

47. Em segundo lugar, a discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A idéia de *igual respeito e consideração* se traduz no conceito de “reconhecimento”. As identidades particulares, ainda que minoritárias, são dignas de reconhecimento.

48. Atualmente já se sabe que o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (do *self*⁷²) e no desenvolvimento de auto-estima. A formação dessa identidade, do modo como cada um se autocompreende, depende do olhar do outro; é um processo dialógico. O não reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal. A distinção ora em exame, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos no ocidente. Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana.

4. Princípio da segurança jurídica

49. A segurança jurídica constitui um elemento importante para a paz de espírito e para a paz social. Ao contrário dos princípios anteriores, este não incide diretamente para reger a hipótese, mas sim como vetor interpretativo do quadro normativo existente. O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança. Para promovê-los, o Estado e o Direito são dotados de instituições e de institutos que incluem o próprio Poder Judiciário – que tem por fim precípua assegurar o primado da Constituição e das leis – e categorias como a anterioridade, a continuidade e a irretroatividade das leis, assim como mecanismos de tutela das expectativas legítimas e da preservação de efeitos de atos que venham

⁷² Charles Taylor, “A política do reconhecimento”. In: *Argumentos Filosóficos*, 2000.

150
B

a ser invalidados⁷³. A exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um outro regime específico aplicável, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica.

188

50. As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu enquadramento jurídico. Esse quadro de incerteza – alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes – afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros. Vale dizer: criam-se problemas para as pessoas diretamente envolvidas e para a sociedade.

51. Os primeiros afetados são, por certo, os partícipes das relações homoafetivas. O desenvolvimento de um projeto de vida comum tende a produzir reflexos existenciais e patrimoniais. Diante disso, é natural que as partes queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, dentre outros. Todos esses aspectos encontram-se equacionados no tratamento que o Código Civil dá às uniões estáveis⁷⁴. Sua extensão às relações homoafetivas teria o condão de superar a insegurança jurídica na matéria.

52. De fora parte isto, a indefinição sobre o regime aplicável pode afetar, igualmente, terceiros que venham a estabelecer relações negociais com algum dos envolvidos na parceria homoafetiva⁷⁵. É que, como regra, pessoas que

⁷³ V. Almiro do Couto e Silva, O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99), *Revista de Direito Administrativo* 237:271, 2004.

⁷⁴ Código Civil, art. 1.725: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

⁷⁵ Sobre o tema, vejam-se Hélio Borghi, *União estável & casamento – Aspectos polêmicos*, 2003, p. 60, e Zeno Veloso, *União estável*, 1997, p. 86-7. Vale notar que os autores tratam da união estável heterossexual. No entanto, uma vez reconhecidas as uniões homoafetivas, a mesma lógica lhes seria aplicável.

J. L. S.

vivem em união estável necessitam de anuência do companheiro, por exemplo, para alienar bens e conceder garantia. Dúvida haverá, também, sobre a responsabilidade patrimonial por dívidas individuais ou dívidas comuns aos companheiros. Há incertezas jurídicas, portanto, quanto a formalidades e quanto a aspectos de direito material envolvendo as relações entre parceiros homoafetivos e terceiros.

189

53. Dessa forma, se é possível interpretar o direito posto de modo a prestigiar o princípio da segurança jurídica, e inexistindo outro valor de cstatuta constitucional que a ele se oponha, será contrária à Constituição a interpretação que frustre a concretização de tal bem jurídico.

VI. O primado da afetividade: a união homoafetiva como entidade familiar

54. Uma das principais conseqüências da extensão do regime da união estável às relações compromissadas entre pessoas do mesmo sexo reside na sua caracterização como entidade familiar. Longe de configurar uma aproximação artificial, parece possível identificar nas uniões homoafetivas todos os elementos que têm sido considerados determinantes para o reconhecimento de entidades familiares. Como já foi adiantado, o conceito de família tem sofrido importantes mudanças. A constitucionalização do direito deslocou a ênfase do instituto para os aspectos existenciais, em substituição às questões patrimoniais. Mais importante ainda é a caracterização que tem sido feita da família como meio de promoção – ambiente privilegiado – para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, e não mais como um fim em si mesmo ou um mero símbolo de tradição⁷⁶.

⁷⁶ Quanto ao ponto, v. Luiz Edson Fachin, *Direito de Família – elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2003, p. 306: “Da superação do antigo modelo da ‘grande-família’, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.

JLB

55. A família é um fenômeno sócio-cultural institucionalizado pelo Direito. Refletindo fatores psíquicos, materializados no âmbito da afetividade e da sexualidade, o tratamento dispensado pelo direito à família precisa acompanhar as transformações que têm lugar na sociedade. Para além da família formada pelo casamento, reunindo homem, mulher e filhos, o direito vem progressivamente reconhecendo novas modalidades de entidade familiar. O desafio hoje apresentado ao direito de família é incorporar o pluralismo e corresponder aos objetivos que lhe são confiados⁷⁷.

56. No cerne da concepção contemporânea de família, situa-se a mútua assistência afetiva, a chamada *affectio maritalis*, conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, entrelaçando as vidas e gerenciando em parceria os aspectos práticos da existência⁷⁸. A afetividade é o elemento central desse novo paradigma, substituindo a consangüinidade⁷⁹ e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter

⁷⁷ Vejam-se: Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. V, 2004, p. 2-3; e Maria Claudia Crespo Brauner, Reinventando o Direito de Família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade, *Revista Trimestral de Direito Civil* 18:79, 2004, p. 81: "O desafio lançado consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação de entidades familiares e, respeitando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivar a proteção e prover os meios para resguardar os interesses das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos".

⁷⁸ Neste sentido, v. Enézio de Deus Silva Júnior, Adoção por Casais Homossexuais, *Revista Brasileira de Direito de Família* 30:124, 2005, p. 132: "Por tal razão, rompem-se conceitos e reformulam-se posturas doutrinárias, na seara jurídico-familiar, substituindo a ideologia tradicional e estatal da família, por outra, mais coerente com a realidade social sustentada pelo afeto. Neste diapasão, o casamento deixou de ser considerado único legitimador da família, e a sociedade conjugal tende a ser vislumbrada como estrutura de amor e de respeito, independente do sexo biológico e da orientação afetiva dos que a integram". V. tb. Érika Harumi Fugie, Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da CF?, *Revista dos Tribunais* 813:64, 2003, p. 67.

⁷⁹ V. Luiz Edson Fachin, *Direito de Família – elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2003, p. 49: "A retomada do valor jurídico da *affectio maritalis* por si só denuncia a *ratio* apenas formal do casamento. A afetividade assume dimensão jurídica. Migram para a 'constitucionalização' princípios e normas básicos do Direito de Família, espalhados na igualdade, na neutralidade e na dimensão da inocência quanto à filiação". V. tb. Ana Carla Harmatiuk Matos, *União entre pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais*, 2004, p. 27. V. ainda Maria Claudia Crespo Brauner, Reinventando o Direito de Família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade, *Revista Trimestral de Direito Civil* 18:79, 2004, p. 83.

Júlio

filhos. A nova família, entendida como “comunidade de afeto”, foi consagrada pelo texto constitucional de 1988⁸⁰.

57. Essa nova família foi resultado de um importante processo de evolução, impulsionado pela jurisprudência. Na vigência da Constituição de 1967, considerava-se que apenas através do casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (art. 167⁸¹). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida em que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família⁸², que seguiu as seguintes etapas principais⁸³:

⁸⁰ V. Luiz Edson Fachin, *Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2003, p. 317-8: “Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma ‘comunidade de sangue’ e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma ‘comunidade de afeto’. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível”.

⁸¹ Após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a previsão passou a ser feita no art. 175, mantendo-se redação idêntica.

⁸² V. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A união civil entre pessoas do mesmo sexo, *Revista de Direito Privado* 2:30, 2000, p. 32: “O conceito de família para o Direito é relativo, alterando-se continuamente, como reflexo da própria evolução histórica da sociedade e dos seus costumes. O certo é que uma das notas peculiares do final do século XX consiste na verificação de que as famílias devem se fundar, cada vez mais, em valores existenciais e psíquicos, próprios do convívio próximo, afastando as uniões de valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que notabilizaram o modelo de família oitocentista do Código de Napoleão. E, no âmbito jurídico, não se pode deixar de considerar o relevante e inestimável papel da Constituição Federal, mormente a de 1988, no direito brasileiro: como já se pôde perceber, o Direito Civil passa pelo fenômeno de constitucionalização dos bens e valores fundantes do ordenamento jurídico, com atribuição de maior relevância à pessoa humana (o ser) do que ao seu patrimônio (o ter). Como observa Giselda Hironaka, o legislador brasileiro, ao formular a Carta Maior, foi obrigado, diante da realidade da vida, a constitucionalizar ‘relevantes inovações, entre elas, e principalmente (...) desmistificação de que a família só se constituísse a partir do casamento civilmente celebrado”.

⁸³ Para um panorama da evolução jurisprudencial e legislativa sobre o tema, v. Gustavo Tepedino, “Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no casamento”. In: Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, 2004, p. 373 e ss..

Filhos

- a) Primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção;
- b) Em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par;
- c) Em seguida, insere-se este tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato⁸⁴;
- d) Num momento posterior, passou-se a reconhecer verdadeira união-de-fato entre companheiros⁸⁵, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc.⁸⁶;

⁸⁴ STF, j. 20 out. 1964, AI 30422, Rel. Min. Luis Galotti: "Sociedade de fato entre pessoas não casadas. Reconhecimento dela, para efeitos patrimoniais"; STF, j. 20 nov. 1970, RE 60657/GO, Rel. Min. Adalicio Nogueira: "Concubinato. Convivência 'more uxorio', por muitos anos, constitui sociedade de fato. Indenização devida à companheira. Dissídio jurisprudencial superado. Súmula 380"; Súmula 380, STF: "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". (Sessão Plenária de 3 abr. 1964).

⁸⁵ STF, j. 10 mai. 1977, RE 83.930-SP, Rel. Min. Antonio Neder: "Todavia, em jurídica linguagem é de se admitir a diferenciação, porque, na verdade, o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, ter encontros amorosos com outra mulher, como pode também separar-se de fato da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para conviver more uxorio com a outra parte. Na primeira hipótese o que se configura é um concubinato segundo o seu conceito moderno, e obviamente a mulher é concubina; mas, na segunda hipótese, o que se caracteriza é uma união-de-fato (assim chamada por lhe faltarem as *justas nuptiae*) e a mulher merece a vida como companheira; precisando melhor a diferenciação, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a companheira, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal".

⁸⁶ Súmula 35, STF: "em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio". (Sessão Plenária de 13 dez. 1963); STF, j. 12 mar. 1974, AI 59650/SP, Rel. Min. Almoar Baleeiro: "Concubina - inscrição para previdência. Não nega vigência a direito federal, nem discrepa de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, o acórdão que mandou inscrever, a pedido do concubinário, em instituições de previdência, como beneficiária, a concubina"; Súmula 122, TFR: "A companheira, atendidos os requisitos legais, faz jus a pensão do segurado falecido, quer em concorrência com os filhos do casal, quer em sucessão a estes, não constituindo obstáculo a ocorrência do óbito antes da vigência do Decreto-lei 66, de 1966". (Decisão: 29 set. 1982); Súmula 159, TFR: "é legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos". (Decisão: 6 jun. 1984); Súmula 253, TFR: "A companheira tem direito a concorrer com outros dependentes a pensão militar, sem observância da ordem de preferências". (Decisão: 2 mar. 1988).

e) Por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento.

58. É certo que a Constituição de 1988 faz menção apenas à união estável entre homem e mulher, no que foi seguida pela legislação ordinária. Em capítulo subsequente será examinado este ponto, onde se procurará demonstrar que o constituinte não exercitou um *silêncio eloqüente*, mas deixou o tema aberto à evolução dos costumes e do Direito. Por ora cuidou-se apenas de destacar que as relações entre pessoas do mesmo sexo apresentam os requisitos apontados por toda a doutrina contemporânea como essenciais para a caracterização de entidade familiar, que consistem na afetividade e na comunhão de vida.

59. Por fim, vale a ressalva de que a defesa do modelo tradicional de família não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar. Não há incompatibilidade entre a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a união estável entre pessoas de sexos diferentes, ou entre estas e o casamento. O não-reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas não beneficia, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor constitucionalmente protegido.

Parte III

EXTENSÃO DO REGIME JURÍDICO DAS UNIÕES ESTÁVEIS ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS

VII. Uniões homoafetivas e a regra constitucional do art. 226, § 3º

60. No capítulo anterior procurou-se deixar assentado que os princípios constitucionais e a nova concepção de família delineada na Constituição impunham uma conclusão: a de que o regime jurídico das uniões estáveis deve ser

JLB

aplicado também às relações homoafetivas. Essa extensão deve ser imediata, sem que isso importe em violação do art. 226, § 3º, como se demonstra a seguir. No próximo tópico será explorada uma via alternativa de argumentação, geradora das mesmas conseqüências.

61. Como já visto anteriormente, não há regra constitucional expressa prescrevendo a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas. Em sua textualidade, assim dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição Federal:

Art. 226, § 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".

62. É certo, por outro lado, que a referência a *homem e mulher* não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal conseqüência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de *inclusão*. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.

63. Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão "união estável entre o homem e a mulher" importa, *a contrario sensu*, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua

Juris

vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional.

64. Admita-se, assim, para argumentar, que a Constituição não imponha nem proíba a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. O Código Civil, por sua vez, tampouco provê a respeito. Sendo assim, na ausência de um regime jurídico específico, ditado pelo constituinte ou pelo legislador, como deve agir o intérprete?

VIII. Lacuna normativa e mecanismos de integração da ordem jurídica

65. Divulga o conhecimento convencional que não existem lacunas no Direito, mas apenas na lei. A omissão, lacuna ou silêncio da lei consiste na falta de regra jurídica positiva para regular determinado caso. A ordem jurídica, todavia, tem uma pretensão de completude, e não se concebe a existência de nenhuma situação juridicamente relevante que não encontre uma solução dentro do sistema. O processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de *integração*. Nela não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador.

66. A Constituição de 1934 impunha ao intérprete e aplicador do Direito o dever de integrar a ordem jurídica, na letra expressa do art. 113, inciso 37: "Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei". As Constituições subsequentes não reeditaram a regra, que, todavia, ganhou assento na Lei de Introdução ao Código Civil⁸⁷ e no Código de Processo Civil⁸⁸. Na omissão

⁸⁷ Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

ou lacuna da lei, deve o juiz recorrer à *analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito*. Para os fins aqui relevantes, abre-se uma nota acerca dos princípios e da analogia como mecanismos de integração da ordem jurídica.

1. Os princípios constitucionais na interpretação e na integração da ordem jurídica

67. Nas últimas décadas houve profunda mutação no papel dos princípios jurídicos, como já assinalado em outra parte deste estudo. Os princípios, notadamente os princípios constitucionais, passaram a funcionar como a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral, permitindo a leitura moral do Direito⁸⁹.

68. Ora bem: em parte anterior do presente trabalho sustentou-se que sequer existe lacuna normativa, de vez que os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e segurança jurídica impunham a extensão do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Considerando-se, para argumentar, que exista de fato omissão normativa na matéria, hipótese é de se aplicar os mesmos princípios para saná-la, produzindo-se como resultado a equiparação, em tudo que couber, das uniões estáveis entre homem e mulher e as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

⁸⁸ Código de Processo Civil, art. 126: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

⁸⁹ V. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, 1996, p. 2: "A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados, cidadãos – interpretemos e apliquemos estas cláusulas abstratas (da Constituição) na compreensão de que elas invocam princípios de decência política e de justiça".

2. O recurso à analogia na integração da ordem jurídica

69. A analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para uma dada situação de fato a uma outra situação semelhante, mas que não fora prevista pelo legislador. Diz-se tratar-se de analogia *legis* quando é possível recorrer a uma regra específica apta a incidir sobre a hipótese, e de analogia *iuris* quando a solução precisa ser buscada no sistema como um todo, pr não haver nenhuma regra diretamente pertinente. A hipótese em exame é, como intuitivo, de analogia *legis*.

70. De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil – convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família – estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar – afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática – são igualmente encontrados nas duas situações. Diante disso, nada mais natural do que o regime jurídico de uma ser estendido à outra.

71. Admitida a analogia, chegar-se-ia à seguinte conclusão: a Constituição teria reconhecido expressamente três tipos de família: a decorrente de casamento (art. 226, §§ 1º e 2º); a decorrente de união estável entre pessoas de sexos diferentes (art. 226, §3º); e a família monoparental, ou seja, aquela formada por apenas um dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Haveria, contudo, um tipo comum de família não expressamente reconhecido: a *união homoafetiva*. Apesar da falta de norma específica, o reconhecimento dessa quarta modalidade seria imposto pelo conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares⁹⁰.

⁹⁰ Nesse sentido: TJ/RS, j. 17 nov. 2004, AC 70009550070, Rel. Des. Maria Berenice Dias: "Inconteste que o relacionamento homoafetivo é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o Judiciário se olvidar de prestar 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 a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do

PCD 2004
 198
 160
 B

72. Não bastaria, portanto, o reconhecimento de meras sociedades de fato, tal como tem prevalecido na jurisprudência brasileira⁹¹. Embora esta seja uma forma de reconhecimento, ainda precário, é preciso destacar que a sociedade de fato é um instituto jurídico do *direito das obrigações*, ao contrário da união estável, que se insere no *direito de família*. A fórmula da sociedade de fato já marca uma evolução da jurisprudência – lembrando o caminho percorrido em relação às uniões estáveis entre homem e mulher – mas ainda equivale à negação de natureza familiar às relações homoafetivas: para o direito, os homossexuais estariam impedidos de, mantendo sua identidade, constituírem famílias. Disso resulta negar a um grande conjunto de pessoas uma das dimensões básicas da afetividade, caracterizando manifesto preconceito e sendo incompatível com a tábua de valores da Constituição.

73. A solução descrita neste tópico já foi acolhida em diversas decisões judiciais. Abaixo se destaca uma delas, pela precisão com que enfrentou os pontos relevantes, justificando-se a longa transcrição:

ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Deixemos de lado as aparências e vejamos a essência. (...) A Constituição Federal proclama o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à intimidade (art. 5º, caput) e prevê como objetivo fundamental, a promoção do bem de todos, 'sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' (art. 3º, IV). Dispõe, ainda, que 'a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais' (art. 5º, XLI). Portanto, sua intenção é a promoção do bem dos cidadãos, que são livres para ser, rechaçando qualquer forma de exclusão social ou tratamento desigual." V. também: TJ/RJ, j. 21 mar. 2006, AC 2005.001.34933, Rel. Des. Letícia Sardas: "Dado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscrição de qualquer forma de discriminação sexual, não há impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pela Lei 8.971/94 e 9.278/96. 2. Interpretação sistemática do disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e mulher referida na dita norma está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o receito de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, até mesmo fins previdenciários".

⁹¹ A título de exemplo, v. STJ, DJU 6 abr. 1998, REsp 148.897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; STJ, DJU 14 mar. 2005, REsp 323.370/RS, Rel. Min. Barros de Monteiro; e STJ, DJU 16 mai. 2005, REsp 502.995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

J. L. B.

“A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão”⁹².

74. Por todo o conjunto de fundamentos expostos nas Partes II e III, afigura-se fora de dúvida que as uniões estáveis homoafetivas constituem entidade familiar e, à falta de disciplina específica, devem reger-se pelas mesmas regras da união estável entre homem e mulher.

⁹² TRF 4ª Reg., DJU 10 ago. 2005, AC 2000.71.00.009347-0, Rel. João Batista Pinto Silveira.

CONCLUSÃO

75. É possível compendiar as principais idéias desenvolvidas ao longo do presente estudo nas seguintes proposições:

A. As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.

B. A Constituição de 1988 não contém regra expressa acerca de orientação sexual ou de relações homoafetivas.

C. A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.

D. Justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. *Igualdade* importa em política de reconhecimento; *dignidade* em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e *liberdade* no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da *segurança jurídica*, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações.

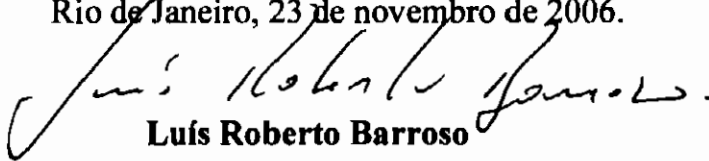
✓
16/15

E. Admitindo-se para argumentar, sem conceder, que a conclusão anterior não devesse prevalecer – isto é, que os princípios enunciados não incidissem diretamente, produzindo a solução indicada – ter-se-ia como consequência a existência de lacuna normativa, à vista do fato de que tampouco existe regra expressa sobre o ponto.

F. Nesse caso, a forma adequada de integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum. A figura da sociedade de fato não contém esses elementos e a opção por uma analogia mais remota seria contrária ao Direito.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2006.


Luis Roberto Barroso



Doc. IV

RECURSO ESPECIAL Nº 502.995 - RN (2002/0174503-5)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Perante o Juízo de Direito da 2ª Vara de Família da Comarca de Natal - Rio Grande do Norte - foi requerida por SELMA RAMOS DE LIMA e CARLA SANTOS MUNAY a homologação de termo de dissolução de sociedade estável e afetiva, cumulada com partilha de bens e guarda, responsabilidade e direito de visita do menor Pedro Victor Ramos de Lima, nascido aos dezenove dias do mês de junho do ano de mil novecentos e noventa e cinco e adotado pela primeira requerente.

Pela MMA. Juíza de Direito foi declarada sua incompetência para conhecer e decidir acerca do pedido, sustentando (a) ser a união homossexual equiparada a uma sociedade civil, regida pelas disposições do direito civil comum, de caráter estritamente patrimonial e obrigacional, vedada, por outro lado e (b) a cumulação relativamente ao pedido de modificação de guarda, alimentos e visitas ao menor (fls. 27/30).

Já a Juíza de Direito da 4ª Vara Cível de Natal, sob o entendimento de equiparar-se a união homossexual à entidade familiar e, portanto, devendo o feito processar-se perante a Vara de Família, suscita conflito negativo de competência, julgado procedente pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte para declarar competente a 4ª Vara Cível de Natal - suscitante.

"Conflito negativo de competência - Dissolução de sociedade estável homoafetiva cumulada com partilha de bens, responsabilidade de guarda e direito de visita a menor - Feito distribuído ao Juízo da Segunda Vara de Família - Declinação de competência para uma das Varas Cíveis não especializadas, entendendo a M.M. Juíza ser a união homossexual "equiparada a

uma sociedade civil de fato" - Conflito suscitado pela M.M. Juíza da 4ª Vara Cível não especializada, por entender que a união homossexual "equipara-se a uma comunidade familiar..." - Conhecimento do conflito - Art. 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal e Lei nº 9.278/96.

Nos termos do art. 226 da Constituição Federal, somente a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade integrada por qualquer dos pais e seus descendentes podem ser entendidas como entidade familiar, excepcionando a regra de que a família se inicia com o casamento.

Não é possível interpretar-se ampliativamente as exceções expressamente previstas na lei." (fls. 45)

Inconformado, o Procurador-Geral de Justiça interpõe o presente recurso especial, com fundamento nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, aduzindo maltrato aos arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996 e divergência jurisprudencial com julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sustenta o recorrente, no essencial, que o pedido transborda do mero objetivo de partilha de bens, para alcançar o próprio reconhecimento e, ao depois, a dissolução da união homoafetiva, com contornos familiares que repercutem na situação do menor adotado, cabendo, portanto, ao juízo familiar identificar a existência ou não de entidade familiar.

Admissão na origem - fls. 109/110.

Nesta instância, a Subprocuradoria-Geral da República, por intermédio do Subprocurador-Geral HENRIQUE FAGUNDES, opina pelo não conhecimento do recurso, consoante a seguinte ementa:

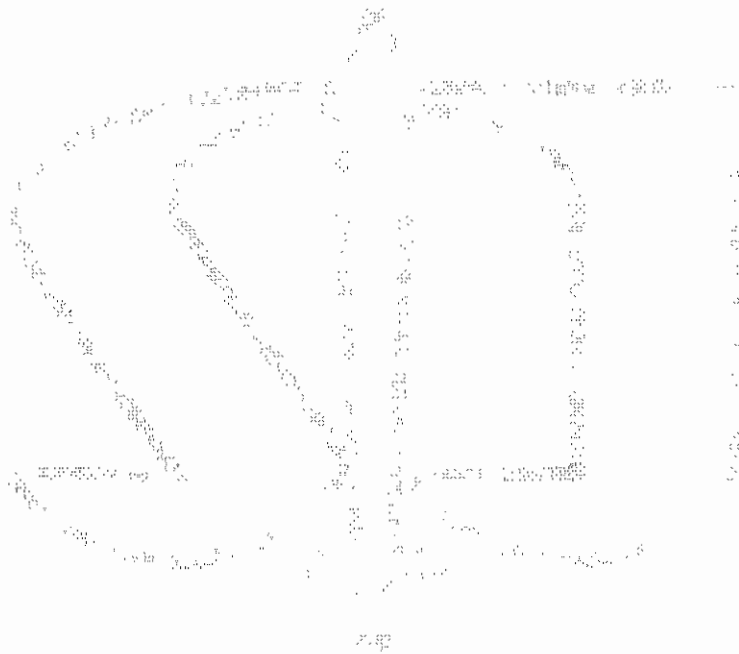
"RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS "A" E "C", DO AUTORIZADOR CONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º E 9º, DA LEI 9.278, DE 1996. AUSÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. HOMOLOGAÇÃO DO TERMO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMBINADA COM A PARTILHA DOS BENS E PEDIDO DA GUARDA DE MENOR. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. ENTIDADE FAMILIAR. VARA CÍVEL. VARA DE FAMÍLIA.

O art. 9º, da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, é verdade, aponta, quando existente na comarca, o Juízo da Vara de Família para

as ações que se lastreiam em união estável, mas, menos verdade o é, também, que, por união estável, na estrita definição do art. 1º da mesma lei é aquela que se dá entre um homem e uma mulher.

Parecer pelo não conhecimento do recurso por ambas as alíneas." (fls. 116)

É o relatório.



O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

Reconhece a Constituição Federal a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, dispondo, por seu turno, o art. 1º da Lei 9.278, de 1996, em complemento:

"É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família".

A análise da doutrina (RAINER CZAJKOWSKI - UNIÃO LIVRE - JURUÁ - 1997), comparando os dois dispositivos (art. 226, § 3º, da Constituição Federal e art. 1º da Lei 9278/96) resulta na extração de quatro elementos essenciais à caracterização da união estável, a saber: "a dualidade de sexos, o conteúdo mínimo da relação, a estabilidade e a publicidade".

Em decorrência, como ainda leciona o autor citado, a primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos, porque "duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai e de mãe em face de eventuais filhos. Não se trata, em princípio, de perquirir sobre a qualidade física ou psicológica das relações sexuais entre homossexuais, nem emitir sobre tais relações qualquer julgamento moral" (obra citada - pág. 54).

De outro lado, ensina THIAGO HAUPTMANN BORELLI THOMAZ, em artigo na Revista dos Tribunais 807/95, *verbis*:

"O Direito de Família tutela os direitos, obrigações, relações pessoais, econômicas e patrimoniais, a relação entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e a dissolução da família, mas das famílias matrimonial, monoparental e concubinária. A união

entre homossexuais, juridicamente, não constitui nem tem o objetivo de constituir família, porque não pode existir pelo casamento, nem pela união estável.

Mas se houver vida em comum, laços afetivos e divisão de despesas, não há como se negar efeitos jurídicos à união homossexual.

Presentes esses elementos, pode-se configurar uma sociedade de fato, independentemente de casamento ou união estável. É reconhecida a sociedade de fato quando pessoas mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fim comum (art. 1.363 do CC/1916; art. 981 do novo CC).

Assim, embora as relações homossexuais escapem da tutela do **Direito de Família**, não escapam do **Direito das Obrigações**."

É mais à frente, destaca o articulista (RT 807/96):

"A união homossexual, por não ter respaldo no Direito de Família, não gera efeito dele decorrentes, como direito e alimentos, ao patronímico e à sucessão (ressalvada a hipótese de existência de testamento), conquanto surtam efeitos de outra sorte.

Juridicamente a união homossexual pode ser encarada como sociedade de fato, mas no plano fático pode ser tida como entidade familiar.

Vimos em janeiro de 2002 uma situação inusitada. A Justiça do Rio de Janeiro concedeu a guarda provisória do filho da cantora Cássia Eller, Francisco (Chicão), de 8 anos, para a companheira, Maria Eugênia Vieira Martins, com quem viveu catorze anos. O caso gera grandes discussões nos meios jurídicos e social. Todos estavam de acordo com a permanência da criança com a companheira sobrevivente: Igreja, opinião pública e conservadores em geral.

O episódio confirma a mudança nos aspectos familiares que vem sofrendo o Brasil. A estrutura familiar brasileira está em constante mutação e ao modelo tradicional de família vem sendo aos poucos agregados outros modelos, como homossexual.

Esse caso demonstra, também, a real existência da família homossexual. Imagine-se a situação: duas mulheres vivendo juntas há mais de catorze anos; uma decide ter um filho tenta a adoção, a inseminação artificial ou encontrar um homem disposto a ter relações com ela com esse fim específico. Se ela engravida, a criança, ao nascer, já estará num lar onde existem

duas pessoas do mesmo sexo. Esse agrupamento humano nada mais é do que uma espécie de entidade familiar, ou deve-se entender que essa criança não tem família?

Mesmo que não haja a criança, deve-se ter a união homossexual como entidade familiar. Se estiverem presentes todos os elementos anteriormente vislumbrados, há constituição de uma sociedade, não somente a de fato, mas também a sociedade familiar.

No caso dos autos, o ven. acórdão, ao acolher o conflito para declarar a competência da 4ª Vara Cível de Natal, teve em mira a letra do art. 9º, da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, por não versar a hipótese sobre entidade familiar decorrente da união estável entre homem e mulher e, neste ponto, não houve maltrato aos dispositivos invocados e nem dissenso pretoriano. A característica legal básica, cifrada na dualidade de sexos, não se perfaz.

Cumprido, por outro lado, destacar que o menor, ao que consta da certidão de fls. 12, está registrado como filho de Selma Ramos de Lima, uma das requerentes da homologação judicial do acordo de dissolução da sociedade, cumulada com partilha de bens e sua guarda, responsabilidade e direito de visita. Dispõe o termo de acordo que a criança ficará sob a guarda, posse e responsabilidade econômica de Selma Ramos de Lima. Ressalva existe apenas para o caso de falecimento desta, quando o *munus*, sem questionamento, transfere-se para Carla Santos Munay.

Neste contexto, não há plausibilidade na atribuição de competência à vara de família para a homologação pretendida, cujo termos guarda nítido aspecto econômico, traduzido na partilha do patrimônio comum, em consequência em não mais dividirem as requerentes o mesmo teto. A divisão patrimonial, não se coloca em dúvida, é um direito reconhecido amplamente, inclusive pela jurisprudência desta Quarta Turma (Resp 148.897/MG - Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR).

A questão familiar verdadeiramente não existe. O menor fica, como já declinado, com sua mãe e, como no caso retratado da cantora, na eventualidade de sua falta - sem questionamento dos parentes - a guarda é deferida à outra. Não há, portanto, nada que envolva a adoção ou coloque em debate, pelo menos no momento, a situação do menor. Surgindo algo no futuro, o tema será outro e a solução também. A competência, no momento, é da vara cível.

Não conheço do recurso.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Doc. V

RECURSO ESPECIAL Nº 648.763 - RS (2004/0042337-7)

RELATOR : **MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA**
RECORRENTE : **E S DE C**
ADVOGADO : **CRISTIANO NYGAARD BECKER E OUTRO**
RECORRIDO : **E C E**
ADVOGADO : **MARIA LUIZA PEREIRA DE ALMEIDA E OUTRO**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM.

Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília, 07 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA, Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 648.763 - RS (2004/0042337-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Cuida-se recurso especial (fls. 351/360) interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em que a recorrente aponta dissídio jurisprudencial e violação dos artigos 1º da Lei n. 9.278/96 e 1.723 do Código Civil, insurgindo-se contra julgado que, em ação de dissolução de sociedade de fato com divisão de patrimônio, reconheceu que a relação mantida entre ~~as partes equiparava-se à união estável~~, decidindo pela partilha igualitária dos bens havidos durante a convivência.

O v. acórdão recorrido restou assim ementado:

"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 PROVIMENTO." (fl. 320)

Insurge-se a recorrente contra a meação dos bens adquiridos durante a convivência afetiva. Alega que a relação não poderia ter sido considerada união estável, porque mantida entre pessoas do mesmo sexo. Defende tratar-se o caso de sociedade de fato, exigindo para a partilha dos bens a prova do esforço comum na obtenção do patrimônio, o que, segundo afirma, não restou demonstrado nos autos.

Apresentadas as contra-razões (fls. 364/369), o apelo foi admitido na origem (fls.378/379).

Instado a se pronunciar, o d. Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso, aos argumentos de não ter sido demonstrada a ofensa alegada e de remanescer fundamento não atacado pela recorrente.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 648.763 - RS (2004/0042337-7)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM.

Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Cuida-se o caso de partilha de bens após dissolução de relação afetiva mantida entre pessoas do mesmo sexo.

O Tribunal de origem, em judicioso voto da lavra do em. Desembargador **Rui Portanova**, entendeu que, em face de lacuna normativa sobre o tema, dever-se-ia dispensar à situação, por analogia, o mesmo tratamento dado à união estável, vale dizer, a divisão igualitária do acervo adquirido durante a constância da sociedade, presumindo-se tê-lo sido amealhado com o esforço comum das partes.

Nesse ponto, com efeito, a pretensão recursal comporta acolhida.

Esta Corte já teve a oportunidade de se debruçar sobre a questão, concluindo que "*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*". (Resp n. 502.995/RN, DJ de 16.05.2005, Rel. em. Ministro **Fernando Gonçalves**). No mesmo sentido, são os julgados: REsp n. 148.897/MG (DJ de 06.04.1998), Rel. em. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**; REsp 323.370/RS (DJ de 14.03.2005), Rel. em. **Barros Monteiro**; e, mais recentemente, o REsp n. 773.136, da relatoria da em. Ministra **Nancy Andrighi**, ainda

não publicado.

217

Logo, de acordo com o entendimento perfilhado por este Tribunal, a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja divisão patrimonial há de ser feita à luz do direito obrigacional, exigindo-se, pois, a prova do esforço comum na aquisição dos bens (art. 1.363 do Código Civil de 1916 (atual art. 961 do CC) e enunciado n. 380 da Súmula do STF).

Porém, tocante à demonstração efetiva dessa participação, a insurgência não merece prosperar.

Colho do voto condutor do v. aresto hostilizado os seguintes excertos:

"Seja por uma (sociedade de fato) ou outra (união estável), a solução para o presente processo é a mesma: divisão igualitária de bens adquiridos na constância da união.

Para quem segue pela existência de sociedade de fato a sentença tem fundamentos adequados quando diz:

Esta, por inteiro, a prova produzida nos autos e onde a negativa da demandada, isolada, de não ter vivido com a autora, sob o mesmo teto, não tem o calor da verdade.

Ao que deflui do contexto probatório, oral e documental a respeito dos fatos, não há como negar que as litigantes viveram uma relação homossexual, do começo do ano de 1994 até o mês de agosto de 1998, da qual se pode extrair efeitos patrimoniais, haja vista que durante a ligação, entre as companheiras, vários bens foram adquiridos, e merecem ser partilhados, a exemplo do veículo Corsa, da casa de praia de Arroló do Sal, e dos bens existentes nesta última, porque os que guarnecem a morada localizada na Rua Alberto Torres, são de propriedade, exclusiva, da Eliene.

Também a manifestação do MP (fl. 312):

O apelo não merece êxito, a duas, no mérito, porque, diferentemente das razões esposadas pela insurgente, os documentos juntados aos autos demonstram, com a segurança necessária, a efetiva comunhão de esforços por parte de ambas as litigantes para a construção do patrimônio ora partilhado. Encontrando-se bem colocada a decisão que determinou a divisão, por metade, dos bens amealhados no curso da sociedade de fato mantida." (fls. 334/335)

Ou seja, conquanto o v. acórdão atacado não tenha considerado a relação como sociedade de fato, consignou expressamente que mesmo se assim se entendesse, a partilha não seria outra, por ter restado provado nos autos o esforço

comum na aquisição do cabedal.

Para se entender de maneira diversa, isto é, de que "no caso concreto restou provado que o patrimônio arrolado nos autos foi adquirido com o esforço exclusivo da Recorrente" (fl. 359), como por ela alegado, imprescindível o reexame do conjunto probatório, tarefa inviável em sede de especial, a teor do verbete n. 7 da Súmula do STJ.

A propósito, transcrevo, ainda, trecho da doutra sentença:

"De destacar, que como a demandada Eliene, nos autos da ação de reintegração, ficou com a posse do veículo Corsa, poderá ficar com o automóvel, mais duas prestações que pagou sozinha, deste carro, mas com compensação à autora, no que couber na meação da demandante. De lembrar, por oportuno, que a autora, ao contrário do afirmado pela ré, não pode ser tida como uma pessoa que durante a relação quase nada auferia de rendimentos, posto que demonstrou, mediante documentos, que depois do fim da relação, conseguiu amealhar, sozinha, um bom patrimônio advindo do seu esforço." (fls. 267/268).

Pela alínea "c", a recorrente não trouxe qualquer julgado para configurar eventual divergência pretoriana, convocando, pois, a aplicação do enunciado n. 284 da Súmula do Pretório Excelso.

Diante de tais considerações, conheço parcialmente do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento apenas para reconhecer tratar-se o caso de sociedade de fato, mantendo o v. acórdão recorrido quanto à partilha dos bens.



Doc. VI



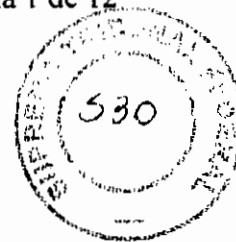
Página Inicial

Institucional

Consultas

Serviços

Intranet



» Consultas » Jurisprudência » Acórdãos

220

Inteiro Teor

Número do processo: 2.0000.00.503767-2/000(1)

Relator: LUCIANO PINTO

Relator do Acórdão: Não informado

Data do Julgamento: 02/06/2005

Data da Publicação: 11/08/2005

Inteiro Teor:

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível Nº 503.767-2 da Comarca de BELO HORIZONTE, sendo Apelante (s): ADILSON SILVEIRA COELHO e Apelado (a) (s): TELEMAR NORTE LESTE S.A. e OUTROS,

ACORDA, em Turma, a Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais DAR PROVIMENTO PARA CASSAR A SENTENÇA, COM AS RESSALVAS DA REVISORA.

Presidiu o julgamento o Desembargador EDUARDO MARINÉ DA CUNHA e dele participaram os Desembargadores LUCIANO PINTO, (Relator vencido parcialmente) MÁRCIA DE PAOLI BALBINO (Revisora e Relatora para o acórdão) e LUCAS PEREIRA (Vogal).

Produziu sustentação oral, pelo apelante, a Drª. Maria Emília Mitre Haddad.

Belo Horizonte, 02 de junho de 2005.

DESEMBARGADOR LUCIANO PINTO

Relator vencido parcialmente

DESEMBARGADOR MÁRCIA DE PAOLI BALBINO

Revisora e Relatora para o acórdão

DESEMBARGADOR LUCAS PEREIRA

Vogal

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR LUCIANO PINTO:

Adilson Silveira Coelho ajuizou ação ordinária com pedido de antecipação de tutela em face de Telemar Norte Leste S.A., Fundação Sistel de Seguridade Social e seus planos de benefícios: PAMA e PAMA - PCE (Planos de Assistência Médica ao Aposentado) e PBS - A (Plano de Benefícios da Sistel).

Narrou que viveu durante mais de 20 anos em **UNIÃO HOMOAFETIVA** com Gustavo Neubert, funcionário da 1ª requerida, e, que esse faleceu em maio de 2004.

Disse que o sr. Gustavo Neubert era segurado na Sistel - Planos de Benefícios, mas que não indicou nenhum beneficiário no contrato celebrado com esse ente da previdência privada.

Por fim, asseverou que, em razão da **UNIÃO HOMOAFETIVA** que mantinha com o sr. Gustavo Neubert, tem o direito de ser incluído como seu beneficiário e dependente na Sistel, usufruindo de seus planos de benefícios: Planos de saúde, PAMA e PAMA-PCE, bem como o de receber pensão pela morte daquele.

Às f. 218/220 sobreveio emenda à inicial, em que o autor pediu - e também como tutela antecipada - a condenação da Telemar e da Sistel no pagamento de complementação de pensão, referente aos créditos de aposentadoria por invalidez, a que teria direito o de cujus, bem como pediu que o pagamento da pensão se desse a partir de maio/2004 (mês do falecimento).

O MP se manifestou, à f. 234/245, dizendo que não há interesse público em discussão, por isso que se guardava de emitir parecer.

A sentença de f. 247/265 extinguiu o processo, por entender que o pedido do autor é juridicamente impossível, com base no art. 267, VI, do CPC.

Inconformado, o autor manejou apelação.

Em suas razões de recurso, disse que seu pedido é juridicamente possível, tanto que o INSS reconheceu a **UNIÃO HOMOAFETIVA** que mantinha com o sr. Gustavo Neubert, e concedeu a pensão por morte e o recebimento de valores deixados pelo sr. Gustavo Neubert, como FGTS, PIS, PASEP, saldos de salários e outros.



221

Asseverou que diante da ausência de normas legais que regulem a **UNIÃO ESTÁVEL** homoafetiva, dada a semelhança e identidade de razão, devem ser aplicadas analogicamente as normas concernentes à **UNIÃO ESTÁVEL**.

Ressaltou que a listagem das entidades familiares descrita no art.226 da CF/88 não é taxativa, mas exemplificativa.

222

Afirmou que a possibilidade de reconhecimento de uma **UNIÃO HOMOAFETIVA** e do direito aos frutos financeiros decorrentes está diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Com isso, concluiu que por tais princípios é possível comparar as relações heterossexuais às homoafetivas.

Por fim, requereu o provimento do recurso, para que fosse dado regular andamento ao processo em 1º instância, bem como fosse concedido o pedido de tutela antecipada ou que fosse determinado que as rés depositem judicialmente os valores referentes à pensão por morte.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Vejo que assiste razão ao apelante.

Toda vez que um direito fundamental é violado reponta o direito de ação, para o convalescimento da lesão, por isso que o próprio direito de ação é em si mesmo, também, um direito fundamental, que há de sobrepassar bem acima das contingências formais da lei, situando-se no patamar dos princípios e, portanto, dos mandamentos nucleares do sistema jurídico.

Houvesse violação de princípio fundamental que não pudesse ser convalescida por meio do direito de ação os direitos humanos perderiam sua efetividade.

Versando sobre o tema, Jean-Marie Coulon, então primeiro presidente da Corte de Apelação de Paris, e Marie-Anne Frison-Roche, professora do Instituto de Estudos Políticos daquela cidade, bem esclareceram tal tópico:

Le droit d'accès au juge est intime de la citoyenneté non seulement parce que le juge protège ce droit d'accès mais encore parce que le procès est lui-même devenu un lieu de débat public, qu'on l'approuve ou qu'on le regrette. Le Conseil constitutionnel a lié expressément le droit d'accès au droit et citoyenneté. Plus encore, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme expriment le caractère fondamental de l'action en justice, du fait même de son instrumentalité : en effet, ils posent que toute personne a droit à accéder à la justice << contre les actes violant les droits fondamentaux >> ou << contre les droits et libertés reconnus par la Convention >>. Ainsi, s'il n'y a pas d'accès à la justice, il n'y a plus de droits fondamentaux. C'est en cela que l'action en justice est un droit fondamental, c'est pourquoi le droit d'agir en justice ne peut plus guère être qualifié de formel au regard de droits qui seraient eux substantiels, puisque sans ce droit processuel, les droits de l'homme perdent leur effectivité. (Jean-Marie Coulon e Marie-Anne Frison-Roche. Libertés et droits fondamentaux. 8. ed. Paris: Dalloz, 2002, p.473).

Poder-se-ia obtemperar, como o fez a sentença recorrida, que o art. 226 e seus parágrafos, da Constituição da República, não prevêm a hipótese de **UNIÃO ESTÁVEL**



entre pessoas do mesmo sexo, mas sem razão, porque a Constituição tem que ser compreendida enquanto sistema de princípios e, como tal, contempla também os da igualdade e da não-discriminação (art. 3º, IV, CF).

O tratamento hermenêutico a ser dado em caso de colisão de princípios é o de que um deles deva recuar, prevalecendo o de maior peso.

223

Paulo Bonavides, forte na lição de R. Alexy, esclarece:

"Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Antes quer dizer - elucida Alexy - que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou o que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária.

Com isso - afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo - se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera." (Paulo Bonavides. Curso de direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 251).

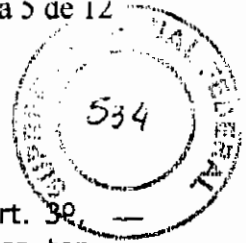
Existe, pois, uma afinidade entre a teoria dos princípios e a dos valores, por isso que Paulo Bonavides, na obra citada, assinala "a importância vanguardeira" da teoria de Alexy no "tocante ao valor normativo dos princípios".

Ora, no caso presente, o princípio do art. 226 da CF, que versa sobre a **UNIÃO ESTÁVEL** entre o homem e a mulher, deve ceder ao princípio da igualdade e sobretudo ao princípio da não-discriminação, primeiro, porque isso de dizer que a Constituição não permite interpretação analógica é somente uma posição hermenêutica, segundo, porque o princípio da não-discriminação constitui um dos objetivos fundamentais da República, tal como se vê no caput do art. 3º do texto constitucional.

Quando a Constituição assinalou a igualdade sem distinção de sexo, proibindo qualquer forma de discriminação (inciso IV, art. 3º, CF) aí compreendeu a questão dos homossexuais, como bem esclarece José Afonso da Silva:

"A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que esta expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servidos de base para desequiparação e preconceitos." (José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004, p. 223).

Fica claro, pois, que o apelante, na sua condição homossexual, tem o direito constitucional de não ser discriminado, e, portanto, tem no ordenamento jurídico o livre



acesso à justiça, para garantir direito seu, de natureza fundamental.

O princípio do art. 226, §3º, da CF, cede lugar e recua diante do princípio do art. 3º, IV, da mesma carta política, e, o em fazendo, se flexibiliza de modo que possa ter aplicação analógica.

224

Passo seguinte, é de ver que o art. 1º da Lei 9.278/96, que reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, é passível, sob a lógica do razoável, de aplicação ao caso presente, logo, existe possibilidade jurídica para o pedido.

A lógica do razoável é uma província diversa da razão matemática, porque decorre de realidades humanas sobre as quais intervêm juízos sobre adequação dos meios para prevalência de tais realidades, com os olhos fitos sobretudo na licitude de tais meios.

Nesse passo, ressalte-se que o princípio da não-discriminação, suporte da igualdade entre os cidadãos, é meio altamente lícito para a consecução dos objetivos fundamentais da República, de modo que as situações que reclamem a aplicação desse princípio devem ser cuidadas sob o logos razonable, para que ele nunca perca sua efetividade.

A **UNIÃO HOMOAFETIVA** implica uma situação representativa de entidade familiar, quando decorrente de convivência duradoura, pública e contínua, porque o princípio da não-discriminação afasta a limitação de que tal união seja somente entre homem e mulher.

Luis Recaséns Siches referindo-se ao relato de Radbruch, conta o caso de uma estação ferroviária da Polônia, na qual havia um cartaz que proibia a entrada de cachorros, quando ali apareceu alguém acompanhado de um urso, sendo que o vigia proibiu o acesso. A pessoa protestou dizendo que estava acompanhada de um urso e a proibição era somente para cachorros.

Prossegue Siches dizendo que se se aplicasse a lógica tradicional obviamente a pessoa acompanhada do urso teria o direito de entrar, contudo, qualquer juízo de razoabilidade chegaria à conclusão do absurdo da entrada do urso.

Trata-se de um exemplo caricatural, mas que bem define a situação e esclarece que a lógica tradicional é meramente enunciativa, cabendo ao juízo de razoabilidade os pontos de vistas de valor, como esclarece aquele grande jurisfilósofo.

Veja-se a lição de Siches para maior clareza:

El meollo de la sentencia judicial no se obtiene aplicando la lógica tradicional, porque la lógica tradicional, tanto la de Aristóteles como la de los modernos y contemporáneos, es la lógica para tratar con ideas, o para tratar con realidades desde el punto de vista de lo que esas realidades son. En cambio, al juez no le interesa determinar puras realidades, sino decidir lo que se debe hacer frente a determinados aspectos de ciertas realidades. Y precisamente los aspectos que de esas realidades interesan están conjugados con criterios estimativos. No importa que un oso no sea realmente un perro. Lo que importa es que, para los efectos estimativos de aquella situación, un oso representa lo mismo que un perro. No importa que quien dictó aquella norma geral que prohibía el acceso con perros al andén nunca pensara de hecho en osos. Al juez no le interesa la diferencia entre perros y osos desde el punto de vista del conocimiento

científico o del conocimiento vulgar, ni tampoco le interesa saber si al legislador se le ocurrió o no pensar en osos. Lo que el juez debe averiguar es si la valoración, que sirvió al legislador como determinante de aquella prohibición, era aplicable al nuevo caso planteado y no mencionado; para lo cual debe también examinar o analizar los aspectos de las situaciones sociales en relación con aquella valoración. Para llevar a cabo esos dos tipos de averiguaciones recíprocamente relacionadas, emplea un criterio. Ese criterio ya hemos visto que no puede ser el de la lógica tradicional. Ese criterio es el del logos de lo razonable, el logos de lo humano. Ese criterio es, en suma, el método correcto de interpretación jurídica, y, por tanto, el método correcto para la función jurisdiccional. (Luis Recaséns Siches. El logos de "lo razonable" como base para la interpretación jurídica in: Dianoia, Anuario de Filosofía, México: Fondo de Cultura Económica, año II, 1956, num. 2, p. 53).

225

Existe, pois, uma valoração da situação posta em juízo, ao abrigo do princípio constitucional da não-discriminação, que impõe uma extensão ao art. 1º da lei 9.278/96, ao influxo da lógica do razoável, para nele integrar a possibilidade da **UNIÃO HOMOAfetiva**, sobretudo, para gerarem reflexos patrimoniais, o que, por consequência, dá foros de cidade ao pedido do autor.

É de ver que a jurisprudência vem consagrando essa posição, sendo de notar que na apelação cível nº 70006844153, do TJRS, de que foi relatora a Des. Catarina Rita Krieger Martins, afastou-se a tese da impossibilidade jurídica do pedido, verberando-se o farisaísmo do desconhecimento da existência de uniões homoafetivas e seus efeitos jurídicos.

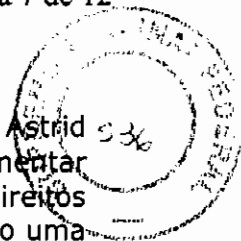
Vítor F. Kümpel assinala que o egrégio Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do REsp 24564/PA, de que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, em 1/10/2004, entendeu que "...Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da Constituição Federal." (Vítor F. Kümpel. Breves Reflexões Sobre o Homossexualismo. In: Revista Magister - Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Editora Magister S.A., nº 04 jan/fev/05, p.72 e ss).

Obviamente, em tal passo, o TSE reconheceu a existência de relação afetiva estável, como assinala Vítor F. Kümpel, que acrescentou o fato de o Min. Gilmar Mendes ter assinalado no referido voto que o Supremo Tribunal Federal já reconhece direitos previdenciários e patrimoniais entre parceiros.

Ao influxo desse acórdão do TSE, que analogicamente reconheceu a união homossexual como submetida à regra de inelegibilidade do art. 14, §7º, da CF, o eminente doutrinador que estamos a citar conclui de modo irretorquível:

"Retomando o pensamento já comentado, a decisão é muito mais do que inovadora, pois não só estabeleceu uma analogia, em norma restritiva de direito, como equiparou os institutos constitucionalmente díspares. Sem levar em conta se há ou não a mesma ratio entre **UNIÃO ESTÁVEL** homossexual e **UNIÃO ESTÁVEL** heterossexual, para considerar ambas entidades familiares, estabeleceu a Corte Eleitoral uma relação de coordenação, ou seja, fixou um dever, e, sem perceber, criou uma faculdade, pois, nas relações de coordenação, a todo dever, fixa-se um direito. O prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que, sistematicamente, nas relações de coordenação, por serem normas de conduta, como no caso em questão, o dever imposto pelo Estado às relações homossexuais, equiparando-as às relações familiares, implica a faculdade de o homossexual exigir que o Estado lhe garanta os mesmos direitos da família.

Dessa forma, fica a questão dos efeitos do precedente jurisprudencial vir a caracterizar



226

relações familiares, em que, citando pessoas como as parceiras Maria Eulina e Astrid Maria, possam, a partir de agora, exigir o direito de adoção; obrigação alimentar recíproca; direito sucessório mútuo e a meação de bens, entre tantos outros direitos familiares. Ressaltando que, como foram equiparadas a pessoas casadas e vivendo uma **UNIÃO ESTÁVEL** (por serem consideradas inelegíveis), porque, então, ao mesmo tempo, não poderiam usufruir dos direitos acima mencionados?". (Vitor F. Kümpel. Op cit).

Não há como fugir à inflexão lógica do argumento retrotranscrito, pois, se o Estado, por meio de seu mais alto Tribunal Eleitoral impôs a duas cidadãs a regra da inelegibilidade, em razão de **UNIÃO HOMOAFETIVA**, por óbvio em situações de similaridade, os parceiros de qualquer união homossexual têm o direito de requerer do mesmo Estado garantias dos mesmos direitos de família, porque foram tais direitos os empolgados para a incidência do art. 14, §7º, da CF, quando da imposição da inelegibilidade no caso aqui tomado como paradigma.

Com isso se vê que o pedido do autor é, sim, juridicamente possível e, ressalte-se, aqui, o juízo cível poderá até mesmo possibilitar a prova sobre a existência da **UNIÃO HOMOAFETIVA**, se ela vier a ser contestada, porque não se estará invadindo seara do juízo de família, haja vista que a decisão de mérito não dirá e nem esse é o objetivo do pedido, que o autor e o de cujus constituíam uma entidade familiar, mas, tão-somente, por analogia e forte na lógica do razoável, dirá, se a questão, no mérito, configura ou não uma situação de fato sobre a qual podem incidir direitos familiares, tais como aquele aqui postulado.

De assinalar que o autor deverá emendar a inicial e requerer a citação da mãe do de cujus para que intervenha no feito como litisconsorte necessária, haja vista a alegação de f. 278 de que ela está recebendo os valores da pensão por morte postulado pelo apelante, logo, eventual sentença de mérito poderá atingi-la, e assim ela tem o direito de se defender.

Com tais considerações, dou provimento ao apelo, cassa a sentença e determino o prosseguimento regular do feito.

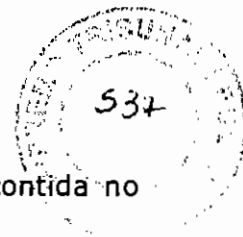
Custas ex lege.

A SRª. DESEMBARGADORA MÁRCIA DE PAOLI BALBINO:

O tema central em discussão no presente recurso não é corriqueiro em nossos tribunais, sendo de certa forma, tormentoso para o julgador brasileiro, porque novo e porque não há norma positivada que o regule de forma expressa.

Após longa reflexão, dos estudos que tenho feito do direito em discussão no presente caso, desde a primeira revisão, pacifiquei-me, agora convlcta, em dar adesão ao judicioso voto do eminente Desembargador relator, apenas em menor amplitude, como passo a expor.

Dos autos consta que, no juízo de primeiro grau, a inicial do autor foi indeferida pelo digno e culto Juiz da 11a. Vara Cível desta Capital, porque S.Exa. entendeu, conforme consistente motivação que apresentou na sentença, ser juridicamente impossível o pedido do autor, de sua inclusão como beneficiário e dependente na Sistel-Planos de Benefícios, sua inclusão como pensionista, e também o pedido de recebimento de créditos de aposentadoria por invalidez, de cujo plano foi titular o finado Gustavo Neubert, com quem o autor teria vivido em **UNIÃO HOMOAFETIVA** por vinte anos e



desde os quatorze anos.

No julgamento iniciado na sessão precedente dessa Câmara, a conclusão contida no voto, brilhante e erudito, do eminente Desembargador relator,

foi no sentido de que, ao menos em tese, a ação proposta pelo autor é juridicamente possível, entendendo S.Exa. que o pedido não encontra vedação expressa e está amparado no ordenamento jurídico delineado a partir da Constituição da República, que previu como garantias fundamentais dos cidadãos, dentre outros, a igualdade, a não-discriminação, assim como o direito processual constitucional do pleno acesso ao Judiciário. Entendeu possível o tratamento análogo da relação supostamente havida entre o autor e o finado Gustavo Neubert, à entidade familiar de que trata a Lei 9.278/96, para admitir como possível, em tese, o pedido formulado.

227

Dou minha adesão ao r. voto, mas em menor amplitude.

Em princípio, tenho que o reconhecimento de um direito não deve partir, necessariamente, apenas da norma positivada. Um direito pode ser reconhecido sem que haja lei que o preveja explicitamente, como no caso dos autos, porquanto integrante do sistema jurídico como um todo, na categoria dos direitos naturais ou fundamentais de todo ser humano, que comumente são externados, percebidos, mas só posteriormente positivados por marcantes fatos sociais, como revela a própria história da civilização, em constante modificação e evolução.

É trabalho do intérprete acompanhar atentamente o fato social e as exigências contemporâneas, em que se inserem os valores jurídicos, tão bem lembrados pelo em. Des. relator, concorrendo o intérprete para a evolução do Direito com a completa avaliação do possível alcance de certa norma, implícita na 'Lei maior'.

Num segundo momento, também refleti quanto à propriedade e à oportunidade, para o caso ora em julgamento, da máxima jurídica de que à todo direito deve corresponder uma ação em que nela se exerça.

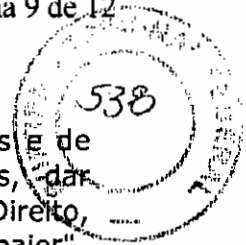
Avaliei, num terceiro momento, a necessidade de o julgador estar sempre atento ao fato social das necessidades humanas aos direitos no Estado Democrático de Direito, que informa o ordenamento jurídico brasileiro vigente.

Há, portanto, direitos fundamentais, necessários ou concebidos pelo indivíduo no seu tempo, nem sempre explicitados na Constituição (a exemplo, no país, do da dignidade da pessoa humana, que não foi elevado à direito fundamental, e que é largamente invocado ou adotado pelos julgadores na atualidade), cuja conformação no Estado Democrático, entretanto, sempre teve como fundamento de validade, na pirâmide de hierarquia das normas delineada pela doutrina, exatamente as exigências e valores sociais pressupostos, verificados das relações dos indivíduos, cada vez mais complexas e em constante evolução, direitos esses que provocam constante releitura ou novas interpretações do todo que compõe o sistema jurídico.

De se observar que a generalidade e abstração da norma constitucional propicia a asserção de que sua interpretação deva ser ampla, móvel e evolutiva,

conforme a evolução dos fatos sociais.

Segundo Juarez de Freitas em seu "A Interpretação Sistemática do Direito", São Paulo: Malheiros, o sistema jurídico consiste em:



223

"uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na lei maior".

Segundo o mencionado autor, toda parte do sistema está conectada com seu todo, e toda interpretação comete a aplicação da totalidade do sistema jurídico, de princípios gerais, de normas e de valores que integram o sistema, sendo que de tal exame conjunto é que melhor solução se dá à concretude, desde que se averigüe qual seja, em cada caso, o interesse mais fundamental, sem se afastar de sua máxima teleológica que é a finalística da realização da Justiça, recolhendo da norma o dever-ser que quis expressar.

Lado outro, o maior desafio do juiz na atualidade, segundo o filósofo Ronald Dworkin, que define o julgador da modernidade como o 'juiz héracles', é o de decidir (evidentemente que despido ao máximo possível das noções pessoais preconcebidas, apreendidas ou internalizadas ao longo de sua formação individual, como as possui todo cidadão- "Ética e Direito"- Perelman, São Paulo: Martins Fontes, 1996), analisando cada caso como um caso novo, irrepetível como os fatos da história, único e difícil sim, interpretando as normas de todo o sistema jurídico de forma sistematizada e não apenas de forma isolada e literal, também considerando e sopesando princípios e especialmente os valores sociais e jurídicos contemporâneos, para apresentar solução que se apresente como a única adequada e justa que o caso comporta, e que guarde aceitação racional segundo entendimento do cidadão médio ("A Matter Of Principle"- Dworkin- citado pelo prof. Marcelo A. Cattoni de Oliveira em seu "Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito-Belo Horizonte: Del Rey, 1997).

É fato constatável que há muito, tal como o afirma a doutrina filosófica da Ciência do Direito, não mais tem lugar a postura positivista pura, afirmada por Kelsen, pelo julgador.

É também lição de igual filósofo da atualidade, Norberto Bobbio -"A Era dos Direitos"-Rio de Janeiro: Campus, p.10 e 24, citado pela prof. Miracy B.S. Gustin em sua obra social filosófica "Das Necessidades Humanas aos Direitos",Belo Horizonte: Del Rey, 1999, que:

"A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido; [há que se distinguir entre] a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos 'sem direitos'. (...) O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protege-los".

De tais considerações e reflexões, pois, concluí pelo acerto do entendimento do em. Des. relator, a que dou adesão, no sentido de que a ação e o pedido formulado pelo autor sejam juridicamente possíveis, porquanto inseridos implicitamente na Constituição da República dentro das garantias fundamentais da igualdade, liberdade, não discriminação e do Direito Processual Constitucional do pleno acesso ao Judiciário, aos quais ainda acresço o da necessidade humana da autonomia como valor maior humano concebido na atualidade ("Das Necessidades Humanas aos Direitos" -Prof. Miracy Gustin, Op. Cit):

" A própria complexidade das tarefas que se atribui à filosofia do Direito deve ser

enfrentada. A abrangência de sua ação não mais se restringe a uma tarefa deontológica de curto alcance. É sua missão refletir não somente o direito como norma mas, também sobre o direito como fenômeno humano e cultural. (...) A busca dos valores de justiça deve estar combinada com uma permanente reiteração das questões da igualdade e da liberdade políticas. (...) Deve-se, portanto, garantir aos indivíduos e aos grupos ou coletividades oportunidades que lhes permitam adquirir capacidades efetivas de minimização de danos, privações ou sofrimentos graves e, assim, ampliar a potencialidade de atividade criativa. Em face disso, supõe-se que a pré-condição indispensável para que isso ocorra é desenvolver no ser humano a condição de autonomia. Essa condição deve ser considerada genericamente necessária e indispensável à atuação do ser humano- individual ou coletivo- no sentido de criar e recriar condições que permitam a superação de seus sofrimentos graves, sua realização como ser típico na sociedade e, ao mesmo tempo, sua liberação dos constrangimentos internos e externos. (...) Pode-se afirmar que a necessidade humana fundamental do homem contemporâneo é a autonomia, condição básica cujo conceito evoluiu e transformou-se ao longo da história do homem.

Ao julgador compete, com efeito, na qualidade de intérprete final da norma, permissa venia, no exame da concretude que se lhe apresenta, buscar não só uma solução corrente ou análoga a casos semelhantes passados, mas uma solução justa, razoável e condizente com sua especificidade e com sua atualidade, porque o fato social lhe impõe visitar conceitos, especialmente os conceitos legais indeterminados.

Quão difícil delimitar os conceitos legais indeterminados ou fluídos da igualdade, da liberdade, da autonomia, que dão, juntamente com outros, a exata noção da necessidade humana, como parâmetro do direito que se tenciona proteger no exato momento do julgamento do caso concreto, sendo admissível e razoável, entendo, adotar o método da pesquisa da necessidade humana sob foco, dentre as demais também relevantes, a partir da assimilação do grau de gravidade do dano que se verificaria com o seu não reconhecimento. Daí a sobreposição de uns valores sobre outros em cada individual julgamento do caso concreto.

No caso e nesse julgamento, quão danoso seria afirmar, dentro da concepção das necessidades humanas, não ter o autor o direito de exercer ação que lhe possibilite usufruir, como ser típico de sua sociedade, as fundamentais e amplas garantias da igualdade, da liberdade, da não discriminação como bem o alertou o eminente Desembargador relator, constantes da nossa 'lei maior'.

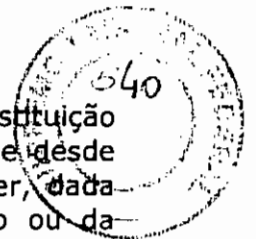
Concluindo, se igual, autônomo e livre, como um ser típico, como um cidadão da sociedade em que vive, o autor tem o direito igual ao exame de sua postulação jurídica, abstraída a nomenclatura que se possa dar, por irrelevante, à relação que ele, como alega, viveu com o finado Gustavo Neubert.

Por tais razões é que também entendo ser possível a ação e o pedido do autor, em tese, mas limitada à verificação da existência de uma relação de fato, com os seus possíveis reflexos decorrentes da dependência ou da mútua cooperação que restarem provados por ele no curso do processo, o que na jurisprudência há muito está pacificado, quando nossos tribunais passaram a reconhecer semelhantes direitos da companheira ou da concubina, antes mesmo da vigência da lei que hoje trata da **UNIÃO ESTÁVEL**.

Não vou tão além, destarte, em afirmar poder estar caracterizada 'família' na relação supostamente havida entre o autor e o finado Gustavo Neubert.

Isso porque, vejo na concepção individual e social, mesmo a mais moderna, que há

objeção da consciência livre humana, do alcance da acepção 'família' (instituição idealizada e criada pelo próprio homem no curso da evolução da civilização e desde seus primórdios), sendo possível sua verificação apenas entre homem-mulher, dada sua natural e idealizada característica, de meio fundamental da construção ou da criação do ser humano, da criação da pessoa.



230

Entendo não ser possível, demais disso, a aceitação da afirmação do autor, contida na inicial, de que há **UNIÃO ESTÁVEL** na relação que supostamente teve com o finado, porquanto a Lei 9.278/96 que regula esse específico instituto, é expresso em limitar a relação homem-mulher em suas normas regulamentares e protetivas.

Essas ressalvas, todavia, não retiram o pretense direito reclamado na inicial, analisado, como ressaltei, sob o enfoque da relação ou parceria de fato.

Naturalmente que ao autor competirá produzir prova das circunstâncias em que tal parceria de fato desenvolveu-se ao longo do tempo, para que o MM. Juiz possa aferir a extensão dos direitos materiais que terá, dentro dos que foram requeridos na inicial (já que alegou ter sido indicado como beneficiário em pecúlio e INSS do finado, não o sendo no pretendido benefício do plano SISTEL), conferindo-se, ainda, direito de defesa aos sucessores do finado, eis que, em caso de procedência dos pedidos, haverá reflexo no direito patrimonial deles.

Concluindo, acompanho o eminente Desembargador relator quando afirma da possibilidade jurídica da ação e do pedido, em tese, também entendendo deva ser citada a ascendente do finado em litisconsórcio passivo, apenas ressaltando o menor alcance do meu voto, ou seja, não reconheço a possibilidade de se equiparar a relação de fato em foco, com o conceito de família ou de **UNIÃO ESTÁVEL**.

É o meu voto.

O SR. DESEMBARGADOR LUCAS PEREIRA:

Cuida-se, na espécie, de apelação interposta por Adilson Silveira Coelho, qualificado nos autos, figurando como apelada Telemar Norte Leste E outros, insurgindo-se contra a r. decisão do MM. juiz de 1º grau, que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, por entender que o pedido formulado pelo apelante, é juridicamente impossível, uma vez que no nosso ordenamento jurídico não existe previsão legal, disciplinando a sociedade homoafetiva, decorrente de falecimento do companheiro.

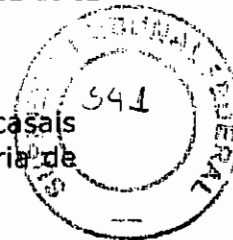
O eminente Relator, é pelo provimento do recurso.

Com efeito, prescreve o art. 226, §3º, da Constituição Federal:

"que para efeito de 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".

Todavia, embora nossa Carta

Magna discipline somente a **UNIÃO ESTÁVEL** entre o homem e a mulher, não se pode olvidar que nos dias hodiernos, a união entre pessoas do mesmo sexo constitui realidade inquestionável, não só no Brasil, como de resto, em todos os países do mundo. A propósito, noticiou dias atrás a imprensa, ou mais precisamente o "jornal Estado de Minas", edição de 21.05.2005:



"O governo espanhol quer assinar convênios com outros países para permitir que casais homossexuais tenham acesso à adoção internacional, anunciou ontem a Secretária de Serviços Sociais, Família e Incapacidade, Amparo Valcarce.

Uma vez modificada a lei, informaremos com transparência o restante de países de nossa legislação e iremos estabelecendo convênios e acordos entre eles, disse Valcarce à emissora privada, Antena 3".

231

A realidade no caso em comento, já se encontra tão sedimentada que já existe até mesmo, como de sabença, o Projeto de Lei nº 1.151/65, tramitando no Congresso Nacional, tratando do tema, sobretudo no que tange à pensão e à partilha de bens, em aditamento às leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96.

De outro norte, alhures decidiu a jurisprudência:

"A sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito, por ausência de possibilidade jurídica do pedido, não impede ao autor intentar nova demanda em que deduza pretensão mais ampla com fundamento em causa petendi distinta (STJ - 4ª Turma, Resp. 43.692-3- SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 31.5.94, não conheceram, v.u. DJU 27.6.94, p. 16988), sendo de assinalar-se, a título de justificativa, que uma determinada pretensão pode, em certo momento, não encontrar respaldo no ordenamento jurídico e mesmo não se verificar após transcurso de certo tempo, em virtude de alterações legislativas ou da própria evolução do entendimento jurisprudencial". (RSTJ 73/199)

Com essas considerações, pois, dou provimento ao recurso para cassar a sentença, nos precisos termos do voto do eminente Relator, com as ressalvas feita pela eminente Revisora.

É como voto.

AAA

██████████

██████████

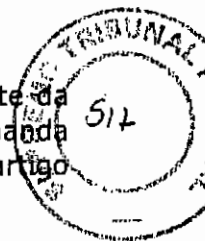


MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

232

Doc. VII

indenização por dano moral de natureza patrimonial, a verba honorária decorrente da sucumbência deve ser fixada com base no valor da vantagem auferida com a demanda ajuizada pela parte vencedora, atendendo ao comando do parágrafo terceiro do artigo 20 do CPC e não ao parágrafo quarto do mesmo dispositivo processual.



ACÓRDÃO

234

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 309.092-0, da Comarca de JUIZ DE FORA, sendo Apelante (s): 1º JOSÉ AMÉRICO GRIPPI; 2º ESPÓLIO DE DARCI TEIXEIRA DUTRA e Apelado (a) (os) (as): OS MESMOS,

ACORDA, em Turma, a Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU.

Presidiu o julgamento o Juiz CAETANO LEVI LOPES (Revisor) e dele participaram os Juízes JUREMA BRASIL MARINS (Relatora) e DUARTE DE PAULA (Vogal).

O voto proferido pela Juíza Relatora foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2002.

JUÍZA JUREMA BRASIL MARINS

Relatora

VOTO

A SRª JUÍZA JUREMA BRASIL MARINS:

Conhece-se do recurso, visto que reunidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de recursos de apelação respectivamente interpostos por JOSÉ AMÉRICO GRIPPI e ESPÓLIO DE DARCY TEIXEIRA DUTRA contra decisão da MMª Juíza monocrática que, nos autos da Ação de DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL proposta pelo apelante primevo em face do segundo, julgou procedente, em parte, o pedido inicial, declarando, por consequência, dissolvida a sociedade fática reconhecida como existente entre o autor e o falecido Darcy Teixeira Dutra, para o fim de serem partilhados os bens arrematados na constância do relacionamento havido entre os mesmos, excluindo-se da partilha o imóvel, constituído pela casa situada na Rua Olavo Bilac nº 617, sob o fundamento de que sua aquisição ocorreu pelo falecido, com exclusividade, em período em que se encontrava prestando serviço militar em Belo Horizonte, quando então teria havido ruptura temporária da convivência.

Impôs, ainda, a sentença ao Espólio, o dever de indenizar o autor por danos morais sofridos em decorrência da contaminação da AIDS, em 100 (cem) salários mínimos, ao considerar que o "de cuius" foi o responsável pela transmissão da doença ao requerente; e, considerando que houve sucumbência recíproca, determinou que o pagamento das custas processuais fosse suportado na proporção de 30% (trinta por cento) para o autor e 70% (setenta por cento) para o Espólio, fixando-se, também, os honorários advocatícios em R\$500,00 (quinhentos reais) para o patrono do réu e

R\$2.000,00 (dois mil reais) para o do suplicante, suspendendo-se a verba atinente à condenação deste, à vista de o mesmo encontrar-se sob o pálio da gratuidade judiciária.

Contra-razões recursais, às fl. 251/253 e fl. 255/261, apresentadas, respectivamente, pelo requerente e requerido.

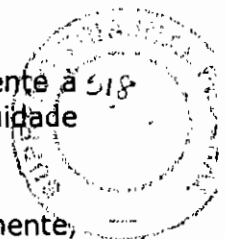
Registre-se, "ab Initio", que os recursos aforados serão analisados em conjunto, por se encontrarem interligadas as matérias contidas nas razões recursais, desafiando uma só decisão que atenderá a todos os reclamos e insurgências das partes.

Revelam os autos que o autor, sob a afirmativa de haver vivido 31 anos em companhia do falecido Darcy Teixeira Dutra, estabelecendo com o mesmo uma relação pessoal e social, com características familiares e de sociedade de fato, até 05 de janeiro de 1999, quando ocorreu seu óbito, ajuizou a presente ação de dissolução de sociedade de fato c/c indenização por dano moral contra o espólio respectivo, pretendendo a partilha dos bens arregimentados durante o período de convivência, e, ainda, o ressarcimento de quantia equivalente a 2.000 (dois mil) salários mínimos, em decorrência de o mencionado companheiro o haver infectado, premeditada e dolosamente, com o vírus da AIDS.

A MM. Juíza singular, por ocasião da sentença, considerando a impossibilidade de alheamento à realidade social, reconheceu a existência de um relacionamento homossexual entre o autor e o falecido, e as conseqüências daí advindas, afirmando que, embora não haja disposição a respeito na legislação pátria regulando a matéria, não se pode olvidar que aquela relação há de ser vista como uma sociedade civil de **PESSOAS DO MESMO SEXO**, amparada pelo artigo 1.363 da Lei Substantiva, tendo, em decorrência, deferido ao requerente a partilha dos bens adquiridos no período de efetivo convívio, bem como o pedido indenizatório formulado na inicial, restrito a 100 (cem) salários mínimos, sob o entendimento de que fora o "de cujus" quem transmitiu o vírus da AIDS ao postulante e não o contrário.

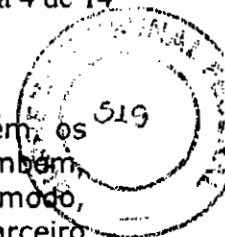
Registre-se, antes de se adentrar ao mérito da questão substancial, que, em se cuidando de relacionamento afetivo entre **PESSOAS DO MESMO SEXO**, impossível é o seu enquadramento como concubinato ou **UNIÃO ESTÁVEL** à luz da legislação brasileira, já que a Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo terceiro, refere-se expressamente à **UNIÃO ESTÁVEL** como instituto ocorrente entre um homem e uma mulher, afastando, portanto, a possibilidade de uma relação homossexual ser inserida nesse texto, o mesmo acontecendo com as Leis 8.971/94 e 9.278/96, que tangenciam o tema em tela.

Diferentemente da legislação pátria, na Europa, em especial, o movimento em prol da liberação da união entre **PESSOAS DO MESMO SEXO** encontrou campo fértil na Dinamarca, Holanda, Noruega, Suécia e outros países, ressaltando-se que, na Dinamarca, a união homossexual é equiparada ao casamento heterossexual, exceto no que diz respeito à adoção, que é proibida, devendo pelo menos um dos parceiros residir permanentemente naquele país e ter nacionalidade dinamarquesa para se admitir a formalização da **UNIÃO ESTÁVEL**, cabendo inclusive acentuar, a título de registro histórico, que naquela Nação um membro do governo, ex-ministro da saúde, candidato ao parlamento europeu, segundo notícia o Correio Braziliense de 21.03.1999, "casou-se, em cerimônia discreta, presidida pelo Prefeito de Copenhague, com um Administrador de Empresas" (Leon Frejda Szklarowsky, Sub-Procurador Geral da Fazenda Nacional, "in" União entre **PESSOAS DO MESMO SEXO** (Civil), texto confeccionado em 21.03.1999, Informa Jurídico - Edição 22 - v. III).



235

Evidencia-se essa semelhança jurídica na legislação norueguesa, podendo, porém, os parceiros, partilhar da administração familiar ou pátrio poder, como ocorre, também, na Islândia, não se podendo deixar à margem de registro que a Suécia, de igual modo, formalizou as uniões entre homossexuais, enquanto que a França facultou ao parceiro beneficiar-se do seguro social, ao que se acresce que a Associação Americana de Psicologia e outros organismos internacionais excluíram a homossexualidade da lista de doenças mentais, passando a mesma, a partir daí, a integrar os costumes locais.



238

No Brasil, a situação é disciplinada de forma diversa, sendo que a família, na Constituição de 1934, constituída pelo casamento indissolúvel, estava sob a proteção do Estado, e se condicionava à verificação dos impedimentos e ao processo de oposição para a sua validade, com observância das disposições legais, ou seja, do Código Civil de 1916, ainda em vigor, o mesmo ocorrendo em relação à Carta de 1937, que enunciava constituir-se a família pelo casamento indissolúvel, ressaíndo da leitura de todos os dispositivos pertinentes a demonstração inequívoca de que o ato consorcial só se operava pela união do homem e da mulher, o mesmo ainda acontecendo em relação à Constituição Democrática de 1946, e à Constituição de 1967, bem como à sua emenda nº 01 de 1969, nas quais se consigna a constituição da família pelo casamento de um homem e de uma mulher sob a proteção do Estado.

Embora a Constituição vigente, de 1988, mostre-se mais liberal na conceituação de família, referindo-se-lhe como a base da sociedade, com exercício igualitário dos direitos e deveres entre o homem e a mulher, deixa claro que a comunidade familiar somente pode ser formada por pessoas de sexos distintos, afastando, em consequência da proteção constitucional, o tipo de relacionamento entre homossexuais, de que trata a hipótese aqui versada.

Os tribunais do País, contudo, procurando acompanhar a evolução dos fatos, têm reconhecido a existência de sociedade civil de natureza fática entre **PESSOAS DO MESMO SEXO**, mas como se sócios fossem os parceiros, e nunca como entidade familiar, nos termos em que lhe emprestam a Constituição e a legislação vigente, tendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, acerca de bens deixados por renomado pintor, decidido que, "à semelhança de um contrato societário, o esforço e a contribuição do parceiro devem ser levados em conta na partilha dos bens" ("in" op. cit., texto confeccionado em 21.03.1999, Informa Jurídico - Edição 22 - vol. III).

O Superior Tribunal de Justiça, pela voz do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, admitiu igualmente o direito à partilha de bens adquiridos por parceiros em vista de sua mútua colaboração (Revista dos Tribunais, v. 742), anotando-se, diante do cenário que ora se apresenta, internacionalmente e neste País, em que os fatos evoluem de forma célere e determinada no sentido da propagação de uniões livres entre pessoas inclusive do mesmo sexo, que o direito não pode manter estático, mas deve evoluir de acordo com o aperfeiçoamento cultural do povo, não podendo o Judiciário, ante esses expressivos fatos sociais, quedar-se inerte, como mero espectador, diante de situações que desafiam justas decisões jurídicas e sua imprescindível intervenção, mesmo porque, agindo diferentemente, estar-se-ia violando o preceito constitucional contido no artigo 3º da Carta Magna, segundo o qual constitui, dentre outros, 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.

Subtrai-se dessas digressões que, se por um lado, o direito pátrio não possibilita reconhecer a união entre **PESSOAS DO MESMO SEXO**, como concubinato ou **UNIÃO ESTÁVEL**, a merecer a proteção do Estado, ao teor do preceito constitucional contido no artigo 226, parágrafo terceiro, com caráter de entidade familiar, não se olvida, lado outro, que a referida união possa perfeitamente configurar sociedade de fato, de

natureza civil, ao amparo do disposto no artigo 1.363 do Código Civil em vigor, segundo o qual "Celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns".

Com efeito, é cediço que o concubinato e a sociedade de fato são institutos jurídicos inconfundíveis, uma vez que a existência do primeiro não se afigura requisito necessário, nem suficiente para o reconhecimento do segundo, ou seja, da sociedade de fato, ao se ter em conta que esta resulta da efetiva contribuição da parte autora para a formação do patrimônio que se pretende partilhar, fundando-se a partilha de bens na imperiosidade de coibir o enriquecimento sem causa ou locupletamento indevido, que constitui princípio geral de direito; registrando-se que o concubinato é uma união livre e estável de um homem com uma mulher, na linha do direito brasileiro, conforme ressaltou linhas atrás, como se marido e mulher fossem, convivendo notoriamente sob o mesmo teto, com fidelidade recíproca, enquanto que a sociedade de fato caracteriza-se pela soma de esforços ou recursos, independentemente de os partícipes serem ou não do mesmo sexo e de coabitarem.

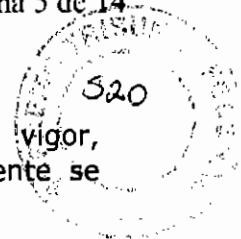
A sociedade de fato, segundo registra o advogado Chiang de Gomes, em artigo publicado na Revista Jurídica nº 205, de novembro de 1994, sob o rótulo de "O Concubinato e a Constituição/88", p. 141, "vai se formando com o decurso do tempo, construída com a colaboração mútua dos sócios, sem a idéia preconcebida de celebração de um negócio jurídico societário, mas com o intuito de uma obra comum a realizar, ou com a subconsciente intenção de uma affectio societatis (cf. Campos Batalha, "Direito Processual Societário", Forense, 1986, p. 57), cumprindo observar o cerne da definição: com o curso do tempo, com a colaboração mútua dos sócios, sem idéia preconcebida de um negócio jurídico".

Destarte, a questão submetida a julgamento não poderá ser examinada sob o ângulo do direito de família, mas sim à luz do direito obrigacional, especificamente o mencionado artigo 1.363 do Código Civil pátrio, cabendo ao Julgador, em primeiro plano, averiguar a existência ou não da alegada sociedade fática, apta a gerar direitos patrimoniais.

Vale anotar que o mencionado dispositivo legal refere-se literalmente em seu texto, de forma alternativa, a combinação, pelos sócios, de esforços ou recursos, objetivando um fim comum, não exigindo, assim, que a colaboração de cada partícipe seja de natureza estritamente financeira, podendo caracterizar-se pela simples prestação laboral, como aliás o admite o próprio direito comercial ao instituir entre as modalidades de empresas a de Capital e Indústria, em que um dos sócios entra com o capital e o outro com o trabalho, conjugando, dessa forma, esforços e recursos, com a finalidade de se alcançar um fim comum.

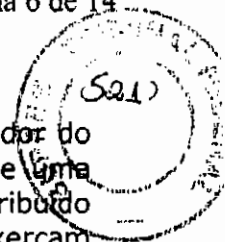
Tem evoluído, no direito pátrio, a "Teoria da Colaboração Indireta", em que se permite invocar, por analogia à espécie, registro do Ministro Moreira Alves, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal (RSTJ 25/335), em que, discorrendo sobre a matéria em tese, com sua conhecida perspicácia, apercebeu-se de que a prova da contribuição não poderia ser considerada apenas na modalidade direta, mas também na indireta, caracterizada pela execução de serviços domésticos, e administração do lar, contribuindo, assim, o partícipe sem rendimentos, decisivamente, para a formação do patrimônio amealhado.

Posteriormente, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no REsp. nº 1.648/RJ (Revista Jurídica 154/91), de relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, consignou que, para a configuração da sociedade de fato, "não é indispensável seja a colaboração direta; a indireta, ainda que restrita ao trabalho doméstico, poderá ser bastante, pontificando, a



237

seguir, o seu posicionamento desde quando ainda Juiz de Direito e Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que, para se reconhecer a existência de uma sociedade de fato, não é indispensável que ambos os partícipes hajam contribuído diretamente para a formação do patrimônio, não se exigindo que os mesmos exerçam atividades remuneradas e com o produto destas colabore para a aquisição dos bens".



233

Referindo-se à sociedade de fato entre heterossexuais, cujo conceito aqui se toma por analogia, tem-se que o TJ/SP, no acórdão 145.071-1, proferido por sua Segunda Câmara (Revista Jurídica 185/77), estendendo, de forma excepcional, a compreensão do que se deve entender pela expressão colaboração indireta, considerou-a como "afeto, apoio, inspiração, compreensão, cumplicidade e segurança psicológica enquanto persistir a correspondência afetiva, de sorte que, é a mulher, enquanto presença, estímulo, amparo e refúgio, que na aventura da parceria possibilita ou facilita todas as outras aquisições, inclusive as de ordem patrimonial" (Revista Jurídica, 185/77).

Adentrando-se ao exame do cerne da controvérsia instaurada pelas partes, à luz do dispositivo legal invocado, dos ensinamentos esposados "in retro" e dos elementos probatórios ínsitos nos autos, constata-se que, efetivamente, o autor e o falecido conheceram-se nos idos de 1968 (fl. 06), travando, a partir daí, um relacionamento de ordem afetiva, que se acentuou paulatinamente a partir de 1970, sendo que, em 1974, após a morte da genitora do requerente, passaram a viver sob o mesmo teto, consoante deflui da farta prova testemunhal, "in verbis":

"que há nove anos e nove meses o depoente é caseiro do autor no Sítio Santa Isabel; que as funções do depoente são ligadas às lides rurais; que o depoente ou sua mulher nunca chegaram a prestar serviços dentro da casa do Tenente Darcy e de José Américo; que quando o depoente foi trabalhar no Sítio Santa Isabel José Américo lá já residia, assim como Darcy; que Darcy saía de manhã, às vezes, mas José Américo sempre permanecia em casa..." (Francisco Paulo Nogueira, fl. 191, sem destaque no original);

"que o depoente foi casado com a irmã de José Américo, mas da mesma se separou judicialmente; que desde 1965 José Américo teve relacionamento com Darcy, visto que sempre estavam juntos; que José Américo passou a não dormir em casa em finais de semana e ficava envergonhado de dizer que estava com Darcy, sendo que nessa época José Américo trabalhava em Banco; que mais ou menos no ano de 1970 José Américo e Darcy passaram a viver juntos...; que apesar do depoente saber que José Américo e Darcy viviam maritalmente, nada pôde fazer inclusive porque era Oficial à época e Darcy era Sargento, sendo que o depoente não poderia provar a situação e diante do Conselho de Disciplina quem desse a parte teria que fazer a prova do alegado...; que tem ciência de que recentemente José Américo e Darcy compraram um apartamento" (José Dirceu Lacerda, fl. 193, sem destaque no original);

"que desde 1986 a depoente tem ciência do relacionamento homossexual entre José Américo e Darcy; que quando a depoente conheceu José Américo e Darcy os dois já moravam juntos, pois já tinham o sítio e de vez em quando vinham para o apartamento de José Américo" (Ottília Maria de Oliveira, fl. 195, sem destaque no original);

Revelando os depoimentos invocados que, efetivamente, o autor e o falecido tiveram uma longa convivência, em que coabitaram na maior parte do tempo, no local denominado Sítio Santa Isabel, registrado em nome de Darcy, bem como no apartamento da Rua Espírito Santo, em Juiz de Fora, conhecido como sendo de José Américo, passar-se-á ao exame da aferição quanto à existência real da alegada sociedade de fato, seja através da contribuição direta, seja indireta, ao teor do



dispositivo legal mencionado "in retro" (artigo 1.363 do Código Civil).

A prova testemunhal, especialmente a exibida pelo autor, a quem cabe o ônus probatório, além de deixar patenteado "quantum satis" a existência de um relacionamento de ordem afetivo-sexual entre o requerente e o falecido, mostra-se igualmente apta a demonstrar, de forma plenamente satisfatória, a colaboração recíproca dos parceiros para a formação do patrimônio em disputa, numa inequívoca comunhão de esforços e recursos, em que o suplicante apresenta-se, em sua essência, como colaborador indireto, e o "de cujus" na ordem direta, sem que se possa descartar, diante dos elementos informativos do processo, uma colaboração direta do parceiro sobrevivente, ainda que em menor escala.

230

Consoante se depreende do depoimento de Francisco Paulo Nogueira, caseiro dos mencionados parceiros, por cerca de quase 10 anos, "não havia empregada na casa de Darcy e José Américo; que José Américo lavava roupa, cozinhava, faxinava, lavava a casa, passava a roupa e cuidava das galinhas; que a parte doméstica era toda com José Américo e Darcy cuidava de animal, vez que além de vacas, no sítio havia uma égua...que quem efetuava os pagamentos era Darcy, mas o mesmo dizia que era sócio de José Américo; que quando o depoente foi contratado pelo tenente Darcy, chegou a trocar idéia com José Américo, e foi nessa ocasião que Darcy disse que José Américo seria seu sócio" (fl. 191, sem destaque no original).

José Dirceu Lacerda afirmou que "o pai de José Américo era homem de posses; que depois veio a perder...; que o pai de José Américo o ajudou muito, inclusive para a aquisição do sítio...; que tem ciência de que recentemente José Américo e Darcy compraram um apartamento; que o dinheiro que Darcy recebia não daria para comprar o que comprou sem a ajuda de outra pessoa e isto comparando com os vencimentos do depoente...; que o pai de José Américo não gostava de fazer negociações bancárias, sendo que guardava em casa dólares, e quando do seu falecimento José Américo e sua irmã receberam os dólares, não podendo o depoente precisar a quantia exata, mas sendo por volta de 40.000 dólares; que mesmo após o falecimento do pai de José Américo, a sua mãe continuou a ajudá-lo, não só financeiramente mas até passava dias no sítio...; que no relacionamento José Américo é que fazia o papel de dona de casa, cuidando dos afazeres domésticos" (fl. 193/194, sem destaque no original).

Segundo declarou a testemunha Otília de Oliveira, "que tem ciência de que José Américo é quem se incumbia dos afazeres domésticos...; que a partir de 1989, data em que a depoente passou a ter convivência com a mãe de José Américo, tem ciência da situação financeira do autor; que pelo conhecimento da depoente a situação financeira de José Américo era estável; que em termos de consistência financeira José Américo a possuía tendo em vista que seus pais lhe forneciam dinheiro" (fl. 195/196, sem destaque no original).

Constatando-se, destarte, a ocorrência da colaboração do autor para a formação do patrimônio em questão, tanto pela via indireta, ao assumir a responsabilidade por todos os trabalhos domésticos e administração do lar, como pela via direta, através de recursos financeiros fornecidos por seus genitores, é de se reconhecer, ao lado da comprovação de um longo período de convivência sob o mesmo teto, que entre o autor e o falecido houve, numa expressão mais técnica, autêntica comunhão de interesses, formando uma sociedade a que os juristas de escol denominam de irregular ou fática, com todas as conseqüências jurídicas que lhe são inerentes, em especial o direito à partilha de bens, objeto nuclear da postulação em tese.

Reconhecida a convivência entre os sócios em torno de 30 anos, e, considerando que os bens adquiridos em nome do "de cujus" provêm da combinação de esforços e

523

recursos fornecidos por ambos, resta imune de dúvida que a partilha deverá operar-se na ordem de 50% (cinquenta por cento) para cada um, por não se poder precisar qualquer desproporcionalidade entre as mencionadas participações, já que a lei não estabelece supremacia de uma espécie de colaboração sobre a outra, equiparando-as, ou seja, as contribuições direta e indireta, para os efeitos de partilha.

Definida a participação patrimonial igualitária, comporta exame a questão relativa à pretensão do apelante-autor em ver incluído na partilha o imóvel da Av. Olavo Bilac, nº 617, em Juiz de Fora, excluído pela sentença, sob o fundamento de que, no período de sua aquisição, 1983, o falecido Darcy prestava serviço militar em Belo Horizonte, achando-se, assim, suspenso o relacionamento travado entre ambos no período em referência.

240

Analisando-se, com percuclência, a prova dos autos, verifica-se que as testemunhas foram claras e precisas ao afirmar que, embora o falecido Darcy haja, de fato, trabalhado por cerca de três anos em Belo Horizonte, prestando serviço militar, o mesmo ia para Juiz de Fora quase todos os finais de semana, para a sua casa no Sítio, local onde José Américo morava, sendo que, quando Darcy para lá não se dirigia, era o autor quem ia para Belo Horizonte, quando então dormia no próprio Quartel em que se encontrava residindo temporariamente seu parceiro, concluindo-se, daí, que o relacionamento entre o suplicante e o "de cujus" manteve-se incólume mesmo no período em que este laborou nesta Capital.

Confirmam a continuidade do relacionamento entre o autor e o falecido, mesmo no período em que este residia em Belo Horizonte, os depoimentos das testemunhas José Dirceu Lacerda, arrolada pelo autor, e de Maria Isabel Ribeiro Rosa, arrolada pelo próprio Espólio, "in verbis":

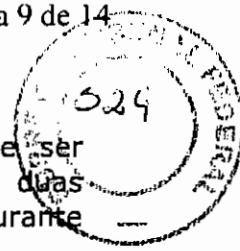
"que Darcy chegou a trabalhar em Belo Horizonte, mas vinha todos os fins de semana para a sua casa no sítio, local onde José Américo morava, e quando Darcy não vinha a esta cidade, José Américo ia a Belo Horizonte, sendo contado por José Américo que chegou a dormir no Quartel" (fl. 194);

"que durante algum tempo Darcy chegou a trabalhar em Belo Horizonte e vinha a esta cidade todo fim de semana" (fl. 199).

Desta forma, não há como fugir à evidência de que houve uma convivência ininterrupta entre Darcy e José Américo, com status de comunhão de Interesses ou sociedade fática, de modo a ensejar o partilhamento de todos os bens adquiridos nesse período, consistentes no direito de uso de uma linha telefônica (fl. 33), três automóveis (fl. 35/36), o apartamento da Avenida dos Andradas, 340/802 (fl. 37/41), o Sítio Santa Isabel (fl. 42/43v.), a Granja no lugar denominado Tabaporanga (fl. 44/46), os semoventes (fl. 47), o saldo de poupança (fl. 32 e 48), o saldo da conta corrente (fl. 32 a 49) e bem assim a casa residencial, situada na Av. Olavo Bilac, 617/conjunto 06, matrícula nº 11.152-R-2, indevidamente excluída da partilha pela sentença.

O entendimento ora externado encontra abrigo nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, "verbis":

"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 da sociedade de fato com os requisitos do artigo 1363 do Código Civil" (REsp. nº 148897/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 10.02.98, Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre **PESSOAS DO MESMO SEXO** - Luiz Salem Varella, ed. H Juris, 1ª edição).



"...A primeira questão proposta no recurso versa sobre a possibilidade de ser reconhecida a existência de sociedade de fato resultante da convivência entre duas **PESSOAS DO MESMO SEXO**, a determinar a partilha do patrimônio adquirido durante esse tempo.

Tratando-se de união heterossexual, a jurisprudência tem reconhecido o direito de a companheira - que contribuiu, seja com a renda do seu trabalho produtivo ou com o fornecimento de recursos próprios, seja mediante a prestação de serviços domésticos - receber parte do patrimônio que se formou graças a essa conjugação de esforços, destinados a garantir uma situação econômica estável.

241

Examinando os julgados que enfrentaram a questão, desde os primórdios do surgimento dessa orientação jurisprudencial, vê-se que o eg. STF, em repetidas ocasiões, ao aplicar a Súmula 380, reafirmou o seu entendimento de que "a sociedade de fato, e não a convivência more uxorio é que legitima a partilha de bens" (RE 84969/RJ - RTJ 80/260; RE 81099/MG, RTJ 79/229). Nesse último recurso, o em. Min. Moreira Alves enfatizou a diferença que deve ser feita entre "a sociedade de fato (que é de caráter puramente patrimonial) e a comunhão de vida" (RTJ 79/236).

Neste Superior Tribunal de Justiça persistiu o mesmo entendimento, acentuando-se a sociedade de fato como pressuposto para o reconhecimento do direito à partilha do patrimônio comum dela resultante...constando da ementa do REsp. 4599/RJ: "A criação pretoriana inscrita no verbete de nº 380 da Súmula do STF tem por referência os artigos 1.363 e 1.366 do Código Civil; os efeitos patrimoniais, ali descritos, decorrem do direito das obrigações" (rel. Min. Nilson Naves).

Foi só mais tarde, com a evolução do direito de família, especialmente após a Constituição de 1988, que o tema passou a ser tratado como uma questão familiar.

A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui a aplicação ao disposto na norma de Direito Civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1.363 do Código Civil: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que esta união - embora criticada - existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abrange e regula (Considerações do relator Min. Ruy Rosado de Aguiar).

(...) Outro aspecto a ser levado em consideração, a respeito, é que o objeto litigioso deduzido em juízo, por mais relevantes que sejam as considerações paralelas, diz com o direito obrigacional. Com efeito, embora permeadas as colocações com aspectos de relacionamento afetivo e amoroso, de convivência humana, de busca da felicidade, as causas de pedir e os pedidos estão vinculados ao Direito Obrigacional. Se assim é, se estamos usando a causa sob o prisma do direito patrimonial, é de convir-se de que já há uma farta jurisprudência deste Tribunal a subsidiar a matéria, pouco importando que a causa envolva relacionamento homem/mulher, homem/homem, ou mulher/mulher. Logo, temos que enfrentá-la sob o ângulo do direito obrigacional, e, nesse campo, como demonstrou o Ministro Relator, pode-se trazer não só jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, na vigência do sistema constitucional anterior, como também afirme jurisprudência deste Tribunal, que tem sido enfática em afirmar que, rompida a sociedade de fato, há proteção jurídica aos interessados que nela estiverem envolvidos, inclusive para evitar o enriquecimento sem causa (Considerações do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em voto de adesão à tese do relator)" (Recurso Especial nº 148897-MG (reg. 97 661245), rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar -

Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre **PESSOAS DO MESMO SEXO** - Luiz Salem Varella, ed. H Juris, 1ª edição).



242

À pretensão do espólio-apelante, de que, na hipótese de manutenção do "decisum" quanto ao reconhecimento da sociedade fática, deve também ser partilhado o apartamento 406 da Rua Espírito Santo, nº 785, registrado exclusivamente em nome do autor, porquanto adquirido no período de convivência entre o falecido e aquele, assinala-se que, não obstante a matéria se afigure, "a priori", relevante, a merecer uma análise mais profunda pelo Judiciário, não se pode, nesta oportunidade, enfrentá-lo, como está a objetivar o recorrente, uma vez que não foi colocado na forma processual adequada, em linha de reconvenção, nada impedindo, contudo, que os interessados, se o assim o desejarem, reabram a discussão em sítio pertinente, cumprindo frisar que não constitui a presente decisão qualquer posicionamento acerca da questão ora enfocada.

No que pertine aos bens móveis e utensílios que guarnecem a residência comum, ou seja, o Sítio Santa Isabel em que viviam, ressalte-se que, reconhecendo-se a meação do autor sobre os bens arrematados durante o período de convivência, a meação quanto aos referidos móveis e utensílios é consequencial, não importando qualquer controvérsia sobre o assunto.

No que concerne ao dano moral, é de se observar que, enquanto o autor busca a sua ampliação, sob o fundamento de que o "quantum" fixado em 100 (cem) salários mínimos mostra-se irrisório e incompatível com o prejuízo sofrido em decorrência de sua contaminação pela AIDS, por ato deliberado do falecido, o Espólio, por sua vez, pleiteia a sua extinção, sob a assertiva de ser impossível estabelecer qual dos dois parceiros teria infectado o outro, não podendo prevalecer a presunção firmada com base no falecimento precedente de Darcy, bem como por não haver qualquer prova de que este haja deliberadamente contaminado o requerente, acrescentando, ainda, que o suplicante tinha pleno conhecimento da sua doença, uma vez que com ele conviveu por longo tempo, na mais absoluta intimidade, assumindo, assim, os riscos decorrentes.

Registre-se que o dano moral constitui prejuízo decorrente da dor imputada à pessoa, em razão de atos cujas conseqüências ofendem, indevidamente, seus sentimentos, provocando constrangimento, tristeza, mágoa ou atribulações na esfera interna pertinente à sensibilidade moral, definindo-o José Eduardo Callegari Cenci, inspirado em Wilson Melo da Silva, "como aquele que diz respeito às lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural - não jurídica - em seu patrimônio de valores exclusivamente ideais, vale dizer, não econômicos. Na conformidade desta doutrina, o dano moral teria como pressuposto ontológico a dor, vale dizer, o sofrimento moral ou mesmo físico inferido à vítima por atos ilícitos, em face de dadas circunstâncias...", e acentua que o "dano moral é, em síntese, o sofrimento experimentado por alguém, no corpo ou no espírito, ocasionado por outrem, direta ou indiretamente derivado de ato ilícito" (Considerações sobre o Dano Moral e sua Reparação, RT 683/46).

O legislador constituinte (artigo 5º, 'caput', e inciso X) assegurou, indistintamente, o direito à vida privada, à integridade física e moral, à honra e à imagem das pessoas, como direitos invioláveis, passíveis de ser indenizados em qualquer situação, o que permite concluir que a ação causadora de danos a outrem, máxime em se tratando de ameaça a valores protegidos como aspectos basilares da personalidade humana, Insere-se nesse contexto, sendo certo que a tristeza e o constrangimento resultantes de ofensa à dignidade da pessoa merecem a reparação civil, se para isso não contribuiu o ofendido, de qualquer modo.

O dever de indenizar encontra suas diretrizes no art. 159 do Código Civil, ao preconizar

que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano, advindo dessa norma que o dever ressarcitório exige a presença da culpa, observando, a propósito, J. M. Carvalho Santos, que "o essencial para ver a responsabilidade civil não é somente a imputabilidade; é preciso também que o fato seja culposos, isto é, contrário ao direito. A palavra culpa é empregada aí não no seu sentido restrito, mas no seu significado mais lato, abrangendo até o dolo. O nosso legislador, não se afastando da doutrina tradicional, conserva a responsabilidade civil com fundamento na culpa, provocada ou presumida, não acolhendo a nova teoria da responsabilidade sem culpa, tal como a querem Unger, e outros juristas de não menor porte" (Código Civil Interpretado, III/320-321).

526
243

Elucida o doutrinador Rui Stoco, em sua obra Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial (3ª edição, p. 57), que "o nosso Código adotou o princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade, embora tenha havido concessões à responsabilidade objetiva", acentuando Silvio Rodrigues (Direito Civil, IV/17) que a "ação ou omissão do agente", "para que a responsabilidade se caracterize, mister se faz a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou pelo menos culposos" e explicita:

"No dolo o resultado danoso, afinal alcançado, foi deliberadamente procurado pelo agente. Ele desejava causar dano e seu comportamento realmente o causou. Em caso de culpa, por outro lado, o gesto do agente não visava causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, de sua imprudência ou imperícia resultou um dano para a vítima".

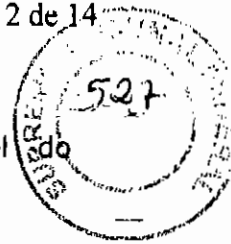
Arnaldo Rizzardo, ao dissertar sobre o referido texto legal, pondera que "o ato ilícito não se constitui prescindido de culpa, que é apenas um de seus elementos. Sem ela, não se revela, vindo a formar o seu elemento anímico. Surge porque preexistiu a transgressão de uma norma. Mas, nota-se, como afirma com autoridade Aguiar Dias, ele surge quando a culpa traz efeito material, ou quando passa do plano puramente moral para a execução material. Então, se há a repercussão do ato ilícito no patrimônio de outrem, e aí está a consumação do ato ilícito, concretiza-se a responsabilidade civil. Culpa materializada redundando em ato ilícito, o qual desencadeia a obrigação" (A Reparação nos Acidentes de Trânsito, 8ª ed., p. 18/19-TA).

Tem-se, destarte, que, no direito privado, a responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido por outrem, advém do ato ilícito, resultante da violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular, tendo Antônio Lindbergh C. Monteiro especificado como pressupostos necessários ao dever de indenizar: "a) o dano, também denominado prejuízo; b) o ato ilícito ou risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c) um nexo de causalidade entre tais elementos" (Do Ressarcimento de Danos Pessoais e Materiais, p. 10), desdobrando Silvio Rodrigues ("in" op. cit. p. 14) o artigo 159 nos pressupostos: "ação ou omissão do agente; culpa do agente; relação de causalidade e dano experimentado pela vítima".

Nesse sentido, pontifica Humberto Theodoro Júnior:

"O dever de reparar o prejuízo gerado pelo ato ilícito assenta-se na conjugação necessária de três elementos fundamentais:

- a culpa lato sensu, de maneira que só o fato lesivo intencional ou imputável ao agente por omissão de dever autoriza a responsabilidade civil;
- o dano, ou seja, a lesão provocada no patrimônio da vítima; e



- o nexó de causalidade entre o dano e o comportamento censurável "agente" (Responsabilidade Civil, II/23, nº 187).

Ante tais conceitos, considera-se fato culposo o que podia ser evitado, sendo certo que diante da omissão em o fazer, surge a responsabilidade, e, conseqüentemente, o dever de ressarcir, valendo lembrar, a propósito, o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira ao declarar que "a conduta humana pode ser obediente ou contraveniente à ordem jurídica. O indivíduo pode conformar-se com as prescrições legais, ou proceder em desobediência a elas. No primeiro caso, encontram-se os atos jurídicos. No segundo, estão os atos ilícitos, concretizados em um procedimento em desacordo com a ordem legal" (A Reparação nos Acidentes de Trânsito, Arnaldo Rizzardo, p. 22).

214

Examinando-se o pedido de dano moral formulado pelo autor com base nos ensinamentos invocados "in retro", assinala-se, em primeiro plano, ser indubitoso que Darcy teve como "causa mortis" a AIDS (fl. 144, 147/148), e que, igualmente, o requerente acha-se contaminado pela mesma enfermidade (fl. 52/53), não havendo qualquer resquício de dúvida que o contraimento da referida doença se deu através de relações sexuais praticadas pelos parceiros, sendo imperioso afirmar, com base no depoimento do Dr. Luiz Godinho Delgado (fl. 192), infectologista, que, à luz da medicina atual, não se pode precisar rigorosamente a época em que o suplicante contraiu o vírus do HIV, mas, por aproximação, declarou ter o contágio ocorrido entre 04 e 05 anos, ressaltando-se, em outro, passo, que o falecido o contraiu em 1993, conforme reconhece expressamente o representante legal do Espólio, Djalma Dutra, ao asseverar que fora o seu filho, médico, que, ao pedir o exame de sangue de rotina do tio Darcy, constatou que o mesmo era portador da referida imunodeficiência (fl. 188).

Vê-se, portanto, que além da existência de uma presunção técnica de que fora Darcy quem contraía em primeiro lugar a doença, conforme declarou o mencionado infectologista, em seu depoimento de fl. 192, inquestionável se mostra que o "de cuius", ao ser diagnosticado como aidético em 1993, certamente já era antes portador da enfermidade, enquanto que o autor somente a contraiu há cerca de 04 ou 05 anos, ou seja, muito depois do parceiro, ressaíndo, daí, imune de controvérsia, não mais por presunção, mas por certeza, que foi o falecido quem transmitiu a AIDS para José Américo.

Acentua-se, também, com apoio no depoimento prestado por José Dirceu Lacerda (fl. 194), que, "José Américo deu sua vida para Darcy, inclusive este foi quem fez com que José Américo largasse o emprego no banco", sendo que, de outro lado, o próprio irmão do falecido, representante legal do Espólio, Djalma Dutra, afirmou que, "após a saída de Darcy do Exército, o depoente ouviu dizer que ele andava com uns rapazes, e inclusive em uma exposição em Leopoldina, tiveram que sair correndo porque deram em cima de uns outros rapazes" (fl. 188), concluindo-se, assim, diante desses elementos probatórios e, considerando-se, ainda, a postura de José Américo no relacionamento travado com o "de cuius", assumindo os serviços domésticos, e vivendo em completa submissão ao comunheiro, além de não existir sequer indícios de infidelidade do requerente que pudessem induzir a possibilidade de ter sido o transmissor do vírus da AIDS para o parceiro.

Tem-se, destarte, como demonstrada insofismavelmente a fidelidade do autor, seu apoio incondicional ao parceiro após o diagnóstico e a manifestação concreta da doença, mantendo uma convivência de forma solidária e afetiva, acompanhando-o aos médicos, aos hospitais, e permanecendo em sua companhia, diuturnamente, até o respectivo decesso.

Nesse sentido é o depoimento de Tereza Maria Guarnieri (fl. 190), enfermeira do

Hospital Militar, segundo o qual foi José Américo quem a auxiliava, durante os seus plantões, nos banhos, alimentação e cuidados de forma geral para com Darcy, afirmando, ainda, que chegou a ver alguns parentes do falecido como visitas, mas não ajudando ao paciente.

A testemunha Otília Maria de Oliveira (fl. 195) declarou que, "foi através de José Américo que a depoente tomou conhecimento de que Darcy estava internado e imediatamente a depoente correu para o Hospital, sendo que lá ficava o número de seu telefone para qualquer emergência; que todas as vezes em que foi ao Hospital, a depoente só encontrava José Américo no quarto, sendo que não conhece qualquer pessoa da família de Darcy; que os horários em que a depoente ia ao Hospital eram variáveis, dependendo da necessidade, pois José Américo ficava muito nervoso de lá estar sozinho, sendo que já chegou a ir 23:30hs, ficando até a 01 hora da manhã" (fl. 195).

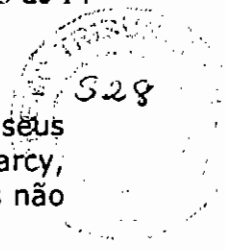
Embora não haja nos autos qualquer prova de que a transmissão, ao autor, da enfermidade de que era portador o falecido, aconteceu de forma consciente e deliberada, não se pode deixar, no entanto, à margem de registro, que Darcy, ao constatar a sua doença em 1993, deveria, a partir de então, ter tomado todas as precauções para evitar o contágio ao parceiro, o que não se evidencia na espécie, observando-se que a sua conduta, desde o início da convivência com José Américo, mostrou-se, no mínimo, negligente, com indícios de infidelidade, como se infere dos depoimentos prestados neste processo, inclusive por testemunhas arroladas pelo réu, sendo esta a única explicação plausível para o fato de o requerente haver contraído a mencionada imunodeficiência por volta de 1995/1996.

Evidenciado dos elementos probatórios contidos nestes autos que o autor encontra-se infectado pelo vírus da AIDS, em decorrência exclusiva do relacionamento afetivo-sexual travado com o falecido, o que gerou para o mesmo incontestáveis prejuízos de ordem moral, e inclusive material, com a manifestação da doença, agravando o seu estado de saúde, tem-se, inequivocamente, que a MM. Juíza singular agiu, acertadamente, ao conceder ao requerente a indenização em 100 (cem) salários mínimos, correspondentes a R\$20.000,00, quantia esta que se torna fixa e definitiva, com a devida correção, a partir da data da publicação deste acórdão, desassistindo, assim, razão a ambos os apelantes, tanto ao suplicante, ao buscar a ampliação do valor do ressarcimento, quanto ao Espólio, que deseja a extinção da aludida verba, esclarecendo-se que o arbitramento em valor fixo atende a orientação do STJ.

Anota-se, a propósito do inconformismo do autor, que os considera não remunerar condignamente o profícuo trabalho desenvolvido por seu procurador, e que deveriam ser fixados com base no valor da causa, que é de natureza patrimonial, que, em se tratando de ação de dissolução de sociedade de fato, em que se busca precipuamente a partilha de bens, cumulada com indenização por dano moral, não resta qualquer laivo de dúvida ser a presente demanda de caráter eminentemente patrimonial, como está a defender o requerente, motivo por que a verba honorária do respectivo patrono deve ser arbitrada com base no parágrafo terceiro do artigo 20, do CPC, e não no parágrafo quarto do mesmo dispositivo.

Desse modo, em atendimento à postulação do autor no que pertine aos honorários advocatícios, fixam-se os mesmos em 10% (dez por cento) sobre a vantagem auferida com o ajuizamento da presente demanda, ficando inalterada a verba honorária arbitrada em favor do advogado do réu, em virtude da ausência de recurso específico nesse sentido.

"Ex positis", dá-se provimento parcial ao recurso interposto pelo autor, para deferir-lhe



215

529

a meação sobre o imóvel da Av. Olavo Bilac, nº 617, e sobre os móveis e utensílios que guarnecem a residência comum, bem como para alterar o critério de fixação do dano moral, na forma explicitada "in retro", ou seja, dano moral em valor fixo, e a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre a vantagem auferida com a presente demanda, negando-se provimento ao apelo interposto pelo réu.

243

Custas recursais, pelo espólio-réu.

JUÍZA JUREMA BRASIL MARINS

JC.

██████████

██████████



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

247

Doc. VIII

TERMO DE ENCERRAMENTO

Certifico e dou fé que, nesta data, fica encerrado às fls. 247 o 1.º volume dos autos do(a) ADPF nº 178 procedendo-se a abertura do 2.º volume. Seção de Autuação de Originários, em 02 de julho de 2009. Eu, [assinatura], Analista Judiciário, lavrei a presente.

TERMO DE ABERTURA

Certifico e dou fé que, nesta data, procedi a abertura do 2.º volume dos autos do (a) ADPF nº 178, com início às fls. 248. Seção de Autuação de Originários, em 02 de julho de 2009. Eu, [assinatura], Analista Judiciário, lavrei a presente.

DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL**Apelação Cível nº 2007.001.44569****Relator: DES. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA**

PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. SOCIEDADE DE FATO.

Ação declaratória de reconhecimento de união estável ou alternadamente de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo.

Não se conhece o agravo retido porque intempestivo e por se voltar contra a declaração de saneamento que apenas manteve decisão interlocutória anterior, restando precluso o direito de recorrer.

O pedido de união estável somente é possível entre homem e mulher, como disciplinam tanto o preceito constitucional como as normas infraconstitucionais.

Trata-se tão somente de opção do legislador, sem configurar discriminação, que obsta reconhecer a existência de união estável entre dois homens, a determinar a extinção do feito sem resolução de mérito por impossibilidade jurídica do pedido.

Remanescendo o pedido alternativo de reconhecimento da sociedade de fato, a Vara de Família carece de competência para julgar o pleito.

Agravo retido não conhecido, provimento da apelação.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 44569/07, originários da 2ª Vara de Família da Comarca da Capital, em que figuram como Apelante **MINISTÉRIO PÚBLICO** e Apelado **ROBERTO SARAIVA MAIA**,

A C O R D A M os Desembargadores da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em

não conhecer o agravo retido e dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

ROBERTO SARAIVA MAIA move ação declaratória contra OSWALDO FERRI DE OLIVEIRA, OLGA LOPES DE OLIVEIRA, ADELINA OLIVEIRA DOS SANTOS, VERGÍLIO CORREA DOS SANTOS, OLÍVIO FERRI DE OLIVEIRA, ANA MARIA GOULARTE DE OLIVEIRA, ADI DE OLIVEIRA LOPES, MANOEL MACHADO LOPES, IARA BEATRIZ DE OLIVEIRA GONÇALVES, JUAREZ ALBERTO GONÇALVES, LUCÉLIA SANTOS DE OLIVEIRA, MARCO AURÉLIO SANTOS DE OLIVEIRA, ALEXANDRA VALIM DE OLIVEIRA, JUREMI SANTOS DE OLIVEIRA, porque manteve união estável com OSVANIR FERRI DE OLIVEIRA com quem conviveu de 1985 até o óbito deste em 9.08.03. Em 1996 compraram imóvel à Rua General Severiano Ribeiro nº 76, bloco 2, aptº 309, onde moraram juntos, e onde o Autor ainda reside. Os irmãos do de cujus cederam os direitos hereditários o Autor, que teve reconhecido o direito de pensionista além de ter sido nomeado inventariante. Pede seja declarada a união estável ou alternativamente a sociedade de fato, o direito real de habitação sobre o imóvel e a reserva do quinhão nos autos do inventário, inclusive em antecipação de tutela.

Na contestação os Réus reconhecem o pedido.

O Ministério Público interpôs agravo retido a fls. 214/217 contra a decisão de fls. 210/211 que manteve decisão anterior na qual afirmou a competência do Juízo de Família.

A sentença de fls. 233/238 julgou procedente o pedido.

Na apelação de fls. 241/249 o Ministério Público reitera o agravo retido e no mérito alega a impossibilidade jurídica do pedido, pois tanto os dispositivos constitucionais quanto as normas legais somente reconhecem a união estável entre o homem e a mulher. Pede seja anulada a sentença devido à incompetência absoluta do Juízo de Família, ou reformada para extinguir o feito sem exame do mérito ante a impossibilidade jurídica do pedido.

Contra-razões a fls. 252/261 pela confirmação da sentença.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Não se conhece o agravo retido interposto pelo Ministério Público porque manifestamente intempestivo, pois cientificado da r. decisão que afirmou a competência do r. Juízo de família em 3.7.06 (fls. 196), mas somente

interpôs o recurso contra a r. decisão de fls. 210/211, a qual manteve a decisão anterior. Tendo em vista a intempestividade do recurso e o fato de se dirigir contra despacho mantenedor da decisão pretérita, o agravo retido não ultrapassa a fase de admissibilidade.

Quanto à apelação, a r. sentença não aplicou o melhor direito. O artigo 226, § 3º da Constituição Federal garante proteção às entidades familiares além do casamento ao reconhecer a união estável entre o homem e a mulher. Na regulamentação do postulado constitucional, o artigo 1.723 do Código Civil disciplina a possibilidade de união estável entre homem e mulher, e na hipótese o requisito essencial da diversidade de sexos dos conviventes está ausente.

Trata-se de simples opção do legislador constitucional e ordinário, que sempre deve orientar as decisões judiciais, sem envolver qualquer outro critério, muito menos discriminatório. Portanto, há impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da união estável, e dos pedidos dele subseqüentes.

Quanto ao pedido alternativo, referente ao reconhecimento da sociedade de fato, nada obsta seu exame porque considera exclusivamente o esforço dos sócios para formação do patrimônio, independente de qualquer outro vínculo, como orienta a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 648763/RS, Relator o Min. CESAR ASFOR ROCHA:

RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM.

Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

Todavia, o juízo de família não possui competência para julgar o pedido de sociedade de fato em razão da matéria, sendo a questão afeta ao juízo cível. Aplicável à hipótese o artigo 113, do Código de Processo Civil, que autoriza a afirmação da incompetência absoluta em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Nessa linha a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, como indica o julgamento do REsp. nº 502995/RN, Relator o Min. FERNANDO GONÇALVES:

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 Lci 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família.

4. Recurso especial não conhecido.

Nestes termos, não se conhece o agravo retido e dá-se provimento ao apelo para julgar extinto o processo sem resolução do mérito, com base no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil quanto aos pedidos de reconhecimento de união estável e demais pretensões dela conseqüentes. Remanescendo o pedido de sociedade de fato, afirma-se a incompetência absoluta do r. juízo de família, com a redistribuição do feito ao juízo cível.

Rio de Janeiro, 28 de novembro de 2007.

Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira
Relator



Doc. IX

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 59.677/2006 - (Clas.01)

RELATOR: DES. ANTONIO EDUARDO F. DUARTE

ACÓRDÃO

“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, à ela não se aplica 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.

3ª Câmara Cível
Apelação Cível nº 59.677/2006

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”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 59.677/2006, em que é apelante CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL PREVI, sendo apelado SEVERINO GALDINO BELO,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso para, reformando a douta sentença monocrática, julgar improcedente o pedido, invertendo-se os ônus sucumbenciais, fixando-se os honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa, com a ressalva do art.12 da Lei nº 1.060/1950, tudo nos termos do voto do Relator.

Integra o presente o relatório de fls. 236/237.

Trata a espécie de ação de rito ordinário que o apelado move em face da apelante, objetivando o autor a condenação da instituição-ré a reconhecer e promover a sua habilitação como pensionista na qualidade de dependente de seu falecido companheiro e associado da mesma, LUIZ CARLOS FERREIRA DOS SANTOS, com quem conviveu, por longo tempo, em relação homo-afetiva, através de autêntica união estável, bem como pagamento de todos os valores do benefício post mortem, desde a data da negativa do pedido formulado administrativamente.

3ª Câmara Cível
Apelação Cível nº 59.677/2006

Como causa de pedir a prestação jurisdicional, sustenta o autor que, desde 1990, conviveu com LUIZ CARLOS FERREIRA DOS SANTOS, através de relação homo-afetiva, que veio a falecer em 07/04/2005, cuidando-se de fato que era do conhecimento de familiares e demais pessoas com quem se relacionavam. Aduz o demandante que seu companheiro havia se filiado ao plano de assistência e benefícios de previdência complementar da instituição-ré, prevendo, inclusive, pensionamento por morte para companheiros de seus participantes, estando ele autor devidamente inscrito como dependente do falecido. Acrescenta que, com o falecimento de LUIZ CARLOS FERREIRA DOS SANTOS, pleiteou o recebimento da pensão a que entendia fazer jus, o que foi prontamente indeferido pela demandada sob alegação de ausência de amparo legal que permitisse ao demandante se beneficiar daquele direito, encaminhando tal pretensão à “Agência de Previdência Pública”.

A tese de resistência da instituição-ré encontra-se assentada forte no argumento de que o caso em tela diz respeito à regime de previdência complementar, devendo ser aplicadas as normas vigentes ao tempo do falecimento do associado LUIZ CARLOS FERREIRA DOS SANTOS, invocando, para esse efeito, o disposto no artigo 1.723 do atual Código Civil, bem como para justificar a negativa quanto ao pleito administrativo do autor, rechaçando, ademais, a tese de discriminação, sublinhando, também, a ausência de dados no sentido de comprovar a alegada união estável mantida entre o de cujus e o demandante, possuindo o documento de fls.29 título de “Proposta de Pecúlio”, nele figurando o autor e a sobrinha do falecido como procuradores, não havendo, portanto, que se falar em concessão de pensão.

Sobreveio então o desate da controvérsia pela sentença de fls.190/194, a qual, com os fundamentos que alinha, julgou procedente o pedido, impondo a condenação que especifica. Entretanto, assim concluindo, data vênia, não deu ao caso

3ª Câmara Cível
Apelação Cível nº 59.677/2006

concreto adequada solução, já que improcedente se mostra o pedido formulado, razão porque merece prosperar o inconformismo da instituição-ré, ora apelante.

Com efeito, ainda que evidenciada, por longo tempo, a relação homossexual entre dois homens, à ela não se aplica as disposições da Lei nº 8.971, de 29/12/94.

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 do aludido artigo 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, a todas as luzes, tem por escopo a união entre pessoas do sexo oposto e não elementos do mesmo sexo. Tanto assim que determina sejam envidados esforços estatais no sentido de possibilitar a conversão em casamento dessa união entre o homem e a mulher.

No mesmo sentido, o vigente Código Civil, em seu art.1723, dispõe: *"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"*.

Veja-se a propósito o julgado do STJ (em STJ-RJ 332/113), anotado por Theotônio Negrão na pág.221 (CAP1: 1a),cm Código Civil, 25ª edição: *"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"*.

3ª Câmara Cível
Apelação Cível nº 59.677/2006

Ocorre que o Regulamento dos Planos de Benefícios da ré-apelante possibilita a inscrição, como dependente, da companheira ou companheiro que mantém união estável com o participante, na forma definida na legislação vigente, não amparando, portanto, a pretensão aqui deduzida, cuja hipótese encontra-se sujeita às regras do regime da previdência complementar.

Vale salientar que o artigo 5º do respectivo regulamento prevê a inscrição na condição de dependente do participante da companheira ou companheiro, esclarecendo em seu parágrafo 3º que **“Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que mantém união estável com o participante, na forma definida na legislação vigente”**.

Ademais, na presente demanda, almeja o autor-apelado receber da ré-apelante valores relativos ao pensionamento post mortem, que se distingue daquele contratado pelo falecido às fls.29, que se trata, como facilmente se observa, de proposta de pecúlio.

Cumprе destacar que assiste razão à ré-apelante, quando enfatiza em suas razões de apelação que as reservas dos planos de pecúlios são próprias e não se confundem com as do plano de aposentadorias e pensões.

De fato, no que se refere ao pensionamento aqui pretendido, é inequívoca a ausência de comprovação acerca da inscrição do autor-apelado pelo associado como beneficiário, sendo certo, consoante o respectivo regulamento, que somente serão considerados dependentes dos participantes, fazendo jus aos benefícios, se inscritos pelo associado.

Eis porque a douta sentença monocrática, data vênia de seu ilustre prolator, está a merecer a reforma que ora é feita.

À conta desses fundamentos, dá-se provimento ao recurso para, reformando o decisum de primeiro grau, julgar

3ª Câmara Cível
Apelação Cível nº 59.677/2006

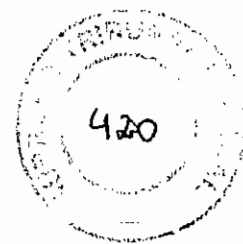
improcedente o pedido, invertidos os ônus sucumbenciais, fixando-se os honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa, com a ressalva do art. 12 da Lei nº 1.060/1950.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2007

_____, Presidente
DES. ANTONIO EDUARDO F. DUARTE e Relator



Doc. X



Jurisprudência Cível - TJ/SC

Apelação Cível n. 2006.016597-1, da Capital.
Relator: Des. Mazoni Ferreira.

260

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – EXEGESE DO § 3º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL – EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

O relacionamento homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.016597-1, da comarca da Capital (1ª Vara da Família), em que é apelante J. V. de M., sendo apelado M. A. R.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

J. V. de M. ajuizou ação de reconhecimento de união estável, em razão da convivência que manteve com M. A. R., durante o período de julho de 1991 a novembro de 1999, data em que este veio a óbito.

Relatou que a relação havida entre os dois foi marcada de fortes sentimentos e envoltimentos emocionais, numa convivência *more uxoria* pública e notória, com comunhão de vida, mútua assistência e dependência



econômica.

Alegou que, em decorrência do falecimento de seu companheiro, arcou com todas as despesas referentes ao funeral, porquanto a família do *de cuius* não possuía condições financeiras suficientes.

261

Sustentou, ainda, que o falecido deixou um saldo em conta bancária a título de FGTS, que foi bloqueado, diante do não reconhecimento da sociedade de fato havida entre ambos.

Ao final, pugnou pela procedência do pedido.

À inicial foram acostados os documentos de fls. 12 a 31.

O Dr. Promotor de Justiça opinou pela extinção da ação, sem julgamento do mérito (fls. 42 a 44).

Sentenciando o feito, a MMA. Juíza de Direito indeferiu a inicial, por ter reconhecido a impossibilidade jurídica do pedido, julgando extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do arts. 267, VI e 295, I e parágrafo único, inciso III, ambos, do CPC.

Inconformado, o autor apelou tempestivamente, propugnando pela reforma da decisão, sustentando, em síntese, que sua pretensão não tem cunho patrimonial, mas tão-somente previdenciário.

Asseverou que a fundamentação constante na sentença não encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Afirmou que o homossexualismo remota às mais antigas civilizações e que a ausência de lei específica sobre o tema não implica em ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, tendo invocado, inclusive, precedentes do TJRS acerca do assunto.

Não houve contra-razões (fl. 72).

O representante do Ministério Público, com espeque no ato PGJ/CGMP/n. 0178/2001, deixou de se manifestar (fl. 74).

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

O recurso é conhecido porque próprio e tempestivo.

Busca o apelante o reconhecimento de união estável havida entre pessoas do mesmo sexo.

422
262

Entretanto, tal pretensão não pode ser acolhida, haja vista que não encontra amparo na legislação em vigor.

Ao tratar da união estável, prescreve o § 3º do art. 226 da Constituição Federal:

“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”.

Pela norma acima transcrita, pode-se verificar com clareza que somente pode ser reconhecida a união estável existente entre homem e mulher e não aquela existente entre pessoas do mesmo sexo, como tenciona o recorrente.

No mesmo sentido o artigo 1º da Lei n. 9.278/96, que regula o § 3º do artigo 226, da Carta Magna:

“É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objeto de constituição de família.”

Em idêntico teor, preceitua o art. 1.723 do Código Civil:

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com objetivo de constituição de família.”

Por sua vez, a Lei n. 8.971/94, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, em seu artigo 1º consagra:

“A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo



Jurisprudência Cível - TJ/SC

único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.”

263

Consoante se infere dos dispositivos legais supramencionados, a legislação em vigor é expressa no sentido de reconhecer somente a união de pessoas de sexo oposto e, em hipótese alguma, admite o reconhecimento daquela entre pessoas do mesmo sexo, sendo, portanto, juridicamente impossível a pretensão deduzida no presente reclamo.

Ora, se o legislador realmente quisesse reconhecer a união homossexual, certamente não teria restringido a união estável somente aquela existente entre homem e mulher.

Frisa-se, também, que a lei não menciona qualquer impedimento matrimonial para os casos de casamento entre homossexuais, isto porque a diversidade de sexos constitui pressuposto material para o matrimônio.

Destarte, sendo flagrante a impossibilidade jurídica do pedido formulado na petição inicial e não se podendo aplicar a analogia no caso em exame, em virtude da situação não guardar a necessária similitude com o casamento ou com a união estável, outra alternativa não resta senão manter-se incólume a judiciosa decisão hostilizada.

Isso posto, decide a Segunda Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha e com voto vencido o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Lavrou parecer, pela douta procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 28 de setembro de 2006.

Mazoni Ferreira
PRESIDENTE E RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben:

EMENTA ADITIVA:

UNIÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO



Jurisprudência Cível - TJ/SC

PEDIDO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO. RECURSO PROVIDO E SENTENÇA CASSADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

264

Doutrina e jurisprudência modernas, arrimadas nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação, reconhecem a união entre parcelos homossexuais, assegurando-lhes os direitos dela decorrentes. Destarte, enquanto o legislador mantiver-se na retaguarda das transformações sociais, ao Poder Judiciário cabe a tarefa de perceber novas realidades e, na medida do justo, aparar arestas denotativas de posturas preconceituosas ou discriminatórias, reconhecendo a possibilidade jurídica dos pedidos de declaração de existência jurídica das uniões homoafetivas.

RELATÓRIO:

J. V. de M. aforou ação de reconhecimento de união estável mantida com M. A. R., alegando cuidar-se de união afetiva pública e notória, em que os conviventes, reciprocamente dependentes do ponto de vista econômico, assumiram também o dever de assistirem-se mutuamente, frisando que tal união teve início em julho de 1991 e término em novembro de 1999, quando M. A. R. veio a falecer. Em face do infausto acontecimento, disse o autor haver pago todas as despesas funerárias, aduzindo, porém, que o extinto é autor de uma deixa, constituída por saldo em conta bancária, vinculado ao FGTS, cujo saque não logrou fazer, por falta do reconhecimento judicial da existência de união estável entre ele e o companheiro falecido, razão por que a conta permanece bloqueada. Por isso, socorre-se do Judiciário, pretendendo a procedência do pedido aforado e a conseqüente declaração da existência da alegada união estável entre ele e o falecido M. A. R., para os correspondentes efeitos jurídicos e legais. Para além disso, pediu justiça gratuita, sendo atendido à fl. 32.

Com vista dos autos, a douta Promotoria de Justiça (fls. 42/44) foi pelo indeferimento da petição inicial, tendo a Dra. Juíza de Direito acolhido o alvitre ministerial, decretando o indeferimento da petição, em face da impossibilidade jurídica do pedido, de sorte a extinguir o processo sem julgamento do mérito. Entretanto, o Autor não se conformou com a sentença e dela apelou a



esta Corte de Justiça, sustentando a possibilidade jurídica do pedido e asseverando que sua pretensão é ver reconhecida a união estável entre ele e o companheiro falecido, para poder acessar aos valores depositados em conta vinculada ao FGTS, a que tinha direito M. A. R., mormente porque necessita pagar despesas funerárias e garantir direitos previdenciários, na conformidade de precedentes já existentes.

265

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, foi pela manutenção da sentença e o relator da matéria, Desembargador Mazoni Ferreira, conheceu do apelo, mas negou-lhe provimento, sob a visão e entendimento de que o pedido é juridicamente impossível em face dos preceptivos insertos na Constituição Federal de 1988 e dispositivos atinentes ao tema, contidos no Código Civil de 2002, argumentando que a legislação invocada somente reconhece como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher.

Na mesma direção está o voto proferido pelo eminente Desembargador Monteiro Rocha.

É o relatório.

VOTO:

Sob as vênias de meus pares, ousei deles divergir para admitir a possibilidade jurídica do pedido de que ora se cuida. Aliás, é este o momento apropriado para a invocação das sábias palavras proferidas pelo eminente Ministro Celso de Melo, extraídas do Informativo nº 414 (ADI 3300) do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), admitindo a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Na oportunidade, disse Sua Excelência: **"O magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado**



em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, 'Direito de Família –Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro', p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, 'Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo', 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, 'A Homossexualidade no Direito', p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, 'União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais', p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, 'Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais', Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, 'Unões Homossexuais: efeitos jurídicos', Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 'A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica', 'in' 'Revista da AJURIS' nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

260

Ressalte-se, por oportuno, lição da Des. MARIA BERENICE DIAS ('União Homossexual: O Preconceito & a Justiça', p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora): 'A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imponham iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juizes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um



267

gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade(...).'

Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: 'Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.' (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei) '(...)

'A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas.

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal



Jurisprudência Cível - TJ/SC

(na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.

263

As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais.

A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas.

Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a **RELAÇÃO DA PREVIDÊNCIA PARA COM OS CASAIS DE MESMO SEXO DAR-SE NOS MESMOS MOLDES DAS UNIÕES ESTÁVEIS ENTRE HETEROSSEXUAIS**, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão' (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira)".

Laila Menezes, ilustre advogada no Rio de Janeiro, conhecedora profunda das questões atinentes ao Direito Homoafetivo, publicou importante trabalho – *Uniões homoafetivas: A busca pelo reconhecimento social e jurídico* – no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (www.ibdfam.org.br). Inicia ela a matéria pelo trato do aspecto social envolvente do tema, realçando que “a união homoafetiva é um fato incontestável e inexorável em nossa sociedade. Querer fingir a sua inexistência é no mínimo um enorme sinal da mais pura hipocrisia. Nossa sociedade já evoluiu em muitos aspectos, mas quando o tema a ser abordado é a opção sexual, ela mascara a situação, num ato por total homofóbico (aversão aos homossexuais ou ao homossexualismo) e trata de forma totalmente preconceituosa aqueles que decidem ter uma opção sexual diferente dos



padrões da grande maioria.

Grande tem sido a luta dos homossexuais, ditos como a minoria em nossa sociedade, que se engajam em ongs e outros grupos numa tentativa de reverter tão triste quadro social. Alvos de perseguições, brincadeiras de mau gosto e discriminações, são vítimas de uma sociedade, da qual fazem parte, mas que infelizmente prefere agir com preconceito a tratar de forma igualitária os diferentes.

260

A família é a célula da sociedade. Basta analisarmos a forma como ela é constituída, para percebermos o quanto o preconceito perde o sentido, numa demonstração de enorme equívoco social. Uma família não se forma com a assinatura de um papel perante um juiz de paz ou com a celebração de uma cerimônia religiosa ou ainda com a realização de uma grande festa social. Uma família surge de um lindo sentimento chamado afeto. O afeto é que norteia qualquer relação entre pessoas que se unem e somado a muitos outros atributos como o respeito, a fidelidade e assistência recíproca é que irá fazer surgir a família. Então, não é apenas a união entre um homem e uma mulher casados que terá a faculdade de gerar uma família. A família é a realização plena do amor, podendo ser constituída pelo casamento, pela união estável, pelas famílias monoparentais (um pai ou mãe e um filho) e também pelas uniões homoafetivas.

Seria de grande e profunda injustiça não reconhecer a união entre dois homens ou duas mulheres que por amor se unem e vivem com todos os atributos de um casal dito como normal. Acima de tudo, estas pessoas são seres humanos e a opção sexual delas não as torna menos honestas ou piores que os demais. Mas mais que isso, são cidadãos dignos, que trabalham, cumprem com seus deveres cívicos, pagam seus impostos, satisfazem suas obrigações e merecem todo o respeito por parte da sociedade em geral.

Urge a necessidade de uma revisão destes conceitos que norteiam a nossa sociedade. Conceitos estes, ainda tão arcaicos e eivados de vícios, de hipocrisias e de discriminações. Uma sociedade só é justa se ela for livre. A base social é a liberdade e o respeito e as suas inexistências fazem nascer a tirania e uma série de injustiças, que devem ser combatidas veementemente. Nossa sociedade tem que ser balizada nos princípios éticos da igualdade, da fraternidade e dignidade da pessoa humana.

Tanto é dado a nossa sociedade e tudo o que os



Jurisprudência Cível - TJ/SC

homossexuais buscam é a liberdade para fazerem sua opção sexual e o respeito e garantia aos seus direitos.

270

Basta de preconceitos! Está mais do que na hora de nossa sociedade mudar!”

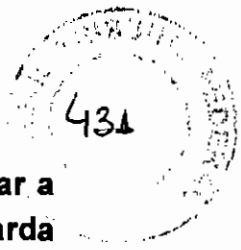
Pouco adiante, realçou a articulista que “a jurisprudência tem avançado de forma surpreendentemente positiva às uniões homoafetivas. São inúmeras as decisões de nossos juízes, reconhecendo-as e garantindo os direitos aos companheiros.

Cabe aqui colacionar alguns julgados para ilustrar o tema, senão vejamos:

EMENTA: 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.’ (TJRS - APELAÇÃO CÍVEL Nº.70010649440, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, RELATOR: SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 30/03/2005) (Grifos Nossos).

EMENTA: Conflito negativo de competência – Dissolução de sociedade estável homoafetiva cumulada com partilha de bens, responsabilidade de guarda e direito de visita a menor – Feito distribuído ao Juízo da Segunda Vara de Família – Declinação de competência para uma das Varas Cíveis não especializadas, entendendo a M.M. Juíza ser a união homossexual equiparada a uma sociedade civil de fato – Conflito suscitado pela M.M. Juíza da 4ª Vara Cível não especializada, por entender que a união homossexual equipara-se a uma comunidade familiar – Conhecimento do conflito – Art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal e Lei nº.9.278’ (TJRN – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº. 02.001241-1, da Comarca de Natal. Rel. DESEMBARGADOR CAIO ALENCAR – Julgado em 21/08/2002, a unanimidade) (Grifos nossos).

COMPETÊNCIA. DISSOLUÇÃO. SOCIEDADE HOMO-AFETIVA. A homologação do termo de dissolução da sociedade estável e afetiva entre pessoas do mesmo sexo cumulada com partilha de bens e guarda, responsabilidade e direito de visita a menor deve ser processada na



271

vara cível não especializada, ou seja, não tem competência para processar a referida homologação a vara de família. No caso, a homologação guarda aspectos econômicos, pois versa sobre a partilha do patrimônio comum. No termo do acordo, a criança ficará sob a responsabilidade econômica, posse e guarda da pessoa que a registrou como seu filho. Assim, não há questão verdadeiramente familiar. Precedente citado: REsp 148.897-MG, DJ 6/4/1998. STJ - REsp 502.995-RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 26/4/2005. (Grifos nossos).

'EMENTA: RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. Mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da união estável entre as partes, homossexuais, se extrai da prova contida nos autos, forma cristalina, que entre as litigantes existiu por quase dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envolvimento emocionais, numa convivência more uxória, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a partilha dos bens mera consequência. Exclui-se da partilha, contudo, os valores provenientes do FGTS da ré utilizados para a compra do imóvel, vez que 'frutos civis', e, portanto, comunicáveis. Precedentes. Preliminar de não conhecimento do apelo rejeitada. Apelação parcialmente provida, por maioria. (Segredo de Justiça)'. (APELAÇÃO CÍVEL Nº. 70007243140, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 06/11/2003).

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a matéria, conforme se depreende do julgado abaixo, vejamos:

'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. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPOSTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.' (STJ, RESP 148897 / MG; RECURSO ESPECIAL 1997/0066124-5 – Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR – Quarta



Por fim, a Dra. Laila Menezes conclui: **"Uma sociedade que rotula os indivíduos pela sexualidade e não por sua essência interior e valores íntimos, só pode espelhar uma profunda ferida social. E enquanto os valores não forem revistos e a sociedade se auto-analisar sem máscaras e preconceitos, esta ferida permanecerá aberta e indivíduos sofrerão uma mutilação em seus direitos mais essenciais e primários, ficando sempre à margem social.**

272

É necessário o avanço social e de uma vez por todas a cicatrização destas feridas. Uma sociedade digna e justa não pode ser utopia, deve ser uma realidade perfeitamente alcançável por todos nós.

Ao contrário do que muitos pensam, não é a Sociedade que segue o Direito e sim o Direito que segue a Sociedade. O Direito apenas regula os fatos existentes na Sociedade. A partir do momento, que estes fatos geram conflitos, é chegado o momento do Direito entrar em ação e compor tais conflitos, realizando a tão desejada Justiça, onde é dado a cada um, o que lhe é de direito.

E como a união homoafetiva é fato em nossa sociedade, conflitos de interesses têm nascido destas uniões, só restando bater-se às portas do Judiciário, na esperança de reconhecimento e pacificação dos conflitos. E o Judiciário, ao contrário do Legislativo, tem brilhantemente cumprido seu papel, o que já é um grande alento.

Não se trata de qualquer benesse ou levante da bandeira colorida dos gays, mas uma questão da mais profunda justiça, que deve reconhecer estas relações de afeto e todos os seus direitos e suas conseqüências jurídicas.

Tudo o que se espera é o reconhecimento tanto social como jurídico das uniões homoafetivas, por ser ato da mais inteira, límpida e sublime justiça".

A propósito do tema, agrega-se ainda artigo da autoria do Promotor de Justiça Valdir Aparecido de Oliveira, sob o título *União homoafetiva e o Direito* (www.mp.rr.gov.br): **"O amor que não ousa dizer o nome". Assim descreveu o escritor Oscar Wilde, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, numa época em que tal conduta era considerada crime (ele próprio foi condenado a trabalhos forçados por declarar-se homossexual). O**



homossexualismo sempre existiu em todas as épocas. Em algumas foi exaltado, como na Grécia antiga e noutras amplamente reprimido. Atualmente, na esteira de legislações mais liberais a estigmatização de tal comportamento refluíu bastante. O tema vem sendo discutido de modo positivo na mídia em geral, retirando boa parte da carga repressora que até então o cercava. Exemplo disso, é a receptividade do filme 'O Segredo de Brokeback Mountain', que arrebatou prêmios na academia de cinema de Hollywood e que retrata o relacionamento entre dois cowboys.

273

No plano do Direito, que é por praxe conservador, a questão da possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva nos mesmos moldes da união estável ainda gera polêmicas. O empecilho, para os que não o admitem, é o art. 226, § 3º da Constituição Federal que ao tratar da união estável referiu-se a homem e mulher. Na outra ponta estão os que pretendem legitimar tais relacionamentos calcados no mesmo texto constitucional, no caso, o contido no artigo 5º. Inicialmente, cabe dizer que a Constituição de 88 trouxe profundas alterações no que diz respeito ao conceito de família, principalmente ao reconhecer outras entidades familiares que não as oriundas do matrimônio. O matrimônio é uma das instituições mais antigas que se tem conhecimento, tendo profundas raízes na religião (católica, principalmente) com ênfase para sua função de procriação. Dentro de tal contexto é natural que a heterossexualidade tenha sido tomada como pressuposto para que o Direito venha a tutelar tal união.

No entanto, com os avanços científicos e tecnológicos, bem como diante das mudanças de paradigmas morais de nossa sociedade contemporânea, tal questão perdeu sua relevância e a noção de família desatrelou-se de vez do matrimônio. É possível hoje, reprodução sem sexo, sexo sem matrimônio e, não raro, matrimônio sem reprodução. O centro de gravidade das relações familiares passa a ser a mútua assistência afetiva (*affectio maritalis*) e não mais a mera procriação da espécie. Com a dessacralização do matrimônio como única forma de família, abre-se espaço para o reconhecimento de outras como a monoparental, a união estável e união homoafetiva que se pretende legitimar. A questão que demanda reflexão é que esse mesmo vínculo afetivo pode perfeitamente existir entre pessoas do mesmo sexo, o que não impediria o reconhecimento da união homoafetiva. O termo, aliás, neologismo muito bem cunhado pela Desembargadora Maria Berenice Dias do Tribunal do Rio Grande do Sul, dista do já conhecido 'união homossexual', pois se refere justamente ao vínculo de afeto e não somente à conotação sexual do relacionamento. É bom que se diga, que não se advoga



aqui o casamento de pessoas do mesmo sexo, mas tão-somente o reconhecimento de efeitos jurídicos a essas relações, nos mesmos moldes do que ocorre com a união estável. Em que pese o nosso sistema jurídico não admitir a declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional (ao contrário do sistema Tedesco), ressalta visível o desajuste do art. 223, § 3º, em relação aos princípios constitucionais elencados no art. 5º. Não pode a Constituição de um lado afirmar o direito de igualdade de todos sem distinção de sexo, como princípio fundamental, e negar, mais adiante, o exercício de tal direito. Os princípios constitucionais têm de ser auto-aplicáveis, pois do contrário transformam-se em mero exercício de retórica. O princípio do respeito à intimidade, personalidade e dignidade da pessoa humana traduz-se na proibição da discriminação da opção sexual do indivíduo.

271

Em meu modesto entendimento, penso não ser o caso de declarar-se a inconstitucionalidade do citado artigo como querem alguns, mas, interpretá-lo, no caso concreto, dando-se prevalência aos princípios fundamentais, que são na verdade o eixo onde gravita a Constituição, conferindo maior eficácia à norma para permitir-se o reconhecimento de tais uniões. O silêncio constitucional e do legislador ordinário sobre o tema não pode legitimar a negação de efeitos jurídicos destes vínculos, devendo o Juiz aplicar a analogia, nos termos do art. 4º da LIC. O que não pode é o Poder Judiciário tratar, como já fez no passado com as uniões ditas extra-matrimoniais, uma questão afetiva como se fosse um mero negócio jurídico.

Quebrar preconceitos é muito difícil. Mais do que quebrar um átomo, dizia Einstein. No entanto, precisamos fazê-lo se queremos dar cumprimento aos objetivos fundamentais de nossa República, entre eles o de construir uma sociedade livre justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade etc. (art. 3º CF).

Evidente que esta abordagem não se pretende definitiva, até porque as discussões acerca do tema ainda não se aprofundaram principalmente no seio dos Tribunais. Só o tempo será capaz de dizer do acerto ou desacerto de tal proposição. No entanto, não pode o Poder Judiciário se aproveitar do vácuo legislativo, para negar direitos e legitimar injustiças, chancelando um sistema de exclusão com base em conceitos sexistas. Não podemos tapar os olhos e fingir que não vemos, pois tais relacionamentos são muito mais corriqueiros do que se imagina e suas conseqüências inexoravelmente virão desaguar no Poder Judiciário. O desafio está proposto. Despir-se dos preconceitos e com criatividade buscar



Jurisprudência Cível - TJ/SC

interpretar a legislação de molde a realizar sua função social, pois a lei existe para a sociedade e não o contrário".

Com o desiderato de emprestar maior viço às achegas doutrinárias já alinhadas, alvitro-me o direito de invocar, aqui, importantes, por desbravadores, precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

275

"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)" (AC nº 70012836755, Sétima Câmara Cível, Rel^{ia}. Des^a. Maria Berenice Dias, j. 21/12/2005).

"AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (El nº 70011120573, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 10/06/2005).

"UNIÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Observância dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Pela dissolução da união havida, caberá a cada convivente a meação dos bens onerosamente amealhados durante a convivência. Falecendo a companheira sem deixar ascendentes ou descendentes caberá à sobrevivente a totalidade da herança. Aplicação analógica das leis nº 8.871/94 e 9.278/96. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR" (AC nº 70006844153, Oitava



Jurisprudência Cível - TJ/SC

Câmara Cível, Rel^a. Des^a. Catarina Rita Krieger Martins, j. 18/12/2003).

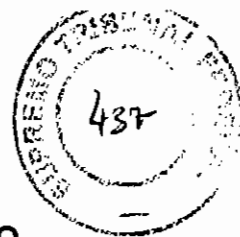
No Estado de Santa Catarina, por mais de uma vez, a Justiça reconheceu a existência de união estável homoafetiva para garantir ao companheiro sobrevivente, autor da ação, o direito de inclusão de seu nome como beneficiário de pensão previdenciária. Isso aconteceu em julho de 2004, quando o eminente magistrado Odson Cardoso Filho, então Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda da comarca de Florianópolis, reconheceu, por sentença, a existência de união estável entre dois homens.

276

Nesta Corte de Justiça, onde destacou-se pelo fulgor de sua imensa inteligência e invejável capacidade de captar, do entrechoque de idéias antagônicas, o antídoto indispensável à neutralização do veneno do anacronismo de certas posturas, geralmente ligadas a odiosos preconceitos sociais ou influências religiosas, contudo sem jamais agredir a seus contrários, o eminente Desembargador, professor e jornalista, Carlos Alberto Silveira Lenzi, ao examinar pedido de efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 2004.021459-6, interposto pelo Instituto de Previdência de Santa Catarina (IPESC) contra decisão concessiva de liminar, a homossexual, do direito de inscrever-se no órgão previdenciário oficial de Santa Catarina, como dependente do companheiro segurado falecido, para o fim de receber pensão mensal, negou a impressão do efeito suspensivo perseguido, confirmando a liminar combatida pelo instituto. Entendeu o Desembargador Silveira Lenzi que, mesmo sem conforto no regaço do direito positivado, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, sendo, como é, uma realidade social fortemente presente, não pode e nem deve merecer o repúdio dos órgãos judiciários. Na oportunidade, Sua Excelência disse ser **“..inadmissível que a sociedade moderna imponha dogmas medievais, repúdio social e uma visão polarizada e estigmatizada, marginalizando as pessoas em razão de sua orientação sexual, fomentando a homofobia”**. E acrescentou não se poder fechar os olhos à realidade da existência das uniões homossexuais e dos seus efeitos jurídicos, “devendo prevalecer a garantia da igualdade de tratamento e a dignidade da pessoa humana”.

O mesmo agravo, após passagem pela Câmara de Agravos, então presidida pelo Desembargador Silveira Lenzi, veio a ser julgado, na Segunda Câmara de Direito Público, sob a relatoria do eminente Desembargador Luiz César Medeiros, cujo acórdão produzido vem encimado por esta ementa:

**“PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - DEPENDENTE
- COMPANHEIRO DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - UNIÃO ESTÁVEL
HOMOAFETIVA - EXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - FUMUS BONI**



Jurisprudência Cível - TJ/SC

**IURIS DECORRENTE DE INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO -
PERICULUM IN MORA QUE SE ORIGINA DO CARÁTER ALIMENTAR DA VERBA**

277

O fato de a legislação previdenciária estadual não regular expressamente os benefícios devidos nos casos em que a dependência se originar de união estável homoafetiva não implica óbice à concessão liminar de pensão por morte ao companheiro de servidor público falecido. No caso, o *fumus boni iuris* decorre da interpretação sistêmica do direito e o *periculum in mora* do caráter alimentar da verba" (AI n. 2004.021459-6, da Capital, j. 04/11/2004).

Ao encerrar as motivações deste voto, faço-o invocando o escólio de João Batista Villela que, em *As novas relações da família*, Anais da XV Conferência Nacional da OAB, Foz do Iguaçu, Paraná, p. 639-647, set. de 1994, p. 642, diz bem da inaceitabilidade da restrição ao direito de união homoafetiva, realçando que, hodiernamente, o própria instituição do casamento não é mais preordenada à reprodução, circunscrevendo-se, muito mais, ao chamado companherismo e à camaradagem, que é natural também nas uniões homossexuais.

Em face de tudo quanto foi dito neste voto vencido, concluo minhas razões afirmando a possibilidade jurídica, em face de interpretação sistemática das leis brasileiras, do reconhecimento judicial da união estável entre homossexuais com as repercussões jurídicas pertinentes. Entretanto, no caso, à míngua de provas suficientes da alegada união estável, vai o meu voto no sentido do provimento do apelo para cassar a sentença e prosseguir-se, na origem, à instrução processual.

Florianópolis, 28 de setembro de 2006.

Luiz Carlos Freyesleben



Doc. XI



Jurisprudência Cível - TJ/SC

Agravo de Instrumento n. 2007.024239-3, da Capital.

Relator: Des. Fernando Carioni

279

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PEDIDO DE PENSÃO POR MORTE E MEAÇÃO DE BENS – UNIÃO HOMOAFETIVA – RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES – COMPETÊNCIA PARA APRECIAR O PEDIDO DA VARA CÍVEL – DECISÃO CASSADA – REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO – RECURSO PROVIDO.

"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 [...] Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados – arts. 1º e 9º da Lei n. 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família" (STJ, Min. Fernando Gonçalves).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.024239-3, da comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que é agravante Representante do Ministério Público, e agravado G. dos S. e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo



Jurisprudência Cível - TJ/SC

representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra decisão da Juíza de Direito da 2ª Vara da Família da comarca da Capital que, nos autos da Ação Declaratória de União Estável c/c Pedido de Pensão por Morte, Antecipação de Tutela e Meação de Bens n. 023.07.095539-8, proposta por G. dos S., reconheceu a competência do Juízo da Vara de Família para processar e julgar o feito (fls. 47 a 50).

280

Sustenta que o direito brasileiro é avesso a união de pessoas do mesmo sexo, reconhecendo, tão-somente, a união estável entre o homem e a mulher, a par do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, bem como nas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 e no art. 1.723 do Código Civil.

Assevera que os tribunais pátrios, com exceção da Corte gaúcha, têm respaldado a tese de que a união homossexual é equiparada a uma sociedade civil de fato e não a uma entidade familiar, e deve, portanto, a discussão ser dirimida e julgada pelo Juízo das Varas Cíveis e não pela Vara de Família.

Salienta, por fim, que não se discute o direito do companheiro homossexual e muito menos se pretende excluí-lo da tutela do Estado, porém não se pode reconhecer a união homossexual como entidade familiar.

Foi negado o efeito suspensivo pleiteado (fls. 53 a 55).

Em parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, na lavra do Dr. Jobél Braga de Araújo, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, para declarar a nulidade da decisão censurada e determinar a remessa dos autos da ação originária a uma das varas cíveis da comarca da Capital (fls. 65 a 72).

VOTO

Da análise dos autos, verifica-se que o autor, ora agravado, pretende, em síntese, o reconhecimento da união estável mantida por 10 (dez) anos com R. O. S., falecido em 28-4-2007.

Ao receber o feito, a digníssima Magistrada da 2ª Vara da Família da comarca da Capital entendeu ser competente para processar e julgar a ação na qual se busca o reconhecimento de sociedade homoafetiva.

Ora, não obstante as respeitáveis considerações esposadas pela ilustre Magistrada *a quo*, não há equiparar a união homossexual/homoafetiva à união estável.

Com feito, é entendimento jurisprudencial majoritário que a união entre pessoas do mesmo sexo equipara-se a uma sociedade civil, regida



Jurisprudência Cível - TJ/SC
pelas disposições do direito civil comum.

Sabe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há regulamentação para as uniões homoafetivas; portanto, a união entre homossexuais juridicamente não existe, nem pelo casamento, nem pela união estável, só podendo ser considerada sociedade de fato, cuja dissolução atinge contornos econômicos, resultantes da divisão de patrimônio comum, com incidência, assim, do direito das obrigações.

281

A propósito, a Constituição Federal em seu art. 226, § 3º, estabelece que "para efeito de 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".

Assim, a Magna Carta "considera como família apenas a união nascida entre um homem e uma mulher, não reconhecendo direitos de natureza familiar aos enlaces entre pessoas do mesmo sexo" (Ações de Direito de Família, coord. Rolf Madaleno, Ana Cristina Brenner, [...] [et al.], Porto Alegre, ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 209).

Recepcionando o preceito constitucional, a Lei n. 9.278/96, no art. 1º, dispõe:

Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Na mesma direção, determina o art. 1.723 do Código Civil que "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".

A respeito, Álvaro Villaça Azevedo leciona:

Nossa sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência, sob o mesmo teto, ou não, de pessoas do mesmo sexo, por tempo duradouro. Nem se cogite, nessa hipótese, de que se pudesse falar em casamento, como regulado pelo Código Civil, ainda que, por qualquer erro ou inadvertência, venha o ato da união a registrar-se no Cartório. Isso porque, pelo mesmo Código, o casamento, embora sem qualquer determinação expressa, de que se realiza entre homem e mulher, de acordo com suas rigorosas exigências, não pode prescindir de tal circunstância, indispensável à sua própria existência.

[...]



Jurisprudência Cível - TJ/SC

Do mesmo modo, ainda que se cogite de mera convivência, no plano fático, entre pessoas do mesmo sexo, não se configura a união estável.

Realmente, desde que foram conferidos efeitos ao concubinato, até o advento da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, sempre a jurisprudência brasileira teve em mira o par andrógino, o homem e a mulher.

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 § 3º do seu art. 226 (Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei n. 10.406, de 10-01-2002, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 466 a 471).

Na mesma direção, Arnaldo Wald destaca que "a entidade familiar, alçada à condição de união estável, requer como primeiro pressuposto a heterossexualidade de seus partícipes. Exclui, assim, o novo diploma legal, a união estável de homossexuais (O novo direito de família, 16. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 318).

A par disso, os requisitos para o reconhecimento da união estável são: a dualidade de sexos; a convivência duradoura; a continuidade da relação; a publicidade; a intenção de constituir família; e a ausência de impedimento para constituir o matrimônio.

Logo, no caso das uniões mantidas por pessoas do mesmo sexo, o que efetivamente deve ser considerada e reconhecida é a configuração de sociedade de fato, na forma disposta pelo art. 981 do Código Civil, *verbis*:

Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

A propósito, Sílvio da Salvo Venosa salienta que "enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso país, que se traduza em possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos às sociedades de fato" (Direito civil: direito de família, 6. ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 441).

Acerca do tema, colhe-se da jurisprudência pátria:

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.

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,

282



Jurisprudência Cível - TJ/SC

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 (STJ, REsp n. 502.995/RN, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 26-4-2005, DJU 16-5-2005, p. 353).

283

APELAÇÃO CÍVEL ? AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA ? IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO ? EXEGESE DO § 3º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL ? EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO ? DECISÃO MANTIDA ? RECURSO DESPROVIDO.

O relacionamento homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher (TJSC, AC n. 2006.016597-1, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 28-9-2006).

HOMOSSEXUALISMO. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMONIO COMUM. IMPROCEDENCIA 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 (TJRJ, AC n. 2005.001.28033, rel. Des. Renato Simoni, j. em 9-3-2006).

Com efeito, percebe-se que, no caso dos autos, não se evidencia a união estável, a qual levaria à competência do juízo familiar, mas, sim, o reconhecimento de uma sociedade de fato, com divisão do patrimônio, pedido esse de cunho estritamente patrimonial, encaixando-se nos direitos obrigacionais.

A par disso, não há razão para atribuir a 2ª Vara da Família da comarca da Capital a competência para o processamento e julgamento do feito, porquanto a competência para apreciar e julgar o feito é das Varas Cíveis.

Nessa direção, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

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 (STJ, Resp n. 323.370/RS, rel. Min. Raphael de Barros



Jurisprudência Cível - TJ/SC

Monteiro Filho, j. em 14-12-2004, DJU 14-3-2005, p. 340).

COMPETÊNCIA. VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA ESTÁVEL.

Impossibilidade constitucional de equiparação à União Estável entre homem e mulher, assim reconhecida como entidade familiar. Inteligência do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Recusa da competência do Juízo Sucessório em favor do Juízo Cível, que se mostra acertada em razão de não configurar hipótese de situação de estado. Possibilidade, quando muito, de reconhecimento de sociedade patrimonial de fato. Decisão mantida (TJSP, Ag n. 388.800-4/7, de São Paulo, rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. em 7-6-2005).

284

Por conseguinte, nula é a decisão proferida pela Magistrada a quo, já que proferida por juízo incompetente.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para cassar a decisão proferida pela Magistrada da 2ª Vara da Família da comarca da Capital, determinando-se a redistribuição dos autos originários a uma das Varas Cíveis da comarca da Capital.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado em 25 de setembro de 2007, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Salete Silva Sommariva. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 10 de outubro de 2007.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

285

Doc. XII



286

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 318.491-2, DE
PONTA GROSSA, 3ª VARA.**

AGRAVANTE : RODRIGO MEIRA ROCHA.

**AGRAVADO : ESPÓLIO DE MÁRCIO JOSÉ
RIBAS DE MATTOS.**

RELATOR : Des. ACCÁCIO CAMBI.

**DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE
SOCIEDADE DE FATO C/C DISPOSIÇÃO DE
MEACÃO. UNIÃO HOMOAFETIVA.
INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.
AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO.
DECISÃO CONFIRMADA.** Inexistindo norma que regule a
união entre pessoas do mesmo sexo e utilizando a aplicação
analgica das normas pertinentes à união estável, as provas
colhidas não demonstram a convivência pública, contínua e
duradoura, capaz de ensejar a habilitação do autor como
herdeiro do *de cuius*, razão pela qual deve ser mantida a
decisão agravada que indeferiu a medida pleiteada.

**VISTOS, discutidos e examinados estes autos de agravo de
instrumento nº 318.491-2, de PONTA GROSSA, 3ª VARA, em que é agravante RODRIGO
MEIRA ROCHA e agravado ESPÓLIO DE MÁRCIO JOSÉ RIBAS DE MATTOS.**



287
2

Agravo de Instrumento nº 318.491-2

1. Insurge-se, **RODRIGO MEIRA ROCHA**, contra decisão, fotocopiada à fl. 98, que, nos autos de ação declaratória de reconhecimento de sociedade de fato c/c disposição da meação societária fática e antecipação de tutela (nº 483/05), ajuizada pelo ora agravante, em face do **ESPÓLIO DE MÁRCIO JOSÉ RIBAS DE MATTOS**, denegou a liminar pleiteada, nos seguintes termos, no essencial:

“1. Mesmo que se pudesse admitir a união homossexual, por uma interpretação excessivamente extensiva das normas que regem a espécie (art. 1.723 e ss. do Código Civil), ao menos em tese, para os efeitos pretendidos, restou demonstrado pela justificação levada a efeito nos autos (ainda que indevidamente, por ausência de previsão legal), demonstrou que não havia entre as partes uma verdadeira *convivência pública, contínua e duradoura*, que pudesse se dizer *estabelecida com objetivo de constituição de família*, (...)”

3. ... as testemunhas deixaram evidenciado que todos os bens do extinto MÁRCIO foram adquiridos por ele, a maior parte advindo de herança, de modo que o autor não teria direito a qualquer participação sobre esses bens, nos moldes da norma contida no art. 1.725, do Código Civil. Mesmo porque não veio aos autos qualquer prova a demonstrar que o autor tenha efetivamente contribuído para a aquisição desse patrimônio, mesmo que com seu trabalho, o qual aliás, foi prestado, ao menos por algum tempo, na condição de empregado.

4. Portanto, ao contrário do alegado, a prova colhida leva à conclusão de restar ausente o *fumus boni juris* alegado, não havendo, conseqüentemente, o perigo de dano e demais requisitos que justifiquem a antecipação ou cautelar pretendida”.

Sustenta, o agravante, que: a decisão agravada ignorou a existência de uma sociedade fática incontestada e inquestionável; o depoimento das testemunhas na audiência de justificação constitui prova sólida, consistente e irrefutável da existência da união; foram satisfeitos todos os requisitos primários à concessão da antecipação de tutela. Requer a concessão do efeito suspensivo para reformar a decisão agravada, reconhecendo a sociedade fática e aplicando todos os preceitos lecionados no Direito das Obrigações.



283

3

Agravo de Instrumento nº 318.491-2

Indeferido o efeito ativo requerido, prestadas as informações pelo Dr. Juiz e intimado o agravado, este respondeu ao recurso, pugnando pela manutenção da decisão.

A douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer pelo improvimento do recurso.

2. Não assiste razão ao agravante.

O pedido de antecipação de tutela visa obter o reconhecimento da sociedade de fato, que o agravante mantinha com MÁRCIO JOSÉ RIBAS DE MATTOS, falecido em 15.6.04, com a finalidade de tornar-se herdeiro por meação dos bens deixados pelo *de cujus* desde o ano de 2000, em razão da constância do relacionamento entre eles. Não havendo início de prova das alegações do autor-agravante, designada audiência de justificação, nesta foram ouvidas quatro testemunhas (fls. 93-97). Sopesando os depoimentos testemunhais, o Dr. Juiz indeferiu a tutela requerida, por não estarem presentes os requisitos para sua concessão, ensejando o presente recurso.

Para viabilizar a medida judicial pretendida, é indispensável que o autor comprove, desde logo, os requisitos previstos no art. 273 do C.P.Civil, isto é, a verossimilhança de suas alegações, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e a possibilidade de reversão da tutela concedida, caso a demanda seja julgada improcedente, o que não ocorreu no caso dos autos.

Ainda que a união homoafetiva não tenha agasalho no ordenamento jurídico pátrio, por aplicação analógica das normas relativas à união estável, as provas colacionadas descaracterizam a existência de convivência pública, contínua e duradoura entre o autor e o *de cujus*, conforme se verifica no depoimento de RITA DE CÁSSIA DIAS GOMES, contadora do *de cujus*: "...Rodrigo foi registrado como empregado de Márcio; ele foi registrado com um auxiliar geral na fazenda; ...a depocnte conversava tanto



Agravo de Instrumento nº 318.491-2

4 289

com Márcio quanto com Rodrigo mas nunca soube que entre os dois houvesse relacionamento amoroso; ambos freqüentavam o escritório da depoente, ...mas nunca deixaram transparecer a existência de relacionamento amoroso entre eles, inclusive o escritório da depoente tem vários funcionários e pessoas e nunca se constatou esse relacionamento” (fl. 97).

Ademais, a jurisprudência é uníssona no sentido da impossibilidade do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo:

“INVENTÁRIO. Autor da herança falecido no estado de solteiro sem deixar descendentes. Dependente habilitado perante a Previdência Social decorrente de união homossexual com o falecido. Pretensão de habilitação na qualidade de herdeiro e meeiro do *de cuius*. Inadmissibilidade. Direitos decorrentes da união estável para fins sucessórios na legislação vigente restritos ao companheiro sobrevivente de união entre homem e mulher. Inteligência dos arts. 226, § 3º, da Constituição Federal e Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. Pedido indeferido. Recurso não provido”. (acórdão nº 00529706, Agravo de Instrumento nº 266.853-4/8-00, 4ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP, Rel. Des. Rebello Pinho, j. 28.11.02)

“SOCIEDADE DE FATO. RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL. A inexistência de texto constitucional ou legal impede que se reconheça união estável entre pessoas de mesmo sexo. A formação de patrimônio comum está submetida aos pressupostos do artigo 1363 do CC-16. Exame da prova documental e testemunhal. *Affectio societatis* demonstrada a partir de 1998. Apelações desprovidas”. (Apelação Cível nº 2006.001.00660, 10ª Câmara Cível do TJ/RJ, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, j. 7.2.06)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. MANIFESTA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO PROVIDO. 1. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida. 2. Diante da norma expressa, contida no art. 226, § 3º, da



290

5

Agravo de Instrumento nº 318.491-2

Constituição da República, somente entidade familiar por constituir união estável o relacionamento afetivo entre homem e mulher. 3. Revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo. 4. Agravo de instrumento conhecido e provido”. (Agravo de Instrumento nº. 1.0702.03.094371-7/001, 2ª Câmara Cível do TJ/MG, Rel. Caetano Levi Lopes, j. 22.3.05)

“RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. 1. A união estável para ser reconhecida como entidade família, exige a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, inclusive com a possibilidade de sua conversão em casamento, o que não ocorre na espécie. 2. Não havendo sequer situação fática assemelhada a um casamento, sem que o par sequer tenha morado sob o mesmo teto, não há como reconhecer a pretendida união homossexual com o objetivo de estender-lhe os efeitos próprios de uma união estável. Recurso desprovido, por maioria”. (Apelação Cível nº. 70009888017, 7ª Câmara Cível do TJ/RS, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 27.4.05)

Por tais motivos, nega-se provimento ao presente recurso, mantendo-se a decisão agravada, por seus próprios fundamentos.

3. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Décima Primeira Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por *unanimidade* de votos, em negar provimento ao agravo.

Participaram do julgamento e acompanharam o voto do relator os Desembargadores **MENDONÇA DE ANUNCIÇÃO** e **MÁRIO RAU**.

Curitiba, em vinte e seis de abril de dois mil e seis.

ACCÁCIO CAMBI – Presidente e Relator.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

291

Doc. XIII



Órgão : PRIMEIRA TURMA CÍVEL
Classe : AGI – AGRAVO DE INSTRUMENTO
Num. Processo : 2003.00.2.009821-1
Agravante : E. E. N.
Agravado : M. F.
Relator : DESEMBARGADOR NÍVIO GONÇALVES

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. UNIÃO ESTÁVEL NÃO CONFIGURADA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. INCOMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAMÍLIA.

1. Ao juízo especializado de família cabe processar e julgar toda a matéria relativa à união estável, conforme estipula a Lei nº 9.278, de 10.05.96. No entanto, o relacionamento homoafetivo, nos termos da legislação pátria, não configura caso de união estável, não estando amparado legalmente.

2. Não sendo caso de união estável, mas de provável sociedade de fato, é incompetente a Vara de Família para processar e julgar o feito.

3. Negado provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da **PRIMEIRA TURMA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, **NÍVIO GONÇALVES** - Relator, **EDUARDO DE MORAES OLIVEIRA** e **VALTER XAVIER** - Vogais, em **CONHECER E DESPROVER. UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e as notas taquigráficas.

766
293

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2003.

Desembargador EDUARDO DE MORAES OLIVEIRA
Presidente

Desembargador NÍVIO GONÇALVES
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por E. E. N. visando a reforma da decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões do Gama - DF, que nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união homoafetiva *post mortem* ajuizada em relação a M. F., declinou de sua competência em favor de uma das Varas Cíveis, por entender que o caso não era de união estável, mas sim uma provável sociedade de fato.

767

Sustenta, o recorrente, que a noção de família não mais se restringe às relações derivadas do matrimônio e que o seu centro de gravidade situa-se na mútua assistência afetiva, sendo perfeitamente possível encontrar tal núcleo nos parceiros homossexuais. Colaciona jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no sentido de que a competência para julgar separação de sociedade de fato de pessoas do mesmo sexo é da Vara de Família.

294

Requer o conhecimento e provimento do recurso, reformando a decisão agravada para que sua ação seja julgada perante o Juízo da 2ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões da Circunscrição Judiciária do Gama - DF.

É o relatório.

Peço dia.

VOTOS

O Senhor Desembargador NÍVIO GONÇALVES – Relator:

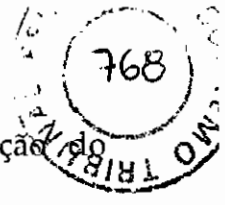
Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por E. E. N. visando a reforma da decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões do Gama - DF, o qual, nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união homoafetiva *post mortem*, declinou de sua competência em favor de uma das Varas Cíveis, por entender que o caso não era de união estável, mas sim uma provável sociedade de fato.

Requer o provimento do recurso, para que sua ação seja julgada perante o Juízo da 2ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões da Circunscrição Judiciária do Gama - DF.

O art. 28 da Lei n.º 8.185/91 estabelece quais são as ações de competência das Varas de Família, estando, entre elas, a união estável ou concubinato. No entanto, a legislação pátria, em momento algum faz referência a relações entre pessoas do mesmo sexo, ao contrário, expressamente reconhece a união estável entre homem e mulher, ou seja, relacionamento heterossexual, senão vejamos:

Diz o art. 226, § 3º, da Constituição Federal:



“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 a sua conversão em casamento”.

O Código Civil, em seu art. 1.514, prescreve:

“ O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal e o juiz os declara casados”.

Prosseguindo, a Lei n.º 9.278/96, em seu art. 1º também é expressa no que diz respeito à sexualidade dos pares:

Art. 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”.

Pela legislação acima citada, restou esclarecido que a união estável caracteriza-se por uma situação de fato, em que um homem e uma mulher convivem como se casados fossem, por tempo prolongado, sem impedimentos para se casarem. Inicialmente, a Lei n.º 8.971/94 exigia o prazo de cinco anos de convivência ou a existência de filhos para que tal união se configurasse. Com o advento da Lei n.º 9.278/96, deixou-se de exigir o prazo.

Analisando, chega-se à conclusão de que não cabem no conceito de união estável as uniões adulterinas, incestuosas, múltiplas, recentes, ou homossexuais, mesmo porque, o reconhecimento da união estável pela Constituição Federal teve por fim proteger o casal e facilitar a conversão em casamento, sendo certo que um relacionamento de cunho homossexual não poderá ser convertido por falta de amparo legal.

O art. 9º da Lei n.º 9.278/96 esclarece que apenas quando se tratar de união estável, a competência é das Varas de Família, ao dizer que “toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça”.

Nesse sentido, segue precedente desta Corte, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. VARA DE FAMÍLIA. PROCESSO E



**JULGAMENTO. AGRAVO. EFEITO SUSPENSIVO.
PLAUSIBILIDADE.**

1. A execução fundada em título judicial processar-se-á perante o juízo que decidiu a demanda de conhecimento. 293
Inteligência do artigo 575, inciso II, do Código de Processo Civil.
2. A matéria relativa à união estável deve ser processada no juízo da Vara de Família. Inteligência da Lei nº 9.278/96.
3. Diante de possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação, defere-se efeito suspensivo ativo em agravo de instrumento. Agravo não provido. Unânime.(Agravo de Instrumento 20020020043755AGI DF, 1ª Turma Cível, Relator : VALTER XAVIER, Data de Julgamento : 28/10/2002, Publicação no DJU: 26/02/2003 Pág. : 36).

Decompondo os fatos apresentados nos autos, tem-se que não restou configurada a união estável, posto não haver previsão legal quanto à sua formação por casais homossexuais, estando caracterizada uma possível sociedade de fato, existente entre pessoas que reúnem esforços para a formação de um patrimônio, sendo que a partilha será feita na medida da contribuição de cada um. Restando então comprovada a sociedade de fato, o processamento e julgamento da ação será de competência de uma das Varas Cíveis.

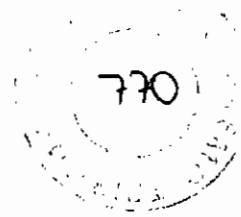
Assim, não sendo o caso abrangido pelo conceito estabelecido no art. 226, §3º, da Constituição Federal, nem pela legislação infraconstitucional, impõe-se a incompetência da Vara de Família para processar e julgar o feito.

Por todo o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento**, mantendo a r. decisão agravada.

É o voto.

O Senhor Desembargador EDUARDO DE MORAES OLIVEIRA – Presidente e Vogal:

Com o Relator



O Senhor Desembargador VALTER XAVIER – Vogal:

Senhor Presidente, também nego provimento ao Agravo de Instrumento. 297

Destaco que a base seria uma possível inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, o que, naturalmente, sepulta-se, de plano, vez que se trata de dispositivo encartado na Constituição pelo Poder Constituinte Originário, infenso a qualquer declaração de inconstitucionalidade.

Por essas razões, e mais aquelas expostas pelo eminente Desembargador Relator, nego provimento ao agravo.

DECISÃO

Conhecido e desprovido. Unânime. Em 15.12.03.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

298

Doc. XIV



Poder Judiciário

TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios

791

291471

299

Órgão : 1ª CÂMARA CÍVEL
Classe : CCP – Conflito de Competência
Nº. Processo : 2007.00.2.010432-3
Suscitante(s) : Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Taguatinga/DF
Suscitado(s) : Juízo de Direito da 2ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões de Taguatinga/DF
Relatora Desª. : DIVA LUCY IBIAPINA

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSO CIVIL.

1. Desacordo entre os Juízos da Vara Cível e da Vara de Família quanto à competência para processar e julgar demandas que envolvam a tutela concreta de interesses decorrentes de uniões homossexuais. A definição do juízo a que legalmente compete apreciar tais situações fáticas conflitivas, também chamadas de "uniões homoafetivas", é exigência do princípio do juiz natural e constitui garantia inafastável do processo constitucional.

2. Ausente regra jurídica expressa definidora do juízo responsável concretamente para conhecer relação jurídica controvertida decorrente de união entre pessoas do mesmo sexo, resta constatada a existência de *lacuna do direito*, o que torna premente a necessidade de integração do sistema normativo em vigor. Nos termos do que reza o Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a analogia é primeiro, entre os meios supletivos de lacuna, a que deve recorrer o magistrado.

3. A analogia encontra fundamento na igualdade jurídica. O processo analógico constitui raciocínio baseado em razões relevantes de similitude. Na verificação do elemento de identidade entre casos semelhantes, deve o julgador destacar aspectos comuns, competindo-lhe também considerar na aplicação analógica o relevo que deve ser dado aos elementos diferenciais.

4. A semelhança há de ser substancial, verdadeira, real. Não justificam o emprego da analogia meras semelhanças aparentes, afinidades formais ou identidades relativas a pontos secundários.

5. Os institutos erigidos pelo legislador à condição de entidade familiar têm como elemento estrutural - requisito de existência, portanto - a dualidade de sexos. Assim dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu Preâmbulo e no item 1 do Artigo 16. No mesmo sentido a Constituição Brasileira promulgada em 05/outubro/1988



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios



291471

300

CCP 2007.00.2.010432-3

(Artigo 226 e seus parágrafos), o Código Civil de 2002 e Lei n.º 9.278, de 10/maio/1996, que regulamenta o parágrafo 3º do Artigo 226 da CF.

6. As entidades familiares, decorram de casamento ou de união estável ou se constituam em famílias monoparentais, têm como requisito de existência a diversidade de sexos. Logo, entre tais institutos, que se baseiam em união heterossexual, e as uniões homossexuais sobreleva profunda e fundamental diferença. A distinção existente quanto a elementos estruturais afasta a possibilidade de integração analógica que possibilite regulamentar a união homossexual com base em normas que integram o Direito de Família.

7. As uniões homossexuais, considerando os requisitos de existência que a caracterizam e que permitem identificá-las como *parcerias civis*, guardam similaridade com as sociedades de fato. Há entre elas elementos de identidade que se destacam e que justificam a aplicação da analogia.

8. Entre parcerias civis e entidades familiares há fator de desigualação que, em atenção ao princípio da igualdade substancial, torna constitucional, legal e legítima a definição do Juízo Cível como competente para processar e julgar demandas relativas a uniões homossexuais, que sujeitas estão ao conjunto das normas que integram o Direito das Obrigações.

9. Conflito conhecido. Definida como pertencente ao Juízo Cível a competência para conhecer de conflitos relativos a uniões homossexuais - "parcerias civis".

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, **DIVA LUCY IBIAPINA** - Relatora, **NÍVIO GONÇALVES**, **JAIR SOARES**, **OTÁVIO AUGUSTO**, **NATANAEEL CAETANO**, **FLAVIO ROSTIROLA** e **VERA ANDRIGHI** - Vogais, sob a presidência da Desembargadora **ANA MARIA DUARTE AMARANTE**, em **CONHECER E DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE. DECISÃO UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 12 de novembro de 2007.

Desembargadora DIVA LUCY IBIAPINA
Relatora



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios



291471

CCP 2007.00.2.010432-3³⁰¹

RELATÓRIO

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Taguatinga, DF, suscitou a esse Egrégio Tribunal de Justiça conflito negativo de competência em face do Juízo de Direito da 2ª Vara de Família daquela mesma Circunscrição. Fê-lo em razão de desacordo a respeito do órgão a que caberia parcela de jurisdição para processar e julgar ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato *post mortem* ajuizada por **Rosilene Matias Leite** em desfavor do Espólio de **Luzia Ricardo de Freitas Pereira**.

Argumenta o Eminentíssimo Magistrado suscitante que "...o reconhecimento e dissolução de sociedade de fato havida por casais de homossexuais compete ao juízo de família..." (fl. 22). Invoca preceitos constitucionais relativos ao direito à intimidade (Art. 5º, X, CF/88), "...ao direito à liberdade e à igualdade sem distinção de qualquer natureza (Art. 5º)". Tece considerações sobre preconceito social. Fala do dever do magistrado de proceder à integração do ordenamento face a ausência de normas que regulamentem a união entre pessoas do mesmo sexo. Faz referência ao princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF) que, segundo afirma, "...implica reconhecer a existência de direitos advindos de uniões homoafetivas equiparados àqueles provenientes de uniões heterossexuais, a fim de se evitar qualquer tipo de discriminação em razão da opção sexual" (fl. 23).

Cita norma constitucional expressa no § 3º do Artigo 226. Diz que "...juridicamente, por não haver efeitos distintos entre as uniões concubinárias e as homoafetivas, urge aplicar a analogia para fins de apreciação do direito". Afirma que as "...uniões homoafetivas são, à luz do ordenamento jurídico vigente, sociedades de fato cujo vínculo afetivo caracteriza a competência do juízo de família, haja vista que o processamento da partilha perante o juízo cível traduziria a existência de discriminação sexual no âmbito do próprio Estado". Fala de "...mitigação do conceito tradicional de família, o qual exigia a presença de um homem e uma mulher unidos com a finalidade de vida comum e procriação, para abarcar as transformações ocorridas no seio da sociedade, instituindo-se, por exemplo, o reconhecimento das



TJDF

**Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios**

794

291471

CCP 2007.00.2.010432-302

famílias monoparentais". Mudanças essas que, segundo afirma, "...permitem vislumbrar o acolhimento das uniões homoafetivas na instituição familiar." Suscita o presente conflito esperando ver declarada a incompetência do juízo cível e determinada a competência do juízo de família.

O Juízo suscitado, com amparo em Parecer do Ministério Público - que segue orientação jurisprudencial desta Nobre Corte de Justiça, além de mencionar precedente do Superior Tribunal de Justiça -, afirma a competência do juízo cível para processar e julgar demandas em que o conflito de interesses diga respeito a relacionamento homoafetivo.

Decisão liminar proferida à fl. 27 e v. fixou como juízo provisório para decidir as questões urgentes o da 3ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Taguatinga, DF.

Os juízes envolvidos não demonstraram interesse em prestar maiores informações (fls. 28-30).

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em parecer da lavra da Doutora Conceição de Maria Pacheco Brito (fls.31-33), afasta os argumentos referentes a preconceito, desrespeito a direitos dos homossexuais ou ferimento à dignidade humana.

Alterando a perspectiva de análise da questão, volta-se ao direito positivo, que não teria reconhecido como entidade familiar a união homoafetiva, daí porque afastada a competência da vara de família. Diz pertencer ao campo das obrigações a tutela jurídica a direitos de homossexuais, pois que reconhecida como sociedade de fato a união entre eles. Cita jurisprudência deste Tribunal. Oficia no sentido de que seja conhecido o conflito negativo de competência, mas julgado improcedente, eis que haverá de ser declarada a competência do Juízo da 3ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Taguatinga, DF, para processar e julgar a ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato.

É o relatório.



TJDF

**Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios**



291471

CCP 2007.00.2.010432-3

303

VOTOS

A Senhora Desembargadora DIVA LUCY IBIAPINA - Relatora

Em juízo de admissibilidade, conheço do conflito porque presentes os pressupostos de admissibilidade (Artigos 115 e 118, ambos do CPC).

Eminentes Desembargadores, a divergência surgida no seio da estrutura judicial tem o propósito de fixar a competência para tutela concreta de interesses que envolvem o reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre homossexuais.

Haverá esta Egrégia Câmara Cível de decidir se os processos em que consubstanciados conflitos de interesses decorrentes de união homoafetiva encerram matéria de competência das varas cíveis ou se competentes para julgá-los são os juízes das varas de família.

Eis a questão.

É sabido que a distribuição da competência se faz por meio de normas constitucionais, de leis processuais e de organização judiciária, como também se concretiza por intermédio dos regimentos dos tribunais que estabelecem a distribuição interna da competência dentre os vários juízos competentes. O conjunto ordenado dessas normas atende à necessidade que tem o Estado de Direito de estabelecer o juízo responsável concretamente pela demanda ajuizada. Trata-se de exigência do Princípio do Juiz Natural, constituindo verdadeira garantia individual em favor de quem se achar submetido a processo judicial.

Da idéia do juiz natural decorre não só a imprescindibilidade da fixação de critérios determinativos de distribuição de competência, mas também a importância da distinção entre os regimes jurídicos aplicáveis.



Poder Judiciário

TJDFT

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios



291471

CCP 2007.00.2.010432-3

Quanto aos critérios determinativos de distribuição de 304
competência, vários são os fatores a ser considerados. O direito nacional utiliza três critérios básicos para fixação do órgão jurisdicional competente para cada causa: objetivo, territorial e funcional. Tais modalidades, a depender do interesse tutelado, se público ou preponderantemente privado, são agrupadas em dois gêneros distintos, os quais atendem a critérios que permitem classificar a competência em absoluta ou relativa.

O critério *objetivo* tem em conta a natureza da relação jurídica substancial deduzida em juízo e torna essencial a análise dos elementos da demanda. Assim, a competência pode atender a disciplina que considera: (a) as partes envolvidas, ensejando a determinação da competência *ratione personae*; (b) a causa de pedir: a natureza da relação jurídica controvertida, que é definida pelo fato jurídico que lhe dá ensejo, pode definir a competência em razão da matéria – *ratione materiae* e; (c) o pedido: nas hipóteses em que são estabelecidos órgãos com competência diferenciada segundo a importância econômica da demanda proposta, tal como ocorre com os Juizados Especiais.

Pois bem, no caso específico deste incidente de conflito de competência, em que tanto o juízo cível quanto o juízo de família, por meio dos ilustres magistrados em exercício nas respectivas varas judiciais, se reputam incompetentes para conhecer de contenda relativa a uniões homoafetivas, é preciso, face a ausência de disciplina específica para a matéria, definir a que grupo de litígios pode e deve integrar a relação jurídica substancial trazida a conhecimento do Poder Judiciário.

Em verdade, sem que de antemão venha definido o juízo que legalmente deve exercer competência para apreciar situações fáticas que tais, risco de grave comprometimento haverá para a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, de que deflui o direito à tutela judicial efetiva. A definição da competência é, portanto, garantia inafastável do processo constitucional, eis que possibilita o exercício efetivo do poder jurisdicional.

À vista disso, voltando a atenção para a situação conflitiva posta nos autos deste incidente em que constatada a ausência de uma regra



Poder Judiciário

TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios



291471

CCP 2007.00.2.010432-205

jurídica de relação que deva ser juridicamente regulada, mostra-se premente a necessidade de integração do sistema normativo atualmente em vigor, pelo que haveremos de considerar o fato a regular e o conjunto de nosso ordenamento jurídico.

A existência constatada de *lacuna do direito*, a que se deve somar o fato de estar o julgador impedido de se furtar a uma decisão (Artigo 126 do Código de Processo Civil), torna forçoso admitir ao aplicador da lei, de forma a que possa chegar a uma solução adequada, lançar mão de técnicas de preenchimento do ordenamento jurídico que, reconhecidamente, é limitado.

Note-se que a necessidade de utilização de um instrumento para eliminar a lacuna interna do sistema normativo - a qual resulta de carência de regulamentação positiva de aspecto particular - não prescinde de que se estabeleça ou pressuponha a regra de complementação do ordenamento jurídico. Exatamente por isso vêm indicados na própria lei os meios supletivos das lacunas (Artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil). Diga-se a propósito, pertencer à **teoria das lacunas**, ao demonstrar o que se deve entender por sistema jurídico, o conjunto de regras voltadas ao interesse de fixar limites para as decisões judiciais de preenchimento.

Destarte, o órgão judicante, submetido ao princípio que veda a denegação da justiça, ao integrar ou preencher a lacuna, realiza, como intérprete da lei, o que a doutrina tem identificado como fenômeno de **"integração normativa"**.

O direito lacunoso, para suprir seus vazios, necessita de se auto-integrar, sendo este o motivo autorizador de meios judiciais para estender a esfera do disciplinado para a do não regulado. Ao aplicador do direito é permitido, de tal modo, proceder a processo intelectual de *interpretação jurídica*, que, de regra, implica ultrapassar as linhas de demarcação estabelecidas ao órgão judicante na realização da tarefa de interpretação das normas e subsunção, oportunidade esta em que efetua atividade eminentemente prática propiciadora da mediação entre a norma reguladora e o fato a regular.



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios

798
308

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

Não bastam, porém, ao exame da hipótese *sub judice* as considerações já aduzidas. É indispensável, a meu sentir, mais aprofundado exame da natureza sistemática da interpretação.

A tarefa do magistrado de interpretar e/ou integrar o ordenamento jurídico subtende o bom uso das regras interpretativas o que, de sua vez, faz supor prévia definição do parâmetro do raciocínio jurídico, sem o que não será possível separar da interpretação jurídica a interpretação meramente subjetiva.

Importa pôr em evidência uma e outra porque, enquanto a interpretação jurídica está voltada a preservar a unidade do ordenamento pela busca de material normativo para interpretação do valor constitucional preeminente; a interpretação meramente subjetiva se baseia na intenção do intérprete que se vale de seus propósitos no interesse de, como se legislador fosse, cominar a sua própria intenção.

A hermenêutica jurídica autoriza a primeira forma de interpretação, desde que efetivada pela autoridade judicial competente. Quanto à segunda, ainda que realizada por autoridade regularmente constituída, está fora de discussão.

Sobre a matéria transcrevemos lições que nos foram passadas por José Alfredo de Oliveira Baracho:

“dois princípios sobre a generalidade da interpretação podem surgir para a compreensão do direitos, com vinculações às relações sociais e ao contexto constitucional: a) a interpretação do direito não subtrai as regras que usa o intérprete, quando opera com critérios lingüísticos. Desde o momento que o direito formal se exprime em linguagem, não pode prescindir das regras da linguagem (...); b) a interpretação do direito é legada à posição institucional que assume o intérprete a respeito da fonte, preocupando-se com a compreensão do poder normativo”.¹

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional – Aspectos Contemporâneos*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2006, p. 83.



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios

499

307

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

Assim, a tarefa do intérprete deve de ser orientada por processo interpretativo que considere, dentre outros fatores, o sentido literal do texto normativo. Não podem ser recusados o sentido dos vocábulos do texto e sua correspondência com a realidade que designam.

Ao aplicador da lei cumpre, também, relacionar umas normas às outras até que possa vislumbrar-lhes o sentido e alcance. Nesse processo, a Constituição deve influir sistematicamente em todas as normas, garantindo-se-lhe, por tal modo, um efeito estabilizador e integrador.

Cabe ao intérprete, portanto, na determinação do conteúdo da norma aplicável ao caso não previsto em disposição legal expressa, considerar a existência de um sistema onde existem disposições constitucionais em posição dominante, pelo que não pode realizar a interpretação separadamente da lei e da Constituição.

Ainda dos ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho extrai-se a seguinte lição:

"a Constituição opera como uma norma jurídica de máxima eficácia, pelo que não existe razão para separá-la do resto do ordenamento jurídico, no momento de sua interpretação. A interpretação adequada é uma das regras mais importantes sobre a interpretação, ela não deriva de disposição geral de lei, mas diretamente da estrutura do ordenamento jurídico vigente".²

Na busca de uma interpretação adequada - exatamente porque é escopo do direito, além de assegurar a justiça, permitir a possibilidade de convivência entre sujeitos individuais e coletivos - ao magistrado cumprirá, de igual modo, fazer frente às transformações sociais. Desde que as relações sociais concretas, do ponto de vista jurídico, requeiram uma regra não absoluta, mas adequada a um

² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional – Aspectos Contemporâneos*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2006, p. 85.



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios



291471

CCP 2007.00.2.010432-3

308

valor abstrato, e, portanto, relativa – conforme aos fatos – há de se adequarem as normas às novas exigências da sociedade.

Enfim, dadas a conhecer, por exigência lógica, as regras sobre interpretação; assentado que a interpretação será tida por justa quando dotada por um juiz competente; resta fixar qual dos meios supletivos de lacuna há de ser adotado para o caso **sub judice**, em que a controvérsia não pode ser decidida de conformidade com uma disposição precisa.

Pois então, nos termos do que reza o Artigo 4º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil, a **analogia** é o meio a que primeiro deve recorrer o magistrado. E, efetivamente, dele se socorreu o Culto Magistrado da Vara Cível ao suscitar o presente conflito de competência.

Vejamos, portanto, se ao Juízo suscitante assiste razão quando afirma não possuir parcela de jurisdição que a ele permita conhecer, processar e julgar demanda relativa a conflitos de interesses que envolvam união homossexual.

A **analogia**, ensina-nos Maria Helena Diniz, encontra fundamento na *igualdade jurídica*, já que “o processo analógico constitui um raciocínio ‘baseado em razões relevantes de similitude’, fundado-se na identidade de razão, que é o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos, mas, substancialmente semelhantes...”. Quanto à verificação do elemento de identidade entre os casos similares, deve o intérprete destacar os aspectos comuns e proceder à aplicação por analogia, considerando o relevo que deve ser dado aos elementos diferenciais, considerando-os, bem como a diversidade existente.

Certo é que não poderá ser qualquer um o elemento de identidade, “...mas sim fundamental ou de fato que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação à qual se quer comparar a norma não contemplada. Terá que haver uma verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações. Meras semelhanças aparentes, afinidades formais ou



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios



291471

CCP 2007.00.2.010432-3 309

identidades relativas a pontos secundários não justificam o emprego da argumentação analógica".³

Por conseguinte, a aplicação analógica, como processo revelador de normas que estariam implícitas, requer a verificação de ocorrência de determinados pressupostos sem o que não poderá ser admitida como fonte supletiva.

Estabelecida essa premissa, retomo o exame da situação posta nestes autos.

Verifico, então, que os fundamentos invocados pelo magistrado em exercício na vara cível para aplicação da analogia coincidem, perfeitamente, com opinião, ainda minoritária, mas que vem se firmando na jurisprudência do Rio Grande do Sul por meio de reiteradas decisões do Tribunal de Justiça daquele Estado da federação.

Lá também floresce doutrina, até agora minoritária, favorável à tese sustentada pela Desembargadora Maria Berenice Dias de que "...as relações entre pessoas do mesmo sexo...", e por ela chamadas de *uniões estáveis homoafetivas*, "...devem ser abrigadas no Direito de Família".⁴

Imprescindível, de tal modo, conhecer as bases, os alicerces, das razões apresentadas pelos defensores da tese de que, por analogia, disposições legais concernentes a direito de família devem ser aplicadas a caso similar caracterizado pela união homossexual.

Examinemos, pois, o raciocínio adotado para justificar a utilização de processo analógico para incluir a situação concreta relativa a parceria entre pessoas do mesmo sexo na esfera das relações jurídicas por lei afetas ao direito de família.

Vejamos.

³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 18ª Edição, Editora Saraiva, 2ª Tiragem, 2007, p. 458-459.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre Homoafetividade*. Livraria do Advogado Editora. 2004, p.15.



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios

802

291471

310

CCP 2007.00.2.010432-3

Maria Berenice Dias, Eminente Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao defender, em diversas publicações, posição jurídica no sentido de que a união homossexual deve ser entendida como entidade familiar, assenta que:

- é discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis homossexuais;
- relacionamentos que surgem de vínculos afetivos, gerando o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estão a reclamar um regramento legal;
- descabido estabelecer como pressuposto a distinção de sexos para a identificação da união estável, o que é exigência discriminatória;
- o legislador reconheceu como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada *família monoparental*;
- houve abertura conceitual: nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento identificador da família;
- não há como só ver como entidade familiar a união estável entre pessoas de sexos opostos.

A ilustre autora, após encadear as proposições acima mencionadas e que dão sustentáculo a entendimento por ela abrigado, afirma que *“a única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência do objetivo de gerar filhos”*. Tal circunstância, em sua percepção, *“por óbvio, não serve de fundamento para a diferenciação levada a efeito. Como a capacidade procriativa ou a vontade de ter prole não são elementos essenciais para que se empreste proteção legal a um par, é de reconhecer-se a incompatibilidade da regra com o preceito igualitário, que dispõe de maior espectro”*.⁵

Assim, conhecidas as razões em que se apóia a Eminente Desembargadora gaúcha, e às quais se filia o não menos Eminente

⁵ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: O Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000”, p.70-71.



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios



291471

CCP 2007.00.2.010432-3 ³¹¹

Magistrado que no exercício da função jurisdicional atua em vara cível, é mister considerá-las à luz das normas sobre interpretação do direito.

Atrai a atenção, desde logo, apesar do amplo espaço argumentativo que a analogia comporta, o fato de não ser de identidade, mas de diferenciação o elemento essencial entre as situações concretas examinadas: a hipótese fática adotada como paradigma tem em conta a existência de relação entre pessoas de sexos opostos (relação heterossexual), enquanto a hipótese dita não regulada refere-se a relacionamento entre pessoas do mesmo sexo (relação homossexual).

Ora, as relações entre homem e mulher, seja para a constituição de família por intermédio de casamento, seja para a constituição de entidade familiar diversa da que do casamento decorre, estão reconhecidas desde o ano de 1948, quando aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.

Estabelece de modo inequívoco, aquela que é a Carta de *"reconhecimento da dignidade inerente a todos os Membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis..."*, o que *"...constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo"*, no item 1 do Artigo 16 - conforme está assentado no Preâmbulo, primeiro parágrafo - a dualidade de sexos, *"...o homem e a mulher..."*, como requisito de existência da entidade familiar.

O Estado Brasileiro, de sua vez, no esteio de sentimento que se consolidou, gradualmente, nas três décadas seguintes à Segunda Grande Guerra, absorveu na Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, tal como ocorrera nas cartas constitucionais da Europa continental, a noção de que a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana devem imanar o conjunto dos valores e princípios do ordenamento jurídico. O senso quanto à necessidade de instituir salvaguardas a situações existenciais levou então o legislador constituinte a estabelecer princípios constitucionais em matéria de família. Agiu atendendo a processo de profunda transformação social, pelo que tornou a *família* um instituto funcionalizado à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da



Poder Judiciário

TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios



291471

312

CCP 2007.00.2.010432-3

República, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Artigos 1º, III; 3º, I, e 226 e seus parágrafos, todos da Constituição Federal).

O Direito Brasileiro, em sintonia com o que houvera estabelecido a Declaração Universal dos Direitos Humanos, votada na ONU em 10/12/1948, reconheceu a família como núcleo natural e fundamental da sociedade e a ela concedeu, como o fizeram os povos das Nações Unidas (item 3 do Artigo 16), direito à proteção da sociedade e do Estado. Ao fazê-lo, considerou a entidade familiar como decorrente da união entre homem e mulher.

Tanto para o casamento, quanto para a união estável, estabeleceu o legislador como requisito de existência a diversidade de sexos.

A confirmar tal assertiva é bastante o exame dos comandos expressos na Constituição Federal (*caput* e no § 3º, ambos do Artigo 226) e no Código Civil Brasileiro (Artigos 1.514, 1.723). Não se pode olvidar, ainda, os comandos normativos que estão estabelecidos na Lei n.º 9.278, de 10/maio/1996, a qual regulamenta o parágrafo 3º do Artigo 226 da CF, com peculiar atenção para o Artigo 1º. Note-se que igualmente para o concubinato - realidade distinta da união estável (Artigo 1.727 do Código Civil), porque nele há presente um dos impedimentos matrimoniais previstos no Artigo 1.521, enquanto para o outro não há o elemento impeditivo do matrimônio – instituiu o legislador, como requisito de sua existência, a dualidade de sexos.

Deste modo, busque o hermeneuta no ordenamento jurídico interno a adequada compreensão quanto ao que se possa entender como **“entidade familiar**, seja por meio de processo de interpretação sistemático, seja por intermédio de processo teleológico, seja por recurso à técnica gramatical, seja pelo emprego de processo lógico; busque o intérprete da lei no ordenamento jurídico internacional a compreensão quanto ao sentido daquele instituto, **“entidade familiar”**; a interpretação exata a que poderão chegar, considerando o bom uso das regras sobre interpretação, considerando, ainda, a natureza das relações jurídicas, bem como os fatos jurídicos que as ensejam, enfim, considerando o conjunto desses fatores, a conclusão outra não poderão racionalmente chegar senão a de que no universo das



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios



291471

CCP 2007.00.2.010432-3

entidades familiares só tem cabimento a união entre homem e mulher, ou seja, entre pessoas de diferentes sexos.

Os elementos diferenciais entre união heterossexual e união homossexual, para fins de constituição de entidade familiar, são relativos a requisitos essenciais à própria existência desse instituto.

Nem se diga que as modificações havidas nos esquemas familiares, ainda que substanciais, modificaram a estrutura familiar fincada na existência de um casal. Ao contrário, mantida está a estrutura familiar que na união do homem e da mulher encontra arrimo.

A essa altura, vale lembrar os ensinamentos do lexicólogo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira quando esclarece que a expressão "**casal**" é representativa de par composto de macho e fêmea, ou homem e mulher. Onde não há diversidade de sexos não há que se falar em casal. Coisas iguais, é certo, podem formar um par, desde que haja entre elas um elemento diferencial que as faça completar uma à outra (a exemplo: pares de sapato, de luvas etc. em que está insita a noção de diversidade: direito/esquerdo).

Não há, igualmente, que se falar na concessão à união homossexual de mesmo tratamento jurídico que à família monoparental a lei defere, uma vez que inexistente similaridade entre seus elementos estruturais básicos. Não há matéria analógica a ser considerada.

Tão extremadas são as diferenças que, creio, suficiente será a definição dos elementos que compõem a relação familiar monoparental para deixar fora de dúvida que, sobre eventuais aspectos comuns, sobreleva a diversidade existente.

A "**família monoparental**", de que trata o § 4º do Artigo 226 da Constituição Federal, abrange a comunidade de pai ou mãe solteiros e seus descendentes naturais (filhos, netos etc.) ou por adoção, bem como a comunidade de pai ou mãe divorciados e seus filhos. Logo, imbricada na noção dessa espécie de entidade familiar está, sem sombra de dúvidas, a idéia da dualidade de sexos nas uniões antes existentes, mas, por variados motivos, já desfeitas.



Poder Judiciário

TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios

866

314

291471

CCP 2007.00.2.010432-3

Quanto às pessoas, aos seres humanos, que pretendam estabelecer entre si *união homoafetiva*, não podem elas, por imperativo lógico e conceitual, formar um par, um casal.

É-lhes dado, em respeito ao direito individual de liberdade constitucionalmente assegurado a todos (Artigo 5º, *caput*, CF/88), estabelecer entre si, com o que advirão efeitos jurídicos no campo do Direito das Obrigações e do Direito das Sucessões, as chamadas "*parcerias homossexuais*".

Como sociedade civil, em que há comunhão de vidas e interesses, vem a doutrina majoritária entendendo a realidade da união entre pessoas do mesmo sexo. De igual modo, a jurisprudência majoritária dos tribunais de nosso país tem concedido ao parceiro civil que busque tutela jurisdicional tratamento jurídico segundo as regras que informam o direito obrigacional. Nesse sentido há julgados deste Egrégio Tribunal, citando-se, a título de exemplo, Agravo de Instrumento n.º 20030020098211 AGI DF, de Relatoria do Eminentíssimo Desembargador Nívio Gonçalves, e Conflito de Competência n.º 20040020013132 CCP DF, de Relatoria da Eminentíssima Desembargadora Sandra de Santis.

Também junto ao Poder Legislativo tem preponderado a noção de parceria civil em se tratando de uniões homossexuais para fins de concessão aos parceiros de direitos juridicamente tuteláveis. Veja-se a propósito Projeto de Lei n.º 1.151/95 apresentado pela então deputada federal Marta Suplicy e Substitutivo adotado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

Enfim, o fato social das parcerias homossexuais guarda, pelos elementos que o caracterizam, profundas e fundamentais diferenças com os diversos institutos que compõem o universo das entidades familiares. Não há elemento de identidade que possa estabelecer, entre aquelas situações, verdadeira e real semelhança.

No que diz respeito à tentativa de estabelecer ligação por similaridade entre união estável e união homossexual, vale citar lição do Professor Rainer Czajkowski (*in "União Livre"*, Editora Juruá, 1997, p.54) que, ao abordar o tema, assim se manifesta:



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios

809

291471

315

CCP 2007.00.2.010432-3

"a primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos, porque 'duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai e de mãe em face de eventuais filhos. Não se trata, em princípio, de perquirir sobre a qualidade física ou psicológica das relações sexuais entre homossexuais, nem emitir sobre tais relações qualquer julgamento moral".

No mesmo sentido Thiago Hauptmann Borelli Thomaz, em artigo na Revista dos Tribunais 809/95, *verbis*:

"O Direito de Família tutela os direitos, obrigações, relações pessoais, econômicas e patrimoniais, a relação entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e a dissolução da família, mas das famílias matrimonial, monoparental e concubinária. A união entre homossexuais, juridicamente, não constitui nem tem o objetivo de constituir família, porque não pode existir pelo casamento, nem pela comunhão estável.

Mas se houver vida em comum, laços afetivos e divisão de despesas, não há como se negar efeitos jurídicos à união homossexual.

Presentes esses elementos, pode-se configurar uma sociedade de fato, independentemente de casamento ou união estável. É reconhecida a sociedade de fato quando pessoas mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fim comum (art. 1.363 do CC/1916; art. 981 do novo CC).

Assim, embora as relações homossexuais escapem da tutela do Direito de Família, não escapam do Direito das Obrigações".⁶

Certo é que, a inexistência de regime jurídico próprio a disciplinar a parceria homossexual há de levar, pelo emprego da *analogia*, à aplicação das normas que integram o direito das obrigações.

Assim o afirmo porque aspectos comuns fundamentais aproximam-na da sociedade de fato: a) não constitui elemento relevante a circunstância

⁶ THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. *União Homossexual – Reflexões Jurídicas*. Revista dos Tribunais, Janeiro de 2003, 92º ano, p. 95-96.



Poder Judiciário

TJDF

**Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios**



291471

316

CCP 2007.00.2.010432-3

de serem os conviventes do mesmo sexo; b) deve haver união de esforços pessoais e/ou materiais, para a obtenção de fim comum e; c) é mister a mútua cooperação dos parceiros.

A situação fática por tal modo constituída, na hipótese de vir a se configurar qualquer conflito de interesses, encontrará, como nos dias atuais encontra, tutela jurídica adequada no âmbito do direito obrigacional. A dissolução da parceria civil, a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, são questões que ao juízo cível, como juiz natural, considerada a natureza da relação jurídica conflituosa, haverá de ser submetida.

Negativa de tutela jurisdicional também não haverá se, eventualmente, pretender qualquer dos conviventes postular por direito de sucessão. Mas, para tanto, enquanto regulamentação específica não houver, o direito que alegar possuir haverá de encontrar lastro em ato voluntário do parceiro falecido, tal como ocorre no testamento, com o que estará o postulante habilitado a suceder. Também na esfera do direito previdenciário podem os conviventes, igualmente por ato voluntário, se segurados obrigatórios não forem, se habilitar como segurados facultativos, quando também como beneficiários haverão de ser enquadrados. Entretanto, se como contribuinte da Previdência Social qualquer deles não se qualificar, pretendendo, então, apenas como beneficiário ser enquadrado, ser-lhe-á possível, mediante procedimento administrativo de justificação, fazer prova da existência de sociedade de fato justificadora da concessão do benefício pleiteado.

Enfim, por todo o exaustivamente exposto, firmemente convencida estou quanto a serem de destaque os aspectos comuns a conferir autoridade à interpretação jurídica que reconhece a existência de analogia entre a união homossexual e a sociedade de fato. A interpretação judiciária assim estabelecida guarda adequação para com o vigente sistema de normas e concede ao caso concreto a solução procurada.

Não há que se falar em ofensa a direito de escolha da orientação sexual do indivíduo. Não há que se falar em cerceamento da capacidade de autodeterminação no exercício da sexualidade. Não há que se falar em ofensa a



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios



291471

CCP 2007.00.2.010432-3

atributo da personalidade. Não há que se falar em discriminação. Não há que se falar em negativa de tutela jurisdicional a fato socialmente relevante, conquanto não constitua assunto da esfera do juridicamente regulado.

Está plenamente autorizada a exclusão das uniões homossexuais do âmbito do direito de família.

Afasta a possibilidade de interpretação analógica que, para integração de lacuna verificada em nosso ordenamento jurídico, estabeleça o recurso à regulamentação da parceria civil com base em disposições que disciplinam as entidades familiares, o fato de se distinguirem os elementos estruturais que caracterizam uma e outra. Divergem requisitos de *existência* de cada um daqueles institutos (parceria civil e entidade familiar), pelo que excluída está a aplicação analógica.

Não lograram os defensores da tese contrária, a exemplo da ilustre Desembargadora Maria Berenice Dias, minimizar o relevo que os elementos diferenciais ostentam, tanto que ao tratar da questão do homossexualismo, após atacar o que chama “*inclinação ao desagrado e uma desconfiança em relação ao diferente ou ao incomum*”, afirma:

“O homossexualismo é marcado por um estigma, sendo relegados à marginalidade aqueles que não têm preferências sexuais dentro de determinada estrutura de restrita moralidade. Não só, mas principalmente nesta sede, o comportamento sexual divergente da ordem da heterossexualidade é situado fora dos estereótipos e resta por ser rotulado de ‘anormal’, ou seja, fora da normalidade. O que não se encaixa nos padrões é rejeitado pelo simples fato de ser diferente. A discussão que se trava é ‘invariavelmente fulcrada na moralidade, imoralidade ou amoralidade’, sem se buscar a identificação de suas origens: se orgânicas, sociais ou comportamentais”⁷ – grifos nossos.

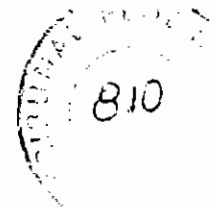
A falta de semelhança verdadeira e real entre os institutos erigidos pelo legislador à condição de entidade familiar e a parceria civil, a

⁷ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: O Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000”, p.17-18.



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios



291471

318

CCP 2007.00.2.010432-3

dessemelhança das razões justificadoras da existência de cada uma delas, autoriza o não emprego da argumentação analógica pretendida pelo Juízo suscitante. Somente a entidade familiar tem, ainda que potencialmente, elementos de constituição que a ela permitem cumprir a finalidade antropologicamente reconhecida como finalidade precípua da família na sociedade humana: *“criar laços afetivos necessários à transmissão, de uma geração para outra, da cultura e dos valores ideológicos e morais”*.⁸

É de ser afastada a competência do Juízo da Vara de Família. E se há de fazê-lo por respeito ao Princípio da Igualdade consagrado no **caput** e inciso I do Artigo 5º da Constituição Federal. Não se cuida aqui da aparente igualdade formal, mas da **igualdade material** que impões tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

A igualdade substancial é que se deve ter em conta.

Assim, respeitada a liberdade de escolhas de caminhos diversos, que é inerente a toda pessoa humana; respeitado o livre arbítrio que a cada um compete; respeitado o direito de orientação sexual do indivíduo; respeitada a capacidade de autodeterminação no exercício da sexualidade, é evidente que não constitui ofensa à isonomia considerar o fator de desigualação tomado por cada ser humano no momento em que elege suas preferências.

Se no exercício da liberdade humana constitucionalmente garantida a todos, diversas são as opções feitas, por decorrência lógica diversas poderão ser as conseqüências jurídicas daí advindas. O princípio da ação e reação, axioma básico da física estabelecido por Issac Newton, guardadas as devidas proporções, tem plena aplicação na ciência do direito.

Inaceitável é que, estabelecida a disparidade de conduta juridicamente relevante, pretendam, ao depois, igualar o inigualável para o fim de receberem idêntico tratamento jurídico.

⁸ *Barsa Planeta Internacional Ltda. – Macropédia. Vol.6, p 193.*



TJDF

Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios



291471

319

CCP 2007.00.2.010432-3

Enfim, na definição equânime do juiz legal, observadas as regras de divisão do poder jurisdicional, as quais não de ser examinadas sem que se defira às partes a possibilidade de optar pelo órgão julgador de sua preferência, afinal, como ensina Fredie Didier Jr, "o direito ao juiz natural não foi regra fixada no interesse das partes, mas, sim, no interesse público. Tanto que foi alçada à condição de princípio constitucional (art. 5º, LIII e LIV da CF)"⁹; observadas as regras de interpretação jurídica adequada para integração do sistema normativo vigente; é de ser declarado competente para conhecer de conflitos relativos a uniões homossexuais o Juízo da Vara Cível.

Isso posto, voto no sentido de que seja conhecido o conflito para o fim de declarar competente o Juízo da 3ª Vara Cível de Taguatinga para processar e julgar a ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato post mortem ajuizada por Rosilene Matias Leite em desfavor do Espólio de Luzia Ricardo de Freitas Pereira.

Encerro aqui o meu voto.

O Senhor Desembargador NÍVIO GONÇALVES - Vogal

Acompanho o douto voto da eminente Relatora.

O Senhor Desembargador JAIR SOARES - Vogal

Com a eminente Relatora,

O Senhor Desembargador OTÁVIO AUGUSTO - Vogal

Com a eminente Relatora.

O Senhor Desembargador NATANAEL CAETANO - Vogal

⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7ª Edição, vol.1, Editora Edições Podivm, 2007, p.97.

**TJDF**Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios**291471**

CCP 2007.00.2.010432-3

Senhora Presidente, acompanho integralmente o voto da eminente Relatora.

Confesso que fiquei preocupado, quando Sua Excelência citou trecho da doutrina de Maria Berenice. Nunca tive o prazer de subscrever qualquer das teses que Maria Berenice sustenta em matéria de Direito de Família, mas vejo com muita alegria que a eminente Relatora dela dissentiu, com toda propriedade.

Peço vênias para subscrever o seu ilustrado voto, que esgotou, de maneira brilhante, a matéria posta neste conflito de competência.

Estou com a eminente Relatora.

O Senhor Desembargador FLAVIO ROSTIROLA - Vogal

Acompanho, *in totum*, o voto da eminente Desembargadora Relatora.

A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - Vogal

Com a eminente Relatora.

DECISÃO

CONHECIDO E DECLARADO COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE. DECISÃO UNÂNIME.



Doc. XV

**LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.**

Instituiu o Código Civil

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

PARTE GERAL
(...)

LIVRO IV
Do Direito de Família
(...)

TÍTULO III
DA UNIÃO ESTÁVEL

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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.