DIFERENTES, MAS IGUAIS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL[**]

DIFFERENT, BUT EQUAL: THE LEGAL RECOGNITION OF HOMOAFFECTIVE RELATIONS IN BRAZIL

LUÍS ROBERTO BARROSO [*]

Recebido para publicação em maio de 2011.

RESUMO: O presente trabalho trata do reconhecimento jurídico das relações homoafetivas. A partir da premissa de que as relações entre pessoas do mesmo sexo constituem um fato da vida lícito, o estudo pretende inferir o tratamento jurídico que lhes é conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a inexistência de norma expressa. Desse modo, será feita uma análise dos princípios constitucionais aplicáveis à hipótese – igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica –, bem como do parâmetro vigente no âmbito do Direito de Família – o da afetividade. Ao final, serão apresentadas duas soluções jurídicas que conduzem ao mesmo resultado: a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas.

PALABRAS-CHAVE: uniões homoafetivas; reconhecimento jurídico; princípios constitucionais; união estável.

ABSTRACT: This article focuses on the legal recognition of the same-sex unions. Based on the premise that relationships between people of the same sex are a life fact which is licit, the article intends to infer its legal treatment, considering that Brazilian Law does not provide specifically about the matter. Therefore, the article will analyze the suitable constitutional principles – equality, liberty, human dignity and legal certainty –, as well as the standard appointed by Family Law – the affection. In its final part, the article will present two legal solutions that lead to the same result: the submission of same-sex unions to the legal regimen of civil unions in general.

KEY WORDS: same-sex civil unions; legal recognition; constitutional principles; civil union.

I. Apresentação do problema[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

[**] Este texto corresponde à versão atualizada de estudo homônimo, desenvolvido com a colaboração de Cláudio Pereira de Souza Neto, Eduardo Mendonça e Nelson Nascimento Diz, que participaram da pesquisa e da discussão de ideias e de teses. A atualização foi feita com a ajuda valiosa do mestrando Thiago Magalhães Pires.

[*] Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor visitante da Universidade de Brasília – UnB, da Universidade de Wroclaw, Polônia e da Universidade de Poitiers, França. Doutor e Livre-docente pela UERJ e mestre em Direito pela *Yale Law School*. Advogado.

[1] Depois de elaborada a primeira versão deste estudo, foram ajuizadas duas ações sobre o tema no STF: a ADPF 132/RJ, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e distribuída ao Min. Carlos Britto, e a ADPF 178/DF, ajuizada pela Procuradora-Geral da República e recebida como ADI pela Presidência do STF, mas ainda não distribuída. Na primeira arguição, já foram admitidas como *amici curiae* diversas entidades: Conectas Direitos Humanos, GGB – Grupo Gay da Bahia, ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFMG, Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais – Centro de Referência GLBTTT, Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual – Cellos, Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais – ASSTRAV, Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, Associação de Incentivo a Educação e Saúde do Estado de São Paulo.

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, consequentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.

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 consequência 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 linha[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?

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.

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.

[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".

II. A progressiva superação do preconceito

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. Antiguidade, medievo, iluminismo, modernidade: em épocas sucessivas da evolução do pensamento humano, a condição homossexual foi tratada com intolerância, truculência e desapreço.

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.

Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. A despeito 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 fins[6],

[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.
[6] A primeira manifestação foi em matéria previdenciária. No âmbito infralegal, destacava-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. A Instrução Normativa foi revogada pela Instrução Normativa INSS/PRES, de 6.ago.2010, que passou a tratar, de maneira integrada, dos benefícios previdenciários, incluindo-se o companheiro ou companheira homossexual na qualidade de dependente (v. art. 25). Mais recentemente, foi editada a Portaria MPS nº 513/2010 - INSS, segundo a qual "os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo" (art. 1º). O direito já vinha sendo reconhecido pelo STJ (v., dentre outros, STJ, *DJ* 06. fev. 2006, REsp 395904/RS, Rel. Min. Helio Quaglia Barbosa) e foi alvo de parecer da AGU (Parecer nº 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU: "1.5. Consoante Memorando nº 044/ADJ-COM/PGF/AGU, a Adjunta de

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, confiram-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, 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].

Contencioso da Procuradoria-Geral Federal propõe ao Procurador-Geral Federal o cotejo do posicionamento adotado pelo Presidente da República, veiculado na manifestação produzida pela Consultoria- Geral da União nº. AGU/RM 01/2009, prestadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF com o manejo de recursos pela autarquia previdenciária no sentido da cassação da decisão de primeira instância proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-02: (...) c) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei nº 8.213/91 e art. 22 do Decreto nº 3.048/99)" (Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=145288&id_site=3>. Acesso em: 10.mar.2011). Também a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN equipararam a união homoafetiva às uniões estáveis em geral, respectivamente em matéria de planos e seguros de saúde e de dedução de dependente da base cálculo do imposto sobre a renda. V. Súmula Normativa ANS nº 12: "Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo"; e Parecer PGFN/CAT/Nº 1503/2010, de 19 de julho de 2010, já aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda (*DJ* 9 ago. 2010), em que se conclui "as relações homoafetivas, à míngua de previsão explícita na legislação tributária, não podem ser tratadas como união de vida de 2ª categoria para efeitos fiscais. Não implica isso extravagância ou juízo de inconstitucionalidade, mas compreensão da lei tributária conforme a Constituição, dando-lhe sentido compatível com a norma fundamental". Note-se que, a partir de 2011, comprovada a união homoafetiva, a declaração de imposto de renda poderá ser feita, igualmente, por meio do Programa Gerador do Imposto de Renda de Pessoa Física, sem necessidade de formulário retificador. Ademais, o Conselho Federal de Medicina publicou nova resolução sobre normas éticas para aplicação das técnicas de reprodução assistida (Resolução nº 1.957/2010), a qual, segundo noticiado, visa a permitir a utilização da técnica por casais homossexuais. A nova disciplina, ao invés de exigir o consentimento do cônjuge ou companheiro, dispõe que "os participantes" devem estar de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento. Sobre o tema, v. <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/01/05/homossexuais-poderao-usar-tecnicas-de-reproducao-assistida-autoriza-cfm-923430946.asp>. Acesso em: 03.mar.2011. Por fim, o STJ parece ter pacificado sua orientação no sentido da possibilidade da adoção por parceiros em uniões homoafetivas – v. STJ, *DJ* 10. ago. 2010, REsp 889852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; e STJ, *DJ* 2. ago. 2010, SE 004525/US, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha: "Toda criança tem direito à convivência familiar, conforme previsto no art. 1º da Lei n. 12.010/2009. Embora se trate de tema polêmico, há que se admitir que inexiste impedimento legal para a adoção por homossexuais. A exigência legal funda-se na existência de reais vantagens para o adotando. Conforme bem destacado no parecer do Ministério Público Federal, faz-se necessário reportar-se ao ensinamento de Maria Berenice Dias, especialista no tema, ao sustentar que,'[...] diante do conceito aberto de família substituta (ECA 28), nada impede que duas pessoas adotem, independentemente da identidade sexual. (...) Negar a possibilidade do reconhecimento da filiação, quando os pais são do mesmo sexo, é uma forma cruel de discriminar e de punir. Há uma legião de filhos esperando alguém para chamar de mãe ou pai. Se forem dois pais, ou duas mães, não importa, pois amor irá receber(...)'".

[7] TJRS, j. 25. jun. 2003, AC 70005488812, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. No mesmo sentido: TJRS, j. 17 nov. 2004, AC 70009550070, Relª. Desª. Maria Berenice Dias; TJMG, *DJ* 25.fev.2011, AC 2863677-95.2009.8.13.0223, Rel.

> 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].

Des. Wander Marotta; TJRJ, j. 21 mar. 2006, AC 2005.001.34933, Relª. Desª. Letícia Sardas; TJRS, *DJ* 02.mar.2011, AgI 70039688452, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos (reconhece a concorrência sucessória do companheiro do mesmo sexo); TJRS, *DJ* 12.nov.2010, EmI 70034811810, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (admite a adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo); TJRS, *DJ* 03.mar.2011, AC 70040601999, Rel. Des. Isabel Dias Almeida (confere indenização por negativa de pagamento de seguro de vida realizado em favor de companheira do mesmo sexo); TJRJ, *DJ* 12.jan.2011, AC 0007309-38.2003.8.19.0204, Rel. Des. Ferdinaldo do Nascimento: "Ação declaratória de reconhecimento de união homoafetiva. Direito à sucessão. Imóvel adquirido pelas companheiras em partes iguais. Sentença parcialmente procedente. Reconhecimento da sociedade de como união homoafetiva e da parcela de apenas 20,62% do imóvel adquirido pelo casal na constância da união. (...) Aplicação das regras da união estável às relações homoafetivas, mormente quando as conviventes se uniram como entidade familiar e não como meras sócias. Lacuna na lei que deve ser dirimida a luz dos princípios gerais e do direito comparado. Impossibilidade de dar tratamento diferenciado entre união heterossexual e união homossexual, eis que a própria Constituição veda expressamente a segregação da pessoa humana por motivo sexo, origem, raça, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação";TJSP, *DJ* 05.nov.2010, AgI 0137184-52.2010.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Garcia: "Agravo de instrumento - Ação de declaração e dissolução de união estável homoafetiva - Indeferimento do pedido liminar de alimentos sob a alegação de inexistência de previsão legal - Agravo de instrumento - Hipótese de lacuna legislativa ? Integração por meio de analogia com o instituto da união estável - Evidência de que as partes mantiveram relação pública contínua e duradoura por anos - Binômio necessidade/possibilidade comprovado pelos documentos que instruíram a inicial - Alimentos devidos". Reconhecendo a eficácia horizontal do princípio da isonomia, v. TJRJ, j. 24.jun.2009, Apelação 0080980-82.2007.8.19.0001, Relª. Desª. Leticia Sardas: "RELAÇÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. IGUALDADE REALIDADE FÁTICA. TRANSFORMAÇÃO SOCIAL. EVOLUÇÃO DE DIREITO. FATO RECONHECIDO PELO CLUBE. DIREITO DO SÓCIO DE INSCREVER SEU COMPANHEIRO NA QUALIDADE DE SÓCIO DEPENDENTE. DANO MORAL INEXISTENTE. 1. A realidade social tem revelado a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem. 2. A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais. 3. O princípio da igualdade consagrado nos artigos 3º, inciso IV e 5º da Constituição Federal, aboliu definitivamente, qualquer forma de discriminação. 4.Um dos objetivos presentes na disciplina dos direitos fundamentais, dentre os mais acentuados pela doutrina, é o de assegurar a não discriminação, desta forma, o preceito constitucional se aplica a todos os direitos, abarcando, ainda, as liberdades e garantias pessoais. 5. O princípio da igualdade caminha juntamente com princípios de idêntica relevância, não podendo estar dissociado do princípio da justiça, em seu sentido mais puro. 6. Ao se negarem direitos fundamentais a pessoas, que se fossem de sexos diferentes, lograriam êxito em auferi-los, emerge um não direito, ferindo o sentido que o Poder Constituinte procurou proteger, com a igualdade, ao editar a Constituição Federal de 1988. 7.A inexistência de normatização não pode ser elevada a categoria de barreira para o reconhecimento de efeitos jurídicos emergentes de fato notório e reconhecido pela sociedade. 8. Nem sempre a evolução legislativa acompanha a rapidez das mutações da sociedade. 9. Incumbe ao Judiciário, utilizando-se dos princípios hermenêuticos, preencher as lacunas existentes na lei, adequando-as às necessidades sociais. 10. Aplicação do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito." 11. O igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente. 12. O arbítrio da desigualdade é condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. 13. Dano moral inexistente, vez que os autores, conscientemente, assumiram a condição de homossexuais, sendo capazes de entender que, no padrão existente na sociedade, aborrecimentos como os declarados nestes autos, fazem parte da vida cotidiana. 14. Provimento parcial do apelo, por maioria, para julgar parcialmente procedente a pretensão inicial, excluindo a reparação do dano moral, vencida a Relatora, Desembargadora CONCEIÇÃO MOUSNIER, que negou provimento ao recurso, designada para o acórdão a Desembargadora LETÍCIA SARDAS".

[8] TJMG, j. 24 mai. 2006, AC 1.0024.04.537121-8/002, Rel. Des. Domingos Coelho. No mesmo sentido: TJRJ, j. 7 fev. 2006, AC 2006.001.00660, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto; TJSP, j. 7 jun. 2005, AI 388.800-4/7, Rel. Des. José Joaquim dos Santos; TRF – 2ª Região, *DJ* 21 ago. 2010, AC 200851010014259, Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama: "3. Considero ser impossível a simples equiparação da união estável constitucionalmente prevista com as atualmente denominadas uniões homoafetivas. 4. Para a existência do companheirismo, não é

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.

Parte I

PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA E PANORAMA DO DIREITO COMPARADO

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

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.

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 argumentação[10]. Tal atitude de

possível a presença de qualquer impedimento matrimonial entre os companheiros, já que, do contrário, estar-se-ia estimulando a proliferação de 'uniões estáveis' em detrimento das uniões matrimoniais, o que não é o desejo constitucional. Com maior razão, portanto, não é possível o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, já que, tradicionalmente, o casamento entre elas é inexistente, no Direito. Para que fosse possível a existência de família informal entre pessoas do mesmo sexo, seria indispensável o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo do que ocorre na Dinamarca, na Noruega e na Suécia".

[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.; Luís 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-juízos 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".

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:

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.

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 genéticos[11]. 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 jurídica[12], 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[13].

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 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

[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.

[13] Note-se que, em 8.fev.2011, foi aprovado o desarquivamento do Projeto de Lei da Câmara nº 122/06, que criminaliza a homofobia. Atualmente, o projeto está sob avaliação da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, tendo sido designada a Senadora Marta Suplicy para relatoria. É possível acompanhar a tramitação do projeto em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. De forma paralela, tem sido noticiada a futura reinstalação da Frente Parlamentar Mista pela Cidadania GLBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros), que atuará no âmbito do Congresso Nacional pela defesa de direitos dos homossexuais. Nesse sentido, v. <http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=107211&codAplicativo=2>. Acesso em: 03.mar.2011.

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 autoconhecimento no tocante a seus desejos e frustrações[14]. Seus sentimentos e escolhas pessoais não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela *razão pública*[15].

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 interditado 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.

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 nazista[16], na África do Sul do *apartheid*[17] e nos Estados Unidos até o final dos anos

[14] 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".

[15] 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.

[16] 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.

[17] 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

60[18]. Todas essas diferenciações, que vigoraram no século passado – há poucas décadas, portanto – são hoje em dia consideradas odiosas.

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 homossexuais, no que se inclui naturalmente o reconhecimento jurídico de suas uniões afetivas.

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

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 judiciais[19]. 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.

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 1989[20]. Noruega[21], Suécia[22], Islândia[23] e Reino

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.

[18] Nos Estados Unidos, o casamento inter-racial também chegou a ser proibido em alguns Estados, como Alabama, Arizona, Geórgia, Montana, Oklahoma, Texas, e Virginia, o que somente veio a ser declarado inconstitucional pela Suprema Corte em 1967, no julgamento do caso *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1).

[19] A exposição da jurisprudência estrangeira beneficiou-se de pesquisa gentilmente cedida pelo Professor Daniel Sarmento.

[20] Lei nº 372/89.

[21] Lei nº 40/93.

Unido[24] seguiram o exemplo dinamarquês, aprovando leis referentes à convivência registrada, reconhecendo direitos e obrigações mútuas entre pessoas do mesmo sexo. Na Holanda[25], a convivência registrada não se dirige somente aos homossexuais, mas a todos os que não querem ou não podem se casar[26]. Em 2001, o legislador holandês foi o primeiro a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com iguais direitos e deveres, bem como consequências jurídicas idênticas às do casamento heterossexual[27]. A Bélgica seguiu o caminho, permitindo igualmente, em 2003, o casamento entre pessoas do mesmo sexo[28].

A legislação catalã[29] 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. Na Alemanha, em 2001, entrou em vigor lei reconhecendo as uniões homoafetivas, permitindo que os envolvidos regulem sua vida em comum por meio de um contrato. Em 15 de março de 2001, o Parlamento português aprovou o Decreto nº 56/VIII[30], 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. Mais recentemente, foi promulgada em Portugal a Lei nº 9/2010, que permite o próprio casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Essa tendência de reconhecimento das relações homoafetivas caracteriza não só os Estados europeus, separadamente, mas também a União Europeia, em seu conjunto. É

---

[22] Esta lei entrou em vigor em 1º 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.
[23] Trata-se da Lei nº 564/96, bastante similar à lei sueca.
[24] O *Civil Partnership Act*, aprovado em 2004, entrou em vigor em 2005.
[25] Esta lei entrou em vigor em 1. jan. 1998, estabelecendo que a parceria civil é considerada como equivalente ao casamento civil, sendo suas consequências virtualmente idênticas.
[26] 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 sim, sendo válido somente entre elas, sem consequências perante terceiros.
[27] Esta lei entrou em vigor em 1º abr. 2001.
[28] Esta lei entrou em vigor em 30 jan. 2003.
[29] Trata-se da Ley sobre uniones estables de parejas da Cataluña, de 30 jun. 1998.
[30] 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.

importante mencionar a Resolução do Parlamento Europeu[31], 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.

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*[32], 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 igualdade[33]. 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 permitia a concessão de alimentos em razão de união estável apenas no caso de casais do sexo oposto, excluindo os homossexuais[34].

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 da Cidade considera união civil aquela formada livremente por duas pessoas, independentemente do gênero ou orientação sexual[35]. Já em 2010, o Congresso argentino editou a Lei nº 26.618 que, dentre outras medidas, estabeleceu que "*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*".

---

[31] 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.

[32] 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 consequentemente 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).

[33] 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.

[34] Trata-se do Caso *M. v. H.* (142 D.L.R 4th), julgado em 1996.

[35] 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.

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 heterossexuais[36]. Em 2008, a Suprema Corte do Estado da Califórnia chegou a declarar que os dispositivos da legislação estadual que proibiam o casamento entre pessoas do mesmo sexo eram inválidos por violarem direitos fundamentais previstos na Constituição estadual[37]. Em reação a isso, foi levada e aprovada em referendo popular a chamada *proposition 8*, que emendou a Constituição daquele Estado para determinar que apenas o casamento entre um homem e uma mulher fosse considerado válido e reconhecido na Califórnia. Embora questionada, a nova proibição foi, então, mantida pela Suprema Corte estadual[38]. Nada obstante, já em 2010, a Justiça Federal dos EUA declarou a invalidade da *proposition 8* em face da própria Constituição Federal, mas ainda pende recurso contra essa decisão[39].

Ainda nos EUA, vale também mencionar o julgamento, pela Suprema Corte do país, do caso *Romer V. Evans*[40], 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 pessoas[41]. Na mesma linha foi a decisão da Suprema Corte no caso *Lawrence et. al. v. Texas*[42], no qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que criminalizava a sodomia[43]. Embora não diga respeito ao tratamento jurídico das uniões homossexuais, tal decisão afastou qualquer dúvida sobre a licitude das relações homossexuais naquele país.

[36] Uma das decisões mais incisivas foi proferida pela Suprema Corte do Estado de Massachusets, 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.
[37] *In re Marriage Cases* (2008), 43 Cal.4th 757.
[38] Strauss v. Horton (Hollingsworth) (2009), 46 Cal.4th 364.
[39] O julgamento ocorreu no caso *Perry v. Schwarzenegger*, Case No. C 09-2292 VRW, decidido pelo *Chief Judge* Walker, da *United States District Court for the Northern District of Califórnia*. Enquanto se elaborava o presente estudo aguardava-se exame da matéria, em segunda instância, por parte da *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*.
[40] *Romer v. Evans*, 517 U.S 620 (1996).
[41] Uma descrição e análise do caso encontra-se em Ronald Dworkin, *Sovereign virtue – The theory and practice of equality*, 2000, p. 456-65.
[42] Lawrence et. Al. v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).
[43] Os principais Estados que proibiam a sodomia homossexual eram Texas, Oklahoma, Kansas, e Missouri.

Mais recentemente, os EUA realizaram avanços importantes na matéria. Em dezembro de 2010, o Presidente Barack Obama sancionou lei que dá fim à política do chamado "*don't ask, don't tell*", que proibia pessoas declaradamente homossexuais de servirem nas Forças Armadas[44]. Em fevereiro de 2011, o Advogado-Geral dos Estados Unidos (*Attorney General*) divulgou a informação de que o Presidente passou a considerar inconstitucional a lei que limita o casamento a pessoas de sexos opostos (*Defence of Marriage Act*)[45]. Desse modo, o *Department of Justice* deixará de defender a constitucionalidade da lei nas ações judiciais pendentes (*Pedersen v. OPM* e *Windsor v. United States*)[46]. Essas mudanças não refletem apenas a opinião de segmentos do governo, mas a própria opinião pública, que tem apoiado de forma crescente as iniciativas descritas[47-48].

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

[44] Durante a cerimônia, o presidente ressaltou o direito à igualdade entre os cidadãos americanos. Nesse sentido, v.: <http://articles.cnn.com/2010-12-22/politics/dadt.repeal_1_repeal-openly-gay-men-president-barack-obama?_s=PM:POLITICS>. Acesso em: 03.mar.2011.

[45] "After careful consideration, including a review of my recommendation, the President has concluded that given a number of factors, including a documented history of discrimination, classifications based on sexual orientation should be subject to a more heightened standard of scrutiny. The President has also concluded that Section 3 of DOMA, as applied to legally married same-sex couples, fails to meet that standard and is therefore unconstitutional. Given that conclusion, the President has instructed the Department not to defend the statute in such cases. I fully concur with the President's determination". Disponível em: <http://www.justice.gov/opa/pr/2011/February/11-ag-222.html>. Acesso em: 03.mar.2011.

[46] "Consequently, the Department will not defend the constitutionality of Section 3 of DOMA as applied to same-sex married couples in the two cases filed in the Second Circuit. We will, however, remain parties to the cases and continue to represent the interests of the United States throughout the litigation. I have informed Members of Congress of this decision, so Members who wish to defend the statute may pursue that option. The Department will also work closely with the courts to ensure that Congress has a full and fair opportunity to participate in pending litigation". Disponível em: <http://www.justice.gov/opa/pr/2011/February/11-ag-222.html>. Acesso em: 03.mar.2011.

[47] A rede de notícias CNN reporta pesquisa de opinião realizada no segundo semestre de 2010 sobre o fim da política "*don't ask*, *don't tell*" e sobre o apoio ou contrariedade ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Os resultados apurados foram os seguintes: 60% dos entrevistados são favoráveis ao fim da política e 30% afirmaram ser contrários. Quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, 42% disseram ser favoráveis, enquanto 48% se manifestaram contrariamente. Quanto ao último ponto, em 2009, a percentagem era de 37% favoráveis e 54% contrários, o que demonstra uma acelerada mudança de opinião em favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://articles.cnn.com/2010-10-06/us/poll.gay.marriage_1_gay-marriage-americans-favor-new-poll?_s=PM:US>. Acesso em: 04.mar.2011.

[48] No âmbito dos Estados, também houve inovações importantes. Em 14 de fevereiro de 2011, foi sancionada no Havaí a *Senate Bill 232*, que permite a união civil entre parceiros do mesmo sexo neste estado, a qual entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 2012 (Disponível em: <http://articles.cnn.com/2011-02-24/us/hawaii.civil.unions_1_civil-union-rights-and-benefits-marriages-from-other-states?_s=PM:US>. Acesso em: 10.mar.2011). O mesmo ocorreu no Estado de Illinois, por meio da *Senate Bill 1716*, de janeiro de 2011 e que passará a vigorar em 1º de junho de 2011 (Disponível em: <http://articles.cnn.com/2011-02-01/us/illinois.civil.unions_1_civil-unions-couples-inheritance-rights?_s=PM:US>. Acesso em: 10.mar.2011). No Estado de Maryland, encontra-se em tramitação lei do mesmo teor. (Disponível em: <http://articles.cnn.com/2011-01-12/politics/maryland.same.sex.marriage_1_civil-unions-marriage-bill-gay-couples?_s=PM:POLITICS>. cesso em: 10.mar.2011).

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

V. Uniões homoafetivas e princípios constitucionais

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 ideias 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.

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 soberana[49], manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da *liberdade*, que se colhe nos princípios da livre-iniciativa (cuja dimensão, relembre-se, não é apenas a de liberdade econômica) e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional[50]. 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 moral[51]. E, por fim, o princípio da *segurança jurídica*, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos[52].

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

[49] A expressão é de Ronald Dworkin, *Sovereign virtue*, 2000.
[50] V. Luís Roberto Barroso, Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1ª. ed. 1999), p. 75 e ss..
[51] 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.
[52] 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.

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 eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de "menos-valia": menos importante, menos correto, menos digno[53].

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 Santos[54]

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 racismo[55] e à discriminação contras as mulheres[56].

[53] 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".
[54] Boaventura de Souza Santos, *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.
[55] CF/88, art. 5º, XLII: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".
[56] CF/88, art. 5º, I: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

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 pessoas[57]. O desenvolvimento do tema, para os fins aqui visados, remete a algumas categorias conceituais tradicionais no estudo dessa matéria.

1.1. Igualdade formal e material. Igualdade na lei e perante a lei

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 republicanamente 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 ideia 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 minimamente[58].

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. Onde não exista um motivo relevante e legítimo que justifique diferença no tratamento, a equiparação deve ser a conduta de todos os órgãos e agentes públicos e, dentro de certa medida, deve ser imposta até mesmo aos particulares[59]. Há precedentes, inclusive, sancionando a discriminação contra homossexuais[60].

---

[57] Nesse sentido, v. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 48.

[58] Sobre o tema, v. Ricardo Lobo Torres, A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999.

[59] 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 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, *DJ* 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.

[60] A título de exemplo, em matéria trabalhista, v. TRT - 2ª Região, *DJ* 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 Região, *DJ* 1º out. 2004, Decisão 038178/2004-PATR (processo nº 01673-2001-096-15-00-8 ROPS), Relª. Juíza Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza.

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 a desigualdade seja produzida concretamente. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma *corretiva*, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição.

É certo que, apesar da linguagem peremptória dos diversos dispositivos constitucionais, não é fato que toda e qualquer desequiparação seja inválida. Pelo contrário, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios[61]. 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 desequiparação seja razoável e o fim por ela visado seja legítimo[62]. No caso concreto, cuida-se de saber se a orientação sexual é um fator aceitável de discrímen para se negar às relações homoafetivas regime jurídico equiparável ao das uniões estáveis.

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

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

[61] 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.
[62] Luís Roberto Barroso, Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1ª. ed. 1999), p. 161.

cerne da noção contemporânea de família está a afetividade, o projeto de comunhão de vidas, independentemente da sexualidade[63]. O próprio Código Civil impõe como requisito para a caracterização 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 monoparental[64] afasta definitivamente o argumento de que a impossibilidade de procriação seja um óbice à atribuição do *status familiae*[65]. 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.

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 poder[66]. Não há razão para se reproduzir o erro.

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 *valores cristãos*[67]. Este argumento pode ter

[63] 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 nuanças 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 Taísa Ribeiro Fernandes, *Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos*, 2004, p. 80-1.

[64] CF/88, art 226, § 4º: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

[65] V. Ana Carla Harmatiuk Matos, União entre pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais, p. 33, 2004.

[66] 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.

[67] Quanto ao ponto, v. Luiz Roldão de Freitas Gomes, Da sociedade entre homossexuais, *Revista de direito do Tribunal de 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

importância no debate que se instaure no interior das confissões religiosas. Mas, como intuitivo, não pode prevalecer no espaço público de um Estado laico[68]. 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.

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 ideia de que devem ser respeitados todos os projetos pessoais de vida e todas as identidades culturais, ainda quando não sejam majoritários.

2. Princípio da liberdade pessoal, do qual decorre a autonomia privada

> 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 Chauí[69]

Duas concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de autodeterminação, de deliberação sem interferências externas.

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".

[68] 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_benxvi_spe_20061019_convegno-verona_po.html>. Acesso em: 9 nov. 2006.

[69] Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999, p. 365.

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 decidir[70].

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 escolhas possam se concretizar[71]. 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 redobrada[72]. 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 consequências normalmente atribuídas a esse *status*[73]. E não de forma clandestina.

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

[70] Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999, p. 360-2.
[71] 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..
[72] Daniel Sarmento, *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".
[73] 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".

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.

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*[74]. 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.

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[75]. 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 moral[76], próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar *indivíduos adequados*[77]. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

---

[74] 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.

[75] O ponto foi destacado na decisão, proferida pela Suprema Corte da Califórnia, em *In re Marriage Cases* (2008), 43 Cal.4th 757.

[76] 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 pude, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores".

[77] 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 ideias 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".

3. Princípio da dignidade da pessoa humana

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 objetividade[78]. 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 dignidade[79]. Do ponto de vista moral, *ser* é muito mais do que *ter*.

É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana[80]. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da ideia 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 mesmo[81];

[78] A partir do final da década de 90, a produção nacional passou a voltar-se para o tema. Confiram-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.

[79] 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".

[80] 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".

[81] 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.

e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual "reconhecimento"[82]. A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

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.

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 ideia de *igual respeito e consideração* se traduz no conceito de "reconhecimento". As identidades particulares, ainda que minoritárias, são dignas de reconhecimento.

Atualmente já se afirma que o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (do *self*[83]) e no desenvolvimento de autoestima. 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[84]. Independentemente disso, é certo que a negativa do reconhecimento significa a incorporação de um padrão cultural que inferioriza certos grupos, gerando uma estrutura institucional que não considera determinadas pessoas como pares na participação social[85]. Sendo como for, a

[82] 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: Celio Golin; Fernando Altair Pocahy e Roger Raupp Rios (org.), *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas,* 2003.
[83] Charles Taylor, A política do reconhecimento. In: *Argumentos Filosóficos*, 2000.
[84] Axel Honneth, Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: Jessé Souza e Patrícia Mattos (orgs.), *Teoria crítica no século XXI*, 2007, p. 88: "sem a suposição de uma certa medida de autoconfiança, de autonomia legalmente considerada como uma relíquia, e de uma crença na habilidade de alguém, é impossível imaginar um processo bem-sucedido de auto-realização, significando aqui a busca espontânea dos objetivos livremente escolhidos na vida. (...) essa autoconfiança ou formas sem ansiedade de se relacionar com o seu eu formam aspectos de uma relação positiva com o eu, que pode somente ser alcançada através da experiência de reconhecimento. Desta maneira, o escopo por auto-realização depende de pré-condições não disponíveis aos próprios sujeitos, já que elas podem ser adquiridas somente com a cooperação de seus companheiros".
[85] Nancy Fraser, Reconhecimento sem ética? In: Jessé Souza e Patrícia Mattos (orgs.), *Teoria crítica no século XXI*, 2007, p. 116-27.

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

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 precípuo 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 a ser invalidados[86]. 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.

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[87] – 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.

[86] 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.

[87] Para que se tenha uma ideia, apenas no ano de 2010 colheram-se decisões díspares do mesmo Tribunal acerca da própria competência de primeira instância para processar e julgar as demandas sobre a matéria. Confiram-se: TJSP, j. 28.abr.2010, Agravo de Instrumento 994092787257, Rel. Des. Alvaro Passos: "AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO HOMOAFETIVA 'POST MORTEM' - Exceção de incompetência - Rejeição - Necessidade - Equiparação, por analogia e pelos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, à união estável prevista no art. 226, §3º da CF/88 para fins de fixação da competência - Matéria afeta ao Juízo da Vara de Família - Decisão mantida - Recurso improvido"; TJSP, j. 21.jan.2010, Agravo de Instrumento 994093015916, Rel. Des. Percival Nogueira: "COMPETÊNCIA - Pedido de reconhecimento de união homoafetiva c.c. alimentos e indenização - Declinação da competência pelo Juízo da Vara da Família e Sucessões, que determinou a remessa a uma das Varas Cíveis - Ação fundamentada na vida em comum, alicerçada em laços afetivos - Inegável a produção de efeitos jurídicos decorrentes de eventual relação havida entre as partes, contudo, impossibilidade de equiparação à entidade familiar - Diversidade de sexos exigida como pressuposto para constituição da união estável pela Constituição Federal (art. 226, § 6a), e legislação aplicável à matéria (art. 1723 do CC e art. 9" da Lei nº 9.278/96) - Circunstância que afasta a competência da Vara da Família - Reconhecida a competência de uma das Varas Cíveis da Capital - Agravo a que se nega provimento";

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 estáveis[88]. Sua extensão às relações homoafetivas teria o condão de superar a insegurança jurídica na matéria.

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 homoafetiva[89]. É que, como regra, pessoas que 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.

Dessa forma, se é possível interpretar o direito posto de modo a prestigiar o princípio da segurança jurídica, e inexistindo outro valor de estatura 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

Uma das principais consequências 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

[88] 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".
[89] 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.

privilegiado – para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, e não mais como um fim em si mesmo ou um mero símbolo de tradição[90].

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 confiados[91].

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 existência[92]. A afetividade é o elemento central desse novo paradigma, substituindo a consanguinidade[93] e as antigas definições assentadas em noções como

[90] 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".

[91] 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 familiais 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".

[92] 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.

[93] 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, espraiados 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.

normalidade e capacidade de ter filhos. A nova família, entendida como "comunidade de afeto", foi consagrada pelo texto constitucional de 1988[94].

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. 167[95]). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família[96], que seguiu as seguintes etapas principais[97]:

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 fato[98];

---

[94] 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".

[95] Após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a previsão passou a ser feita no art. 175, mantendo-se redação idêntica.

[96] 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'".

[97] 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: *Temas de direito civil*, 2004, p. 373 e ss..

[98] 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).

d) Num momento posterior, passou-se a reconhecer verdadeira união-de-fato entre companheiros[99], prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc.[100];

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.

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 eloquente*, 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.

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

[99] 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".

[100] 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. Alimoar 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 beneficiaria, 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).

VII. Uniões homoafetivas e a regra constitucional do art. 226, § 3º

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 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 consequências.

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".

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 consequência 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.

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 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.

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

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.

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 subseqüentes não reeditaram a regra, que, todavia, ganhou assento na Lei de Introdução ao Código Civil[101] e no Código de Processo Civil[102]. Na omissão 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

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, influenciado a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral, permitindo a leitura moral do Direito[103].

[101] 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".
[102] 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".
[103] 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".

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.

2. O recurso à analogia na integração da ordem jurídica

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, por não haver nenhuma regra diretamente pertinente. A hipótese em exame é, como intuitivo, de analogia *legis*.

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.

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 familiares[104].

[104] Nesse sentido: STJ, j. 4 fev. 2010, REsp 1026981/RJ, Relª. Minª. Nancy Andrighi: "O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente

Não bastaria, portanto, o reconhecimento de meras sociedades de fato, tal como tem prevalecido na jurisprudência brasileira[105]. 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[106].

exceção da diversidade de sexos. - Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos"; TJRS, j. 17 nov. 2004, AC 70009550070, Relª. Desª. 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 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: TJRJ, j. 21 mar. 2006, AC 2005.001.34933, Relª. Desª. 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 § 3° 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".

[105] A título de exemplo, v. STJ, *DJ* 02.fev.2011, REsp 633713/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS): "1. Esta Corte Superior, sob a ótica do direito das obrigações (art. 1.363 do CC/1916) e da evolução jurisprudencial consolidada na Súmula n.º 380/STF, firmou entendimento, por ocasião do julgamento do REsp n.º 148.897/MG, no sentido da possibilidade de ser reconhecida sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, para tanto, a demonstração do esforço comum para aquisição do patrimônio a ser partilhado. 2. A repartição dos bens, sob tal premissa, deve acontecer na proporção da contribuição pessoal, direta e efetiva de cada um dos integrantes da dita sociedade". No mesmo sentido, v. STJ, *DJ* 6 abr. 1998, REsp 148.897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; STJ, *DJ* 14 mar. 2005, REsp 323.370/RS, Rel. Min. Barros de Monteiro; e STJ, *DJ* 16 mai. 2005, REsp 502.995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

[106] No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, está sendo julgado recurso interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se discute o reconhecimento da união homoafetiva como hipótese de união estável. Favoravelmente à tese, votaram os Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão, Aldir Passarinho Junior e Nancy Andrighi (Relatora). Em sentido oposto, votaram os Ministros Sidnei Beneti e o desembargador convocado Vasco Della Giustina e, por fim, pediu vista o Ministro Raul Araújo. Aguarda-se, portanto, a tese a ser firmada pela Corte. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=100884&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=homossexual>. Acesso em: 04.mar.2011.

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:

> 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[107].

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.

Conclusão

É possível compendiar as principais ideias desenvolvidas ao longo do presente estudo nas seguintes proposições:

[107] TRF - 4ª Região, *DJ* 10 ago. 2005, AC 2000.71.00.009347-0, Rel. Juiz João Batista Pinto Silveira.

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.

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.