

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAROLINE BARTOLOMEU SILVA

**O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO
SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR**

Florianópolis (SC), 2008.

CAROLINE BARTOLOMEU SILVA

**O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO
SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA:

PROF^a. MSc. RENATA RAUPP GOMES

CO-ORIENTADORA:

MARIANA SANT'ANA MICELI

Florianópolis (SC), 2008.



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada **O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR**, elaborada pela acadêmica **CAROLINE BARTOLOMEU SILVA** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (DEZ)**, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 10/12/2008.

Renata Raupp Gomes
(Orientador)

Mariana Sant'Ana Miceli
(Co-Orientador)

Ademar Pozzatti Junior
(Membro Titular)

Luciana Faísca Nahas
(Membro Titular)

Dedico este trabalho a todas as pessoas que,
unidas pelo afeto, sentem-se uma família.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força espiritual e por ter colocado em meu caminho pessoas especiais com quem compartilho minha vida.

Aos meus pais, Ângelo e Marli, e meus irmãos, Pedro Paulo e Ângelo Junior, pelo amor e pela torcida.

Ao Dr. André Carvalho, pela oportunidade de aprendizado, por instigar meus estudos, pela atenção e carinho dispensados não apenas a mim, mas a todos com quem convive.

A meus amigos, especialmente à Mariana, pessoa muito querida e por quem guardo profundo respeito e admiração; à Tamine, Joice e Roberta, por tornarem o ambiente de trabalho divertido e ainda mais prazeroso; à Gabriella, Aliceana e Adriana, amizade que vai além da sala de aula; àqueles com quem convivi durante a faculdade e os estágios no escritório de advocacia e na Procuradoria de Justiça Estadual; a todos que em algum momento fizeram parte da minha vida e que me honraram com sua amizade.

A alma dos diferentes é feita de uma luz além. Sua estrela tem moradas deslumbrantes que eles guardam para os poucos capazes de os sentir e entender. Nessas moradas estão tesouros da ternura humana dos quais só os diferentes são capazes. Não mexa com o amor de um diferente. A menos que você seja suficientemente forte para suportá-lo depois. (Arthur da Távola)

SILVA, Caroline Bartolomeu. **O reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar**. 2008. 135f. Monografia (Graduação em Direito). Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

RESUMO

A presente monografia está centrada na possibilidade de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e, assim, conferir a esses relacionamentos a tutela que é própria desse instituto. Embora a homossexualidade não seja fato nem tema recentes, a possibilidade da união homossexual ser considerada família ainda é assunto polêmico na atualidade, ensejando posicionamentos divergentes tanto na doutrina como na jurisprudência. É inegável a existência de relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo que se unem porque pautadas no afeto, compartilham da felicidade e guardam entre si sentimentos de respeito mútuo e solidariedade. Diante da ausência de disposição que lhes confira expressamente o *status* familiar para a incerteza jurídica sobre essas relações e, quando chamados ao debate os operadores do Direito, os argumentos contrários ao reconhecimento se firmam de início. No entanto, começa-se a perceber que a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, a orientar o Estado Democrático de Direito brasileiro, depende de se conferir (o princípio da) igualdade de tutela às relações homo e heterossexuais, o que será possível se admitida (o princípio de) a pluralidade familiar, fundado na afetividade, a partir do art. 226 da Constituição Federal. O reconhecimento das uniões homossexuais já estaria, pois, previsto constitucionalmente, ainda que implicitamente, estando ausente apenas sua regulamentação. Assim é que as lacunas, num primeiro momento, seriam suprimidas pela aplicação analógica dos efeitos da união estável, por serem ambas uniões fáticas, mas sabendo-se que a efetivação dos princípios constitucionais mencionados dependerá de mudança legislativa para que a proteção de direitos resulte em não-discriminação também quando da aplicação da norma aos casos concretos.

Palavras-chave: União entre pessoas do mesmo sexo, homossexualidade, entidade familiar, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, princípio da pluralidade familiar, união estável.

SILVA, Caroline Bartolomeu. **O reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar**. 2008. 135f. Monografia (Graduação em Direito). Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

SUMMARY

The present monograph is centered in the possibility to the recognition of the union between people of the same sex as familiar entity and, thus, to confer to these relationships the guardianship that is proper of this institute. Although the homosexuality nor a recent fact or subject, the possibility of the homosexual union to be considered family still is controversial subject in the present time, trying divergent positions in such a way in the doctrine as in the jurisprudence. Is undeniable the existence of relationships between people of the same sex who join together ruled by the affection, they share happiness and keep between itself feelings of mutual respect and solidarity. Ahead of the disposal absence that confers to them the express familiar status hangs the legal uncertainty on these relations and, when it comes to the debate the operators of the Law, the contrary arguments to the recognition come from the beginning. However, it is started to perceive it that the accomplishment of the principle of the dignity of the human being, to guide the Brazilian Democratic State of Law, depends on the conferring (the principle of) equality of guardianship to the relations homo and heterosexuals, what possible if will be admitted (the principle of) the familiar plurality, established in the affectivity, from art. 226 of the Federal Constitution. The recognition of the unions homosexuals already would be, therefore, foreseen constitutionally, despite implicitly, being absent only its regulation. Thus it is what gaps, at a first moment, would be suppressed by the analogical application of the effect of the steady union, for being both real unions, but knowing that the effectiveness of the constitutional principles mentioned will depend on legislative change so that the protection of rights also results in not-discrimination when of the application of the law in the concret cases.

Keywords: union between people of the same sex, homosexuality, family entity, principle of dignity of the human being, principle of equality, principle of familiar plurality, steady union.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
I. A FAMÍLIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA	13
1. A proteção à família pelo Direito brasileiro	13
1.1. Noções preliminares sobre a família	13
1.2. Análise histórica do conceito jurídico de família	15
1.3. A família na Constituição Federal de 1988	24
2. A família contemporânea	27
3. Conseqüências jurídicas de ser “família”	31
II. A HOMOSSEXUALIDADE EM PERSPECTIVA	34
1. Concepções sobre homossexualidade	34
2. O exercício da orientação sexual	41
3. Tutela de direitos aos homossexuais nos âmbitos estrangeiro e nacional	45
4. Mudanças no cenário brasileiro	52
III. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	65
1. Proteção constitucional e princípios interpretativos aplicáveis	65
a. Dignidade da pessoa humana	69
b. Igualdade	71
c. Pluralidade familiar	72
2. O artigo 226 da Constituição Federal e o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
REFERÊNCIAS	100
ANEXO A – Carta dos Direitos Humanos da União Europeia	106

ANEXO B – Espanha: Lei n. 13, de 1º de Julho de 2005.....	116
ANEXO C – Projeto de Lei n. 2.279/2003 (Dep. Elimar Máximo Damasceno)	122
ANEXO D – Projeto de Lei n. 5.816/2005 (Dep. Elimar Máximo Damasceno)	123
ANEXO E – Projeto de Lei n. 6.279/2005 (Dep. Maurício Rands).....	125
ANEXO F – Projeto de Lei n. 580/2007 (Dep. Clodovil Hernandez).....	127
ANEXO G – Projeto de Lei n. 3.323/2008 (Dep. Walter Brito Neto)	129
ANEXO H – Projeto de Lei n. 3.712/2008 (Dep. Maurício Rands)	131

INTRODUÇÃO

A entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 não apenas marcou o retorno do Estado brasileiro à democracia, como também promoveu uma mudança de paradigma na família brasileira, pelo menos sob o aspecto jurídico, ao deixar de considerar o casamento como único modelo de formação da família. Atentou o constituinte para a realidade fática da qual outros arranjos familiares emergiam e cuja existência social independia de formalidades, mas sim da afetividade.

Nesse contexto, reconheceu-se expressamente como família, além do casamento, a união estável e a comunidade monoparental, aquela formada por um dos pais e seus filhos. Esses institutos, a exceção do último, decorrem da união entre homem e mulher, estando caracterizada a dualidade de sexos.

De outro tanto, os relacionamentos homossexuais estão presentes na sociedade e cada vez mais ganham visibilidade, muitos deles constituindo lares, inclusive com filhos – embora a filiação no registro de nascimento seja de apenas um dos pares, geralmente ambos se responsabilizam pela “criação”. E por ser próprio das relações humanas, conflitos também surgem dessas uniões, que então começam a despontar no cenário jurídico em busca da tutela de direitos. No entanto, é preciso saber como interpretar o assunto de modo adequado, dadas as diferenças existentes em se tratando as uniões homossexuais como família (âmbito constitucional), como união estável (plano meramente cível do Direito de Família), ou, ainda, como sociedade de fato (plano do direito obrigacional).

O presente trabalho, considerando o contexto da homossexualidade e da família na sociedade brasileira após a Constituição Federal de 1988, se propõe à verificação da possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Analisar-se-á, assim, se essa situação fática encontra respaldo no ordenamento jurídico para que lhe seja conferida a tutela de direitos no âmbito familiar. Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo e a pesquisa de revisão bibliográfica de obras doutrinárias relacionadas com o tema. Para melhor compreensão da questão posta, o estudo será estruturado em três capítulos.

Assim, no primeiro capítulo será feita a contextualização da família na sociedade brasileira, analisando-se a conceituação jurídica de família no decurso histórico e a mudança promovida pela Constituição Federal de 1988, bem como será

abordada a concepção atual de família e as conseqüências jurídicas decorrentes do *status* familiar.

No segundo capítulo, o enfoque será a homossexualidade, perpassando a análise sobre as diversas concepções acerca do assunto, bem como sobre as questões atinentes à liberdade de orientação sexual. Adentra-se, então, no estudo da tutela de direitos aos homossexuais, com a análise da proteção jurídica conferida por outros países e pelo Brasil, bem como as mudanças operadas no cenário nacional.

No último capítulo, em que se versará propriamente sobre a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, retomar-se-á a noção de família na contemporaneidade para uma releitura dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da pluralidade familiar no âmbito da tutela homossexual. Em seguida, apresentar-se-ão as orientações que, embora contrárias a tal entendimento, são as mais utilizadas pelos operadores jurídicos, constatar-se-á como o Judiciário tem se manifestado quando chamado a prestar a tutela jurisdicional nesses casos. No ensejo, analisar-se-á a possibilidade de reconhecimento da união homossexual com fundamento no art. 226 da Constituição Federal e, por extensão, qual a regulamentação aplicável a esses relacionamentos. Por fim, vislumbrar-se-ão as implicações decorrentes do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, através da tutela de direitos quando considerados os princípios constitucionais.

I. A FAMÍLIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

1. A proteção à família pelo Direito brasileiro

1.1. Noções preliminares sobre a família

A temática do presente trabalho somente tem sentido porque, independentemente do período da história da humanidade, a família sempre foi elemento importante na vida do ser humano, seja como indivíduo ou no aspecto social, como membro da coletividade.

A família apresenta-se como importante influência na formação do indivíduo, e através de experiências vividas no seio familiar, fornece ao ser humano a acolhida diante dos obstáculos que surgem no decorrer da vida, ao mesmo tempo que fornece os primeiros elementos necessários para enfrentar esses desafios que lhe serão apresentados pelo mundo exterior¹. A família, por estar na base da constituição da sociedade, reproduz em seu meio as regras e valores de determinado tempo e lugar, reflete o pensamento dos indivíduos que nela coexistem e simultaneamente influencia na formação da coletividade.

A proximidade entre a família e o indivíduo, diante de sua relação com o poder estatal, recebeu atenção de Ariès:

Geoges Duby conclui: “Na realidade, a família é o primeiro refúgio em que o indivíduo ameaçado se protege durante os períodos de enfraquecimento do Estado. Mas assim que as instituições políticas lhe oferecem garantias suficientes, ele se esquiva da opressão da família e os laços de sangue se afrouxam. A história da linhagem é uma sucessão de contradições e distensões, cujo ritmo sofre as modificações da ordem política”.²

Diante da importância da família para a sociedade e para cada um dos membros que a compõe, vislumbrar qual o tratamento dispensado pela legislação em determinados momentos históricos auxilia na compreensão do que se pretende com o reconhecimento do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Ademais, a perspectiva de família com que se trabalhará pressupõe relações com conotação afetiva – e não meramente relações de parentesco – ainda que se saiba

¹Cfe.: ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.8, n. 39, dez/jan., 2007. p.133.

²ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2 ed. Rio de Janeiro:LTC, 1981. p. 145.

que tal “sentimento” de família não era indispensável para o seu reconhecimento em épocas passadas.

É bem verdade que não há um conceito fechado do que seja família, vez que o termo comporta inúmeros significados³. No entanto, essa ausência não impede sua compreensão. Em razão da ampla visão do que venha a ser família, que sofre variações conforme a cultura e o tempo⁴, para a abordagem do presente trabalho necessário que se restrinja a apresentação da temática pesquisada à família ocidental que se desenvolveu entre o final do século XIX e início do século XXI, partindo-se da noção de família conjugal e, “entendendo-se conjugalidade como união de duas pessoas, pelo casamento ou de forma livre, com objetivo de constituir vida em comum”⁵.

Em períodos históricos como a Idade Média, a família deixou de ter sua vivência exteriorizada, principalmente pelos poetas e pintores, o que não significa que não existisse, mas sim que subsistia no silêncio, como se perceberia tempos depois. Contudo, em meados do século XVI, o sentimento de família volta a ser vivenciado e desenvolvido após o obscurantismo que caracterizou os séculos anteriores. A família, então reconhecida como um valor, ganha expressão e passa a ser exaltada, inclusive no meio artístico⁶.

Com o passar do tempo, e as transformações sociais que se sucederam principalmente durante os séculos XVII e XVIII,

a família deixou de ser apenas uma instituição do direito privado para a transmissão de bens e do nome, e assumiu uma função moral e espiritual, passando a formar os corpos e as almas. Entre a geração física e a instituição jurídica existia um hiato, que a educação iria preencher.⁷

Na busca pela felicidade, os indivíduos têm buscado relacionamentos afetivos em que se realizem enquanto pessoas. O casamento, por muito tempo entendido como o único reduto em que as pessoas podiam vivenciar seu amor, não consegue abarcar a realidade social e as múltiplas relações de afeto familiar que esta enseja. Nesse sentido, as proibições sociais e religiosas perdem espaço para a busca pela satisfação tanto emocional quanto sexual. Não há, pois, um padrão a ser seguido para ser feliz.

³Sobre os caracteres da família, ver: DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Direito de Família. 23ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, v.5. pp.13-14.

⁴Sobre a família entre gregos e romanos, ver: LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil** – Direito de família e das sucessões. 3 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2004, v.5. pp.43-44. Sobre a família na Roma Antiga e na Idade Média, ver: WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: O novo direito de família**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 09-17.

⁵NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: proteção constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 63.

⁶Cfe.: ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**, pp.152-153. Nessa mesma passagem, o autor associa esse sentimento de família ao de infância, por aproximar-se da relação entre pais e filhos afastando-se das preocupações patrimoniais ou de honra da linhagem.

⁷Ibidem, p. 194.

Compete a cada indivíduo descobrir de que modo realiza sua plenitude e vivencia o afeto, como irá se relacionar social e afetivamente.

A questão acaba por repercutir no Direito de Família brasileiro, e nele encontra resistência. Isso porque, muito embora tenha o Direito de Família sofrido inúmeras transformações, desde as primeiras codificações nacionais estabeleceu-se um modelo de família brasileira passível de proteção jurídica. No entanto, essa não é a realidade vivida, pois a pluralidade de modos de convivência entre pessoas é a principal característica das relações afetivas na atualidade. Em outras palavras, o relacionamento afetivo com vontade de constituir família, fundado na solidariedade e no respeito mútuo, pode ser encontrado em diversas formações de relacionamento, os quais nem sempre estão previstos expressamente na norma, de forma a merecerem tutela jurídica.

Entender o que é família é antes de tudo, saber que é preciso vê-la no contexto social e temporal em que está inserida, reconhecendo tratar-se de uma situação fática dinâmica.

1.2. Análise histórica do conceito jurídico de família

Refletindo o pensamento jurídico vigente, os textos normativos trataram do instituto da família conferindo-lhe maior ou menor regulamentação dependendo do papel desempenhado pelo Estado na sociedade em dada época. Sendo assim, para o entendimento do que seja família atualmente e qual a proteção conferida pela Direito, necessário que se analise sua evolução dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Por força do pensamento liberal que predominou no século XVIII até início do século XX no Brasil, as Constituições editadas nesse período não previam a proteção da família pelo Estado. O liberalismo tinha por característica a não intervenção do Estado nas atividades privadas do indivíduo, restringindo-se a Constituição a organizar o Estado e a reger o governo. A previsão e regulamentação de institutos como a família era feita exclusivamente por legislação infraconstitucional, como as Ordenações Filipinas, que tiveram sua vigência confirmada no Brasil por Lei de 1823 e acolhiam as normas do Concílio de Trento de 1523.

Em consonância com o pensamento à época, as Constituições Liberais caracterizavam-se pelo predomínio da forma em detrimento do conteúdo, no intuito de assegurar a não intervenção do Estado na esfera individual.

O Estado Liberal buscou amparar a liberdade formal, não preocupada com a existência real de igualdade para seu exercício. Esta liberdade estaria suficientemente assegurada através de uma Constituição válida do Estado de Direito, reguladora dos limites de atuação estatal, especialmente em relação aos indivíduos, e que não deveria intervir na autonomia da vontade destes.⁸

A Independência do Brasil, em 22 de abril de 1822, apesar de sua importância histórica por ter separado a colônia da metrópole Portugal, não trouxe grande mudança política vez que foi mantido no Brasil o sistema monárquico de governo. Não obstante a monarquia existente, os intelectuais brasileiros eram fortemente influenciados pelo pensamento liberal que se desenvolveu na Europa nesse período. Daí a Constituição de 1824 também ter sido influenciada pelo liberalismo, que

[...] defendia a existência de limitações ao poder do Estado em respeito à individualidade e liberdade do ser humano. Desse modo, as Constituições daquele período, de uma forma geral, tinham como preocupação maior a regulamentação da forma de governo e de seu exercício, bem como, a proteção dos direitos do indivíduo, especialmente para limitar o poder de atuação do Estado.⁹

Essa visão de restrição à atuação do Estado na esfera dos direitos do indivíduo refletiu-se no texto constitucional no tocante à família. Não se vislumbra na Constituição de 1824 uma preocupação estatal em versar sobre a constituição e proteção da família. Pelo contrário, a única menção ao assunto apenas tratou da Família Imperial, o que corrobora o regime monárquico e o pensamento liberal vigentes, de estrita regulamentação e limitação da atuação do governo.¹⁰

De outro tanto, não significa que a família estava desprovida de qualquer regulamentação jurídica. Sendo o catolicismo a religião oficial do país, as normas relacionadas à família estavam albergadas no Direito Canônico, portanto, em sede infraconstitucional. O principal efeito disso estava na sacralização do casamento e da família, na indissolubilidade da união entre homem e mulher pela vontade de Deus.

Após a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, uma nova Constituição foi editada em 1891 com vista a atender a grande mudança governamental sofrida pelo país. Apesar da reestruturação na forma e no sistema de governo, com adoção do modelo republicano, do presidencialismo e da tripartição dos poderes¹¹, o pensamento liberal ainda exercia forte influência, de sorte a prevalecer a não intervenção do Estado no âmbito privado. O fim da monarquia também resultou na

⁸NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: proteção constitucional**, p.26.

⁹Ibidem, p.64 .

¹⁰Cfe.: Ibidem, p.65.

¹¹Durante o período monárquico do país, além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, existia no Brasil um quarto Poder, denominado Moderador, que tinha como titular o monarca e conferia-lhe funções exclusivas.

separação entre Estado e Igreja Católica¹². Isso provocou mudança no tratamento destinado à família, pois se antes a união entre as pessoas era reconhecida como “família” apenas pelo casamento religioso, com base no Direito Canônico, desde então o casamento civil é que passou a ser considerado válido para constituição da família. “E, é justamente neste aspecto que aparece a única menção a um instituto familiar, o casamento, quando em seu art. 72, §4º destaca que ‘A República somente reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita’”.¹³

Com o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, admite-se no Brasil o casamento civil como única forma de enlace reconhecido por lei. Após este acontecimento, não subsiste mais, para efeito de discussões acerca de direitos materiais, o casamento religioso regulado pela Igreja Católica através do Concílio de Trento.¹⁴

Diante da nítida divisão entre âmbitos público e privado, as questões familiares permaneceram a cargo exclusivamente da legislação infraconstitucional. Foi então editado o Código Civil, Lei n. 3.701, de 1º de janeiro de 1916, de cunho eminentemente patrimonialista, inclusive quanto aos aspectos familiares.

A ausência de norma sobre a família no âmbito constitucional buscou ser suprimida pela vasta regulamentação trazida pela legislação civil. O Código Civil destinou-se a regular questões inerentes à esfera privada do indivíduo. A preocupação não estava no indivíduo em si, mas no patrimônio. Mesmo em matérias como o Direito de Família, o foco era a proteção patrimonial. Isso porque o casamento, então único modelo de família aceito juridicamente, mais se aproximava de um negócio do que de uma escolha de convivência social a partir do sentimento de afeto. O casamento não se destinava necessariamente à realização pessoal dos noivos, mas sim à procriação, à formação de um novo núcleo econômico e à acumulação patrimonial.

Previu o legislador um único modelo de entidade familiar, aquela decorrente do casamento civil. Ignorando a dinâmica própria da sociedade, o Código Civil buscou cimentar a estrutura familiar, ao delimitar a estrutura que lhe seria afeita.

Sobre os interesses que permeavam o casamento, Nahas constata que:

Tendo por base uma sociedade eminentemente agrária, o casamento era visto como um negócio, uma forma de transmissão de propriedade e de procriação. Os casamentos eram combinados entre os patriarcas de cada família, sem a escolha afetiva por parte dos noivos, na maioria dos casos.

¹²Ressalta-se que, não obstante a disposição legislativa, a laicização do Estado brasileiro é processo cultural ainda inacabado.

¹³NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**: proteção constitucional, p.66.

¹⁴FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do Garantismo Jurídico. Florianópolis: OAB/SC, 2006. pp. 52-53.

A escolha do cônjuge, na maioria das vezes, se dava em razão da melhor união patrimonial. No momento de se acertar o casamento, o pai da noiva oferecia um dote ao noivo. [...] Essa estrutura matrimonial também refletia uma forma de manutenção de *status* social, segregando classes através da solenidade.¹⁵

O Código Civil de 1916 foi editado refletindo a sociedade agrária que existia no Brasil pós-Colônia. Com a economia voltada para a produção agrícola, as preocupações sociais estavam direcionadas para a manutenção da sociedade da época. Isso exigia que o núcleo familiar fosse grande, produtivo, dedicado à manutenção da agricultura, com todos os entes contribuindo para a produção e acúmulo de bens materiais.

O Código Civil de 1916, representante de uma sociedade fundiária, patriarcal, hierarquizada e fortemente marcada pelo cristianismo – ainda que sob o argumento formal da laicização do Direito desde o final do século XIX -, reconhecia apenas a família fundada no casamento, o qual era tido como célula fundamental da sociedade, a ser protegido e enaltecido pelo ordenamento jurídico como instituição independente das pessoas que o integravam.¹⁶

Para assegurar a continuidade desse tipo de economia, projetou-se uma estrutura societária, e principalmente familiar, em que cada membro tinha seu papel previamente definido, especialmente conforme o gênero e a idade: à mulher, sobrevinham as atividades domésticas; ao homem, o provimento do lar; e aos idosos, crianças e adolescentes, ante sua improdutividade econômica e incapacidade de discernimento, a obediência irrestrita ao chefe de família.

Embora estivesse o Estado separado da Igreja Católica, a cultura cristã se mantinha forte na sociedade e isso refletia na estrutura do casamento, considerado sagrado pela Igreja Católica. Além de ter sua existência apenas pelo casamento, a família contemplada pelo Código Civil estava centrada na figura masculina.

A fim de tutelar a instituição familiar, delegavam-se superiores poderes ao patriarca. O homem representava o papel de chefe da família. Desse modo, tal modelo transpassou da família para retratar todo um sistema social. O poder em outras relações fora da família é identificado com as características tidas como masculinas.¹⁷

¹⁵NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**: proteção constitucional, pp.70-71.

¹⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de; GUERRA, Leandro dos Santos. Função social da família. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.8, n. 39, dez./jan., 2007. p.155.

¹⁷MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 09.

O homem era o *pater familiae*, a ele competia gerir o patrimônio da família¹⁸ e, como autoridade da entidade familiar, mulher e filhos a ele estavam subordinados. Essa desigualdade dos membros familiares decorria, em verdade, do rigor da estrutura familiar, que, então, foi assimilada ao casamento, nos moldes patriarcais, como único modelo aceito pelo legislador possível de proteção jurídica. A superioridade masculina - patriarcado - era garantida com a perda de capacidade jurídica imposta à mulher após o casamento, momento em que ela se tornava relativamente incapaz¹⁹, dependendo de autorização do marido para a prática de inúmeros atos²⁰, como exercer profissão remunerada.²¹

Observa-se, pois, a existência de hierarquia entre os membros da família, notadamente o homem/pai em situação de superioridade em relação à mulher e aos filhos. A família matrimonializada implicou também a hierarquia entre os filhos advindos do casamento, considerados legítimos, e de outras formas de relacionamentos designados ilegítimos, ou adotivos, conforme sua origem²².

Os filhos ilegítimos poderiam ainda ser diferenciados entre aqueles derivados de relações entre pessoas impedidas de casar, como os filhos adulterinos, que seriam os havidos de relações extraconjugais de pessoas casadas, e os filhos incestuosos, havidos entre pessoas da mesma família, impedidos de contraírem matrimônio, como ascendentes ou colaterais em segundo grau. Ainda, havia os filhos naturais, que seriam os havidos de relações entre pessoas livres, não impedidas de casar.²³

Além disso, a família albergada pelo Código Civil de 1916 é heterossexual, característica que lhe é intrínseca e que se verifica na função preestabelecida a cada cônjuge segundo o gênero, ou seja, o homem incumbido de prover o lar, a mulher de cuidar das atividades domésticas, conforme anota Matos:

Os papéis exercidos pelos membros da família, nessa esteira, eram rigorosamente preestabelecidos, cada qual desempenhando funções

¹⁸Art. 233, Código Civil de 1916: O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I – A representação legal da família. II – A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, §9º, n. I, c, 274, 289, n. I, e 311). III – O direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 36 e 233, n. IV). IV – O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, n. II, 242, n. VII, 243 a 245 e 247, n. III). V – Prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 217.

¹⁹Art. 6º, Código Civil de 1916: São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, n. I), ou à maneira de os exercer: [...] II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

²⁰Art. 242, Código Civil de 1916: A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I - Praticar os atos, que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 253). II - Alienar, ou gravar com ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, ns. II, III, VII, 269 e 310). III - Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem. IV - Aceitar ou repudiar herança ou legado. V - Aceitar tutela, curatela ou outro múnus. VI - Litigar em juízo cível ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII – Exercer profissão (art. 233, n. VI). VIII – Contrair obrigações, que possam importar em alheação dos bens do casal. IX – Aceitar mandato (Art. 1.299).

²¹Cfe.: NAHAS, Luciana Fáisca. **União Homossexual**: proteção constitucional, p.69.

²²Art. 332, Código Civil de 1916: O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo proceder, ou não, de casamento; natural ou civil, conforme resulta de consanguinidade, ou adoção.

²³NAHAS, Luciana Fáisca. **União Homossexual**: proteção constitucional, pp.69-70.

previamente estipuladas. Assim, o homem e a mulher tinham suas atividades distintamente distribuídas em virtude do gênero.²⁴

Porque pressuposta à noção de família, a heterossexualidade não constava expressamente como requisito para o matrimônio²⁵, embora essa devesse ser a única orientação possível do casal.

Por conseguinte, a heterossexualidade é mais uma característica, justaposta à hierarquia, do patriarcalismo e da exclusividade do matrimônio, do modelo familiar tradicional, que atualmente está em vias de ser superado. A forte carga axiológica que o tema gera justifica-se em decorrência da reprodução de um modelo de complementaridade de sexos, tido como único que cede passos diante de uma realidade fática inegável.²⁶

Assim, não obstante iniciada a laicização do Estado, inegável a profunda influência exercida pela Igreja Católica, presente no matrimônio como único modelo jurídico-social de constituição de família, mantendo-se a estrutura socializada pela doutrina cristã, inclusive na indissolubilidade do casamento, sacramento que deveria unir o casal até a morte²⁷.

Além disso, as formalidades que cercavam a celebração serviam ao propósito de dar publicidade ao enlace, a fim de apresentar um novo núcleo familiar ao corpo social, fator este que importava quanto aos efeitos decorrentes do matrimônio, pela segurança jurídica que gerava, fornecendo a manutenção do compromisso entre os nubentes²⁸.

Como o catolicismo fazia parte da cultura brasileira à época, por certo não bastaria uma mudança na legislação para alterar essa realidade. Os costumes advindos da educação religiosa cristã foram mantidos pela população, de modo que a família socialmente aceita ainda se restringia à originada pelo casamento²⁹.

Conforme dito, o matrimônio era a única formação familiar reconhecida legalmente, embora esse vínculo decorresse do registro civil e não mais do registro religioso.

Seguindo a inevitável dinâmica da sociedade, o liberalismo alçou espaço³⁰ à medida que a preocupação em estabelecer direitos sociais propiciou a configuração social do Estado, pela qual este deveria assumir prestações positivas para a efetivação

²⁴MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 08.

²⁵Cfe.: *Ibidem*, p. 22.

²⁶*Ibidem*, p. 25.

²⁷Cfe.: ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), p.139.

²⁸Cfe.: *Ibidem*, p.135.

²⁹Cfe.: NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: proteção constitucional**, p.71.

³⁰Isso porque a noção liberal deixou seus efeitos, embora o modelo social estivesse nascendo.

dos direitos dos indivíduos. A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 foram marcos globais do chamado Estado Social, em que “os direitos que devem ser protegidos pelo Estado não são mais somente os direitos individuais e os direitos políticos, mas também os direitos sociais, entre eles o direito à proteção à Família”.³¹

No Brasil, o Estado Social foi previsto pela Constituição de 1934, que acarretou o início da proteção constitucional à família, inclusive com capítulo próprio no corpo de seu texto. Embora a família ainda tivesse reconhecida sua existência apenas no casamento, expressamente indissolúvel, sua constituição tornou-se possível tanto pelo matrimônio civil como pelo religioso.³²

No âmbito constitucional, as entidades familiares só passaram a receber explícita tutela do Estado a partir da Constituição de 1934, que destinou todo um capítulo à família. Em seu art. 144, afirmava que “a família constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”. Nesta ocasião, o legislador não se interessou em apresentar um conceito substancial do que seria a família. Limitou-se a especificar o ato pela qual ela se constituía e que o ato jurídico era indissolúvel. Observa-se que somente a família legítima, constituída pelo casamento, estava protegida pelo Estado.³³

Embora não tivesse a família no modelo de configuração do casamento sofrido alterações substanciais, as mudanças provocadas pela inclusão de direitos sociais no texto constitucional refletiu na estrutura da família, centrada no matrimônio, na hierarquia e no patriarcado, com a conquista de direitos pelas mulheres, mas não significou ainda a igualdade entre os cônjuges.

Com o golpe político que instituiu o Estado Novo, foi outorgada a Constituição de 1937 que manteve os direitos sociais, conferidos pela Constituição de 1934, embora tenha reduzido direitos individuais e políticos e promovido mudanças nos aspectos políticos e administrativos da organização estatal³⁴.

No tocante ao Direito de Família, o casamento religioso não mais produzia efeitos civis. De outro tanto, destaca-se a criação da Comissão Nacional de Proteção à Família pelo Decreto-Lei n. 1.764, de 10 de novembro de 1939, e a regulamentação dos “aspectos eugênicos, morais e patrimoniais da família” pelo Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941³⁵.

³¹NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: proteção constitucional**, p.72.

³²Cfe.: *Ibidem*, p.74.

³³CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares da Constituição Federal. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.9, n. 42, jun./jul., 2007. p.48.

³⁴Cfe.: NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: proteção constitucional**, p.75.

³⁵Cfe.: LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil – Direito de família e das sucessões**, pp.37-38.

A Constituição de 1946 foi marcada pelo retorno à democracia, proporcionada pela queda de regimes totalitários em diversos países, com a manutenção dos direitos sociais e restabelecimento das garantias individuais, sendo que, no âmbito do Direito de Família, estendeu-se os efeitos civis ao casamento religioso³⁶.

Em 1962, através da Lei n. 4.121, foi editado o Estatuto da Mulher Casada, que conferiu importantes direitos, minando a força do patriarcado. Embora continuasse o homem a chefiar a família, a mulher passou a ser sua colaboradora, abandonando a condição de submissão completa. Destaque-se que a mulher casada passou a ser considerada dotada de capacidade plena, além de poder exercer atividade remunerada sem pedir autorização marital.³⁷

A presença dos movimentos feministas da década de 1970 e a inserção gradual das mulheres no mercado de trabalho, são fatores que indubitavelmente contribuíram para a independência e autonomia feminina. Conquistas essas que também se prestaram a romper especialmente com a noção, ao menos no aspecto social, de que o casamento teria função econômica apenas.

Apesar dos avanços até então obtidos, a legislação acerca da família mostrava-se conservadora e em descompasso com a realidade social. Voltado para a sociedade agrária patriarcal do início do século XIX, o Direito de Família não acompanhou as mudanças sociais provocadas pelos movimentos de independência feminina e pelos arranjos familiares de fato que se formavam.

Apesar de o legislador insistir em ignorar essa dinâmica, no tocante à convivência de fato especificamente, cada vez mais essa realidade foi sendo aceita informalmente. Importa esclarecer que se começava a admitir o relacionamento de fato heterossexual, ou seja, baseado na alteridade de sexos, elemento intrínseco ao casamento e à noção social de família. Coube ao Judiciário, então, buscar no ordenamento jurídico vigente, meios de proteger esses relacionamentos, quando conflitos de interesse deles decorriam, equiparando-os à sociedade de fato, entendimento este que culminou na edição da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal em 03 de abril de 1964:

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.

³⁶Cfe.: NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**: proteção constitucional, pp.76-77.

³⁷Cfe.: *Ibidem*, p.78.

Sobre o posicionamento adotado pelo Judiciário:

A solução foi satisfatória, ao menos para os problemas sociais existentes, e compatibilizou a questão com a previsão constitucional. Não supriu as necessidades dos integrantes do relacionamento, mas evidenciou a dissonância entre a legislação e o progresso da sociedade, que já não os via de forma espúria.³⁸

Em meio ao golpe militar de 1964, as alterações constitucionais realizadas no texto de 1946 para atender às pretensões da ditadura foram tantas que necessária se fez uma nova Constituição, editada em 1967, e tão logo em 1969 foi complementada pela Emenda Constitucional n.1. Ignorando os avanços já obtidos social e juridicamente, a proteção constitucional não sofreu alteração em seu texto, demonstrando conservadorismo e desinteresse no assunto³⁹.

Não obstante, deve-se mencionar a promulgação da Lei do Divórcio, Lei n. 6.515, de 26.12.1977, que pôs fim à indissolubilidade do casamento, característica ligada ao conservadorismo e à influência religiosa cristã.

Até a data da entrada em vigor da lei do divórcio, havia entre nós o *desquite*, instituto equivalente à atual separação judicial. Contudo, o desquite não rompia integralmente o vínculo matrimonial, pois apenas se prestava para o *rompimento dos aqüestos* comunicados, não possibilitando que o desquitado contraísse outro casamento civil. Não havia por meio do desquite, assim, o rompimento do vínculo matrimonial por completo.⁴⁰

Apesar dos prazos e requisitos estipulados pelo legislador, na nítida tentativa de que fosse o casamento mantido, o divórcio foi uma conquista importante, principalmente por romper com os dogmas religiosos, impregnados no ordenamento brasileiro nos assuntos de família. Mas os anseios da sociedade não se restringiam ao divórcio, pois também se buscava o reconhecimento de outras modalidades de família que não fossem pelo matrimônio (civil ou religioso)⁴¹.

O divórcio mostrou-se uma conquista não só para as mulheres, como também para os relacionamentos afetivos de modo geral. Embora fosse o Brasil um país laico, a influência da Igreja Cristã, principalmente a Católica, era tamanha, que a lei do divórcio somente foi aprovada no ano de 1977. No entanto, inegável que naquela época muitos indivíduos, inicialmente casados entre si, viviam a situação de terem que manter um convívio marital que não mais se pautava no amor, enquanto outros, dada a vedação

³⁸NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: proteção constitucional**, p.79.

³⁹Cfe.: Ibidem, p.81.

⁴⁰LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil – Direito de família e das sucessões**, p.38.

⁴¹Cfe.: NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: proteção constitucional**, p.83.

legal mencionada, formavam arranjos familiares excluídos socialmente, visto não poderem realizar um novo matrimônio.

O denominado concubinato caracterizava-se pela união não eventual entre homem e mulher⁴², sem que fosse celebrado casamento. Era considerado puro se as partes fossem livres e desimpedidas para o matrimônio, sendo impuro quando um ou ambos os conviventes possuíam impedimentos para o matrimônio. O fato é que na legislação civil em vigor à época, o concubinato não possuía uma previsão positiva, no sentido de inclusão familiar.

Em verdade, poucas mudanças foram promovidas na legislação a fim de aproximá-la da realidade social. Coube ao Judiciário, através da atividade hermenêutica, encontrar no Direito a solução para os conflitos que se apresentavam no caso concreto. No entanto, a ausência de previsão legal muitas vezes era sinônimo de insegurança jurídica, aumentando o anseio por uma legislação mais próxima das questões existentes na sociedade contemporânea.

1.3. A família na Constituição Federal de 1988

Com o fim do regime militar, seguido da convocação da Assembléia Nacional Constituinte, em 1º de fevereiro de 1987, abriu-se espaço para a discussão sobre diversos temas a merecerem proteção jurídica de *status* constitucional, inclusive no âmbito da família.

A sociedade em discussão já não queria continuar carregando os dogmas anteriores, e sim, buscar na Constituição o reflexo de seus anseios.

Os principais pontos em debate estavam diretamente relacionados à imposição pela legislação de dogmas discriminatórios e excludentes, com a desigualdade entre homem e mulher no comando da sociedade conjugal, a distinção entre os filhos, a ausência de reconhecimento com família das uniões livres, o planejamento familiar e até mesmo a revisão dos prazos do divórcio, já reconhecido pelo ordenamento jurídico.⁴³

Organizada sob a forma de movimentos populares, a sociedade civil teve importante participação na Assembléia Constituinte, especialmente quanto aos direitos de família. A pressão popular exercida sobre o constituinte refletiu-se, principalmente no art. 226⁴⁴ do texto constitucional, demonstrando a necessidade de abertura do

⁴²Cfe.: AQUAVIVA, Marcus Claudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. São Paulo:Jurídica Brasileira, 2004. p. 355.

⁴³NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**: proteção constitucional, p.85.

⁴⁴Art. 226, Constituição Federal: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §1º- O casamento é civil e gratuita a celebração. §2º- O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. §3º- Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4º- Entende-

conceito de família, para que ficasse a cargo do contexto social o seu respectivo preenchimento.

O debate sobre o artigo que concede amparo à família levou a considerações sobre a necessidade de abertura constitucional deste conceito, deixando o caminho para que a própria Constituição pudesse se atualizar para acompanhar as mudanças sociais e os valores aceitos.⁴⁵

Sob o primado da igualdade e da dignidade humana, a Constituição de 1988 assegurou inúmeras garantias, razão pela qual é chamada de “Constituição Cidadã”. Diz-se da *repersonalização* do Direito, em que a proteção estatal e o sistema jurídico estão voltados para o ser humano enquanto pessoa, e não para o seu patrimônio como outrora⁴⁶.

Não se trata de um retorno ao individualismo, mas sim de uma concepção de Direito fundada nos valores da pessoa. O individualismo mira unicamente uma dimensão estática da pessoa, limitada em sua individualidade. Exclui, por isso, um aspecto de destaque, que é a inter-relação dos sujeitos na sociabilidade da convivência.⁴⁷

Por envolver as pessoas em suas relações mais próximas, essa nova concepção também provocou profunda mudança na família constitucionalmente protegida. “A *repersonalização* das relações familiares significa uma preocupação com o desenvolvimento da personalidade das pessoas, sendo fundamental, nesse caminhar, o núcleo afetivo do agrupamento humano.”⁴⁸

Consubstanciando o princípio vetor da dignidade da pessoa humana no seu art. 1º, III, a Carta Magna provocou uma autêntica revolução no Direito Civil como um todo, dando ensejo a um fenômeno conhecido como *despatrimonialização* ou *personalização* deste ramo do Direito. No campo específico do Direito de Família, verifica-se que a entidade familiar passa a ser encarada com uma verdadeira comunidade de afeto e entreaajuda, e não mais como uma fonte de produção de riqueza como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter a plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, amor e a ajuda mútua.⁴⁹

se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. §5º- Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. §6º- O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. §7º- Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. §8º- O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁴⁵Cfe.: NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**: proteção constitucional, p.86.

⁴⁶Cfe.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais, pp.15-16.

⁴⁷Ibidem, p. 16.

⁴⁸Ibidem, p.16.

⁴⁹ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), p.139.

A ausência de um conceito do que seria família não impediu a abertura da proteção estatal vez que, ao contrário das legislações anteriores, o matrimônio não mais era concebido como o único modo de constituir família⁵⁰. Importante avanço restou por conta do reconhecimento expresso da união estável entre homem e mulher como família, no mesmo patamar que o casamento⁵¹.

Evidentemente que a formação é diferenciada, já que o casamento pressupõe diversas formalidades e solenidades, e a união estável depende da configuração de uma situação fática. Contudo, embora não se assemelhem quanto à origem, merecem igual proteção como família que são. O respeito ao pluralismo e à igualdade são fundamentos da Sociedade Constitucional, sendo inadmissível qualquer discriminação.⁵²

A proteção à família monoparental também teve importância, pois excluiu a conjugalidade como característica elementar da família, reforçando o aspecto afetivo dessa nova concepção.

A conjugalidade também foi afetada pelo novo perfil de família: além de serem concebidas novas formas, os relacionamentos duram o tempo condizente com a existência do afeto. Esse fato, porém, não tira a característica de permanência destas instituições; quando se originam, evidentemente não se pensa no fim, mas almeja-se que sejam eternas; mas, já que prevalece hoje o anseio individual do ser humano na busca pela sua felicidade, são eternas enquanto duram, conforme Vinicius de Moraes.⁵³

O patriarcado e a hierarquia entre membros familiares, características presentes na família do Código Civil de 1916, em vigor quando da edição da Constituição de 1988, foram excluídos com a equiparação dos cônjuges e dos filhos, independentemente de sua origem, os quais passaram a ser considerados sujeitos de direitos⁵⁴.

A afetividade definitivamente torna-se o elemento identificador das entidades familiares.

A família patriarcal, até então, revestida de caráter econômico, político, procracional e religioso, evoluiu como ente familiar, formando a partir de então um grupo vinculado por laços afetivos. Ocorreu, assim, uma renovação dos valores sociais que conduziram à transformação do conceito da família

⁵⁰Cfe.: NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**: proteção constitucional, p.90.

⁵¹A equiparação entre casamento e união estável ainda é ponto bem divergente na doutrina. Há entendimento no sentido de existir hierarquia entre as entidades familiares, de modo que o casamento estaria num patamar superior que a união estável. O reconhecimento da união estável estaria restrito à previsão de proteção pelo Estado, servindo essa menor proteção como incentivo à sua conversão em matrimônio. De outros tantos, também se sustenta que o reconhecimento da união estável como entidade familiar pelo art. 226 da Constituição Federal significou estar ela no mesmo patamar que o casamento, não sendo possível distinções entre eles. Cfe.: WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: O novo direito de família, pp. 302-305. Em verdade, a idéia de hierarquia é falsa, porque o casamento é apenas mais formal e solene que as outras formas de convivência. Isto é, do ponto de vista da configuração constitucional de família, não podem existir diferenças de hierarquia entre os relacionamentos.

⁵²NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**: proteção constitucional, pp.92-93.

⁵³Ibidem, p.108.

⁵⁴Cfe.: Ibidem, p.94.

tradicional, valorizando a partir de então o aspecto da afetividade das relações familiares.⁵⁵

Sobre a união estável, salienta-se que surgiram dúvidas quanto aos efeitos imediatos do §3º do art. 226 da Constituição Federal, divergindo os posicionamentos entre depender a norma de regulamentação por lei ordinária ou ser auto-aplicável. Com o advento da Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regulou detalhadamente a sucessão e o direito de alimentos do companheiro, e da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulou o §3º do referido art. 226, restou descabida a discussão.

Em 10 de janeiro de 2002 foi promulgado um novo Código Civil, que, no entanto, não se coadunou por completo com o espírito da Constituição de 1988, vez que o projeto era de 1975 e as alterações ocorreram apenas pontualmente na antiga codificação, em verdade, quando fazia-se necessária uma releitura sistemática dos institutos civis à luz da Constituição Federal.⁵⁶

2. A família contemporânea

As mudanças sociais, em especial as comportamentais, ocorridas desde a independência do país, pareciam não sensibilizar o legislador. Passadas diversas Constituições, evidente era o pouco interesse do Estado em proteger a família sob o viés constitucional. As mudanças nesse âmbito, na verdade, mostraram-se tímidas, porque nada mais fizeram que transpor para a Constituição vigente à época o que já estava largamente disposto no Código Civil. Note-se que o Código Civil de 1916 foi editado na vigência da Constituição de 1891 e perdurou até a Constituição de 1988, quando muitos de seus dispositivos já tinham perdido eficácia com a mudança de paradigma social operacionalizada.

Por mais alterações que tenham sido feitas na legislação civilista, a base da família brasileira permaneceu intacta. O matrimônio, indissolúvel ou não, continuou a ser o único modo de se constituir família, pelo ponto de vista jurídico. A realidade das uniões de fato batia à porta do Judiciário e o legislador, conservador e ignorando estar o Direito em total dissonância com os anseios da sociedade, recusava-se a acolher esse arranjo familiar que se formava, utilizando-se da conotação conservadora-normativa do Direito.

⁵⁵CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares da Constituição Federal, pp.46-47.

⁵⁶Cfe.: NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: proteção constitucional**, p.96.

[...] o Código Civil de 1916 somente conferira o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio.

Além disso, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, em que a felicidade pessoal de seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo (“o que Deus uniu o homem não pode separar”) – daí por que se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial.⁵⁷

Os direitos conferidos às mulheres casadas, após anos de luta pela independência feminina, não haviam alcançado a plena igualdade de gênero. A mulher, de submissa e relativamente incapaz foi elevada à “participante” das questões familiares, mas isso não significava ainda a igualdade nos direitos e deveres decorrentes do relacionamento, mais especificamente, do matrimônio.

O casamento continuava a ser o elemento distintivo de direitos, inclusive quanto à filiação, ao categorizar em legítimos (de direitos) os filhos provenientes do casamento. Os filhos naturais, pertencentes à categoria dos ilegítimos, para efeitos de direito foram equiparados aos legítimos porque, em verdade, eram frutos de relacionamentos de fato em que não havia impedimento para o matrimônio.

Face ao aludido modelo uno de família, as relações de fato surgidas fora do casamento não recebiam qualquer reconhecimento jurídico. Não havia família em relações concubinárias, mesmo no denominado concubinato puro (entre pessoas sem impedimentos matrimoniais). Além disso, filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, não podendo ser reconhecidos pelos pais, mesmo que estes quissem.⁵⁸

Coube à Constituição Federal de 1988 acolher muitas das mudanças reivindicadas pela sociedade e que o legislador por tanto tempo insistiu em ignorar, principalmente no âmbito do Direito de Família. Tinha-se um Código Civil escrito para uma sociedade agrária, em que a regulamentação das relações patrimoniais era mais importante que as pessoas e os aspectos de sua personalidade. A família originava-se com o casamento, cuja finalidade era a procriação e manutenção da estrutura econômica, e não a realização da felicidade, do sentimento que teria unido as pessoas. No entanto, vivia-se numa sociedade predominantemente urbana, industrializada, em que o casamento definitivamente não era mais considerado pela maioria da sociedade como o único modo de se constituir família.

A longevidade, a emancipação feminina, a perda de força do cristianismo, a liberação sexual, o impacto dos meios de comunicação de massa, o

⁵⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), p.131.

⁵⁸ *Ibidem*, p.135.

desenvolvimento científico com as perícias genéticas e descobertas no campo da biogenética, a diminuição das famílias com o aperfeiçoamento e difusão dos meios contraceptivos, tudo isso atingiu fortemente a configuração familiar. Ademais, a urbanização e a industrialização, mudando a base produtiva da sociedade, também afetariam o direito de família, já que o poder empresarial, ao contrário da propriedade fundiária, não é ligado à organização familiar.⁵⁹

Em resposta a essa nova configuração da sociedade, na busca por um Direito voltado ao ser humano, mas não individualista, é que consignou-se como fundamento da família o que, de fato, unia as pessoas: o afeto.

A família compreendida como entidade socioafetiva tem o dever de afeto e cooperação entre seus membros. A solidariedade e a criação de condições ao desenvolvimento saudável do ser humano passam a ser valores importantes para a entidade familiar. No viés constitucional, evidenciam-se a concretização do direito à vida digna e o princípio da solidariedade (art. 1º, III, CF/1998). Esses fatores vieram modificar o significado de entidade familiar, ampliando o seu conceito. Surge a partir de então uma nova função para a unidade familiar, com base na realização da afetividade e da dignidade humana de cada um de seus membros.⁶⁰

A adoção desse novo paradigma ensejou a abertura do que poderia ser considerado família. O texto constitucional ao mencionar sobre as “entidades familiares” demonstra essa nova dimensão pluralista, não mais restrita a um padrão jurídico.

Se antes a família era constituída no âmbito jurídico exclusivamente pelo matrimônio, ou seja, decorria de um ato registral de acordo com as formalidades inerentes, atualmente ela é reconhecida como tal a partir do elemento afetivo que cerca seus membros.

Em outras palavras, a família deixa de ser *constituída* pelo vínculo jurídico (modelo único de família) para ser *reconhecida* pelo ordenamento quando presente o *intuito familiae*, o afeto como elemento volitivo de sua formação (modelo aberto e plural de família). Por isso, passa-se a conferir maior importância à dignidade de cada um dos membros da família e ao relacionamento afetivo existente entre eles do que propriamente à instituição em si mesma.⁶¹

Trata-se, pois, de paradigma cujos parâmetros não estão postos na norma, e que tem como critério identificador uma situação fática, razão pela qual dependerá seu reconhecimento da avaliação do caso concreto.

⁵⁹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de; GUERRA, Leandro dos Santos. Função social da família, p.155.

⁶⁰CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares da Constituição Federal, p.47.

⁶¹ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), p.145.

O novo paradigma familiar, proposto pela Constituição, é aberto e inclusivo. Não está moldando a família conforme os parâmetros que entende convenientes, mas deixa ao intérprete a tarefa de concretização conforme a convivência social. Os critérios para inclusão familiar não estão na Constituição, mas sim, na avaliação do caso concreto.⁶²

Entender a família a partir de uma realidade fática e relacional, como a vivência do afeto, possibilita ao operador jurídico interpretar a norma de acordo com o contexto em que se insere. Permite, assim, que o Direito acompanhe a dinâmica da sociedade, que esteja em sintonia com os avanços científicos, cada vez mais interligados⁶³. Muitos dos temas atualmente debatidos de algum modo alcançam o Direito de Família, como o aborto de feto anencéfalo e a filiação em inseminação artificial *post mortem*, sem esquecer dos efeitos dos exames de DNA para comprovação da identidade genética. Nessa senda, as normas de Direito de Família precisam ter caráter aberto e inclusivo se pretendem ser atuais e realmente protetivas do ser humano.

De outro tanto, têm aumentado os debates em que se confrontam o afeto e o vínculo biológico, vez que nem sempre caminham juntos. O direito de ser indenizado pelo ascendente (pai/mãe) biológico pelos danos causados pelo abandono afetivo, o direito de alimentos oriundo da paternidade/maternidade socioafetiva (“de criação”), são exemplos dos dilemas que permeiam o Direito de Família.

Não se vislumbra mais a família brasileira sob a triangulação matrimônio-sexo-procriação. “O casamento foi o lugar determinado para as relações sexuais; o objetivo precípua do matrimônio era a formação da filiação dita legítima.”⁶⁴ Contemporaneamente, o sexo desvinculado do casamento é um fato social, e ocorre mesmo que entre os pares não haja qualquer vínculo afetivo, em que apenas se busca satisfação sexual, resultado em grande parte do avanço quanto aos métodos contraceptivos e da liberalização “do corpo”. E não há nada de proibido quando se busca apenas a realização dos desejos pessoais sem que se incorra em “ilegalidade” (como nos casos de estupro e outras modalidades de abuso sexual).

Por seu turno, os avanços no campo da medicina têm desvinculado a procriação da idéia inicial de casamento e de finalidade primordial do sexo, a exemplo dos métodos de fecundação artificial, em que o pai biológico pode ou não ser o parceiro

⁶²NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**: proteção constitucional, p.105.

⁶³ “A família patriarcal do século XIX já não guarda qualquer correspondência com a família que ora desponta nesse início de século, a menos que tratemos de considerar os núcleos sociais minoritários ainda existentes em nosso território nacional ou mesmo no exterior, que não sofreram os efeitos da tecnologia e do pós-modernismo, por questões relacionadas ora à *marginalização social* ora ao *tradicionalismo* despropositado.” LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil** – Direito de família e das sucessões, p.41.

⁶⁴MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais, p.26.

da mãe. De outro tanto, não sendo mais o matrimônio o único vínculo reconhecido pelo qual se forma a família, a modificação do paradigma do Direito de Família, que passa a ser o afeto, necessariamente importa na mudança de uma visão matrimonializada para a pluralidade dos relacionamentos.

O sentido atual que informa o Direito de Família transborda de sua origem. Atualmente, o enfoque centra-se na *affectio* – a família como o lugar privilegiado de abrigo, de ninho e de solidariedade com base no afeto. Dentro desse contexto, a filiação pode ser um dos objetivos buscados pelo casal. Porém, se por um lado, crescem e ganham visibilidade grupos de pessoas que optaram por não ter filhos, por outro lado, a permanência de um dos genitores com seus filhos é uma realidade fortemente presente, em especial, a mulher como protagonista de famílias monoparentais.⁶⁵

Sendo o afeto o elemento essencial para configuração da família brasileira e sendo o princípio da dignidade da pessoa humana a base sobre a qual se funda o Estado brasileiro, a orientar todo o ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988, admissível a compreensão da pluralidade de entidades familiares em relação ao modo de convivência eleito pelos indivíduos.

[...] não há uma *crise da família, como alguns defendem*, mas o seu *redimensionamento*, como uma consequência natural do desenvolvimento da história da humanidade. A família pós-moderna passa, destarte, por uma *repersonalização das funções de seus membros*. As mudanças socioeconômicas na história contemporânea proporcionam a necessidade de revisão de diversos institutos jurídicos, cujas premissas tiveram de ser necessariamente parcialmente alteradas.⁶⁶

O fato é que cada vez mais se pleiteia o reconhecimento como família, de formações que não estão mencionadas expressamente no art. 226 da Constituição de 1988. Um dos mais polêmicos certamente é a união entre pessoas do mesmo sexo, por envolver posicionamentos profundamente contrários e, mais uma vez, por trazer a religião ao debate.

3. Consequências jurídicas de ser “família”

A luta pelo reconhecimento da condição de entidade familiar justifica-se pelos efeitos que implica a aplicação do Direito de Família ou do Direito Civil geral ao caso concreto. Ser família pode importar em consequências jurídicas com tanta repercussão na vida das pessoas, quanto o fato de serem socialmente aceitas ou não.

⁶⁵MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*, p.27.

⁶⁶LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – Direito de família e das sucessões*, p.38.

A primeira delas encontra seu fundamento no direito à moradia, de sorte que o imóvel residencial próprio da entidade familiar, denominado bem de família, goza de proteção não podendo ser penhorado, de acordo com a Lei n. 8.009/1990⁶⁷ e o Código Civil⁶⁸, razão pela qual de suma importância saber se aquela situação fática pode ser compreendida como entidade familiar.

Outrossim, o reconhecimento do vínculo familiar implica direitos e deveres⁶⁹ que perpassam por questões envolvendo assistência mútua, vida em comum, sustento, guarda e educação dos filhos, fidelidade, respeito e consideração mútuos.

Do reconhecimento da união afetiva decorre a opção de um dos companheiros acrescer o sobrenome do outro ao seu. Em decorrência do dever de assistência mútua, a dissolução enseja o direito de alimentos⁷⁰ ao companheiro que necessite para prover seu sustento⁷¹.

A possibilidade de escolha do regime de bens⁷² a disciplinar os atos da relação traz reflexos de cunho patrimonial – inclusive quanto à necessidade de outorga do outro companheiro para dispor do patrimônio - e, em caso de dissolução do relacionamento⁷³, tem importância para determinar se haverá divisão de patrimônio e quais bens integram eventual partilha.

No âmbito do Direito Sucessório, esse reconhecimento abre a possibilidade para, dependendo do vínculo existente entre as pessoas (relacionamento e filiação, por exemplo), quem sobreviveu ter direito à herança e ao direito real de habitação. A problemática fica mais bem visualizada quando se analisa um caso de união entre pessoas do mesmo sexo.

Se não reconhecida a entidade familiar, o patrimônio constituído resolve-se tal qual numa sociedade de fato⁷⁴, cabendo ao sobrevivente metade do que foi adquirido de comum esforço. Para que com a morte de um dos conviventes, o patrimônio não seja destinado a parentes, que por vezes hostilizavam a relação, ou mesmo indo para o

⁶⁷Art. 1º, Lei n. 8.009/1990: O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

⁶⁸Arts. 1.711 a 1.722, Código Civil.

⁶⁹Art. 1.566, III, Código Civil.

⁷⁰Arts. 1.674 a 1.710, Código Civil.

⁷¹Art. 1.694, Código Civil.

⁷²Arts. 1.658 a 1.688, Código Civil.

⁷³Arts. 1.657 a 1.682, Código Civil, sobre a dissolução do vínculo conjugal.

⁷⁴Art. 981, Código Civil: Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Estado como herança jacente, o *de cujus* deveria ter feito um testamento no qual expusesse sua vontade sobre a divisão dos bens.

Em verdade, não se tem negado o direito da pessoa de escolher como quer que se dê a divisão de seus bens, respeitados os limites legais da parte disponível. O problema está justamente neste ponto: isso significa que a família que o indivíduo escolheu formar com seu parceiro é que acaba ficando com a parte disponível dos bens, vez que não é considerado herdeiro (talvez meeiro de sociedade de fato). Se reconhecida fosse essa união como entidade familiar, a lógica seria inversa: se o homossexual quisesse que algum parente, ou outra pessoa, também fosse beneficiada com seu patrimônio, dependendo do regime de bens adotado, bastaria para tanto fazer um testamento.

Essas são, portanto, algumas das inumeráveis conseqüências jurídicas de ser um núcleo de pessoas designado por “ente familiar”. Deste modo, mister que se analisem especificamente aquelas que envolvem pessoas de mesmo sexo – as denominadas uniões homoafetivas.

II. A HOMOSSEXUALIDADE EM PERSPECTIVA

Muito embora as discussões sobre o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo tenham ganhado maior visibilidade nas últimas décadas, a denominação desse tipo de relacionamento bem como aos envolvidos ainda não são uníssonas.

O cuidado com a denominação mostra-se necessário porque o sentido pejorativo de algumas palavras possui força a obscurecer o sentido literal, e estigmatizar determinada situação ou indivíduo⁷⁵. Dito isso, registra-se que no decorrer do presente trabalho, a pessoas com preferência sexual por pessoa do mesmo sexo, poderá ser referida a expressão *gay* (se homem, embora também possa ser utilizada como sinônimo de homossexual), *lésbica* (se mulher) ou homossexual (tanto homem quanto mulher). Sobre os transexuais, esclarece-se que essa denominação identifica uma característica biológica, e não sua orientação sexual. Assim, por exemplo, uma transexual (indivíduo que nasceu homem mas identifica-se como mulher) pode manter relacionamento heterossexual (com um homem) ou homossexual (com uma mulher).

Quanto às relações, importa esclarecer que o trabalho abrangerá as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo dotadas de capacidade civil, pautadas na solidariedade e no respeito mútuo, que sejam estáveis, de sorte que não estarão abrangidas as relações esporádicas. Atualmente tem se disseminado na doutrina e jurisprudência a expressão “homoafetividade” cunhada pela jurista Maria Berenice Dias⁷⁶, em que há realce para o vínculo afetivo e não tanto para a sexualidade. O fato é que, em razão da similitude do significado, no transcorrer da pesquisa, essas “uniões”, “parcerias” ou “relacionamentos” também podem vir acompanhadas das adjetivações “homoeróticas”, “homossexuais”, e “entre pessoas do mesmo sexo”.

1. Concepções sobre homossexualidade

A origem da homossexualidade é assunto que ainda desperta o interesse de pesquisadores em diversos ramos do conhecimento. Não se sabe ao certo quando surgiu

⁷⁵A concretização da mudança de um paradigma depende por vezes de alteração da terminologia utilizada para que então, o novo “símbolo” comporte “novo significado”, como ocorreu com a Doutrina da Proteção Integral, teoria base do Direito da Criança e do Adolescente e a alteração da expressão “menor” para “criança e adolescente” cujo primado é que as pessoas até dezoito anos sejam consideradas sujeitos e não mais objeto de direitos como se tivessem “menor” importância.

⁷⁶Advogada, Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Vice-Presidente Nacional e membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam), com atuação destacada em defesa dos direitos das mulheres e dos homossexuais. Possui diversos livros e artigos publicados na área.

a homossexualidade na história humana, embora haja estudos científicos que buscam respostas de cunho antropológico, biológico, genético, psíquico⁷⁷.

Após verificar as pesquisas mais citadas, pode-se afirmar que, provavelmente, os fatores determinantes para uma pessoa ter sua orientação sexual dirigida para pessoas de seu mesmo sexo sejam os mesmos que levam as pessoas heterossexuais a terem sua afetividade e sexualidade dirigidas para o sexo oposto. São multifatores interagindo, que parecem ser parte da condição humana. Entretanto, há uma substancial diferença: os heterossexuais não necessitam argumentar sobre as razões da existência de sua orientação sexual e justificar a legitimidade de sua luta por direitos.⁷⁸

Certo mesmo é que a homossexualidade esteve presente desde os primórdios da humanidade, embora a conotação conferida pela sociedade a esse fato tenha variado.

Vários são os indícios para constatar a presença da homossexualidade em civilizações passadas. Analogicamente, parece ter havido relação de pederastia e transmissão de conhecimento, de desenvolvimento de religião e submissão do escravo. Relacionava-se a uma hierarquia entre os sujeitos e com um certo “rito de passagem”, que perdurava apenas durante um período de tempo.

Porém, a compreensão social atual acerca do que vem a ser a homossexualidade, comparando-se-a com a dos povos antigos, talvez não represente fidedignamente a questão. Considerando-se o papel cultural diverso, o presente contexto a respeito da homossexualidade não nos permite enxergar a realidade do passado com os olhos de hoje.⁷⁹

A comparação de como as práticas homossexuais foram consideradas pela sociedade importa na observação do valor a elas conferido para fins de aceitação social ou não, visto que por vezes foram consideradas positivamente, e em outros momentos históricos, rechaçadas.

A valoração positiva dos atos homossexuais, não necessariamente impeditiva da prática de relações sexuais entre indivíduos de sexos opostos, possui registros em diversas culturas, como a grega antiga e a de algumas tribos brasileiras e africanas.⁸⁰

No entanto, para além do estudo da homossexualidade em determinadas sociedades, uma melhor compreensão da temática é possível se abordadas as visões sociais sobre a homossexualidade.

⁷⁷Ver: LOPES, Reinaldo José. Seleção natural pode favorecer homossexualidade masculina, diz estudo. G1, São Paulo, 18 junho 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL604657-5603,00.html>>. Acesso em: 24 novembro 2008.

⁷⁸MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais, p.45.

⁷⁹Ibidem, p.35.

⁸⁰Mais informações, ver: Ibidem, pp.36-37.

Roger Raupp Rios, valendo-se de sistematização oferecida pela Harvard Survey, descreve a homossexualidade a partir de quatro concepções: como pecado, doença, critério neutro de diferenciação e construção social.⁸¹

Vista como pecado, a homossexualidade é repudiada porque “moralmente reprovável e, no plano religioso, pecaminosa”⁸². O fundamento dessa concepção advém da doutrina cristã⁸³, que sacraliza o matrimônio, cuja finalidade é a procriação, e assim condena as relações sexuais extraconjugais e aquelas que, mesmo matrimoniais, não são reprodutivas.

Consoante tal tradição, tendo o ser humano sido criado à imagem e semelhança de Deus, mas corrompido pelo pecado original, seus atos devem se conformar aos desígnios divinos mediante uma prática ascética dirigida à reconciliação com o Criador. Disto resulta, no plano sexual, uma moral cristã que enxerga no deleite dos prazeres carnis a tentação do abandono de Deus em favor do mundo temporal, visto como obstáculo à elevação espiritual do homem em direção à salvação eterna. Daí a restrição das atividades sexuais à reprodução, cujo âmbito adequado é a vida marital.⁸⁴

A repreensão aos atos homossexuais justifica-se uma vez que essa atividade sexual não atende à finalidade de procriação, a qual somente seria admitida no casamento, único modelo de união conjugal aceito pelo Cristianismo na visão católica.

Neste contexto, toda prática sexual não-reprodutiva é qualificada negativamente, importando em transgressão do plano divino e afastamento da vida espiritual. A censura daqui decorrente a atos homossexuais é de toda lógica, pois esses carecem de finalidade reprodutiva e são havidos fora do espaço matrimonial. São tidos como ofensas ao Criador e à natureza, decorrentes da luxúria e da concupiscência.⁸⁵

Importa anotar que, em verdade, não há uma divisão entre homossexual e heterossexual, “As distinções aqui são marcadas a partir da obediência ou da transgressão às leis divinas. Ao indivíduo não é atribuída uma identidade homo ou heterossexual, mas a prática de atos homossexuais”⁸⁶. Essa concepção mostrou-se predominante principalmente durante a Idade Média, período em que a mulher era considerada de somenos importância do ponto de vista social, razão pela qual a caracterização de atos homossexuais era recorrente em relação ao homem⁸⁷.

⁸¹Cfe.: RIOS, Roger Raupp. **Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 99.

⁸²Ibidem, p. 100.

⁸³Algumas passagens da Bíblia em que se condenaria a homossexualidade: “No Antigo Testamento são mencionados trechos dos Livros do Levítico (Cap. 18, 22 e 20,13), do Gênesis (Cap. 19, relativo à destruição de Sodoma e Gomorra), do Deuteronômio (Cap. 23, 18-19) e dos Reis (Livro I, Cap. 13, 23-24; 15, 12-13; Livro II, Cap. 23, 5-7). No Novo Testamento, passagens das Cartas de São Paulo (Romanos, Cap. 1, 26-32; 1 Coríntios, Cap. 6, 9-10; 1 Timóteo, Cap. 1, 9-10)”. Ibidem, p. 102.

⁸⁴Ibidem, pp. 100-101.

⁸⁵Ibidem, p. 101.

⁸⁶Ibidem, p. 103.

⁸⁷Cfe.: Ibidem, p. 103.

A concepção da homossexualidade como doença tem vez com a prevalência das ciências, em especial a medicina e a psicologia, sobre a religião. O indivíduo não se distingue conforme sejam seus atos corretos ou não à vontade divina, mas sim quanto à sua sexualidade, a saber, homossexual ou heterossexual⁸⁸.

A consolidação do discurso científico sobre o sexo acontece no final do século XIX, quando as pesquisas médicas formalmente se desinteressam pela valoração moral das condutas e se centram no sexo enquanto objeto de estudo. Aquilo que era visto como imoralidade passou a ser tratado como doença; assim como o vício da bebedeira se transmutou na doença do alcoolismo, o pecado da sodomia foi sucedido pelo diagnóstico da perversão sexual.⁸⁹

Como objeto de estudo da ciência e considerada uma perversão sexual, a homossexualidade ensejou diversas teorias científicas, que buscavam explicar a patologia e apontar o tratamento respectivo.

Pela teoria da degeneração, a homossexualidade decorreria de uma “degeneração na formação pré-natal do sujeito, pela qual no conflito entre os elementos sexuais masculino e feminino resultava uma inconsistência entre o sexo anatômico e o instinto sexual”⁹⁰. De outro tanto, os estudos do jurista Cesare Lombroso sobre a inadequação estrutural no âmbito da criminologia, ensejavam políticas estatais que, no caso dos homossexuais, consistiam em confinamento e castração. Dos estudos de Sigmund Freud, por sua vez, emergiria o entendimento de que o homossexual não representaria completo “amadurecimento pessoal, afetivo e sexual”.⁹¹

Na tentativa de se desvelarem as razões do estigma social, apesar de sua inegável existência fática, um dos fortes fatores negativos imputados à homossexualidade foi sua consideração como “doença”. E, conseqüentemente, passível de “tratamento médico”, em busca de sua “cura”.⁹²

O homossexual era considerado um doente⁹³, uma pessoa com desvio e transtorno sexual. O fato é que o não reconhecimento do homossexual enquanto indivíduo “normal” e, por conseqüência, a inadmissibilidade das relações homossexuais, implicou a possibilidade de tratamento, e talvez de cura, para a homossexualidade.

⁸⁸A expressão “homossexual” foi criada por Karoly Maria Benkert, e “heterossexual” por James G. Kiernan. Cfe.: RIOS, Roger Raupp. **Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**, p. 105.

⁸⁹Ibidem, p. 107.

⁹⁰Ibidem, p. 109.

⁹¹Ibidem, pp. 109-110.

⁹²MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, pp.38-39.

⁹³Em 15 de dezembro de 1973, a Sociedade Americana de Psiquiatria aprovou a exclusão da homossexualidade da lista de perturbação mental, mas a votação foi anulada. Em abril de 1974, nova votação acabou por ratificar a decisão anterior. Cfe.: Ibidem, p. 38.

Em verdade, a expressão utilizada era “homossexualismo”, vez que o sufixo “ismo” significaria doença. Tal situação perdurou até o ano de 1993, quando a Organização Mundial da Saúde

inseriu a homossexualidade no capítulo específico 'Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais' e, posteriormente, em 1995, na 10ª revisão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10), foi nominado de 'Transtornos da Preferência Sexual' (F65).⁹⁴

Em decorrência dessa mudança de entendimento, “o sufixo ‘ismo’, que significa doença, foi abolido para a questão, aparecendo, em seu lugar, o sufixo ‘dade’, que designa modo de ser”.⁹⁵

Nesse contexto, importante mencionar a atuação do Conselho Federal de Psicologia quando, por meio da Resolução n. 01/1999, determinou em seu art. 2º que “os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas”.⁹⁶

Com efeito, a abordagem clínica contemporânea, tanto médica quanto psicológica, não autoriza qualquer conclusão no sentido das outroras propaladas morbidez, inferioridade ou degeneração homossexuais, dado extremamente relevante e decisivo para a concretização do princípio da igualdade.⁹⁷

Esclarece-se que não se tem notícia de nenhuma pesquisa que pretendia ter o cunho científico que conseguiu estabelecer a homossexualidade enquanto patologia.

A concepção da homossexualidade como critério neutro de diferenciação entende que esta “decorre das mudanças sociais e econômicas que possibilitaram a formação de uma consciência coletiva por parte dos homossexuais enquanto específico grupo social”.⁹⁸

Para tanto, colaboraram inúmeros fatores, simultaneamente gestados pelas transformações advindas da ascensão do capitalismo industrial e do surgimento das grandes cidades, no final do século XIX. Dentre estes, são enumerados: 1) a formação de “comunidades homossexuais”; 2) a organização

⁹⁴FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do Garantismo Jurídico, p.71.

⁹⁵MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais, p.38.

⁹⁶O art. 3º da mesma Resolução, assim versa sobre a homossexualidade como patologia: “Art. 3º - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.” CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Estabelece normas de atuação para psicólogos em relação à questão da orientação sexual. Resolução n. 1, de 22 de março de 1999. Disponível em: <http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao1999_1.pdf> Acesso em: 20 novembro 2008.

⁹⁷RIOS, Roger Raupp. **Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano, p. 113.

⁹⁸Ibidem, pp.114-115.

de movimentos sociais lutando pelo reconhecimento de direitos de homossexuais; 3) o impacto do movimento feminista na estrutura social urbana (principalmente pelo desafio à divisão de papéis entre os gêneros na sociedade ocidental); 4) a crise do modelo familiar até então determinante dos padrões de moralidade; 5) as diversas manifestações de protesto reivindicatório de liberdade na década de 1960 (especialmente o movimento estudantil), e 6) a revisão de conceitos médicos e psicológicos, que até então rotulavam a homossexualidade como doença.⁹⁹

O surgimento de grupos homossexuais organizados, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, reporta ao final do século XIX, com destaque para iniciativas públicas que contavam com o apoio de entidades formadas por médicos e intelectuais a favor de que homens e mulheres tivessem liberdade também no aspecto sexual.¹⁰⁰

Conforme anota Patricia Fontanella:

Verifica-se que, a partir do momento em que tais grupos assumem sua condição sexual e os Direitos Humanos no mundo começam a defender a liberdade de orientação sexual dos indivíduos, inicia-se a noção de homossexualidade como critério neutro de diferenciação.¹⁰¹

Mas foi a partir da década de 1960¹⁰², principalmente nos Estados Unidos, que os movimentos pelos direitos dos homossexuais ganharam maior projeção e se solidificaram, do que decorreu a abordagem da temática sob duas perspectivas, uma revolucionária e outra reformista.

Sobre elas, tem-se que:

A primeira almeja a superação das discriminações pela instauração de um novo modelo de sociedade e de Estado, em que sejam abolidas as diferenciações sexuais intrínsecas às categorias hetero/homossexual, bem como a dominação de um sexo pelo outro e a imposição de quaisquer padrões morais ante as diversas formas de expressão sexual. [...]
A perspectiva reformista, por sua vez, objetiva a integração dos homossexuais nas estruturas sociais vigentes, mediante a descriminalização dos atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, acompanhada do reconhecimento de direito civil e políticos.¹⁰³

Por seu turno, considera-se a homossexualidade como construção social quando “parte-se do pressuposto que, dependendo do local e da época, a homossexualidade pode ser culturalmente aceita ou reprovada”.¹⁰⁴

Nas palavras de Roger Raupp Rios:

⁹⁹RIOS, Roger Raupp. **Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano, pp.115-116.

¹⁰⁰Cfe.: Ibidem, p. 116.

¹⁰¹FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do Garantismo Jurídico, p.72.

¹⁰²“A data símbolo destes movimentos originou-se da resistência física de clientes do bar homossexual 'Stonewall Riot', no bairro nova-iorquino Greenwich Village (em 28 de junho de 1968), diante da violência empregada numa batida policial”. RIOS, Roger Raupp. **Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano, p. 118.

¹⁰³Ibidem, pp.117-118.

¹⁰⁴FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do Garantismo Jurídico, p.73.

Conceber a homossexualidade como construção social significa postular que a identificação de alguém ou a qualificação de seus atos sob uma ou outra orientação sexual só tem sentido na medida em que, num certo contexto histórico cultural, houver a institucionalização de papéis e de práticas próprias para cada um dos sexos, onde a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo seja considerada um elemento relevante, capaz inclusive de impor diferenças de tratamento entre os indivíduos.¹⁰⁵

Sublinha-se que, contemporaneamente, o sentido da palavra família reporta à uma instituição com certos papéis pré-definidos, cujo cumprimento somente poderia ser satisfatoriamente realizado se assumidos por homem e mulher, e não dois homens ou duas mulheres. Assim, é que na atualidade é questionável o fato de que só a alteridade do sexo dos parceiros numa relação afetiva poderia receber proteção jurídica de família.

Acerca dessa divisão de papéis, própria do patriarcado, Matos aponta para o que denomina “mito da complementariedade”, que consiste na distinção das atividades de acordo com o gênero, como se existissem atividades próprias da natureza do homem e outras da mulher. Isso se transpõe, de certo modo, para o universo das uniões homossexuais quando se busca identificar, como se necessário fosse, qual dos parceiros faz o papel passivo (feminino) e o ativo (masculino) na relação.¹⁰⁶

Tais questionamentos, dirigidos à problemática homossexual, da mesma maneira denotam um raciocínio segundo a organização social familiar na qual está presente a inferioridade feminina pois estão relacionados com o papel econômico secundário da mulher e sua especial dedicação ao lar.¹⁰⁷

Nesse sentido, tem-se que os conceitos e valores presentes em cada momento histórico, transportam-se para a linguagem, a qual possui inestimável influência sobre os membros da sociedade e seus comportamentos.

A discussão da homossexualidade a partir de noções de homossexualidade, bissexualidade e heterossexualidade acaba por legitimar, segundo Giorgis: “[...] um jogo de linguagem que se mostrou violento, discriminador, preconceituoso e intolerante, e que já levou a acreditar que certas pessoas humanas são moralmente inferiores, só pelo fato de sentirem atração por outras do mesmo sexo biológico”.¹⁰⁸

Nesse sentido, Roger Raupp Rios sustenta que:

Deste modo, a concepção da homossexualidade como construção social advoga, em última instância, a abolição das categorias

¹⁰⁵RIOS, Roger Raupp. **Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano, p. 120.

¹⁰⁶Cfe.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais, pp. 09 e 21.

¹⁰⁷Ibidem, p. 09.

¹⁰⁸FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do Garantismo Jurídico, pp.76-77.

homossexual/heterossexual na identificação dos sujeitos, caminho considerado apropriado para a superação da exclusão e discriminação dos indivíduos em função de suas preferências sexuais.¹⁰⁹

Essa visão é denominada de *queer theory*, e compreende os estudos que buscam, em essência, romper com a política de identidade binária, pautada na oposição heterossexualidade/homossexualidade e com identidades fixas, para desenvolver o sistema em que se inserem (como as práticas sociais e a norma jurídica) a partir do pensamento de ambiguidade, multiplicidade e fluidez das identidades sexuais e de gênero.¹¹⁰

Não obstante essas concepções, o que se pode afirmar com certeza é que a homossexualidade não é uma opção do indivíduo. Não se escolhe ser homossexual, esse é um elemento da personalidade, da sexualidade, ao qual a orientação sexual está intimamente relacionada.

Em concreto tem-se que, independentemente da utilização de expressões para designar a orientação sexual, o importante é que a tutela de direitos seja conferida a todos os indivíduos, sem discriminação de qualquer tipo. A proteção jurídica não pode eleger segmentos sociais privilegiados em detrimento dos demais. Tal proteção somente se legitima se for representativa (em qualidade) da sociedade, pois o “padrão social” majoritariamente aceito (homem e mulher) não pode ditar o comportamento de minorias (*gays* ou *lésbicas*, no caso).

2. O exercício da orientação sexual

O papel exercido pelo Estado na tutela dos direitos varia conforme o grau de desenvolvimento da sociedade. Para compreensão histórica da promoção de direitos, no viés ocidental, Bobbio destaca a existência de gerações (ou dimensões) de direitos, em

¹⁰⁹RIOS, Roger Raupp. **Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano, p. 125.

¹¹⁰Cfe.: LOURO, Guacira Lopes. Teoria queer: uma política pós-identitária para a educação. In: **Revista de Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 9, n. 2, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2001000200012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 01 dezembro 2008. “Os estudos *queer* emergem na década de 1980 como uma corrente teórica que colocou em xeque as formas correntes de compreender as identidades sociais. Descendendo teoricamente dos estudos gays e lésbicos, da teoria feminista, da sociologia do desvio norte-americana e dos pós-estruturalismo francês, a teoria *queer* surge em um momento de reavaliação crítica da política de identidades. Assim, busca evidenciar como conhecimentos e práticas sexualizam corpos, desejos, identidades e instituições sociais numa organização fundada na heterossexualidade compulsória (obrigação social de se relacionar amorosa e sexualmente com pessoas do sexo oposto) e na heteronormatividade (enquadramento de todas as relações – mesmo as supostamente inaceitáveis entre pessoas do mesmo sexo – em um binarismo de gênero que organiza suas práticas, atos e desejos a partir do modelo do casal heterossexual reprodutivo).” PINO, Nádia Perez. *A teoria queer e os intersex: experiências invisíveis de corpos desfeitos*. In: **Cadernos Pagu**, Campinas, n.28, jan./jun., 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332007000100008&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 novembro 2008.

que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias”.¹¹¹

Os direitos de primeira geração são “os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal dos seres em face da lei e os considera abstratamente”¹¹². Estão relacionados com a liberdade ou não interferência estatal¹¹³. A sexualidade insere-se nesse contexto uma vez que:

A liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, e, como todos os direitos do primeiro grupo, é inalienável e imprescritível.¹¹⁴

De outro tanto, os direitos de segunda geração são os direitos sociais, que exigem uma atuação do Estado¹¹⁵ e “implicam a análise concreta do ser no contexto social”¹¹⁶. Dentro da conotação de necessidade de proteção de interesse social tem-se o direito à livre orientação sexual. Nesse sentido, Maria Berenice Dias destaca que:

A discriminação e o preconceito de que são alvo os homossexuais dão origem a uma categoria social digna de proteção. A hipossuficiência não deve ser identificada somente pelo viés econômico. É pressuposto e causa de um especial tratamento dispensado pelo Direito. [...]

A hipossuficiência social que se dá por preconceito e discriminação gera, por reflexo, a hipossuficiência jurídica. A deficiência de normação jurídica relega à margem do Direito certas categorias sociais, cujo critério não é o econômico. Não se pode, portanto, deixar de incluir como hipossuficientes os homossexuais. Mesmo quando fruam de uma condição econômica suficiente, são social e juridicamente hipossuficientes.¹¹⁷

Os direitos de terceira geração, por sua vez, correspondem aos direitos transindividuais, assegurados a todos por todos os indivíduos, como os relacionados com a causa ecológica. Já os direitos de quarta geração envolvem questões, como as relativas à “manipulação genética (ou do patrimônio genético), que remetem à biotecnologia e à bioengenharia”¹¹⁸.

Em verdade, ainda que não tenham sido reconhecidos de pronto de vista histórico todos de uma vez, os direitos coexistem, e assim sempre coexistiram desde os primórdios da humanidade. Assim, o indivíduo deve ser visto numa perspectiva de esfera de coexistência de direitos, os quais precisam ser considerados ao mesmo tempo

¹¹¹BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 05.

¹¹²BRÜNING, Raulino Jacó; MICELI, Mariana Sant’Ana. Processo administrativo e novos direitos. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Coord.). **Novos direitos: conquistas e desafios**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 147.

¹¹³Cfe.: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 06.

¹¹⁴DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 32.

¹¹⁵Cfe.: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 06.

¹¹⁶BRÜNING, Raulino Jacó; MICELI, Mariana Sant’Ana. Processo administrativo e novos direitos, p. 147.

¹¹⁷DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**, pp. 32-33.

¹¹⁸BRÜNING, Raulino Jacó; MICELI, Mariana Sant’Ana. Processo administrativo e novos direitos, p. 147.

e sem distinção de importância, porque não há hierarquia entre eles. Todos esses direitos se orientam a partir da dignidade da pessoa humana.

Assim, o respeito à diversidade da orientação sexual estende seus efeitos por todas as gerações de direitos. Como exemplo toma-se a hipótese de morte do companheiro homoafetivo, em que inúmeros direitos são desrespeitados, como intimidade, dignidade e privacidade, que integram a primeira dimensão, bem como os direitos à moradia, saúde e alimentação, enquadrados como da segunda dimensão, vez não se reconhece direito previdenciário nem sucessório, dentre tantos outros.

Há que se salientar que a orientação sexual compõe a intimidade do indivíduo integra sua privacidade. Desse modo, poderá ou não o indivíduo exercê-la abertamente. A liberdade de exercício da orientação sexual também perpassa pelo aspecto negativo, de não ser o indivíduo obrigado a expô-la¹¹⁹. Isso tem sentido tanto em relação a heterossexuais quanto a homossexuais, embora quanto a estes possa parecer mais compreensível.

Outrossim, a homossexualidade como orientação sexual, e não como opção do indivíduo, fica mais evidente se for pensado que, diante do estigma que cerca o indivíduo homossexual, da discriminação social flagrante ou velada, dificilmente alguém escolheria “ser homossexual”. Mesmo nos países considerados mais liberais nessa abordagem, há, em maior ou menor grau, uma batalha diária de aceitação e de inserção sociais daqueles que têm orientação homossexual.

Inúmeras barreiras estão postas na sociedade e o legislador, quedando-se inerte, compartilha desse absurdo que é ignorar a realidade da homossexualidade e as conseqüências que as relações sociais forjadas – tanto quanto as de origem heterossexual – implicam na prática diária de convivência entre os indivíduos. Oportuno lembrar que o Direito deve responder aos anseios sociais, porque é produto humano mas, não raro, coloca-se muito longe da realidade fática atual em que se insere.

Como anteriormente dito, a pessoa pode escolher demonstrar ou não sua orientação sexual, pois se por um lado não se deve proibir ou mesmo ignorar a

¹¹⁹Denuncia-se atualmente a prática do *outing*, que “trata-se da divulgação da homossexualidade de uma pessoa sem o seu consentimento em até, contra sua vontade. Uma tentativa de forçá-la a ser livre e, ao mesmo tempo, auxiliar a visibilidade desejada, rompendo, em conseqüência, os padrões heterossexuais.” MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p.48. Outra prática combatida, não apenas quanto à homossexualidade, é o *bullying*, que consiste em atitudes de agressividade intencionais repetidas, caracterizadas pela intimidação e humilhação, provocadas pelo exercício de poder de alguém sobre sua vítima, e que acarreta em danos psicológicos e/ou físicos à vítima. Inicialmente estava associado ao ambiente escolar, mas hoje em dia evidencia-se a prática de *bullying* também no trabalho e na vizinhança. Essas atitudes agressivas, muitas vezes, podem ter por fundamento a identidade homossexual de certo indivíduo. VARGAS, Isabel C.S. **Bullying! O que significa?** Disponível em: <<http://www.brasile scola.com/sociologia/bullying.htm>>. Acesso em: 14 novembro 2008.

existência da homossexualidade, por outro não se pode exigir de ninguém que torne público elemento tão afeito à sua intimidade como a orientação sexual.

Atualmente já se sabe que o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (do *self*) e no desenvolvimento de auto-estima. A formação dessa identidade, do modo como cada um se autocompreende, depende do olhar do outro; é um processo dialógico. O não-reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal.¹²⁰

No caso dos homossexuais, em especial, isso por si só é causa de grande desgaste pessoal, pois implica ter coragem de buscar sua felicidade, sua realização enquanto ser humano, mesmo que isso signifique enfrentar os obstáculos próprios daqueles que se enquadram socialmente em minorias. A dificuldade está muitas vezes em se aceitar como uma pessoa normal, quando o ambiente, ao contrário, mostra-se hostil.

Nesse sentido, menciona-se que a Organização das Nações Unidas, através de diretrizes normativas, “tem entendido como ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos, seja com base no princípio de respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade”.¹²¹

No âmbito da União Européia, destaca-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia¹²², firmada em 07.12.2000, na cidade de Nice (França), que além de assegurar o respeito pela vida privada e familiar (art. 7º), em seu art. 21, proíbe expressamente a discriminação em razão da orientação sexual.

Não obstante se defenda a liberdade de expor ou não a orientação sexual, há que se mencionar o importante papel social desempenhado, ainda que despropositadamente, por artistas e outros profissionais midiáticos, ao vivenciarem abertamente sua orientação homossexual.

A publicidade proporcionada principalmente através dos meios de comunicação em massa contribui no diálogo e na queda de estigmas e pré-conceitos – ainda que quando mal utilizada possa também prejudicar. No entanto, sabe-se também que tantos outros indivíduos, famosos ou pessoas comuns, por medo da repreensão social, esconderam (e escondem) sua orientação sexual, tornando-se reclusos ou

¹²⁰BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: **AMICUS CURIAE – Revista do Curso de Direito da UNESC/Universidade do Extremo Sul Catarinense**. ano 3, n. 3, 2006. p.303.

¹²¹DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**, pp.50-51.

¹²²UNIÃO EUROPÉIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia: firmada em 07 de dezembro de 2000. Jornal Oficial das Comunidades Européias, 18 dezembro 2000. Disponível em: <www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em: 11 novembro 2008.

vivendo a “farsa” de um relacionamento heterossexual, amargando privações porque não conseguiram se realizar emocional e sexualmente.

O crescimento e consolidação dos movimentos de luta por direitos aos homossexuais, pela não discriminação e, principalmente, pela descriminalização da homossexualidade, contribuíram para a abertura do diálogo sobre o assunto, em especial a partir da década de 1960.

3. Tutela de direitos aos homossexuais nos âmbitos estrangeiro e nacional

Os movimentos pela tutela de direitos aos homossexuais (de igualdade aos heterossexuais), somados às “paradas gay” que são realizadas em diversos centros urbanos em todo o mundo, ao que se acrescenta as manifestações públicas de apoio de segmentos sociais, têm resultado, mesmo que não satisfatoriamente, no reconhecimento social de importantes direitos aos homossexuais, ainda que o ordenamento jurídico tenha dificuldade em acompanhá-lo.

No Brasil, a Parada Gay realizada anualmente em São Paulo teve início no ano de 1997, quando reuniu duas mil pessoas. No ano de 2004, com 2 milhões de participantes, tornou-se a maior *gay parade*, ultrapassando a de São Francisco, realizada no Estado norte-americano da Califórnia¹²³. Em sua 12ª edição, ocorrida no dia 25.05.2008, o evento mobilizou 3,4 milhões de participantes.¹²⁴ A manifestação reúne não apenas a comunidade GLBT (*gays*, lésbicas, bissexuais e transgêneros), mas também os chamados “simpatizantes”, pessoas que são favoráveis à não discriminação de direitos, em consonância com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Isso demonstra a crescente aceitação pela sociedade (majoritariamente heterossexual) da diversidade de orientação sexual, da pluralidade de relacionamentos, ainda que o Legislativo e parte do Judiciário insistam em encontrar subterfúgios para ignorar sua existência, conforme se verá mais adiante.

No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato

¹²³Em cada edição da manifestação é apresentado um tema, que representa os anseios do movimento GLBT. A linha do tempo da Parada Gay realizada em São Paulo, com informações e fotos sobre cada edição da manifestação pode ser conferida na seção Especiais publicado pelo jornal O Estado de São Paulo em sua versão *on line*. O ESTADO DE SÃO PAULO. 12ª Parada Gay de São Paulo. 23 maio 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/interatividade/Multimedia/ShowEspeciais!destaque.action?destaque.idEspeciais=638>>. Acesso em: 11 novembro 2008.

¹²⁴ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. Paradas 2008. Disponível em: <<http://abgl.org.br/port/paradas2008.php>>. Acesso em: 12 novembro 2008.

são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.¹²⁵

Na busca pela igualdade de direitos, o reconhecimento do relacionamento entre homossexuais como entidade familiar tem se mostrado tema polêmico, com opiniões conciliadoras e outras mais radicais. Entrementes, não se pode encobrir a existência de relacionamentos homossexuais porque trata-se de fato incontroverso. Assim como em outros relacionamentos afetivos, os homossexuais também buscam a felicidade através da convivência amorosa e solidária com seus pares. Unem-se para, de esforço comum (de vontades, não necessariamente sob o aspecto financeiro) constituir uma relação fundada no afeto, respeito e assistência mútua.

As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma conseqüência direta e inevitável da existência de uma orientação homossexual. Por isso mesmo, também são um fato da vida, que não é interdito pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um. As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado.¹²⁶

A dinâmica a que está afeita a civilização tem provocado mudanças em diversos campos sociais, notadamente nas relações familiares. A exemplificar esse incessante processo, Luis Roberto Barroso, assinala que:

Poucas matérias têm sofrido mutação tão acelerada quanto às 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.¹²⁷

No atual desenvolvimento da sociedade, em que as pessoas estão interconectadas e as atividades desenvolvem-se em rede, a velocidade de circulação de informações torna os acontecimentos mais próximos, ainda que a distância física possa ser grande. Nesse sentido, as discussões acerca dos direitos dos homossexuais bem como as conquistas obtidas em determinados lugares, estão a reforçar o debate e as reivindicações existentes em outras partes do mundo.

Acerca do relacionamento entre homossexuais, alguns países mostram-se mais radicais, e consideram a homossexualidade crime, e, por conseqüência, condenam

¹²⁵BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p.280.

¹²⁶Ibidem, p.286.

¹²⁷Ibidem, p. 287.

essas relações afetivas¹²⁸. Outros mostram-se tolerantes, mas são conservadores, pois não reconhecem as relações homossexuais como família. Há, ainda, os liberais, que conferem direitos próprios de família, permitindo inclusive o casamento.

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. 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.¹²⁹

Diversos países, ou mesmo regiões de jurisdição/legislação independente, de algum modo reconhecem o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. Importa, assim, destacar alguns deles.

O pioneirismo foi da Dinamarca através da Lei n. 372/1989¹³⁰. A parceria registrada foi estendida à Groenlândia em fevereiro de 1994¹³¹.

Segundo a legislação, um dos dois parceiros deve ser cidadão residente na Dinamarca. Visto que a finalidade da lei é a de igualar, o quanto possível, a união registrada ao matrimônio, foram estipuladas as mesmas condições de idade, capacidade e causa impeditiva. Da mesma maneira, previu-se ser o acesso ao registro impedido para pessoas casadas e àquelas que fazem parte de outra união registrada.¹³²

Semelhante modelo de parceria civil foi adotado pela Noruega, em 1993 através da Lei n. 40/1993, e pela Suécia em 1995. Ressalta-se, quanto à parceria civil homossexual sueca, que não se considerou aplicável aos conviventes a legislação sobre inseminação e fertilização *in vitro*.¹³³

A Islândia aprovou o registro de parceria fixa em 1996, através da Lei n. 564, pela qual os homossexuais:

Obtiveram a possibilidade de se responsabilizarem pelos filhos conviventes que forem descendentes biológicos de um dos parceiros, enquanto durar a parceria. Por outro lado, mesmo às parcerias registradas, não se possibilitou a inseminação artificial.¹³⁴

¹²⁸ Alguns países onde a homossexualidade não é crime, mas é reprimida: Egito, Iraque e Indonésia. Outros onde é crime e a pena de prisão é indeterminada: Namíbia e Eritreia. Alguns países onde a pena é de até 10 anos: Síria, Costa Rica, Senegal, Somália e Moçambique. Países onde a pena é superior a 10 anos: Guiana, Índia, Nigéria e Gana. Países que consideram a homossexualidade passível de pena de morte: Mauritânia, Sudão, Arábia Saudita e Irã. Cfe.: O ESTADO DE SÃO PAULO. 12ª Parada Gay de São Paulo. 23 maio 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/interatividade/Multimedia/ShowEspeciais!destaque.action?destaque.idEspeciais=638>>. Acesso em: 11 novembro 2008.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p.288.

¹³⁰ Cfe.: Ibidem, p.288.

¹³¹ Cfe.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 94.

¹³² Ibidem, p. 92.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p.288.

¹³⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, pp.94-95.

A França possui desde 1999 o *Pacte Civil de Solidarité*, que possibilita a união não matrimonial entre duas pessoas físicas maiores, independente do sexo, para organização da vida com o estabelecimento de direitos e deveres entre elas¹³⁵. A peculiaridade desse pacto reside em que:

A própria relação sexual entre os que querem criar solidariedade entre si é prescindida, porquanto pode-se pactuar com pessoas com as quais – apesar da convivência com características próximas daquelas da família tradicional – não haja relacionamento amoroso, erótico e sexual.¹³⁶

A Alemanha desde 2001 permite a parceria civil, através de legislação exclusiva aos homossexuais. Além do direito à herança, destaca-se a possibilidade de adoção do sobrenome do outro companheiro, de concessão de residência alemã ao parceiro estrangeiro e direitos assistenciais, embora não conceda benefícios fiscais nem direito à adoção de crianças¹³⁷.

Na tendência das parcerias civis, Portugal editou a Lei n. 7/2001 para regular as uniões de fato.

Estipulou-se que só parceiros homossexuais ou heterossexuais, em união de fato por mais de dois anos, possuem tutela jurídica semelhante à dos heterossexuais unidos pelo casamento. Dessa maneira, restabeleceu-se o regime prévio da união de fato, mas estendendo o regime fixado para a parceria homossexual¹³⁸.

Até então, percebe-se que as legislações que de algum modo tutelavam os relacionamentos homossexuais permitiam, tão-somente, a celebração de parceria civil.

A vanguarda ficou por conta da Holanda, que em 2001 admitiu o casamento entre parceiros homossexuais, com os mesmos direitos existentes no casamento entre heterossexuais. Havia a possibilidade de registro de parceria civil ou de casamento, podendo os parceiros migrarem de um instituto para outro.¹³⁹

A Bélgica, desde 2000 permite tanto a parceiros heterossexuais quanto a homossexuais estabelecer contrato de “coabitação legal”.¹⁴⁰ Em 2003, por sua vez, permitiu o casamento entre homossexuais.¹⁴¹

Através do *Civil Marriage Act*, editado em 2005, o Canadá possibilitou o casamento entre homossexuais. Salienta-se que antes da vigência, a lei foi submetida à

¹³⁵Cfe.: BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 289.

¹³⁶MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais, p. 105

¹³⁷Cfe.: Ibidem, p. 99.

¹³⁸Ibidem, pp. 103-104.

¹³⁹Cfe.: Ibidem, pp. 96-97.

¹⁴⁰Cfe.: Ibidem, p. 98.

¹⁴¹Cfe.: BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 288.

apreciação da Suprema Corte, que “não apenas declarou que a lei não violava dispositivos constitucionais, como afirmou que a medida realizava o princípio da igualdade”.¹⁴²

Em 2005, a Espanha, país de sabida influência da Igreja Católica, possibilitou o casamento entre homossexuais através de modificação¹⁴³ no Código Civil¹⁴⁴. Substituíram-se as referências a “marido e mulher” por “consorte” ou “cônjuge”, cujo conceito passou a ser o de pessoa casada com outra, sejam elas de mesmo ou de distinto sexo, e as menções ao matrimônio presentes no ordenamento jurídico desde então devem ser entendidas como aplicáveis a casais hetero e homossexuais¹⁴⁵.

O casamento, como tradicionalmente conceituado, somente era admitido entre um homem e uma mulher. Contudo, ao promover essa mudança na legislação, o governo espanhol reconheceu que a evolução faz parte da sociedade, e que atualmente existem diversos modos de convivência, os quais são importantes para o desenvolvimento humano, embora nem sempre sejam observados pelas normas. Nesse sentido, constitui dever do legislador evitar a ruptura entre o Direito e os valores presentes na sociedade.

La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho.¹⁴⁶

Assim sendo, a possibilidade de celebração do casamento entre pessoas de distinto ou mesmo sexo se coaduna com os fundamentos da Constituição espanhola, como a promoção da igualdade dos cidadãos no livre desenvolvimento de sua personalidade, a igualdade de direitos não se admitindo discriminação por sexo, opinião

¹⁴²BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 290.

¹⁴³Artículo 44: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.” A parte final do dispositivo está sendo objeto de recurso de inconstitucionalidade proposto por mais de cinquenta deputados. ESPANHA. Código Civil, de 24 julho 1889. Disponível em: <<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/1T4.htm>>. Acesso em: 11 novembro 2008.

¹⁴⁴Cfe.: FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do Garantismo Jurídico, p.75.

¹⁴⁵ ESPANHA. Lei n. 13, de 1º julho 2005. Disponível em: <<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/familia/L13-05.htm>>. Acesso em: 11 novembro 2008.

¹⁴⁶Ibidem.

ou qualquer outra condição pessoal ou social, bem como a preservação da liberdade, inclusive de convivência¹⁴⁷.

O Tribunal Constitucional da África do Sul se manifestou no sentido de ser inconstitucional “a proibição do casamento homoafetivo, concedendo prazo de um ano ao legislador para que suprima o vício”, sob pena de extensão automática da norma sobre casamento aos homossexuais¹⁴⁸. Assim, no ano de 2006 o Parlamento editou lei que possibilitava o casamento e a união civil entre pessoa do mesmo sexo.

Na Província Autônoma de Buenos Aires, a Lei n. 1.004/2002 permite a união civil entre pessoas, independente do sexo ou orientação sexual. Essa lei traz alguns requisitos, a serem provados por no mínimo duas e até cinco testemunhas, como a convivência estável e pública por no mínimo dois anos, e que os parceiros residam em Buenos Aires há pelo menos dois anos. Os parceiros, assim, recebem igual tratamento ao do matrimônio, por força de lei.¹⁴⁹ Quanto à dissolução da união civil, tem-se que poderá ocorrer por mútuo acordo ou por vontade unilateral, matrimônio posterior ou morte de um dos parceiros.

Constata-se, pois, poucas exigências de cunho formal para o fim das possíveis parcerias entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que não se exige o crivo do Judiciário para tanto. Apenas em caso de vontade unilateral de um dos membros da união civil há necessidade, daquele que a denunciar ao registro Público, de declarar que notificou sua vontade de dissolver ao outro integrante da união civil.¹⁵⁰

A Cidade do México, no ano de 2006, também passou a reconhecer a união civil entre pessoas do mesmo sexo¹⁵¹.

Entrementes, na América Latina, apenas o Uruguai possui lei de âmbito nacional sobre união civil que inclua os homossexuais. Trata-se da Lei n. 18.246/2007, que regula a denominada união concubinária, formada por duas pessoas, independente do “sexo, identidade, orientação ou ocupação sexual”¹⁵². Exige-se para tanto, a

¹⁴⁷ESPANHA. Lei n. 13, de 1º julho 2005. Disponível em: <<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/familia/L13-05.htm>>. Acesso em: 11 novembro 2008.

¹⁴⁸Cfe.: BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 290.

¹⁴⁹Cfe.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, pp.119-121.

¹⁵⁰Ibidem, pp.121-122.

¹⁵¹BBC BRASIL. Cidade do México aprova união civil gay. 10 novembro 2006. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2006/11/061110_mexicouniaogayrw.shtml>. Acesso em: 11 novembro 2008.

¹⁵²“Artículo 2º (Caracteres) – A los efectos de esta ley se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas – cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual – que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 91 del Código Civil.” URUGUAI. Lei n. 18.246, de 18 dezembro 2007. Disponível em: <http://www.presidencia.gub.uy/_web/leyes/2007/12/CM387_19%2010%202007_00001.PDF>. Acesso em: 13 novembro 2008.

convivência ininterrupta por no mínimo cinco anos¹⁵³ em relação de índole sexual, de caráter exclusivo, singular, estável e permanente, sem estarem as partes unidas em matrimônio entre si¹⁵⁴.

Nos Estados Unidos¹⁵⁵, as eleições ocorridas em novembro de 2008 tornaram-se uma derrota para os defensores da união homossexual. Juntamente com a escolha do novo presidente, alguns Estados realizaram referendo em que os eleitores decidiram, dentre outros assuntos, sobre o casamento homossexual.

Percebe-se nos estados americanos que o casamento entre pessoas do mesmo sexo (*marriage between same-sex couples*) é a principal discussão no tocante à tutela de direitos aos homossexuais, por entenderem os movimentos que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é o único modo de se proporcionar igualdade (*equality*). Situação essa que não se verifica no Brasil, por exemplo, onde prevalece a busca pelo reconhecimento como entidade familiar, ainda que apenas à semelhança de uma união estável.

A união homossexual, na modalidade casamento, até então era possibilitada através de decisões das Cortes de Justiça ou de leis pelos Estados, mas o entrave muitas vezes estava nas Constituições estaduais, sendo necessária emenda constitucional para dirimir a questão.

A exceção é o Estado de Massachusetts, onde a Suprema Corte Judicial decidiu em 18 de novembro de 2003, que não havia embasamento racional para negar autorização ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, e em 17 de maio de 2004, as primeiras licenças foram concedidas. Em junho de 2007, o Legislativo rechaçou o texto constitucional contrário à homossexualidade e ao casamento homossexual, e em julho de 2008 aprovou uma lei que assegurou igualdade para o casamento homossexual entre pessoas que não são de Massachusetts, mas que lá se casarem. Assim, no Estado de Massachusetts o casamento entre pessoas do mesmo sexo já é uma realidade consolidada.

Propostas contrárias ao casamento entre pessoas do mesmo sexo foram postas à aprovação popular nos Estados da Califórnia, Florida, Arizona, Connecticut e

¹⁵³Artículo 1º (Ámbito de aplicación) – La convivencia ininterrupta de al menos cinco años em unión concubiniaria genera los derechos y obligaciones que se establecen en la presente ley, sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas a las uniones de hecho no reguladas por ésta.” URUGUAI. Lei n. 18.246, de 18 dezembro 2007. Disponível em: <http://www.presidencia.gub.uy/_web/leyes/2007/12/CM387_19%2010%202007_00001.PDF>. Acesso em: 13 novembro 2008.

¹⁵⁴Vide nota de rodapé n. 143.

¹⁵⁵Informações sobre relacionamento homossexual nos Estados Unidos obtidas no *site* Freedom to marry: The gay and non-gay partnership working to win marriage equality nationwide. Disponível em: <www.freedomtomarry.org>. Acesso em: 20 novembro 2008.

Arkansas, sendo que apenas Connecticut rejeitou a exclusão. Mas certamente a repercussão nos meios de comunicação ficou por conta da aprovação da revisão constitucional no Estado da Califórnia, denominada de Proposta 8, que eliminava o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A Suprema Corte da Califórnia, em 15 de maio de 2008 assegurara a liberdade de casamento, e desde 16 de junho de 2008 eram concedidas autorizações para casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em contraposição a essa conquista, era apresentada a Proposta 8, uma iniciativa contrária ao casamento homossexual, aprovada nas eleições de novembro de 2008.

Em alguns Estados, embora não se admita o casamento homossexual, aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo conferem-se direitos e responsabilidades. Nos Estados Vermont, New Jersey e New Hampshire, essa proteção dá-se sob a forma de união civil, enquanto que em Oregon e na Califórnia são consideradas relações domésticas. Nos Estados de Maine, Hawaii, Washington, Maryland, e no Distrito de Columbia, estão em vigor pequenas medidas de proteção recíproca, mas que ficam muito aquém da proteção conferida pelo casamento.

O discurso de que a igualdade somente ocorrerá com a admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, encontra seu fundamento no fato de que apenas o casamento tem proteção federal¹⁵⁶. As outras modalidades de relacionamento previstas – união civil, parcerias domésticas e benefícios recíprocos – se restringem ao âmbito estadual.

4. Mudanças no cenário brasileiro

Em que pesem muitos avanços na proteção da “família homossexual” em âmbito estrangeiro, a natureza jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo no

¹⁵⁶O Presidente dos Estados Unidos Bill Clinton, sancionou em 21 de setembro de 1996 lei federal denominada *Defense of Marriage Act* (DOMA) em que ficou determinado no *United States Code* (U.S.C.) que a palavra *marriage* (casamento) significaria a união entre um homem e uma mulher, como marido e esposa, denominados em sua generalidade de *spouse* (1 U.S.C. §7°): *In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word “marriage” means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word “spouse” refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.* O mesmo ato também estabeleceu que nenhum Estado ou outra divisão política estaria obrigado a conceder efeitos de casamento à relação entre pessoas do mesmo sexo em razão de lei de outro Estado ou outra divisão política (28 U.S.C. §1.738C): *No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship.* Argumenta-se que o DOMA seria contrário à norma *Full Faith and Credit Clause*, prevista no art. IV, §1°, da Constituição norte-americana, para qual os Estados devem respeitar os atos públicos, registros e decisões proferidos em outros Estados. *Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.* A extensão às demais divisões políticas encontra fundamento legal no 28U.S.C. §1738.

Brasil encontra-se ainda incerta, oportunizando a insegurança no plano legal para aqueles que se orientam pela homossexualidade.

A trajetória das uniões homossexuais tem se assemelhado àquela percorrida décadas atrás pela união estável, mormente porque ambas decorrem de situações fáticas, em que a solenidade não é requisito para sua existência.

O sistema clássico civilístico prioriza a formalidade nas relações jurídicas. Configura-se uma família a partir do estabelecimento de um vínculo formal, sendo a certidão do registro de casamento a prova dessa união. A preocupação com a forma é superior à existência fática das características das relações familiares.¹⁵⁷

A união estável, inicialmente denominada concubinato, tem sido amplamente praticada na sociedade brasileira, mesmo antes do Código Civil de 1916. Em meados das décadas de 1960 e 1970, os conflitos de interesse envolvendo essas relações informais foram levados ao Judiciário. Diante da ausência de legislação, as decisões aplicavam, por analogia, o direito das obrigações, equiparando essas relações às sociedades de fato - em que cada sócio, quando da dissolução da sociedade, tem direito ao patrimônio comum na proporção de sua contribuição. Desse modo, o companheiro que se dedicou apenas às atividades do lar, não tinha direito a nenhuma parte do patrimônio nem à pensão alimentícia. No entanto, para conceder algum amparo a esse companheiro que cuidava das tarefas domésticas, sobreveio entendimento que, por analogia com o direito trabalhista, concedia-lhe indenização por serviços prestados.

No decorrer da década de 1980, a jurisprudência firmou-se no sentido de que em casos de união estável, todo o patrimônio adquirido onerosamente, presumia-se de esforço comum. Em caso de dissolução, então, a divisão opera-se na metade, sem necessidade de comprovação da efetiva contribuição de cada um dos companheiros. A despeito desses avanços, o reconhecimento da união estável como entidade familiar e, portanto, passível de aplicação das normas relativas ao Direito de Família, somente ocorreu com a Constituição Federal de 1988.

No que concerne às relações homossexuais, não obstante a mudança no entendimento de alguns Tribunais de Justiça e alguns avanços no âmbito da Administração Pública, o fato é que o Legislativo tem evitado debater o assunto. A resposta para a omissão encontra-se em parte no receio do legislador brasileiro de enfrentar o eleitorado conservador, sem esquecer a forte influência religiosa que ainda permeia o Congresso Nacional é, ainda, a falta de aprofundamento teórico e discussão

¹⁵⁷MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p.67.

com a sociedade acerca do assunto. Há, por trás disso, preocupação quanto à imagem do legislador em relação ao seu eleitorado. O resultado é o Direito de viés conservador-repressivo, no sentido de disciplinar as relações sociais e frear os movimentos próprios da sociedade em prol de uma suposta “estabilidade social”. De outro tanto, é sabida que a defesa das minorias não depende apenas de um discurso, mas de muito trabalho e coragem para enfrentar as dificuldades que surgem.

Compara-se a força opositora da Igreja Católica quanto ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo ao que ocorreu no tocante à aprovação do divórcio. O posicionamento veementemente contrário dificulta os trabalhos dos legisladores presos à doutrina cristã. À semelhança do que ocorre atualmente com respeito à orientação sexual, os valores morais também estavam envolvidos naquele momento histórico do reconhecimento formal do fim do casamento. E os calorosos debates ocorriam. Com os novos tempos, surgem outras questões sociais cujas discussões igualmente envolvem os dogmas religiosos.¹⁵⁸

No cenário nacional, poucos são os legisladores que manifestaram publicamente sobre a não-discriminação de direitos aos homossexuais. Em geral, são pessoas já com histórico de atuação relacionado com o direito das minorias, no caso homossexuais, e/ou direito de família, que contam com o apoio de organismos não governamentais e associações privadas nos debates. Os projetos de lei e outras proposições em trâmite ou já arquivadas na Câmara dos Deputados¹⁵⁹ revelam posicionamentos díspares, porquanto há os que pleiteiam atuações afirmativas do Estado, outros buscam negatar aos homossexuais direitos concedidos aos heterossexuais, em especial os concernentes ao Direito de Família.

Dentre as proposições afirmativas, tem-se o Projeto de Lei n. 3.712/2008, do deputado Maurício Rands (PT/PE), que propõe alterar o inciso II do art. 35 da Lei n. 9.250/1995, para incluir o companheiro homossexual como dependente para fins tributários do Imposto de Renda de Pessoa Física. O mesmo deputado também é o autor do Projeto de Lei n. 6.297/2005, para incluir o companheiro homossexual como dependente para fins previdenciários de segurado do INSS e de servidor público da União, através do acréscimo de parágrafo ao art. 16 da Lei n. 8.213/1991 e de alínea ao inciso I do art. 217 da Lei n. 8.112/1990. Por sua vez, o Projeto de Lei n. 580/2007, de autoria do deputado Clodovil Hernandes (PTC/SP) propõe a inclusão do contrato civil de união homoafetiva alterando-se a Lei n. 10.406/2002 (Código Civil).

¹⁵⁸MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p.49.

¹⁵⁹ Para informações sobre os Projetos de Lei, ver: CÂMARA DOS DEPUTADOS: Banco de dados. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 13 novembro 2008.

Em contrapartida, no sentido de discriminação de direitos aos homossexuais, o Projeto de Lei n. 3.323/2008, do deputado Walter Brito Neto (PRB/PB), pretende alterar a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para que a adoção seja proibida a casais formados por pessoas do mesmo sexo. O deputado Elimar Máximo Damasceno (PRONA/SP), através do Projeto de Lei n. 5.816/2005, propõe seja acrescentado parágrafo ao art. 13 da Lei n. 4.119/1962, que confere competência aos psicólogos para auxiliarem os indivíduos que de livre vontade deixarem de ser homossexuais. Mesmo deputado apresentou o Projeto de Lei n. 2.279/2003, pelo qual pretende tornar contravenção penal o “beijo lascivo entre pessoas do mesmo sexo em público”.

Dos projetos de lei que tramitam no Legislativo na esfera federal, tem destaque o Projeto de Lei n. 1.151/1995, de autoria da então deputada federal Marta Suplicy (PT/SP). A apreciação do projeto ficou por conta de uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados que após reuniões apresentou Termo Substitutivo aprovado em 10.12.1996. Desde então o projeto está para entrar em votação, mas encontra resistência de membros do Legislativo até mesmo para entrar na pauta.¹⁶⁰

O projeto de lei versa sobre a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Salienta-se que na proposta inicial constava a expressão “união civil”.

Embora o projeto de lei não reconheça expressamente a união homossexual como entidade familiar, entende-se o reconhecimento pela via reflexa. Não restam dúvidas de que o texto do projeto de lei contempla normas de Direito de Família, seja por alguns dos pontos tratados (alteração do estado civil, benefício previdenciário, curatela), seja pelos sujeitos tutelados (solteiros, divorciados e viúvos)¹⁶¹.

Nota-se a proximidade entre esse acordo civil previsto no Projeto de Lei e o Direito de Família, mormente quando observados os legitimados de direito, não obstante as regras de direito obrigacional inscritas:

Quando não se permite, aos parceiros que desejem registrar seu pacto terem o estado civil de casada ou separada (art. 2º, §1º), enfoca-se a não-possibilidade de se manterem duas entidades familiares, juridicamente reconhecidas, concomitantemente, regra impensável se se tratasse apenas de um contrato de cunho econômico.¹⁶²

¹⁶⁰Cfe.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 129.

¹⁶¹Ibidem, p.132.

¹⁶²Ibidem, p. 138.

A parceria civil prevista se constituiria a partir da anotação em livro próprio pelo Cartório de Registro Civil, exigindo apenas que os interessados declarassem serem solteiros, viúvos ou divorciados, comprovassem sua capacidade civil, e que apresentassem o instrumento público do acordo¹⁶³. Não se mostra, pois, um ato de formalidades exacerbadas, e realizar-se-ia em sua íntegra na esfera administrativa.

No entanto, a extinção da parceria civil registrada demanda maior formalidade, devendo ser feita perante o Judiciário, exceto no caso de morte de um dos parceiros¹⁶⁴. Sobre essa intervenção estatal operada quando cessada a parceria civil, Matos pondera que:

A necessidade da extinção da parceria passar pelo crivo do judiciário pode ser justificada pela tutela da equidade, que deve estar presente ao final da união de vida, e pelo cumprimento das regras eleitas para disciplinar essa convivência. O momento da ruptura é, muitas vezes, um período de fragilidade emocional. Desse modo, podem ocorrer graves discordâncias acerca da partilha dos bens, requerendo-se a participação do Estado em extinção da parceria.¹⁶⁵

Interessante previsão constante no referido projeto normativo, versa sobre a aplicação de efeito retroativo ao pacto, quanto aos bens adquiridos anteriormente, na constância do relacionamento afetivo, de comum esforço.¹⁶⁶

Neste aspecto, não soa ter sido a intenção do legislador projetista a menção a uma titularidade de bens semelhantes à comunhão universal. Provavelmente, mirou-se a possibilidade de se regularizarem as parcerias já existentes há vários anos e que, por isso, já tenham participado de formações patrimoniais conjuntas.¹⁶⁷

¹⁶³Art. 2º, Projeto de Lei n. 1.151/1995: A parceria civil registrada constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais na forma que segue. §1º. Os interessados comparecerão perante os Oficiais de Registro Civil, apresentando os seguintes documentos: I. - declaração de serem solteiros, viúvos, ou divorciados; II. - prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente; III. - instrumento público do contrato de parceria civil. §2º. Após a lavratura do contrato a parceria civil deve ser registrada em livro próprio no Registro Civil de Pessoas Naturais; §3º. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de parceria civil registrada.

¹⁶⁴Art. 4º, Projeto de Lei n. 1.151/1995: A extinção da parceria registrada ocorrerá: I. - pela morte de um dos contratantes; II. - mediante decretação judicial; III. - de forma consensual, homologada pelo juiz. Art. 5º. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria registrada: I. - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido; II. - alegando o desinteresse na sua continuidade. Parágrafo único. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada.

¹⁶⁵MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 136.

¹⁶⁶Art. 3º, Projeto de Lei n. 1.151/995: O contrato de parceria registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas. §1º. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação de patrimônio comum.

¹⁶⁷MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, pp. 133-134. Ainda sobre a administração dos bens, Matos considera que: “Sem disposição expressa quanto à administração dos bens, cada um dos parceiros tem autonomia para administrar o patrimônio que estiver formalizado em seu nome, não havendo correspondente para a outorga uxória ou consentimento marital. Essa regra geral transparece estar em sintonia com as características da união homoafetiva, na qual não se evidencia existir a necessidade de formalidades com a intenção voltada a dificultar transferências patrimoniais sem o conhecimento do outro cônjuge. Nas uniões heterossexuais há ainda uma relativa importância na proteção ao pólo tido como mais fraco, pois na sociedade a condição feminina ainda reclama a continuidade da luta pela libertação das amarras do patriarcalismo.” Ibidem, p. 134.

A parceria civil também confere direitos sucessórios à parte sobrevivente¹⁶⁸, a quem será conferida a herança, mesmo que o *de cuius* não tenha feito testamento em seu favor. A medida é importante principalmente se considerado que a sucessão testamentária é pouco difundida no país. Igualmente terá o parceiro sobrevivido direito ao usufruto dos bens do parceiro falecido, dependendo o percentual do direito à existência ou não de filhos por parte do *de cuius*.

Intenta-se que o parceiro sobrevivido, que já está sofrendo as dificuldades afetivas devido à ausência de seu companheiro, não tenha sua situação agravada com a alteração da perspectiva de desfrutar de certos bens – os quais já faziam parte de seu cotidiano de vida em comum.¹⁶⁹

A proximidade da parceria civil com o Direito de Família também ocorre quanto à curatela¹⁷⁰, situação em que alguém fica judicialmente obrigado a zelar e cuidar de pessoa incapaz, bem como de seus interesses¹⁷¹. Neste caso, diante da superveniente incapacidade de um dos companheiros, o outro tornar-se-ia por ele responsável. O mesmo pode-se dizer quanto à impenhorabilidade do imóvel próprio onde residem, à semelhança do que ocorre com o bem de família.¹⁷²

Sobre o Projeto de Lei n. 1.151/1995, Matos observa que:

A proposta de legislação brasileira é híbrida vez que no que se refere ao modelo adotado para a solução das questões jurídicas decorrentes da união amorosa e duradoura entre pessoas do mesmo sexo. Primeiramente, porque possibilita efeitos de ordem pessoais, além dos patrimoniais - conferindo grande espaço para a autonomia de vontade. Não se pode, portanto, enquadrar nosso projeto de lei exclusivamente no campo do Direito Obrigacional, apesar da autorização expressa para autorização de um *contrato escrito*. Destaca-se, da mesma maneira, o aspecto registral, ao determinar que essa formalidade deve constar em livro próprio no Cartório de Registro Cível das Pessoas Naturais.¹⁷³

Apesar da importância do Projeto de Lei n. 1.151/1995, pelo que representou quando da sua propositura, a demora na sua votação já fez com que o texto se desatualizasse diante das demandas contemporâneas, pelo que sua aprovação tardia já

¹⁶⁸Art. 13, Projeto de Lei n. 1.151/1995: São garantidos aos contratantes de parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições: I. - o parceiro sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cuius, se houver filhos desde; II. - o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao usufruto da metade dos bens do de cuius, se não houver filhos, embora não sobrevivam ascendentes; III. - na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança; IV. - se os bens deixados pelo autor da herança resultar de atividade em que haja a colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

¹⁶⁹MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 139.

¹⁷⁰Art. 14, Projeto de Lei n. 1.151/1995: O art. 454 da Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916, passa a vigorar acrescido de §3º, com a redação que se segue, passando o atual §3º a §4º: "Art. 454.(...) §1º(...) §2º(...) § 3º Havendo parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, a esta se dará a curatela.

¹⁷¹Cfe.: AQUAVIVA, Marcus Claudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro**, p. 439.

¹⁷²Art. 9º, Projeto de Lei n. 1.151/1995: O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela lei 8.009, de 29 de março de 1990.

¹⁷³MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, pp. 131-132.

se faz dispensável hoje. Embora a previsão de composição de renda e o de figurar como dependente previdenciário junto ao INSS¹⁷⁴, o projeto discutido não incluiu direitos há muito reivindicados no Judiciário, como alimentos e adoção de patronímico, o que demonstra a necessidade de revisão do texto normativo, face suas desatualizações e incompletudes.

Por estar a sociedade em constante desenvolvimento, inadmissível pensar um Direito que não acompanhe essa dinâmica. O Direito deve buscar mecanismos para responder aos anseios sociais, para estar em consonância com a realidade.

No Direito de Família contemporâneo, importantes transformações ocorreram rumo à aproximação da realidade da vida, em detrimento do estrito formalismo. Podem-se mencionar, como exemplos, os reconhecimentos legais, pela Constituição Federal, da separação de fato e da chamada união estável – como produtores de efeitos jurídicos.¹⁷⁵

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) apesar da finalidade de criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, inovou no ordenamento jurídico ao considerar como praticada a agressão (em sentido genérico) independente de orientação sexual:

Aliás, a própria Lei Maria da Penha não deixa dúvidas de que é possível considerar a união homoafetiva como entidade familiar ao dispor, no parágrafo único do art. 5º, que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Desde já ressalta-se que, apesar do referido dispositivo tratar apenas do homossexualismo feminino, é óbvio que, com base no princípio constitucional da igualdade, tal regra também deve ser aplicada ao homossexualismo masculino.¹⁷⁶

A ausência de previsão legal não significa inexistência do fato. Mesmo sem previsão legislativa, os fatos não deixam de acontecer. Por vezes, geram implicações que ensejam a prestação da tutela do Estado, diante do princípio da inafastabilidade do Judiciário, estabelecido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal¹⁷⁷, criando uma situação de impasse para a resolução dos conflitos instaurados entre os conviventes de mesmo sexo.

A realidade fática dessas uniões “convive” às margens do atual sistema legislativo específico. Porém, tal distanciamento passa a se estreitar com a reiteração das questões emergentes destas famílias, cabendo à jurisprudência o papel de dar alguma orientação.¹⁷⁸

¹⁷⁴Cfe.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais, p. 141.

¹⁷⁵Ibidem, p.68.

¹⁷⁶ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família: o art. 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), p.150.

¹⁷⁷Art. 5º, XXXV, Constituição Federal: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁷⁸MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais, p. 68.

Os entendimentos acerca do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo dividem-se entre os que sustentam a possibilidade dessas uniões como sociedade de fato, por analogia com a união estável, ou aplicação de princípios constitucionais, e os que entendem que a tutela deveria ocorrer por lei específica.¹⁷⁹

Nas primeiras decisões envolvendo interesses em conflito no âmbito de união homossexual, os julgadores entendiam-na como mera relação fática que se operava fora do âmbito do Direito. O início do reconhecimento jurídico de sua existência operou-se como sociedade de fato (do direito obrigacional) e com a aplicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (editada em 03.04.1964), que versava sobre sociedade de fato em concubinato, antiga nomeação que abarca a união estável que se conhece atualmente. A sociedade decorria, assim, do esforço comum¹⁸⁰ dos pares, e em caso de dissolução, a partilha corresponderia à medida da contribuição de cada um.

Superada a idéia de uma faticidade sem efeitos jurídicos, surge o aspecto da nomenclatura para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, confundida com instituto societário. Apesar da impropriedade ao se aproximarem questões tão díspares como sociedade – ligada ao Direito Obrigacional e ao Direito Comercial -, e família – relacionada à expressão personalíssima da afetividade -, tal analogia parcialmente se justifica pelo esforço de procurar atingirem-se efeitos jurídicos num assunto não expressamente reconhecido por dispositivos legais.¹⁸¹

Semelhante caminho foi o percorrido pela união estável. Apesar de aparentemente satisfatória, porque resolvia a lide processual apresentada, o entendimento apresentava-se inapropriado porquanto buscava finalidade lucrativa em situação cujo fundamento e objetivo é o afeto.

O aumento de demandas propostas no Judiciário, as quais não se restringiam a resolver conflitos patrimoniais, mas também abrangiam ações declaratórias para conferir efeitos futuros¹⁸², demonstrou a necessidade de que a prestação jurisdicional

¹⁷⁹Cfe.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 68. A autora faz crítica a esse posicionamento por entender que: “Se as preocupações se centrarem exclusivamente na defesa da aprovação de uma determinada legislação, estar-se-á cerca do pelas muralhas tradicionais do pensamento positivista. Os novos moldes do Direito de Família devem estar voltados a valores e princípios personalistas, para além do dogma expresso pela lei”. Ibidem, p. 69.

¹⁸⁰“Todavia, se se observar a evolução da jurisprudência relativamente à união estável, o significado de ‘esforço comum’ para as relações homoafetivas pode valorizar o aspecto pessoal dessa forma de relação fática e considerar igualmente a chamada contribuição indireta, ou seja, reconhecer existirem nas relações afetivas, além da contribuição financeira, o apoio espiritual, a troca de afeições, os trabalhos domésticos, os cuidados para com os demais membros da família de seu companheiro (podendo englobar filhos). Aquela mútua doação própria de relações familiares que se revela na busca do bem de todos, cada qual contribuindo à sua maneira para os benefícios dessa união.” Ibidem, p.78.

¹⁸¹Ibidem, p. 72.

¹⁸²BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Justificação judicial. Convivência homossexual. Competência. Possibilidade jurídica do pedido. 1. É competente a Justiça Estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais, pois os efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. São competentes as Varas de Família, e também as Câmaras Especializadas em Direito de Família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual, pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e

realmente servisse ao seu propósito de promoção da paz social. Além disso, o relacionamento homossexual visto como sociedade de fato não atende a todos os dilemas envolvendo companheiros homossexuais, como a guarda de filhos, o direito a alimentos e a concessão de visto permanente para companheiro estrangeiro¹⁸³. Situações como essas, sem prejuízo de muitas outras, foram ganhando espaço na sociedade e serviram de fomento à discussão sobre o tema.

Diante das semelhanças entre o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo e a união estável entre heterossexuais, do ponto de vista de que a sua constituição não é solene, alguns operadores do Direito passaram a entender que, por haver esses pontos em comum, enquanto o relacionamento homoafetivo não fosse expressamente reconhecido em lei, deveriam ser aplicadas as regras da união estável por analogia.¹⁸⁴

Outros, por sua vez, partiram de uma visão sistemática da Constituição Federal para, com fundamento nos princípios que a norteiam, concluir que a união entre pessoas do mesmo sexo já estaria tutelada.¹⁸⁵

Ainda que a discussão acerca dos relacionamentos homossexuais e seu reconhecimento como entidade familiar tenha por argumento a leitura aberta do art. 226 da Constituição Federal a partir dos princípios constitucionais, o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre o tema por meio de acórdão¹⁸⁶. Em trâmite há a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, sob relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, que pretende a aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homossexuais de servidores públicos civis estaduais, a interpretação da legislação estadual correlata (arts. 19, II e V, e 33, do Decreto-Lei Estadual n. 220/1975) conforme a Constituição Federal, sob fundamento de violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autonomia da vontade, bem como da segurança

peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que são relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial. 2. É viável juridicamente a justificação pretendida, pois a sua finalidade é comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário. Inteligência do art. 861 do CPC. Recurso conhecido e provido. Acórdão em apelação cível n. 70002355204. Requerente A.J. e Requerido S.M.V. Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 11 de abril de 2001.

¹⁸³Cfe.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 76.

¹⁸⁴Cfe.: Ibidem, p.84.

¹⁸⁵Cfe.: Ibidem, p.86.

¹⁸⁶Contudo, esclarece-se que perante o Supremo Tribunal Federal há apenas decisões monocráticas a respeito, como a proferida pelo Min. Celso de Mello que se manifestou pela relevância da temática das uniões homossexuais em decisão que não conheceu a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.300 por razões formais (impugnação de norma revogada).

jurídica, e a declaração de que as decisões proferidas pelo Judiciário em sentido contrário à equiparação violam os preceitos fundamentais elencados.¹⁸⁷

O Superior de Tribunal de Justiça, embora já solicitado pouco mais de uma dezena de vezes a se manifestar sobre o assunto, por questões processuais deixou de conhecer alguns dos recursos¹⁸⁸, em outros reiteradamente posicionou-se no sentido de que a união entre pessoas do mesmo sexo dissolve-se pela sociedade de fato¹⁸⁹, e mais recentemente alguns de seus membros entenderam ser possível reconhecer o relacionamento homossexual por analogia à união estável¹⁹⁰.

Sem desconsiderar a discussão existente se aplicável a legislação da união estável às uniões homossexuais, o reconhecimento do relacionamento homossexual como entidade familiar não significa apenas a aplicação da legislação de Direito de Família ao caso concreto. Tem como importância primeira admitir a possibilidade jurídica do pedido nesse âmbito, e determinar a competência de processamento do feito perante a Vara de Família.

Quando a lide se refere aos laços afetivos, os sujeitos envolvidos trazem para o judiciário uma dimensão do panorama dos demais ramos do Direito. Melhor se mostra, portanto, ser o operador do direito aquele especialmente habilitado pela experiência cotidiana de atuar no ramo do Direito de Família. O magistrado dedicado às questões familiares provavelmente está mais atento para com os pormenores dos litígios que envolvem a afetividade.¹⁹¹

Em face da insegurança jurídica experimentada pela ausência de comando normativo expresso, em especial na Constituição Federal, que reconheça a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, tem o Judiciário cumprido seu papel de conceder a tutela dos direitos dos cidadãos de forma igualitária.

Destaque-se a importância do papel da jurisprudência quanto ao assunto, podendo-se afirmar estar a superação da discriminação jurídica iniciando-se pela força criativa do judiciário. Em razão da sensibilidade de nossos julgadores defronte da inegável realidade da vida, as decisões passam a conceder efeitos jurídicos às relações formadas por pessoas de orientação sexual tida como diversa das comumente verificadas.¹⁹²

¹⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que questiona os arts. 19, II e V, e 33, I a X e parágrafo único, do Decreto-Lei n. 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro) discriminatório em relação aos homossexuais e as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime das uniões estáveis. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator: Min. Carlos Britto. Requerente Governador do Estado do Rio de Janeiro e Requeridos Governador do Estado do Rio de Janeiro, Tribunais de Justiça dos Estados e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 novembro 2008.

¹⁸⁸Ver Recursos Especiais n. 680224 e n. 387197 em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 novembro 2008.

¹⁸⁹Ver Recursos Especiais n. 648763 e n. 773136 em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 novembro 2008.

¹⁹⁰Ver Recursos Especiais n. 820475 e n. 238715, e Agravo Regimental em Agravo n. 971466, em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 novembro 2008.

¹⁹¹MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 86.

¹⁹²Ibidem, p. 74.

Paralelamente aos avanços obtidos através do Judiciário, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo também tem ocorrido no âmbito administrativo.

Como resultado da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, da Terceira Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, o Instituto Nacional de Seguridade Social editou a Instrução Normativa n. 25/2000, que estabeleceu “procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual”. A medida representa significativo avanço no reconhecimento das relações homossexuais, as quais foram denominadas “união estável” pelo referido texto normativo¹⁹³.

No CENSO realizado em 2007, foi inserido o item “Qual é a relação com a pessoa responsável pelo domicílio?”. Embora essa pesquisa tenha se restringido às cidades com até 170 mil habitantes, informou que no Brasil há 17 mil casais formados por homossexuais. O CENSO de 2007 apontou que o número total da população brasileira é de pouco mais de 180 milhões¹⁹⁴, dos quais, segundo estimativa da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), 18 milhões de pessoas corresponderiam à parcela homossexual¹⁹⁵. No próximo CENSO, a ser realizado em 2010, será mantido o quesito, mas dessa vez a pesquisa abrangerá todo o país.¹⁹⁶

O Conselho Nacional de Imigração, através da Resolução Normativa n. 77, de 29.01.2008, colocou fim ao tormento de casais homossexuais em que um dos pares era estrangeiro e não conseguia permanência no país do outro. Referida medida estabeleceu os “critérios para concessão de visto temporário ou permanente, ou de

¹⁹³ Art. 3º, Instrução Normativa n. 25/2000: A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos: I - declaração de Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente; II - disposições testamentárias; III - declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica); IV - prova de mesmo domicílio; V - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil; VI - procuração ou fiança reciprocamente outorgada; VII - conta bancária conjunta; VIII - registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado; IX - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados; X - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária; XI - ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável; XII - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente; XIII - quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar. BRASIL. Instituto Nacional de Seguridade Social. Estabelece por força judicial procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. Instrução Normativa n. 25, de 07 junho 2000. Disponível em: <www.010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-dc/2000/25.htm>. Acesso em: 12 novembro 2008.

¹⁹⁴ Segundo o CENSO 2007, a população brasileira está estimada em 183.987.291 de pessoas. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Contagem 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/contagem.pdf>. Acesso em: 12 novembro 2008.

¹⁹⁵ Cfe.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. Disponível em: <http://abgl.org.br/port/index.php>. Acesso em: 12 novembro 2008.

¹⁹⁶ ALVES, Marcelo; ALMEIDA, Cássia. Censo 2007: somos 183.987.291 brasileiro, mostra o IBGE. O Globo. 21 dezembro 2007. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/12/21/327716442.asp>. Acesso em: 12 novembro 2008. Maria Berenice Dias, em referência ao CENSO 2000, havia tecida críticas pela falta de quesito sobre orientação sexual: “No momento em que a jurisprudência acaba de inserir as relações homoafetivas no Direito de Família, quando já existe norma legal reconhecendo a união estável homossexual para a atribuição de direitos de ordem previdenciária, é discriminatório e preconceituoso o silêncio da pesquisa.” DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**, p. 79.

autorização de permanência, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo”.¹⁹⁷ Observa-se que foi utilizada a expressão “união estável” para designar, neste caso, o relacionamento tanto entre pessoas de sexo distinto como as de mesmo sexo.

A Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano (CDHU) em agosto de 2008 estendeu o conceito de família adotado para o financiamento da casa própria, e passou a admitir casais homossexuais entre os possíveis beneficiários do crédito. Até então os beneficiários dos programas habitacionais se restringiam a homens e mulheres casados ou em união estável registrada. O novo entendimento incluiu também “solitários com mais de 25 anos, famílias mononucleares (pais ou mães solteiros) e anaparentais, como avós e netos, tios e sobrinhos, irmãos ou primos, além de uniões baseadas não no parentesco, mas na ligação afetiva”.¹⁹⁸

A abrangência conceitual operacionalizada justificou-se porque:

"A atualização do conceito de família passa, sobretudo, pelo princípio da igualdade e tem base na Constituição. Não dá mais para entender a família como fruto do casamento entre homens e mulheres. A companhia já entendia isso, mas ainda tinha a família tradicional como prioridade", diz Rosália Bardaro, diretora de Assuntos Jurídicos e Regularização Fundiária da CDHU.¹⁹⁹

Vista a família na sua complexidade, percebe-se que a mudança de paradigma realizada pela Constituição Federal, que passou do modelo único de família oriundo do matrimônio para o da pluralidade familiar, buscou aproximar a legislação da realidade social formada por diversos arranjos familiares. É evidente a existência de homossexuais que se unem porque compartilham entre si o sentimento do afeto e buscam vínculos mais íntimos, tal qual ocorre no modelo de família tradicionalmente concebido. Contudo, a temática da homossexualidade ainda comporta discriminação, tendo como uma das conseqüências o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como família. Feita a análise da legislação internacional e nacional, percebe-se que ainda se tem muito a fazer em prol da dignidade dos casais homossexuais. Vislumbra-se a necessidade dessa discussão alcançar o âmbito

¹⁹⁷BRASIL. Conselho Nacional de Imigração. Dispõe sobre critérios para concessão de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo. Resolução Normativa n. 77, de 29 janeiro 2008. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/legislacao/resolucoes_normativas/2008/m_20080129_77.pdf>. Acesso em 13 novembro 2008.

¹⁹⁸BRASIL. Secretaria de Habitação. Informativo Rede Habitar, n. 98, 2ª semana. ago., 2008. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/secretaria-de-habitacao/noticias/redes/redes-2008/Rede%20Habitar%20no%20no%2098.pdf>>. Acesso em: 15 novembro 2008.

¹⁹⁹BRASIL. Secretaria de Habitação. Informativo Rede Habitar, n. 98, 2ª semana. ago., 2008. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/secretaria-de-habitacao/noticias/redes/redes-2008/Rede%20Habitar%20no%20no%2098.pdf>>. Acesso em: 15 novembro 2008.

constitucional, considerando os temas afetos à família, como intimidade, dignidade, igualdade e autodeterminação, assuntos que serão pormenorizados no capítulo seguinte.

III. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Unidas pelo sentimento de afetividade, as pessoas buscam na família o vínculo pessoal que as fazem se realizar enquanto membros de um grupo. Trata-se de situação que se constitui no plano fático, não dependendo sua existência de solenidades. Tampouco comporta hipóteses estanques, pré-estabelecidas, porque incompatível com a dinâmica com que se desenvolve a sociedade. Nessa seara, o relacionamento homossexual constitui fato incontroverso na sociedade, que nas últimas décadas ganhou evidência e foi buscar a tutela do Estado para seu reconhecimento enquanto entidade familiar.

Como a discussão acerca do tema tem sua origem no plano constitucional, em razão do instituto da família estar ali previsto como base do Estado Democrático de Direito sob que se assenta a República Federativa do Brasil, os princípios constitucionais guardam relevância com o estudo, merecendo uma análise mais direcionada à problemática em questão, posto que acerca dela não há normas expressas estatuinto as garantias inerentes à dignidade da pessoa humana que constitui uma entidade familiar homoafetiva.

Por isso, para que as normas já dispostas no plano constitucional possam ser adequadamente relidas para assegurar os direitos daqueles conviventes homossexuais, é imprescindível determinar o sentido de sua interpretação, mediante o estudo do conteúdo dos princípios pertinentes e seu respectivo modo de aplicação, para que, então, seja possível prezar a igualdade de proteção jurídica entre as famílias, independentemente do modo de convivência escolhido por seus membros.

1. Proteção constitucional e princípios interpretativos aplicáveis

Considerando que a abordagem da concepção de família a ser realizada terá a feição jurídica, não se podem, contudo, preterir algumas considerações preliminares de cunho sociológico, pois viabilizam o entendimento do fenômeno enquanto entidade orgânica.

Na visão sociológica, a família se apresenta como um fenômeno social, de conteúdo extremamente fluído, pois variável no tempo e no espaço. Em linhas gerais, na

atualidade, a família representa uma célula que agrupa indivíduos cujas convivências se entrelaçam em âmbito espiritual.

A proteção jurídica esboçada pela Constituição Federal, a partir do seu art. 226²⁰⁰, leva em conta a família como base da sociedade e célula *mater* do Estado, devendo este se comprometer com a assistência na pessoa de cada um dos membros familiares, além de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações formadas entre eles.

Embora compreendida como base da sociedade pelo art. 226 da Constituição Federal, a ausência de um conceito legal para família tem gerado discussão em que se questiona se referido artigo enquadraria na noção de família apenas as entidades expressamente previstas no texto constitucional, ou se se está diante de rol aberto, meramente exemplificativo, que possibilitaria a inclusão de tantos arranjos familiares quanto existentes na realidade social. Estar-se-ia, assim, nesta última hipótese, diante da possibilidade de conferir à união entre pessoas do mesmo o *status* de entidade familiar.

Neste ponto, mister o recurso aos princípios constitucionais para se auferir que valor a norma constitucional pretendeu tutelar na esfera jurídica: se toda e qualquer família, visto ser esta a base social do Estado, ou se apenas aquelas designadas formalmente como tais pelo ordenamento pátrio, de modo a ditar um “estatuto próprio” do que se entende por vínculo familiar.

Na aplicação do Direito ao caso concreto, os princípios constituem elementos da interpretação, pois servem de guia acerca do entendimento a ser extraído do ordenamento jurídico. Por seu turno, por serem elementos norteadores, buscam conciliar as normas constantes no ordenamento jurídico com a realidade social, de sorte a se obter o entendimento que se mostre mais adequado ao caso concreto.

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

²⁰⁰Art. 226, Constituição Federal: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de pré-compreensão. 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.²⁰¹

Nesse sentido, a aplicação do Direito, a começar pelo âmbito constitucional, não pode se resumir à análise das regras positivadas no ordenamento, mas deve observar os valores presentes na sociedade e que norteiam o texto constitucional.²⁰² Por conter a Constituição Federal os elementos fundantes da ordem jurídica do Estado vigente, sua interpretação deve mostrar-se unitária e coerente tanto com a totalidade do texto constitucional quanto com as demais normas do ordenamento jurídico.²⁰³

Primeiramente, deve-se interpenetrar nos princípios fundamentais do texto constitucional, que norteiam a análise de todo o texto constitucional, de forma que a interpretação da Constituição deve ser ligada diretamente a estes. E mais: servem de elo de ligação entre todo o corpo constitucional, que deve ser compreendido como um todo unitário.²⁰⁴

Assim é que aspectos importantes para a interpretação constitucional estão contidos no preâmbulo da Constituição Federal. Nele estão apresentados os elementos que norteiam as normas constitucionais insculpidas. Diz o preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Restam delineadas, pois, as características da sociedade brasileira, quais sejam, fraternidade, pluralidade e não-discriminação.

Sobre a fraternidade, Nahas destaca que “A sociedade fraterna é inclusiva e não excludente. A fraternidade entre os integrantes de uma sociedade implica a colaboração com os necessitados, com os excluídos e proteção às minorias”.²⁰⁵

A pluralidade, por seu turno, significa que a sociedade adotou a política da diversidade, inclusive em relação à família, visto que o casamento não é o único modelo

²⁰¹BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 284.

²⁰²Cfe.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais, p. 196.

²⁰³Cfe.: FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do Garantismo Jurídico, p.86.

²⁰⁴NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual**: proteção constitucional, p.127.

²⁰⁵Ibidem, p.127.

de entidade familiar existente enquanto fenômeno social. É aceitar o diferente, ainda que não expresse, porque somente se nega o que expressamente assim está.²⁰⁶

Uma sociedade que acolhe a diversidade, por sua vez, não pode ser preconceituosa, tampouco admitir qualquer forma de discriminação. “A Família constitucionalmente protegida deve ser entendida sem preconceitos morais ou amarras religiosas de qualquer ordem”, inclusive as relacionadas com orientação sexual.²⁰⁷

Entrementes, os princípios e regras não bastam por si só para a efetividade da Constituição. O intérprete também deve estar atento ao contexto jurídico e social atual do fato²⁰⁸, aos valores e anseios que emanam da sociedade²⁰⁹.

Tendo em vista os princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família, para uma correta interpretação das normas, faz-se necessário vislumbrar o sistema no qual elas estão inseridas, de tal sorte que não mais as normas sejam em si interpretadas, mas sempre em consonância com o sistema ao qual pertencem. Assim, a interpretação sistemática tem por objetivo o sistema jurídico na sua condição axiológica, sendo que qualquer norma singular só se esclarece plenamente na totalidade das normas, dos valores e dos princípios.

[...]

José Joaquim Gomes Canotilho, ao discorrer sobre princípios, refere o “princípio da máxima efetividade” ou “princípio da interpretação efetiva”, no qual estabelece que à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que lhe garanta a maior eficácia. Ou seja, na dúvida, deve se dar preferência à interpretação que reconheça maior eficácia à norma constitucional.²¹⁰

Com a mudança de paradigma operacionalizada pela Constituição Federal de 1988, o afeto, e não mais o matrimônio, passou a ser o elemento intrínseco à formação da entidade familiar, de modo que não é o casamento a única origem da família constitucionalmente protegida e célula *mater* do Estado brasileiro. A existência da família não se origina a partir do ordenamento jurídico, bem como não decorre apenas do vínculo biológico havido entre as partes, mas sim de relações de convivência e afeto que os indivíduos desenvolvem entre si.

Nesse contexto, o debate acerca da possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas de mesmo sexo perpassa necessariamente pela interpretação constitucional, atendendo, pois, aos princípios constitucionais e guardando coerência com a sociedade em que se insere.

Nessa senda, as relações homossexuais se apresentam de interesse da sociedade brasileira “na medida em que esta se constitui em um Estado Democrático de

²⁰⁶Cfe.: NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: proteção constitucional**, pp.127-128.

²⁰⁷Ibidem, p.128.

²⁰⁸Cfe.: Ibidem, p.131.

²⁰⁹Cfe.: FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do Garantismo Jurídico**, p.86.

²¹⁰CHANAN, Guilherme Giacomelli. **As entidades familiares da Constituição Federal**, pp.53-54.

Direito e pretende salvaguardar os Direitos Fundamentais dos indivíduos que a compõem”.²¹¹

a. Dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na legislação do país ao personificar o Direito, ou seja, ao tornar a pessoa, simultaneamente, objeto e destinatário da norma. Assim é que adotou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, expresso em seu art. 1º, III. Além disso, por se referir a uma garantia individual, é considerado cláusula pétrea, não podendo ser retirado do texto constitucional vigente²¹².

O princípio da dignidade da pessoa humana, como orientador de todo o ordenamento jurídico, implica o permissivo de busca pela felicidade do indivíduo. Possibilita que ele busque sua realização pessoal da melhor maneira que lhe aprouver, de modo que exercer a dignidade é vivenciar um espaço de coexistência de direitos, sem que uns se sobreponham a outros, nem se anulem. A felicidade, assim, deve ser vista como a realização plena, envolvendo os aspectos emocional, afetivo, sexual, e tantos outros quantos se mostrarem existentes e necessários para o desenvolvimento sadio e equilibrado dos seres humanos em meio aos seus semelhantes.

Para se viver em dignidade deve ser respeitado o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas, segundo sua peculiar forma de ser. Não se pode excluir uma pessoa do sistema jurídico tutelador das conseqüências da afetividade, como o é o Direito de Família, em razão de sua orientação sexual, a qual é constituidora de sua personalidade, sendo elemento essencial do seu ser.²¹³

O desenvolvimento da personalidade passa, assim, também pela perspectiva da sexualidade – não no significado restrito de realização de atividade sexual, mas muito mais na vivência da experiência humana do modo com que se identifique.

²¹¹FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do Garantismo Jurídico**, p.112.

²¹²Art. 60, Constituição Federal: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

²¹³MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 153.

Constata-se, decorrentemente, como o preconceito ainda restringe direitos e como a reprodução do estigma social é incorporada ao âmbito jurídico. Tal fator determina-se em função da orientação sexual da pessoa envolvida. Estes aspectos estão a indicar o tratamento indigno direcionado a algumas pessoas, não se lhes conferindo a oportunidade de serem sujeitos de direito devido a uma condição relacionada com sua identidade pessoal.²¹⁴

Por se constituir a dignidade da pessoa humana em princípio sob o qual está fundada a Constituição Federal, a eficácia do ordenamento jurídico depende de sua implementação na sociedade. Não basta, assim, a não-violação, pois se deve promover a dignidade.²¹⁵

Dentro dessa perspectiva, o reconhecimento das relações homossexuais no âmbito jurídico concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que confere a esses relacionamentos legalidade, que se traduz em segurança jurídica para a estabilidade da família e de cada um dos membros que a compõem.²¹⁶

A garantia da dignidade da pessoa humana somente será realizada quando a norma atentar para a realidade social a que se destina (e a que se pretende sua aplicação). Nesse sentido, por fim, Barroso observa que:

Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: (i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e (ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”. 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 idéia de *igual respeito e consideração* se traduz no conceito de “reconhecimento”. As identidades particulares, ainda que minoritárias, são dignas de reconhecimento.²¹⁷

²¹⁴MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 150.

²¹⁵Cfe.: Ibidem, p. 153.

²¹⁶Cfe.: Ibidem, pp. 152-153.

²¹⁷BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**, pp. 302-303.

b. Igualdade

A consecução da dignidade humana depende, por sua vez, da igualdade entre as pessoas, de sorte que todos sejam titulares dos direitos presentes no sistema jurídico, servindo tanto para evitar privilégios, como para assegurar a liberdade e a não discriminação.²¹⁸ No âmbito do Direito de Família significa que todas as entidades familiares receberão a proteção do Estado, independentemente do modo de formação.

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 idéia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente.²¹⁹

Sobre a igualdade formal, especificamente, esta significa por um lado a igualdade na lei, destinada ao legislador, no sentido de que não deve haver tratamento diferenciado para situações semelhantes. Por seu turno, como igualdade perante a lei, está voltada ao intérprete, que deve aplicar a norma evitando efeitos inequalitários no caso concreto.²²⁰

No que concerne ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, o princípio da igualdade poria fim à exigência de ser a união, para ser juridicamente reconhecida como família, formada por homem e mulher, possibilitando o reconhecimento de outras formas de relacionamento. Nesse sentido, Matos destaca que:

A igualdade na lei, no respeitante à orientação sexual, estaria a significar um tratamento jurídico não diferenciado para as pessoas, independentemente de sua orientação sexual. Por conseguinte, tanto heterossexuais quanto homossexuais devem receber o mesmo tratamento jurídico, não sofrendo discriminações em virtude de sua sexualidade. Segundo esse raciocínio, cessa-se a impossibilidade de uma identidade de casal para os parceiros homossexuais.²²¹

Em seu sentido negativo, o princípio da igualdade desemboca no princípio da não-discriminação, previsto no art. 3º, IV, da Constituição Federal, e que reprime,

²¹⁸Cfe.: FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do Garantismo Jurídico, pp.44-45.

²¹⁹BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 294.

²²⁰Cfe.: Ibidem, p. 295.

²²¹MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais, pp.190-191.

dentre outras formas de discriminação, o preconceito sexual, que inclui a diferenciação em razão da orientação sexual.

Nestes termos:

[...] 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. 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.²²²

c. Pluralidade familiar

A Constituição Federal, ao consignar a família a partir da afetividade adotou a idéia de pluralidade familiar, vez que não mais se restringia esse instituto ao matrimônio. Com o enfoque na dignidade da pessoa humana, as relações familiares formam-se prioritariamente para a “realização personalística de seus membros”.²²³

Os modelos de família presentes na realidade social devem ser reconhecidos pelo Direito sempre, para que haja respeito aos valores essenciais dos membros do grupo familiar, especialmente o da dignidade da pessoa humana.²²⁴

As relações familiares surgem, assim, da convivência entre pessoas e se estreitam pelos laços de afetividade que as unem. Assim é que são os fatos que respondem se entre aquelas pessoas há o sentimento de familiaridade. Não compete à norma, porque abstrata, apontar em quais relações pessoais há afetividade, e a partir disso, identificar quais são passíveis de serem tuteladas pelo Direito de Família, a partir do prisma do Direito Constitucional. Os núcleos familiares não surgem da norma, mas das relações sociais, e independem para sua formação que haja previsão ou aprovação do ordenamento jurídico, nem mesmo constitucional.²²⁵

A par da inexistência de regra específica e diante da evidência do fato social e dos Princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e Igualdade, para cumprir as promessas do Estado Democrático de Direito é necessário dar-se força normativa aos princípios constitucionais. Nesta

²²²BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 299.

²²³Cfe.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p.161.

²²⁴Ibidem, p. 156.

²²⁵Cfe.: Ibidem, pp.159-161.

esteira, há que se discutir o reconhecimento das uniões homossexuais como forma de efetivação dos Direitos Fundamentais no Brasil²²⁶

Em verdade, o afeto não se encontra presente apenas no matrimônio, na união estável e na família monoparental, hipóteses de entidades familiares expressamente contidas no art. 226 da Constituição Federal. As pessoas se relacionam afetivamente de inúmeras outras formas.

São unidades de vivência encontradas na experiência brasileira atual, entre outras: a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos; b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade; c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos ou adotivos ou apenas adotivos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental); g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefiem, com no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais; h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; l) comunidade afetiva formada com 'filhos de criação', segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.²²⁷

Nessa esteira, há que se fazer referência ao princípio da autodeterminação ou auto-gestão da família, de estreita ligação com o princípio da pluralidade familiar, pois a entidade familiar possui autonomia, de modo que o Estado não pode ditar o modo de convivência dos membros. As exceções à não-intervenção do Estado estão expressamente previstas na Constituição Federal, em seu art. 226, §§7º e 8º:

Art. 226.[...]

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

§8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

O papel do Estado em relação à família circunscreve-se em dar condições para que a família se estruture por si só, o que significa que não pode pré-estabelecer, por exemplo, quais sexos se relacionam nem pode ditar seu modo de convivência. Ainda, compete ao Estado coibir a violência entre os membros, assegurando a cada

²²⁶FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do Garantismo Jurídico, p.83.

²²⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Paulo_Luiz_Netto_Lôbo/Entidades.pdf>. Acesso em: 05 novembro 2008. pp.02-03.

pessoa que realize na família seus anseios, que não sofra abusos físicos nem psicológicos, nem qualquer outra forma de violação, por qualquer condição, inclusive orientação sexual, de sorte a ter garantida sua dignidade.

Independente de se ser contra, a favor ou mesmo indiferente, os relacionamentos homossexuais são uma realidade e demandam tutela estatal, mormente porque seu reconhecimento como entidade familiar é promotor de igualdade, pondo fim, pelo menos do ponto de vista do Direito, na discriminação oriunda do preconceito, concretizando a tão proclamada dignidade humana.

O reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo encontra, pois, aporte no ordenamento constitucional em abordagem realizada a partir dos princípios e valores personalísticos nele inseridos.

Atendendo aos valores personalísticos, o ordenamento constitucional oferece aportes suficientes para os efeitos jurídicos da união homoafetiva. [...] Torna-se possível a construção jurídica à parceria entre pessoas do mesmo sexo mediante a articulação axiológica de princípios do Direito Civil Constitucional.²²⁸

Desta feita, por serem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da pluralidade familiar, promotores do desenvolvimento do ser humano, principalmente na perspectiva familiar, precisam ser considerados para análise do problema sob estudo. A alusão a tais princípios propicia a interpretação adequada do fato social abordado - união entre pessoas do mesmo sexo - no plano jurídico-constitucional. A partir dos princípios mencionados torna-se possível o reconhecimento do relacionamento homossexual como entidade familiar.

Em outros termos, o art. 226, da Constituição Federal – como qualquer regra jurídica que se preze – não esgota as possibilidades reais de formação de uma célula familiar, de modo que, a par dos vínculos sociais literalmente protegidos pela Lei, existem outros, aos quais se deve reconhecer, por força dos princípios constitucionais retro mencionados, o mesmo tratamento daqueles.

2. O artigo 226 da Constituição Federal e o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar

Como visto outrora, o instituto da família, considerado a base da sociedade, recebe especial proteção do Estado, conforme expresso no *caput* do art. 226, da

²²⁸MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 148.

Constituição Federal. Em seus parágrafos, referido artigo, contém expressamente menção a três formações consideradas entidades familiares:

- a) casamento (entre homem e mulher)
- b) união estável (entre homem e mulher)
- c) comunidade monoparental (pai ou mãe e respectivos descendentes)

Observa-se que não há referência expressa à união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, conforme já declinado.

Neste sentido, tem-se que a Constituição caracteriza o paradigma de família como aberto e inclusivo, de forma que, ao não defini-lo ou estipular critérios para sua delimitação, conduz o intérprete a auferir tais elementos constitutivos para a inclusão familiar dos casos concretos.

No plano jurídico, o fato de se auferirem tais caracteres da realidade acontece quando, diante de um conflito de interesses, o Poder Judiciário é instado a se manifestar para a composição do litígio. Por isso, a importância de se verificar de que forma os Tribunais, embasados na doutrina contemporânea, têm visto o problema sob análise.

A discussão envolve, pois, o entender a possibilidade de reconhecimento das relações homossexuais como família a partir do texto constitucional, ou seja, se estão abrangidas no art. 226 da Constituição Federal em vigor também as relações homoafetivas constituídas para a consecução da finalidade a que propõe realizar a entidade familiar.

Sobre o relacionamento homossexual, Barroso faz as seguintes constatações, as quais chama de “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 elas 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.²²⁹

Há no Brasil, atualmente, duas orientações que se sobressaem no cenário jurídico por serem as mais adotadas pelos operadores do Direito.

A primeira delas, que se desenvolveu quando do início das discussões sobre a temática no plano jurídico, entende que a união entre pessoas do mesmo sexo constitui

²²⁹BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 285.

sociedade de fato. Em sentido contrário, tem-se o entendimento de possibilidade de reconhecimento da união homossexual como entidade familiar – alguns sustentando tal conclusão sob o viés civilista, por analogia direta com a união estável, e outros pelo aporte constitucional, na defesa do rol aberto do art. 226 da Constituição Federal.

Aqueles que entendem o relacionamento homossexual como uma sociedade de fato, sustentam que a Constituição Federal, através do seu art. 226, contemplou apenas as três modalidades de entidade familiar expressas na norma. Tratar-se-ia, portanto, de rol exaustivo, que se encerraria em si mesmo e, portanto, dependeria de Emenda Constitucional para abranger outras formações familiares.

Esse entendimento é encontrado tanto entre os “antigos” civilistas quanto entre os “novos” civilistas, ainda que estes deplorem a norma de clausura que tenha deixado de fora os demais tipos reais, o que tem gerado soluções jurídicas inadequadas ou de total desconsideração deles.²³⁰

Essa corrente não admite a hipótese de inclusão implícita dos relacionamentos homossexuais, justamente por entender que a diversidade de sexo é elemento identificador do instituto (ressalvada a hipótese de monoparentalidade, que está centrada em critério de parentesco). Esse entendimento não se encontra apenas na doutrina, mas também em julgados, como o proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

DIREITO CIVIL. AGRAVO RETIDO (ART. 523 DO CPC). MATÉRIA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO E MEAÇÃO DE BENS. JUÍZO SINGULAR QUE RECONHECEU A UNIÃO ESTÁVEL E DIVIDIU O PATRIMÔNIO COMUM. DECISÃO *ULTRA PETITA*. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA NO QUE TANGE AO ACOLHIMENTO DO PLEITO PARA PERFILHAR A EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO. DIVISÃO DE BENS. SOCIEDADE DE FATO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO CIVIL COMUM. ACORDO ENTABULADO LIVREMENTE PELAS PARTES. VALIDADE DA DIVISÃO DOS BENS REALIZADA. DIREITOS DISPONÍVEIS. FUNÇÃO SOCIAL DA CAUSA. FATORES HUMANITÁRIOS E SOCIAIS QUE DEVEM SE SOBRELEVAR EM RELAÇÃO AO EXCESSO DE FORMALISMO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. AGRAVO RETIDO PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

Uma das condições que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. Dessa forma, a união homoafetiva juridicamente não existe pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato.

Deve o operador do direito, sempre que possível e quando a função social da causa assim o exigir, empenhar-se na interpretação teleológica da norma a fim de perquirir a real finalidade da relação processual instaurada perante o

²³⁰LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*, p.04.

Estado-Juiz. É a nova tendência que vem sendo adotada pelo Poder Judiciário, vistas a coibir o excesso de formalismo por ora empregado, sobrepesando fatores humanitários e sociais na busca por uma melhor solução para o litígio.²³¹

O argumento de que o relacionamento homossexual constitui sociedade de fato, também é sustentado por Ministros do Superior Tribunal de Justiça, como se observa no acórdão do Recurso Especial n. 648763, de relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha:

RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM.

Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

[...]

Esta Corte já teve a oportunidade de se debruçar sobre a questão, concluindo que *"a primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações"*. (Resp n. 502.995/RN, DJ de 16.05.2005, Rel. em. Ministro Fernando Gonçalves). No mesmo sentido, são os julgados: REsp n. 148.897/MG (DJ de 06.04.1998), Rel. em. Ministro Ruy Rosado de Aguiar; REsp 323.370/RS (DJ de 14.03.2005), Rel. em. Barros Monteiro; e, mais recentemente, o REsp n. 773.136, da relatoria da em. Ministra Nancy Andriighi, ainda não publicado.

Logo, de acordo com o entendimento perfilhado por este Tribunal, a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja divisão patrimonial há de ser feita à luz do direito obrigacional, exigindo-se, pois, a prova do esforço comum na aquisição dos bens (art. 1.363 do Código Civil de 1916 (atual art. 961 do CC) e enunciado n. 380 da Súmula do STF).²³²

Não obstante a exigência de diversidade de sexos para configuração da entidade familiar – casamento ou união estável – a preocupação envolvendo a tutela dos direitos patrimoniais oriundos de relacionamento homoafetivo já era demonstrada na primeira decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça sobre esse assunto, quando do voto do mesmo Ministro Cesar Asfor Rocha:

²³¹BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Direito civil. Agravo retido (art. 523 do CPC). Matéria que se confunde com o mérito do recurso de apelação. Relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo. Ação declaratória de reconhecimento de sociedade de fato e meação de bens. Juízo singular que reconheceu a união estável e dividiu o patrimônio comum. Decisão ultra petita. Nulidade parcial da sentença no que tange ao acolhimento do pleito para perfilhar a existência de união estável. Ausência de previsão legal nesse sentido. Divisão de bens. Sociedade de fato configurada. Incidência das normas do direito civil comum. Acordo entabulado livremente pelas partes. Validade da divisão dos bens realizada. Direitos disponíveis. Função social da causa. Fatores humanitários e sociais que devem se sobrelevar em relação ao excesso de formalismo. Sentença parcialmente reformada. Agravo retido provido. Recurso de apelação provido. Acórdão em apelação cível n. 2006.046480-0. Apelante R. da R. e Apelado Espólio de C. F. C. Relator Desembargador Marcus Tulio Sartorato. 21 de agosto de 2008.

²³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Relacionamento mantido entre homossexuais. Sociedade de fato. Dissolução da sociedade. Partilha de bens. Prova. Esforço comum. Entende a jurisprudência desta corte que a união entre pessoas do Mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige A prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Acórdão em Recurso Especial n. 648763-RS. Recorrente E. S. de C. e Recorrido E. C. E. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. 16 de abril de 2007.

Agora, tirante o fato – relevantíssimo, é certo - de que a sociedade de que se cogita é formada por pessoas do mesmo sexo, tudo o mais tem os mesmos contornos em que se inseriu, à época, naquela situação dos concubinos inspiradora do verbete sumular acima mencionado [súmula 380 do STF]: a sociedade de fato, o patrimônio formado pelo esforço comum, e o afeto recíproco que parecia haver entre os agora recorrente e recorrido.

[...]

Creio já ser chegada a hora de os Tribunais se manifestarem sobre essa união, pelo menos nos seus efeitos patrimoniais, uma vez que não podemos deixar de reconhecer a frequência com que elas se formam, por isso mesmo tenho como de bom alvitre sinalizarmos para a sociedade brasileira – e especialmente para os que vivem em vida semelhante a que tiveram recorrente e recorrido – quais os direitos que possam ser decorrentes dessa sociedade de fato.²³³

Os posicionamentos diversos em relação à temática do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo têm acarretado reformas de decisões através de recursos e votos divergentes nos acórdãos.

Ao apreciar o Recurso Especial n. 820475, o Superior Tribunal de Justiça julgou favorável o recurso interposto, que versou sobre a possibilidade jurídica do pedido de declaração de união homossexual. No entanto, importa destacar o argumento em contrário apresentado pelo Ministro Fernando Gonçalves, cujo voto foi seguido pelo do Ministro Aldir Passarinho Junior:

Como já esclarecido, o processo foi extinto com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil - impossibilidade jurídica do pedido – porque não reconhecida pela Constituição Federal nem pela legislação infraconstitucional a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ressalta, no entanto, o eminente Relator, com apoio em julgado da 5ª Turma – REsp 438.926-AM - que a possibilidade jurídica do pedido a que se refere a letra do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, é a inexistência, no direito positivo, de vedação explícita ao pleito contido na demanda.

Os dispositivos legais regulamentares da matéria, sob este aspecto, efetivamente não vedam de modo explícito a união de pessoas do mesmo sexo, mas apenas fixam que, para fins de união estável o reconhecimento é limitado a casais de sexo oposto.

No julgamento do REsp 502995/RN, foi expressamente afastada a competência atribuída pela instância *a quo* à vara de família para a homologação de termo de dissolução de sociedade estável e afetiva, cumulada com partilha de bens, ao fundamento básico da ausência da questão familiar, mas apenas patrimonial.

[...]

Na real verdade, à luz do direito posto, não há condições de reconhecimento de união estável porque o *desideratum* dos textos relativos à convivência entre um homem e uma mulher é a constituição de uma família [...]

²³³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio Adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de Sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do c. Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro Que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter Suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano Que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da Omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do C. Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões Prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido. Acórdão em Recurso Especial n. 148897-MG. Recorrente Milton Alves Pedrosa e Recorrido João Batista Prearo. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 06 de abril de 1998.

Concordo plenamente que, em princípio, o direito positivo não veda explicitamente a união entre pessoas do mesmo sexo, exceto a união estável, disciplinada pelo Direito de Família, enquanto não houver mudança no texto constitucional.

[...]

No campo da união estável, no entanto, à luz do que dispõe o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, art. 1º da Lei 9278/96 e arts. 1723 e 1724 do Código Civil, apenas se reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher.

Vale reafirmar: para os demais efeitos - patrimoniais, previdenciários, eleitorais, etc - não é vedado o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Para fins, entretanto, de união estável como entidade familiar, enquanto subsistente a norma constitucional e as disposições legais em apreço, a vedação existe, carecendo, portanto, o pleito neste sentido de possibilidade jurídica, entendida como tal a falta de amparo no direito material.²³⁴

No Conflito de Competência n. 2008.030289-8, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que por maioria de votos entendeu que as causas decorrentes de união homossexual são de competência da Vara de Família, o Desembargador Marcus Tulio Sartorato consignou voto contrário, em que asseverou:

Faz-se necessário esclarecer, por conseguinte, que a Carta Magna, bem como a legislação infraconstitucional, considera como família apenas a união nascida entre um homem e uma mulher, não reconhecendo direitos de natureza familiar aos relacionamentos eventualmente havido entre pessoas do mesmo sexo. Portanto, não há como se equiparar a união homoafetiva à união estável.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, não há disposições legais que regulamentem a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.

[...]

Impende salientar que, para que uma união estável seja reconhecida como tal, deve preencher alguns requisitos, entre eles: a convivência duradoura; a ausência de impedimento para constituir o matrimônio; a continuidade da relação; a publicidade; a intenção de constituir família; e a dualidade de sexos.

Na hipótese vertente, um dos elementos essenciais para a configuração da união estável não se encontra presente, qual seja, a dualidade de sexos, impondo que a relação entre as partes reste configurada apenas como sociedade de fato.²³⁵

Dentro dessa temática de possibilidade ou não de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, para efeito de esclarecimento,

²³⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Ação declaratória de união homoafetiva. Princípio da identidade física do juiz. Ofensa não caracterizada ao artigo 132, do CPC. Possibilidade jurídica do pedido. Artigos 1º da lei 9.278/96 e 1.723 e 1.724 do Código Civil. Alegação de lacuna legislativa. Possibilidade de emprego da analogia como método integrativo. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão em Recurso Especial n. 820475-RJ. Recorrente A.C.S. Relator Ministro João Otávio de Noronha. 06 de abril de 2008.

²³⁵BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conflito negativo de competência. 1. Ação nominada de sociedade de fato. Irrelevância. Fundamento da pretensão centrado na união homoafetiva. Pleito de meaço. 2. Entidade familiar. Relação fundada na afetividade. 3. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. 4. Possível analogia com a união estável. 5. Competência da vara da família. Acolhimento do conflito. Acórdão em Conflito de Competência n. 2008.030289-8. Suscitante Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Lages e Suscitado Juiz de Direito da Vara da Família, Infância e Órgãos e Juventude e Sucessões da Comarca de Lages. Relator Juiz Henry Petry Junior. 20 de outubro de 2008

cumpra anotar que insustentável a tendência doutrinária de estabelecer uma hierarquia entre as entidades familiares, quando, em verdade, a Constituição Federal dispensou tratamento equânime às formações. Entender de outro modo é conferir tratamento discriminatório às entidades familiares, ferindo o princípio constitucional da igualdade e, reflexamente, o da não-discriminação. Ainda que não tenha o Código Civil tratado de forma isonômica os contornos patrimoniais decorrentes da sucessão hereditária dos companheiros, esse não se mostra argumento suficiente para refutar a previsão constitucional, porque, em verdade, devem os textos infraconstitucionais guardar coerência com a Constituição Federal, que está no topo da pirâmide normativa.

Outrossim, importa referir que, pelos mesmos motivos, igualmente não há distinção terminológica entre família e entidade familiar. A diferenciação conceitual entre as expressões consistiria em que o vocábulo família designaria apenas os arranjos familiares provenientes do casamento. Por seu turno, a denominação entidade familiar teria aplicação para a união estável e para a comunidade monoparental.

A adoção do entendimento de que “entidade familiar” e “família” são sinônimos, permite concluir que o art. 226 da Constituição Federal é exemplificativo, e que casamento, união estável, família monoparental e qualquer outra formação familiar encontram-se no mesmo patamar de proteção constitucional pelo Estado.

O relacionamento homossexual decorre de uma situação fática no sentido de não haver um ato formal (solenidade) que o constitua. Quando discutida a possibilidade ou não de lhe ser conferida a tutela jurídica do direito de família, a resistência contrária ao reconhecimento tem como argumentos, a corroborar a alegada ausência de respaldo legal, “a impossibilidade de procriação, a violação dos padrões de ‘normalidade moral’ e a incompatibilidade com os valores cristãos”.²³⁶

O primeiro argumento, concernente à impossibilidade de procriação entre os parceiros, não guarda coerência com as entidades familiares expressas no texto constitucional²³⁷, vez que a paternidade não se constitui em requisito para sua existência. Além disso, a filiação não advém apenas do vínculo biológico, podendo se originar de relações de afetividade, a exemplo da adoção.

Ademais, por reconhecer a Constituição a comunidade monoparental como família, não se pode admitir a procriação como critério identificador, vez que neste caso estaria caracterizado o incesto.

²³⁶BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 295.

²³⁷Cfe.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais, p. 29.

A impossibilidade de procriação não é uma justificativa razoável para o tratamento desigual. Em primeiro lugar porque esta não é, obviamente, a única função da família. No cerne da noção contemporânea de família está a afetividade, o projeto de comunhão de vidas, independentemente da sexualidade.

[...]

Além disso, o reconhecimento constitucional da família monoparental afasta definitivamente o argumento de que a impossibilidade de procriação seja um óbice à atribuição do *status familiae*.²³⁸

Quanto ao argumento de violação dos padrões de “normalidade moral”, em verdade, o ser humano apresenta limitações próprias que lhe impedem de dizer o que é “normal” ou não. A noção de normal antes decorre de ser o fato aceitável socialmente ou não em dada época. Os valores presentes em uma dada sociedade não são absolutos nem eternos, de sorte que o que é normal, ou aceitável, pela parcela dominante da sociedade num momento, pode não sê-lo noutro – a exemplo do próprio princípio da dignidade da pessoa humana que é construção social ainda em processo de lapidação.

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 poder²³⁹.

No que concerne ao argumento de exclusão porque as relações homossexuais são incompatíveis com os valores cristãos, não deve este prevalecer porque há muito tempo houve o início da separação entre Estado e Igreja. Embora a influência religiosa tenha sido atenuada com a atribuição de laicidade ao Estado em sua normatização, percebe-se ainda a presença da cultural religiosa, principalmente da Igreja Católica, na sociedade brasileira, em especial na visão de família patriarcal e conservadora. No entanto, ao intérprete não é dado decidir segundo suas convicções religiosas, admitindo-se esse tipo de sustentação somente no âmbito restrito das seitas religiosas²⁴⁰.

Quanto à tutela jurídica dispensada às relações entre pessoas do mesmo sexo, a outra tendência entre os operadores jurídicos que desponta é a que reconhece a união homossexual e, por conseqüência, a aplicação do Direito de Família para solução

²³⁸BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 296.

²³⁹Ibidem, pp. 296-297.

²⁴⁰Cfe.: Ibidem, p. 297.

da lide. Essa corrente apresenta duas linhas de argumentação, uma fundada no Código Civil e outra na Constituição Federal.

O entendimento favorável à união homossexual desenvolvido a partir do viés civilista, foi sustentado por Maria Berenice Dias no início de seus estudos sobre o tema²⁴¹, e compreende possível o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar através da equiparação com o relacionamento heterossexual, por analogia direta com a união estável.

Nesse sentido, não se adentra no debate envolvendo o art. 226 da Constituição Federal, mas restringe-se à aplicação das normas referentes à união estável.

[...] as uniões entre pessoas do mesmo sexo devem ser enquadradas, por analogia, à União Estável, eis que não havendo previsão legal expressa relativamente aos direitos e deveres dos companheiros do mesmo sexo, mas existindo semelhança entre os dois relacionamentos no sentido de possuírem por base o afeto, o companheirismo e a publicidade, é de se aplicar a legislação concernente à União Estável prevista no art. 1.723 e seguintes, do Novo Código Civil.²⁴²

Isso porque, os elementos nucleares da união estável, “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (art. 1.723, do Código Civil) estão presentes em ambos os relacionamentos. O mesmo ocorreria quanto aos elementos da família, quais sejam, afetividade, comunhão de vida e assistência múltipla.²⁴³

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão na qual reconheceu a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo (REsp 820.475), por entender que não há proibição legal à aplicação da norma – Lei n. 9.278/1996 e Código Civil - aos relacionamentos homossexuais.

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

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da

²⁴¹Maria Berenice Dias valeu-se num primeiro momento da analogia para o reconhecimento da união homoafetiva, como prefere denominar, no escopo de ensinar a aceitação do tema, embora entendesse esse relacionamento como entidade familiar.

²⁴²FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do Garantismo Jurídico**, pp.105-106.

²⁴³Cfe.: BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 312.

prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

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

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

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

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

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.²⁴⁴

Observa-se, nesses casos, que os operadores jurídicos – em especial os advogados - trataram apenas da lacuna infraconstitucional, perdendo, portanto, a oportunidade de afirmar no plano constitucional a existência da proteção ao relacionamento homossexual como entidade familiar porque aberto o rol do art. 226, o que impede que os casos cheguem ao Supremo Tribunal Federal para análise do mérito da pretensão originária. Veja-se, portanto, a necessidade de se tratar a temática pelo viés constitucional, pois, não raro, são proferidas decisões e disseminados ensinamentos que privilegiam uma interpretação que parte do plano infraconstitucional para, após, quando muito, atingir o plano constitucional.

Outra parte da doutrina e da jurisprudência, dentro dessa mesma tendência favorável ao reconhecimento da união homossexual, sustenta que o art. 226 da Constituição Federal possibilita o reconhecimento do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. “Ao suprimir a locução 'constituída pelo casamento' (art. 175 da Constituição de 1967/1969), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional ‘a família’, ou seja, qualquer família.”²⁴⁵

Para autores como Paulo Luiz Netto Lôbo e Roger Raupp Rios, o art. 226 da Constituição Federal é auto-aplicável. “Como todo conceito indeterminado, depende de

²⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Ação declaratória de união homoafetiva. Princípio da identidade física do juiz. Ofensa não caracterizada ao artigo 132, do CPC. Possibilidade jurídica do pedido. Artigos 1º da lei 9.278/96 e 1.723 e 1.724 do Código Civil. Alegação de lacuna legislativa. Possibilidade de emprego da analogia como método integrativo. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão em Recurso Especial n. 820475-RJ. Recorrente A.C.S. Relator Ministro João Otávio de Noronha. 06 de abril de 2008.

²⁴⁵LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*, p.06.

concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.”²⁴⁶ Isso significa que para efeitos de reconhecimento, o relacionamento homossexual constitui entidade familiar distinta da união estável, esta sim tendo por característica a diversidade de sexos.

[...] a omissão de lei que regulamente tais uniões não as impede de serem reconhecidas, eis que o art. 226, da atual Constituição é auto-aplicável, sendo desnecessário equiparar a União Homossexual à União Estável, posto que esta somente é admitida em sua interpretação, quando constituída por homem e mulher.²⁴⁷

Para Barroso, não há lacuna normativa impedindo o reconhecimento da relação homossexual, bastando a aplicação dos princípios constitucionais, como dignidade, liberdade, igualdade e segurança jurídica.²⁴⁸

Paulo Luiz Netto Lôbo entende que o *caput* do art. 226 é cláusula geral de inclusão, mormente pela presença do termo “também” no §4º do aludido artigo, sendo somente exemplificativas as situações contidas nos parágrafos do referido artigo. Assim, ao adotar um conceito aberto, com família, a Constituição possibilitou que fossem acolhidas entidades familiares implícitas.²⁴⁹

A própria eficácia da norma constitucional, aliás, depende de que diante da realidade fática se reconheça a pluralidade de relacionamentos, que se confira tutela jurídica como direito de família às relações baseadas no afeto, formadas na solidariedade, no respeito e assistência mútuos, sejam elas formadas por pares heterossexuais ou homossexuais.

As entidades familiares previstas no parágrafo 4º, do art. 226, da Constituição Federal em vigor, são apenas exemplificativas. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado depende de concretização dos tipos na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.²⁵⁰

Recentemente, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a partir de princípios constitucionais, entendeu possível a inclusão da união homossexual como família, razão pela qual firmou a competência da Vara de Família para os casos que envolvam

²⁴⁶LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*, p. 07.

²⁴⁷FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do Garantismo Jurídico, p.104.

²⁴⁸Cfe.: BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, p. 312.

²⁴⁹Cfe.: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*, pp. 06-07.

²⁵⁰FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do Garantismo Jurídico, p. 102.

relacionamento homoafetivo (Conflito de Competência n. 2008.030289-8), destacando-se da ementa e da fundamentação do acórdão:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 1. AÇÃO NOMINADA DE SOCIEDADE DE FATO. IRRELEVÂNCIA. FUNDAMENTO DA PRETENSÃO CENTRADO NA UNIÃO HOMOAFETIVA. PLEITO DE MEAÇÃO. 2. ENTIDADE FAMILIAR. RELAÇÃO FUNDADA NA AFETIVIDADE. 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. 4. POSSÍVEL ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL. 5. COMPETÊNCIA DA VARA DA FAMÍLIA. ACOLHIMENTO DO CONFLITO.

1. "O nome iuris conferido à petição, desde que adaptável ao procedimento legal, não implica em inadequação do meio processual" (TJSC, Apelação cível n. 2003.020538-1, da Capital, rel. Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA, j. em 09.12.2003).

2. "O direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns, que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independentemente da orientação sexual do par" (DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito e a justiça. 2. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2001, p. 68).

3. "Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanesçam conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade." (TJRS, Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, rel. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, j. em 14.03.2001).

4. "O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto. Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável." (STJ, Resp 238.715, Terceira Turma; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. em 07.03.2006).

5. Reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, centrada que é no afeto, a ela é possível atribuir, por analogia, e dependendo da prova, os reflexos jurídicos compatíveis da união estável heterossexual, cenário que faz chamar a competência da vara especializada de família.

[...]

Dir-se-á que o art. 226 da Constituição Federal dispõe que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", é composta tão-somente de três espécies: a) o casamento (art. 226, §1º); b) a união estável entre homem e mulher (art. 226, §3º); e c) comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, qual seja, a família monoparental (art. 226, §4º).

A sujeitar-se, o intérprete, ao texto frio e explícito da norma constitucional, não constituiriam família, por exemplo, a entidade formada por avô e neto, tio e sobrinho, irmãos, sogra e nora etc., comunidades, todas, fundadas essencialmente no afeto.

Por tal incongruência, é que se sustenta que a conceituação da família não deve ficar concentrada na letra da lei, mas agregar fatores sociais, culturais e econômicos, que são dinâmicos. Sua compreensão não há de ser limitativa, restritiva ou excludente, mas sim ampliativa e inclusiva, de modo a observar seu caráter plural e instrumental.

[...]

Nesse contexto, a questão merece enfrentamento à luz dos princípios

constitucionais (dignidade, igualdade e segurança jurídica).²⁵¹

Consoante se demonstrou ao longo do texto, o relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo é situação de fato presente na sociedade, alguns de forma aberta, outros encontram-se reclusos, principalmente diante do preconceito e da estigmatização aos homossexuais. De grande valia tem se mostrado o trabalho realizado pelos movimentos sociais, convidando a sociedade a participar da discussão, promovendo a conscientização de que a homossexualidade é uma orientação sexual, e não uma doença ou um pecado. Por estar relacionada com a intimidade do indivíduo, deve-lhe ser assegurada o pleno exercício de sua sexualidade, o que implica poder se relacionar com quem e como quiser.

A preocupação com a tutela de direitos inerentes ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, porque evidente a realidade social envolvida, ficou manifesta em decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.300, em que consignou:

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas

²⁵¹BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conflito negativo de competência. 1. Ação nominada de sociedade de fato. Irrelevância. Fundamento da pretensão centrado na união homoafetiva. Pleito de meação. 2. Entidade familiar. Relação fundada na afetividade. 3. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. 4. Possível analogia com a união estável. 5. Competência da vara da família. Acolhimento do conflito. Acórdão em Conflito de Competência n. 2008.030289-8. Suscitante Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Lages e Suscitado Juiz de Direito da Vara da Família, Infância e Órgãos e Juventude e Sucessões da Comarca de Lages. Relator Juiz Henry Petry Junior. 20 de outubro de 2008.

do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "União Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).²⁵²

Acerca do debate, Barroso, ao versar sobre os princípios da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica, ressalta:

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm direito de desfrutar da proteção jurídica que esses princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda 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.²⁵³

Cumprido assinalar que a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como norte a ser seguido pela Constituição Federal, promoveu mudanças na interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Aliado a esse preceito, o Direito de Família brasileiro não mais concebeu a família sob fundamento legal, mas sim sob situação fática, na qual a busca pela conjugalidade independe da forma e a afetividade passa a ser o principal vínculo entre os membros do grupo. Tem-se, pois, uma reinvenção das entidades familiares pela dignidade da pessoa humana.

Nessa senda, “caberá ao intérprete tão-somente procurar afastar as hipóteses de relações efêmeras, de simples namoro dos efeitos da lei”.²⁵⁴ “Assim, as uniões homossexuais são entidades familiares a partir do momento em que preencherem os requisitos de afetividade, notoriedade e estabilidade.”²⁵⁵ No entanto, Matos destaca que não se deve exigir o mesmo grau de estabilidade e publicidade social às relações homossexuais em razão de ainda sofrerem estigma social.²⁵⁶

²⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Pretendida qualificação de tais uniões como entidades familiares. Doutrina. Alegada inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96. Norma legal derogada pela superveniência do art. 1.723 do novo Código Civil (2002), que não foi objeto de impugnação nesta sede de controle abstrato. Inviabilidade, por tal razão, da ação direta. Impossibilidade jurídica, de outro lado, de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias (cf. art. 226, § 3º, no caso). Doutrina. Jurisprudência (STF). Necessidade, contudo, de se discutir o tema das uniões estáveis homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar: matéria a ser veiculada em sede de ADPF? Decisão monocrática em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.300. Requerente Associação de incentivo à educação e saúde de São Paulo e outros e Requerido Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Celso de Mello. 09 de fevereiro de 2006.

²⁵³BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, pp 292-293.

²⁵⁴MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 120.

²⁵⁵FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do Garantismo Jurídico**, p.103.

²⁵⁶Cfe.: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 120.

Nesse turno, a interpretação do art. 226 da Constituição Federal, numa leitura da pluralidade familiar a partir dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, somados à autodeterminação da família, permite concluir que a Constituição Federal de 1988 não contempla como família apenas as três modalidades expressas, pois o mencionado artigo apresenta rol aberto e, portanto, permite a inclusão de outras relações familiares.

Mesmo entendimento também foi manifestado pela Advocacia-Geral da União em parecer proferido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, no qual aventou:

A compreensão do texto normativo não pode ignorar, com base nos parâmetros constitucionais, os vínculos e as relações de afeto que mantêm os integrantes de uniões homoafetivas. Se é certo que a Carta Maior prevê, de modo expreso, em seu art. 226, o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) como entidades familiares, não se pode afirmar que o conjunto de suas normas permite excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas no mesmo suporte fático: (i) auto-determinação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável, a fim de alcançar objetivos comuns.²⁵⁷

A união entre pessoas do mesmo sexo encontra-se, pois, protegida no Direito brasileiro como família, não obstante se tratar de entidade familiar implícita. “Por tudo, vê-se que a compreensão acerca da família contemporânea vai além do casamento, da união estável e da monoparentalidade, pois, absorvidas as transformações sócio-culturais, proteger também àqueles segmentos fundados no afeto.”²⁵⁸ O reconhecimento da entidade familiar depende, de modo geral, apenas da existência de afetividade e, neste caso, de conjugalidade, esta expressa no ânimo de vida em comum entre os pares.

As uniões homossexuais são uniões fundadas no afeto entre seus integrantes. Deixando de lado qualquer preconceito existente, não há como se negar a existência de afeto e solidariedade entre o casal formado por pessoas do mesmo sexo. A ausência da diversidade não impede a afetividade. Assim duas pessoas unidas com objetivo de constituir publicamente família, e de prover aos indivíduos assistência moral, afetiva e patrimonial, com os atributos da fidelidade e lealdade, são uma entidade familiar, sejam do mesmo sexo ou não. A geração de filhos não é mais um dos objetivos, mas pode ser uma das conseqüências, inclusive para casais do mesmo sexo, já que

²⁵⁷BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Disponível em: <www.conjur.com.br/pdf/ADPF132_parecerAGU.pdf>. Acesso em: 28 novembro 2008.

²⁵⁸BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conflito negativo de competência. 1. Ação nominada de sociedade de fato. Irrelevância. Fundamento da pretensão centrado na união homoafetiva. Pleito de meação. 2. Entidade familiar. Relação fundada na afetividade. 3. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. 4. Possível analogia com a união estável. 5. Competência da vara da família. Acolhimento do conflito. Acórdão em Conflito de Competência n. 2008.030289-8. Suscitante Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Lages e Suscitado Juiz de Direito da Vara da Família, Infância e Órgãos e Juventude e Sucessões da Comarca de Lages. Relator Juiz Henry Petry Junior. 20 de outubro de 2008.

a filiação pode ser socioafetiva ou decorrente da adoção, e não somente biológica.²⁵⁹

Logo, a abordagem da temática não reside mais no sentido de pleitear a tutela jurídica do Estado às relações homossexuais, porque isso já se encontra assegurado. O objetivo, assim, é pela não discriminação aos homossexuais, para que seja declarada a existência da relação entre pessoas do mesmo sexo nos casos concretos, tal qual ocorre com os relacionamentos heterossexuais. Em verdade, o legislador se manifestou nesse aspecto quando da aprovação do texto da Lei Maria da Penha não deixando dúvidas quanto ao reconhecimento da relação homossexual como entidade familiar, ao dispor no art. 5º da referida Lei:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

A ausência de regulamentação específica não se mostra empecilho. Aliás, diante da abertura do art. 226 da Constituição Federal, impossível exigir-se do Legislador que regule todas as formações familiares que surgirem. Ademais, a união entre pessoas do mesmo sexo não restou proibida pelo Constituinte, inclusive em atenção ao princípio da igualdade – que perpassa pela não-discriminação por orientação sexual. A tutela de direitos não depende do excesso de positividade, bastando muitas vezes a aplicação de princípios para solução da lide.

Considerando, pois, que as relações afetivas, sejam homo ou heterossexuais, são baseadas no mesmo suporte fático, razão não há – sob pena de discriminação – para se atribuir às mesmas tratamento jurídico diferenciado.

Como inarredável pressuposto para o desenvolvimento da personalidade humana – valor maior tutelado pela Constituição Federal –, é mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente limitação – ainda que potencial – ao pleno exercício da liberdade que possui todo ser humano no exercício da plenitude de sua orientação sexual.

[...]

A perseguição do bem comum, positivada na Constituição como valor fundamental, obriga o operador do Direito a tratar com equivalência as

²⁵⁹NAHAS, Luciana Fáisca. **União Homossexual: proteção constitucional**, p.136.

situações fáticas iguais. Não há esforço hermenêutico, destituído de preconceito, capaz de encontrar justificativa plausível para oferecer solução jurídica que trate de modo diferenciado os integrantes de uniões homoafetivas. Induvidosamente, constituem *família*.²⁶⁰

A análise jurisprudencial, principalmente nos Tribunais Superiores, permite concluir que ainda prevalece o entendimento de que o relacionamento homossexual constitui sociedade de fato. No entanto, a complexidade desses relacionamentos e o aumento de demandas no Judiciário têm fomentado o debate e levado à gradativa mudança no posicionamento, com a tendência para seu reconhecimento como entidade familiar, em especial com aplicação analógica da legislação inerente à união estável, enquanto inexistente disciplina específica no espectro infraconstitucional.

Atualmente, os julgados apresentam em sua maioria uma análise superficial, no sentido de não adentrarem no cerne da discussão constitucional, reduzindo o debate à questão econômica entre os pares. Essa restrição de tutela não corresponde à efetivação do princípio da dignidade, pois conferir o *status* de família a uma situação traz inúmeras outras implicações, além dos efeitos meramente patrimoniais. Reduzir os vínculos familiares aos assuntos financeiros tocantes a seus membros afronta nitidamente os propósitos afetivos de uma união, e retira a proteção jurídica de um ser humano realizar-se como tal.

No plano das conquistas jurídicas, torna-se relevante nominar com o termo *família* as uniões homossexuais, porque a utilização desse signo lingüístico comporta um contexto de valores, sentimentos e emoções que firmam referência presentes na realidade concreta, não mais devendo ser ocultado.²⁶¹

Para além de todos os direitos contemplados na esfera administrativa, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar importa que os litígios tramitem perante a Vara de Família, ao invés de Vara Cível. O processamento do feito perante a Vara especializada possui conseqüência de suma importância quando a lide envolve questões sentimentais, como as familiares, de modo que é a tramitação dos autos em segredo de justiça, por exemplo, faz-se necessária para salvaguardar a intimidade dos envolvidos.

Sobre a importância do segredo de justiça nas ações envolvendo união entre pessoas do mesmo sexo, salientou o Procurador de Justiça Tycho Brahe Fernandes:

Os processos envolvendo os direitos de família se processam sob o manto do

²⁶⁰BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Disponível em: <www.conjur.com.br/pdf/ADPF132_parecerAGU.pdf>. Acesso em: 28 novembro 2008.

²⁶¹MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 162.

segredo de justiça, evitando que o escárnio de uma sociedade preconceituosa recaia sobre postulantes de pretensões, como a que deu origem ao presente conflito, caso o feito venha a ser julgado em vara cível, sem a proteção do necessário segredo.

Tenho firme convicção que, com a repetição de pedidos dessa natureza, os julgadores, sensíveis da realidade social, não de reconhecer que a competência para a apreciação destes feitos é das Varas de Família, não havendo razão para que sejam remetidos para a vala comum dos processos cíveis.

Aqueles postulantes que receberem a tutela jurisdicional sem o amparo do segredo assegurado pela legislação de família correrão o risco de ter sua vida privada aberta à curiosidade e maledicência alheias, numa violação aos princípios constitucionais da inviolabilidade à intimidade e à vida privada, expressamente consagrados no inciso X do artigo 5º da Constituição da República.²⁶²

Outrossim, os efeitos do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo não se restringem a questões próprias do Direito de Família e das Sucessões, mas abrange outras áreas do Direito, como o Eleitoral. Valendo-se dessa premissa, o Tribunal Superior Eleitoral, através do Recurso Especial Eleitoral n. 24.564, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, entendeu pela inelegibilidade de candidata cuja parceira era prefeita (reeleita, inclusive) do município à época:

Em todas essas situações – concubinato, união estável, casamento e parentesco – está presente, pelo menos em tese, forte vínculo, capaz de unir pessoas em torno de interesses políticos comuns. Por essa razão, sujeitam-se à regra constitucional do art. 14, §7º, da Constituição Federal.

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

Assim, entendo que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil Alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da Constituição Federal.²⁶³

No entanto, a abordagem do assunto pelo viés constitucional permite apenas o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e, portanto, submetida ao ordenamento do Direito de Família. A questão que se coloca,

²⁶²BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conflito negativo de competência. 1. Ação nominada de sociedade de fato. Irrelevância. Fundamento da pretensão centrado na união homoafetiva. Pleito de meaço. 2. Entidade familiar. Relação fundada na afetividade. 3. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. 4. Possível analogia com a união estável. 5. Competência da vara da família. Acolhimento do conflito. Acórdão em Conflito de Competência n. 2008.030289-8. Suscitante Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Lages e Suscitado Juiz de Direito da Vara da Família, Infância e Órgãos e Juventude e Sucessões da Comarca de Lages. Relator Juiz Henry Petry Junior. 20 de outubro de 2008

²⁶³BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeita. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. Acórdão em Recurso Especial Eleitoral n. 24564-PA. Recorrentes Procuradoria Regional Eleitoral do Pará, Izaias José Silva Oliveira Neto, Dilermando Júnior Fernandes Lhamas, Luiz Alfredo Amin Fernandes e Recorrida Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes. Relator Ministro Gilmar Mendes. 01 de outubro de 2004.

então, é qual a legislação aplicável no caso concreto para regular esse relacionamento, em seus múltiplos efeitos.

A união estável contém requisito expresso de que se destina a regular união heterossexual, ou seja, invariavelmente entre homem e mulher. Quanto ao casamento, no âmbito infraconstitucional, a diversidade de sexo constitui elemento do instituto (arts. 1.565 e 1.567 do Código Civil, por exemplo).

Poder-se-ia argumentar que a solução seria criar lei específica para tratar da união homossexual. No entanto, essa medida infringiria o princípio da igualdade, ou melhor, da não-discriminação, visto não haver diferença prática substancial entre relacionamento homossexual e heterossexual.

Pode-se afirmar que o cenário atual é de reconhecimento pela Constituição Federal da relação homossexual como família, mas carente de regulamentação, evidenciando a lacuna na lei. Não se pode ignorar que o texto legal contempla o relacionamento heterossexual e, em verdade, não promove a dignidade da pessoa humana porque não realiza a igualdade quando deixa de contemplar direitos homossexuais na legislação infraconstitucional.

No caso da união entre pessoas do mesmo sexo, a ausência de regramento quanto aos efeitos da tutela jurisdicional familiar constitui lacuna legal, o que se verifica “quando a lei é completamente omissa, mas igualmente quando o legislador deixa o assunto a critério do julgador.”²⁶⁴ A lacuna existe na lei, mas não no ordenamento jurídico porque, pelo postulado da plenitude da ordem jurídica, as questões submetidas à apreciação jurídica não podem quedar-se sem resposta, preservando a segurança jurídica, conforme se depreende do art. 126 do 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.

O preenchimento das lacunas na lei ocorre a partir da própria legislação (analogia) ou dos princípios gerais de Direito, procedimento denominado de integração, que orienta na localização (mas não na formulação) das normas jurídicas aplicáveis ao caso.²⁶⁵ Na legislação brasileira, os meios para solução dos casos de omissão legal estão previstos no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657/1942), que dispõe:

²⁶⁴NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 28 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro:Forense, 2007. p. 191.

²⁶⁵Cfe.: *Ibidem*, pp. 191-192.

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.

A analogia consiste em “aplicar, a uma hipótese não-prevista pelo legislador, a solução por ele apresentada para uma outra hipótese fundamentalmente semelhante à não-prevista”.²⁶⁶

É uma técnica a ser empregada somente quando a ordem jurídica não oferece uma regra específica para determinada matéria de fato. Normalmente essas lacunas surgem em razão do desencontro cronológico entre ao avanço social e a correspondente criação de novas regras disciplinadoras. O intervalo de tempo que permanece entre os dois momentos gera espaços vazios na lei. Outras vezes, aparecem em virtude do excesso de abstratividade da norma jurídica que, pretendendo alcançar elevado número de casos, deixa de contemplar diversas situações que, não se acomodando nos esquemas legais, passam a reclamar autonomia e tratamento próprio.²⁶⁷

Considerando a similitude que a união entre pessoas do mesmo sexo guarda com a união estável no que tange à situação fática constituída, as normas atinentes a esta entidade familiar apresentam-se aplicáveis, por analogia, também às uniões homossexuais.

Essa medida, embora paliativa, é satisfatória porque oferece a segurança jurídica necessária aos pares e aos atos por eles realizados. Não obstante, a solução que se apresenta como mais adequada, porque condizente com os princípios constitucionais, estaria na mudança dos textos constitucional e infraconstitucional de sorte a assegurar a homens e mulheres a aplicação das normas de casamento e de união fática, sejam os pares formados por pessoas de mesmo ou de distinto sexo.

Reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, significa realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual se funda a Constituição Federal de 1988 e que está a orientar a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro. E dignidade, neste caso, também está relacionada com a promoção da igualdade de direitos conferidos às relações hetero e homossexuais, o que somente será possível se admitido o princípio da pluralidade familiar, fundado na afetividade.

Conferir a tutela familiar às uniões homossexuais não se restringe à aplicação do Direito de Família – previsto no Código Civil e em legislação esparsa –, porquanto significa colocar a solução de conflito no âmbito familiar. É conferir proteção a direitos personalíssimos, como intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, X, da Constituição Federal), como ocorre quando do trâmite processual em segredo de

²⁶⁶NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*, p.194.

²⁶⁷*Ibidem*, pp.194-195.

justiça ou quando se admite a existência de violência doméstica (física ou psicológica) numa relação homossexual. Implica a possibilidade de um convivente acompanhar o outro em caso de transferência na mesma empresa ou órgão público, ou se fazer presente na condição de acompanhante de um doente internado (por se tratar de casal), dentre tantas outras situações que são comuns aos relacionamentos heterossexuais, mas implicam sérios desgastes psicológicos quando enfrentados por homossexuais. Negar o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar afronta princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, mormente quando vislumbrada sua admissibilidade pelo art. 226 da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que é causa de violência moral pois submete os envolvidos à desnecessária situação de angústia e exposição da vida pessoal.

Por isso, na atualidade, independentemente do modo de convivência de cada família, esta deve propiciar aos seus integrantes os suportes afetivo, cultural, e econômico, com vistas ao desenvolvimento de seus membros. Então, não poderia o Direito se postar como impeditivo desta função da família.

Logo, partindo da premissa de que a Constituição não associa a família apenas a um dos três tipos de agrupamentos expressamente discriminados no art. 226, visto incorporar o aspecto social da instituição e suas diversas facetas, conclui-se que outros tipos diversos de arranjo social podem (e, mais do que isso, devem) receber a mesma proteção jurídica, tal como os relacionamentos homoafetivos ora apresentados.

Como referido, ante a realidade social complexa e dinâmica, a norma constitucional não conseguiria abarcar todas as formas de relações humanas configuradoras do elo familiar. Por isso, uma vez firmada a responsabilidade estatal em favor da proteção à instituição familiar, e sedimentado o Estado brasileiro no primado da dignidade humana (art. 1º, III, Constituição Federal) e na promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos (art. 3º, IV, Constituição Federal), mister não sejam preteridos outros vínculos sociais, ainda que não elencados no rol do art. 226.

Portanto, estes se fazem os principais contornos do tema segundo a Constituição Federal de 1988, documento que definitivamente sublinha a necessidade de se acompanhar a evolução social para que os conflitos familiares sejam evitados ou, caso configurados, possam ser pacificados com harmonia pelos juristas de acordo com as características do tempo e do lugar de que provieram e, sobretudo, com muita sensibilidade.

O despertar da sociedade para este tema oportuniza, por outro lado, que seja introjetada como valor positivo a assunção das responsabilidades de cada um perante todos, pois, apenas assim a noção de família – e é isto que a atual Constituição Federal inscreve no ordenamento nacional – poderá se desenvolver e se alterar conforme a dinâmica social a fim de se justificar como instituto jurídico de construção coletiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família constitui-se a base da sociedade e o reduto íntimo do ser humano, sendo importante elemento de seu desenvolvimento pessoal, inclusive por transmitir ao indivíduo os valores sociais e do pequeno grupo no qual está inserido. A estreita relação entre o Estado brasileiro (e desde antes, já no período colonial) e a Igreja Católica, permeada na cultura social mesmo após a laicização estatal, certamente foi fundamental para que somente se conferisse o *status* familiar às relações pessoais originadas no matrimônio, instituto sacralizado e tido como indissolúvel até a morte pelo catolicismo, em que o sexo entre o casal estava voltado para a procriação, objetivo maior a justificar a união entre um homem e uma mulher.

No entanto, o casamento não é, e nem nunca foi, a única forma de relação de afeto familiar encontrada na realidade social, ainda que as outras tantas formações de relacionamento não contivessem previsão normativa. Em verdade, o ordenamento jurídico remontava à sociedade agrária e patriarcal do século XIX, em que o patrimônio era o bem a ser protegido, demonstrando seu descompasso com as mudanças sociais que imprimiam uma nova realidade fundada no afeto e na valorização do ser humano. Nessa senda, a Constituição Federal de 1988 promoveu verdadeira mudança de paradigma ao adotar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, o que no âmbito da família significou adotar a afetividade como critério para identificação da entidade familiar, e por consequência, admitir a pluralidade familiar, não mais restringindo a família ao modelo único do matrimônio. Coadunou-se o texto constitucional com a realidade social, vez que o sentimento de família não surge da norma, mas de como convivem as pessoas entre si.

Nesse contexto inserem-se, então, as relações entre pessoas do mesmo sexo. Não obstante as concepções com que é vista a homossexualidade - pecado, doença (homossexualismo), critério neutro de diferenciação e construção social. Inegável é que os homossexuais são pessoas que para realização em plenitude de sua orientação sexual se envolvem emocional e sexualmente e, tal qual os heterossexuais, constituem relacionamento fundados no afeto, e pautados pela assistência e respeito mútuos e solidariedade de vida.

O crescimento e consolidação dos movimentos de luta por direitos aos homossexuais, pela não discriminação em razão da orientação sexual e, principalmente,

pela descriminalização da homossexualidade, tem contribuído para derrubar as inúmeras barreiras ainda existentes na sociedade.

No cenário mundial apresentam-se países que penalizam a homossexualidade, outros que toleram mas não reconhecem as uniões homossexuais como família bem como há os países considerados de vanguarda que conferem a tutela familiar às relações homossexuais, alguns poucos permitindo inclusive o casamento. Enquanto isso, no Brasil, o cenário é de pouca movimentação no Legislativo, posicionamentos contrários no Judiciário e certo avanço na seara administrativa, embora neste caso o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar se opere em questões mais pontuais como as relativas a previdência, imigração e sistema habitacional.

Importa perceber que a discussão acerca do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar perpassa pela análise constitucional, posto que o instituto da família ali encontra-se insculpido (art. 226, da Constituição Federal). Por seu turno, a norma deve guardar coerência com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico e com a sociedade em que se insere.

Nesse sentido, o reconhecimento das relações homossexuais no âmbito jurídico concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana através da liberdade de exercício da orientação sexual ao passo em que confere segurança jurídica a esses relacionamentos ensejando a estabilidade da família e contribuindo para o pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Mas a dignidade depende de que haja igualdade na tutela de direitos a todas as pessoas, independente de sua orientação sexual, o que significa que a proteção do Estado se estende a todas as entidades familiares, qualquer que seja sua formação. A igualdade, em verdade, significa não-discriminação, inclusive sexual, razão pela qual não se pode considerar como família apenas aquela constituída por homem e mulher. Pode-se então afirmar que o texto constitucional assegurou a pluralidade familiar, o que se coaduna com o fato de que, embora a Constituição Federal tenha reconhecido expressamente o casamento, a união estável e a comunidade monoparental como família, não excluiu outras formações, admitindo modalidades implícitas que venham a surgir da dinâmica da sociedade.

O fato é que conflitos também ocorrem nas relações homossexuais, os quais por vezes necessitam da prestação jurisdicional para solução e, diante do princípio da inafastabilidade do Judiciário, o Estado-Juiz não pode deixar de se manifestar. Nesse passo é que se opera a divergência entre os operadores do Direito, havendo os que

entendem que a união entre pessoas do mesmo sexo constitui sociedade de fato, e aqueles que sustentam a possibilidade de reconhecimento da união homossexual como entidade familiar, seja por analogia direta com a união estável (civilistas) ou seja por entenderem que o art. 226 da Constituição Federal contém rol aberto e inclusivo (constitucionalistas).

Da análise dos julgados proferidos, principalmente pelos Tribunais Superiores, observa-se que prepondera o entendimento de que o relacionamento homossexual configura sociedade de fato, ocorrendo a divisão dos bens na proporção da contribuição de cada membro. De outro tanto, os crescentes debates têm levado julgadores a perceber a complexidade desses relacionamentos donde nota-se uma crescente tendência ao reconhecimento como entidade familiar – a exemplo do caminho trilhado pela união estável antes da Constituição Federal de 1988.

Outrossim, percebe-se que, embora o fundamento seja a união homossexual enquanto família, pouco se remete a discussão para a seara constitucional, ficando o debate muitas vezes restrito ao aspecto meramente econômico no espectro civilista. Contudo, conferir a tutela familiar às uniões homossexuais não se restringe à aplicação do Direito de Família – previsto no Código Civil e em legislação esparsa –, porquanto significa colocar a solução de conflito no âmbito familiar constitucional.

Ocorre que, consoante dito, a leitura da união homossexual a partir dos princípios constitucionais, permite concluir que o art. 226 da Constituição Federal reconhece essa formação familiar, pois não encerra em si todas as possibilidades de família, mesmo porque impossível exigir do Legislador que preveja e regulamente todas as formações familiares que emergem da sociedade. Assim, a união homossexual trata-se de entidade familiar implícita, por não corresponder a nenhum dos três modelos expressos no texto constitucional, caracterizados pela diversidade de sexo (exceto comunidade monoparental). Assim é que a união entre pessoas do mesmo sexo já se encontra reconhecida como família pela Constituição Federal, no entanto, há lacuna na lei quanto à regulamentação.

Assim é que, valendo-se de procedimento de integração, a regulamentação da união homossexual ocorreria por analogia com a união estável, em razão de ambas decorrerem de situação de fato, ao contrário do casamento que se origina em solenidade. Mas essa medida não realiza em sua plenitude os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e pluralidade familiar, pois exclui os homossexuais da possibilidade do casamento. Somente com a mudança dos textos

constitucional e infraconstitucional a conferir a tutela no âmbito da família aos pares formados por pessoas de mesmo ou de distinto sexo, é que se estará em conformidade com os valores advindos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família: o art. 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.8, n. 39, dez/jan., 2007.

ALVES, Marcelo; ALMEIDA, Cássia. Censo 2007: somos 183.987.291 brasileiros, mostra o IBGE. O Globo. 21 dezembro 2007. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/12/21/327716442.asp>>. Acesso em: 12 novembro 2008.

AQUAVIVA, Marcus Claudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. São Paulo:Jurídica Brasileira, 2004.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2 ed. Rio de Janeiro:LTC, 1981.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. Paradas 2008. Disponível em: <<http://abglt.org.br/port/paradas2008.php>>. Acesso em: 12 novembro 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: **AMICUS CURIAE – Revista do Curso de Direito da UNESC/Universidade do Extremo Sul Catarinense**. ano 3, n. 3, 2006.

BBC BRASIL. Cidade do México aprova união civil gay. 10 novembro 2006. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2006/11/061110_mexicouniaogayr w.shtml>. Acesso em: 11 novembro 2008.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Disponível em: <www.conjur.com.br/pdf/ADPF132_parecerAGU.pdf>. Acesso em: 28 novembro 2008.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 novembro 2008.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 3.701, de 1º de janeiro de 1916 (versão original)

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 01 novembro 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Imigração. Dispõe sobre critérios para concessão de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo. Resolução Normativa n. 77, de 29 janeiro 2008. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/legislacao/resolucoes_normativas/2008/rn_20080129_77.pdf>. Acesso em: 13 novembro 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.thm>. Acesso em: 01 novembro 2008.

BRASIL. Instituto Nacional de Seguridade Social. Estabelece por força judicial procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. Instrução Normativa n. 25, de 07 junho 2000. Disponível em: <www.010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-dc/2000/25.htm>. Acesso em: 12 novembro 2008.

BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.thm>. Acesso em: 01 novembro 2008.

BRASIL. Secretaria de Habitação. Informativo Rede Habitar, n. 98, 2ª semana. ago., 2008. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/secretaria-de-habitacao/noticias/redes/redes-2008/Rede%20Habitar%20no%2098.pdf>>. Acesso em: 15 novembro 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 novembro 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Ação declaratória de união homoafetiva. Princípio da identidade física do juiz. Ofensa não caracterizada ao artigo 132, do CPC. Possibilidade jurídica do pedido. Artigos 1º da lei 9.278/96 e 1.723 e 1.724 do Código Civil. Alegação de lacuna legislativa. Possibilidade de emprego da analogia como método integrativo. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão em Recurso Especial n. 820475-RJ. Recorrente A.C.S. Relator Ministro João Otávio de Noronha. 06 de abril de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Relacionamento mantido entre homossexuais. Sociedade de fato. Dissolução da sociedade. Partilha de bens. Prova. Esforço comum. Entende a jurisprudência desta corte que a união entre pessoas do Mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige A prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Acórdão em Recurso Especial n. 648763-RS. Recorrente E. S. de C. e Recorrido E. C. E. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. 16 de abril de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio Adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de Sociedade de fato com os requisitos

no art. 1363 do c. Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro Que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter Suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano Que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da Omissão do parente, faltando o nexu de causalidade. Art. 159 do C. Civil. Ação possessoria julgada improcedente. Demais questões Prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido. Acórdão em Recurso Especial n. 148897-MG. Recorrente Milton Alves Pedrosa e Recorrido João Batista Prearo. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 06 de abril de 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que questiona os arts. 19, II e V, e 33, I a X e parágrafo único, do Decreto-Lei n. 220/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro) discriminatório em relação aos homossexuais e as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime das uniões estáveis. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator: Min. Carlos Britto. Requerente Governador do Estado do Rio de Janeiro e Requeridos Governador do Estado do Rio de Janeiro, Tribunais de Justiça dos Estados e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 novembro 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Pretendida qualificação de tais uniões como entidades familiares. Doutrina. Alegada inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96. Norma legal derogada pela superveniência do art. 1.723 do novo Código Civil (2002), que não foi objeto de impugnação nesta sede de controle abstrato. Inviabilidade, por tal razão, da ação direta. Impossibilidade jurídica, de outro lado, de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias (cf, art. 226, § 3º, no caso). Doutrina. Jurisprudência (STF). Necessidade, contudo, de se discutir o tema das uniões estáveis homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar: matéria a ser veiculada em sede de ADPF? Decisão monocrática em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.300. Requerente Associação de incentivo à educação e saúde de São Paulo e outros e Requerido Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Celso de Mello. 09 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conflito negativo de competência. 1. Ação nominada de sociedade de fato. Irrelevância. Fundamento da pretensão centrado na união homoafetiva. Pleito de meação. 2. Entidade familiar. Relação fundada na afetividade. 3. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. 4. Possível analogia com a união estável. 5. Competência da vara da família. Acolhimento do conflito. Acórdão em Conflito de Competência n. 2008.030289-8. Suscitante Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Lages e Suscitado Juiz de Direito da Vara da Família, Infância e Órgãos e Juventude e Sucessões da Comarca de Lages. Relator Juiz Henry Petry Junior. 20 de outubro de 2008

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Direito civil. Agravo retido (art. 523 do CPC). Matéria que se confunde com o mérito do recurso de apelação. Relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo. Ação declaratória de reconhecimento de sociedade de fato e meação de bens. Juízo singular que reconheceu a união estável e

dividiu o patrimônio comum. Decisão *ultra petita*. Nulidade parcial da sentença no que tange ao acolhimento do pleito para perfilar a existência de união estável. Ausência de previsão legal nesse sentido. Divisão de bens. Sociedade de fato configurada. Incidência das normas do direito civil comum. Acordo entabulado livremente pelas partes. Validade da divisão dos bens realizada. Direitos disponíveis. Função social da causa. Fatores humanitários e sociais que devem se sobrelevar em relação ao excesso de formalismo. Sentença parcialmente reformada. Agravo retido provido. Recurso de apelação provido. Acórdão em apelação cível n. 2006.046480-0. Apelante R. da R. e Apelado Espólio de C. F. C. Relator Desembargador Marcus Tulio Sartorato. 21 de agosto de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Justificação judicial. Convivência homossexual. Competência. Possibilidade jurídica do pedido. 1. É competente a Justiça Estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais, pois os efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. São competentes as Varas de Família, e também as Câmaras Especializadas em Direito de Família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual, pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que são relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial. 2. É viável juridicamente a justificação pretendida, pois a sua finalidade é comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário. Inteligência do art. 861 do CPC. Recurso conhecido e provido. Acórdão em apelação cível n. 70002355204. Requerente A.J. e Requerido S.M.V. Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 11 de abril de 2001.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. Acórdão em Recurso Especial Eleitoral n. 24564-PA. Recorrentes Procuradoria Regional Eleitoral do Pará, Izaias José Silva Oliveira Neto, Dilermando Júnior Fernandes Lhamas, Luiz Alfredo Amin Fernandes e Recorrida Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes. Relator Ministro Gilmar Mendes. 01 de outubro de 2004.

BRÜNING, Raulino Jacó; MICELI, Mariana Sant'Ana. Processo administrativo e novos direitos. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Coord.). **Novos direitos: conquistas e desafios**. Curitiba: Juruá, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS: Banco de dados. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 13 novembro 2008.

CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares da Constituição Federal. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.9, n. 42, jun./jul., 2007.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Estabelece normas de atuação para psicólogos em relação à questão da orientação sexual. Resolução n. 1, de 22 de março de 1999. Disponível em: <http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao1999_1.pdf> Acesso em: 20 novembro 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 23ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESPANHA. Código Civil, de 24 de julho de 1889. Disponível em: <<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/1T4.htm>>. Acesso em: 11 novembro 2008.

ESPANHA. Lei n. 13, de 1º de julho de 2005. Disponível em: <<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/familia/L13-05.htm>>. Acesso em: 11 novembro 2008.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do Garantismo Jurídico**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

FREEDOM TO MARRY: The gay and non-gay partnership working to win marriage equality nationwide. Disponível em: <www.freedomtomarry.org>. Acesso em: 20 novembro 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de; GUERRA, Leandro dos Santos. Função social da família. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.8, n. 39, dez./jan., 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Contagem 2007. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/contagem.pdf>>. Acesso em: 12 novembro 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil – Direito de família e das sucessões**. 3 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Paulo_Luiz_Netto_Lôbo/Entidades.pdf>. Acesso em: 05 novembro 2008.

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

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 28 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro:Forense, 2007.

NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual: proteção constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

O ESTADO DE SÃO PAULO. 12ª Parada Gay de São Paulo. 23 maio 2008.

Disponível em:

<<http://www.estadao.com.br/interatividade/Multimedia/ShowEspeciais!destaque.action?destaque.idEspeciais=638>>. Acesso em: 11 novembro 2008.

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

UNIÃO EUROPÉIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia: firmada em 07 de dezembro de 2000. Jornal Oficial das Comunidades Européias, 18 dezembro 2000. Disponível em: <www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em: 11 novembro 2008.

URUGUAI. Lei n. 18.246, de 18 de dezembro de 2007. Disponível em:

<http://www.presidencia.gub.uy/_web/leyes/2007/12/CM387_19%2010%202007_00001.PDF>. Acesso em: 13 novembro 2008.

VARGAS, Isabel C.S. **Bullying! O que significa?** Disponível em:

<<http://www.brasilecola.com/sociologia/bullying.htm>>. Acesso em: 14 novembro 2008.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: O novo direito de família**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANEXO A

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁶⁸

O Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão proclamam solenemente, enquanto Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o texto a seguir transcrito.

PREÂMBULO

Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns.

Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção.

A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e das tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local; procura promover um desenvolvimento equilibrado e duradouro e assegura a livre circulação das pessoas, dos bens, dos serviços e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento.

Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a protecção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica.

A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da Comunidade e da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

O gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras.

Assim sendo, a União reconhece os direitos, liberdades e princípios a seguir enunciados.

CAPÍTULO I DIGNIDADE

Artigo 1.o

Dignidade do ser humano

A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.

Artigo 2.o

Direito à vida

1. Todas as pessoas têm direito à vida.

²⁶⁸Versão português-Portugal.

2. Ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado.

Artigo 3.o

Direito à integridade do ser humano

1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.
2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:
 - . o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei,
 - . a proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a selecção das pessoas,
 - . a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro,
 - . a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

Artigo 4.o

Proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes

Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas desumanos ou degradantes.

Artigo 5.o

Proibição da escravidão e do trabalho forçado

1. Ninguém pode ser sujeito a escravidão nem a servidão.
2. Ninguém pode ser constrangido a realizar trabalho forçado ou obrigatório.
3. É proibido o tráfico de seres humanos.

CAPÍTULO II LIBERDADES

Artigo 6.o

Direito à liberdade e à segurança

Todas as pessoas têm direito à liberdade e à segurança.

Artigo 7.o

Respeito pela vida privada e familiar

Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

Artigo 8.o

Protecção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

Artigo 9.o

Direito de contrair casamento e de constituir família

O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

Artigo 10.o

Liberdade de pensamento, de consciência e de religião

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou colectivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. O direito à objecção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

Artigo 11.o

Liberdade de expressão e de informação

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.

2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.

Artigo 12.o

Liberdade de reunião e de associação

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação a todos os níveis, nomeadamente nos domínios político, sindical e cívico, o que implica o direito de, com outrem, fundarem sindicatos e de neles se filiarem para a defesa dos seus interesses.

2. Os partidos políticos ao nível da União contribuem para a expressão da vontade política dos cidadãos da União.

Artigo 13.o

Liberdade das artes e das ciências

As artes e a investigação científica são livres. É respeitada a liberdade académica.

Artigo 14.o

Direito à educação

1. Todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua.

2. Este direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório.

3. São respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas.

Artigo 15.o

Liberdade profissional e direito de trabalhar

1. Todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite.

2. Todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro.

3. Os nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados-Membros têm direito a condições de trabalho equivalentes àquelas de que beneficiam os cidadãos da União.

Artigo 16.o

Liberdade de empresa

É reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Artigo 17.o

Direito de propriedade

1. Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, excepto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral.

2. É protegida a propriedade intelectual.

Artigo 18.o

Direito de asilo

É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 e do Protocolo de 31 de Janeiro de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados, e nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

Artigo 19.o

Protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição

1. São proibidas as expulsões colectivas.

2. Ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes.

CAPÍTULO III

IGUALDADE

Artigo 20.o

Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei.

Artigo 21.o

Não discriminação

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.

Artigo 22.o

Diversidade cultural, religiosa e linguística

A União respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística.

Artigo 23.o

Igualdade entre homens e mulheres

Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração.

O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adoptem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado.

Artigo 24.o

Direitos das crianças

1. As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

2. Todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, excepto se isso for contrário aos seus interesses.

Artigo 25.o

Direitos das pessoas idosas

A União reconhece e respeita o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente e à sua participação na vida social e cultural.

Artigo 26.o

Integração das pessoas com deficiência

A União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade.

CAPÍTULO IV

SOLIDARIEDADE

Artigo 27.o

Direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa

Deve ser garantida aos níveis apropriados, aos trabalhadores ou aos seus representantes, a informação e consulta, em tempo útil, nos casos e nas condições previstos pelo direito comunitário e pelas legislações e práticas nacionais.

Artigo 28.o

Direito de negociação e de acção colectiva

Os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respectivas organizações, têm, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções

colectivas, aos níveis apropriados, bem como de recorrer, em caso de conflito de interesses, a acções colectivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve.

Artigo 29.o

Direito de acesso aos serviços de emprego

Todas as pessoas têm direito de acesso gratuito a um serviço de emprego.

Artigo 30.o

Protecção em caso de despedimento sem justa causa

Todos os trabalhadores têm direito a protecção contra os despedimentos sem justa causa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Artigo 31.o

Condições de trabalho justas e equitativas

1. Todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas.
2. Todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas.

Artigo 32.o

Proibição do trabalho infantil e protecção dos jovens no trabalho

É proibido o trabalho infantil. A idade mínima de admissão ao trabalho não pode ser inferior à idade em que cessa a escolaridade obrigatória, sem prejuízo de disposições mais favoráveis aos jovens e salvo derrogações bem delimitadas.

Os jovens admitidos ao trabalho devem beneficiar de condições de trabalho adaptadas à sua idade e de uma protecção contra a exploração económica e contra todas as actividades susceptíveis de prejudicar a sua segurança, saúde ou desenvolvimento físico, mental, moral ou social, ou ainda de pôr em causa a sua educação.

Artigo 33.o

Vida familiar e vida profissional

1. É assegurada a protecção da família nos planos jurídico, económico e social.
2. A fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, todas as pessoas têm direito a protecção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adopção de um filho.

Artigo 34.o

Segurança social e assistência social

1. A União reconhece e respeita o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais que concedem protecção em casos como a maternidade, doença, acidentes de trabalho, dependência ou velhice, bem como em caso de perda de emprego, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.
2. Todas as pessoas que residam e que se desloquem legalmente no interior da União têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais nos termos do direito comunitário e das legislações e práticas nacionais.
3. A fim de lutar contra a exclusão social e a pobreza, a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Artigo 35.o

Protecção da saúde

Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na

definição e execução de todas as políticas e acções da União, será assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana.

Artigo 36.o

Acesso a serviços de interesse económico geral

A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com o Tratado que institui a Comunidade Europeia, a fim de promover a coesão social e territorial da União.

Artigo 37.o

Protecção do ambiente

Todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de protecção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurá-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável.

Artigo 38.o

Defesa dos consumidores

As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.

CAPÍTULO V CIDADANIA

Artigo 39.o

Direito de eleger e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu

1. Todos os cidadãos da União gozam do direito de eleger e de ser eleitos para o Parlamento Europeu no Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.
2. Os membros do Parlamento Europeu são eleitos por sufrágio universal directo, livre e secreto.

Artigo 40.o

Direito de eleger e de ser eleito nas eleições municipais

Todos os cidadãos da União gozam do direito de eleger e de ser eleitos nas eleições municipais do Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

Artigo 41.o

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - . o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,
 - . o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,
 - . a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Artigo 42.o

Direito de acesso aos documentos

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-Membro, tem direito de acesso aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

Artigo 43.o

Provedor de Justiça

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-Membro, tem o direito de apresentar petições ao Provedor de Justiça da União, respeitantes a casos de má administração na actuação das instituições ou órgãos comunitários, com excepção do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância no exercício das respectivas funções jurisdicionais.

Artigo 44.o

Direito de petição

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-Membro, goza do direito de petição ao Parlamento Europeu.

Artigo 45.o

Liberdade de circulação e de permanência

1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros.
2. Pode ser concedida a liberdade de circulação e de permanência, de acordo com as disposições do Tratado que institui a Comunidade Europeia, aos nacionais de países terceiros que residam legalmente no território de um Estado-Membro.

Artigo 46.o

Protecção diplomática e consular

Todos os cidadãos da União beneficiam, no território de países terceiros em que o Estado-Membro de que são nacionais não se encontre representado, de protecção por parte das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer Estado-Membro, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

CAPÍTULO VI JUSTIÇA

Artigo 47.o

Direito à acção e a um tribunal imparcial

Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal.

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça.

Artigo 48.o

Presunção de inocência e direitos de defesa

1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.
2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa.

Artigo 49.o

Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas

1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou por uma omissão que no momento da sua prática não constituía infracção perante o direito nacional ou o direito internacional. Do mesmo modo, não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi praticada. Se, posteriormente à infracção, a lei previr uma pena mais leve, deve ser essa a pena aplicada.
2. O presente artigo não prejudica a sentença ou a pena a que tenha sido condenada uma pessoa por uma acção ou por uma omissão que no momento da sua prática constituía crime segundo os princípios gerais reconhecidos por todas as nações.
3. As penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção.

Artigo 50.o

Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito
Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei.

CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 51.o

Âmbito de aplicação

1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências.
2. A presente Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos Tratados.

Artigo 52.o

Âmbito dos direitos garantidos

1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.

2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiem nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos.

3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla.

Artigo 53.o

Nível de protecção

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

Artigo 54.o

Proibição do abuso de direito

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de implicar qualquer direito de exercer actividades ou praticar actos que visem a destruição dos direitos ou liberdades por ela reconhecidos, ou restrições maiores desses direitos e liberdades que as previstas na presente Carta.

ANEXO B**Espanha: Lei n. 13, de 1º de Julho de 2005**

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite, mediante providencia de 25 de octubre de 2005, el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra esta Ley (BOE núm. 273, de 15-11-2005, p. 37313).

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley.

I

La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja.

Esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución. Será la ley que desarrolle este derecho, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico.

La regulación del matrimonio en el derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales. Su origen radica en el Código Civil francés de 1804, del que innegablemente trae causa el español de 1889. En este contexto, el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo; de hecho, en tal diferencia de sexo se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el derecho del Estado y por el derecho canónico. Por ello, los códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba

que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial.

Pero tampoco en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho.

Esta percepción no sólo se produce en la sociedad española, sino también en ámbitos más amplios, como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

II

La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta.

Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.

Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos

cuantos formalizan sus relaciones de pareja.

En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.

Asimismo, se ha procedido a una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes.

En primer lugar, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes. En virtud de la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil, la acepción jurídica de cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo.

Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales.

Por otra parte, y como resultado de la disposición adicional primera de la presente ley, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo.

Artículo único. Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

El Código Civil se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se añade un segundo párrafo al artículo 44, con la siguiente redacción:

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Dos. El artículo 66 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 66.
Los cónyuges son iguales en derechos y deberes.

Tres. El artículo 67 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 67.
Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.

Cuatro. El primer párrafo del artículo 154 queda redactado en los siguientes términos:

Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores.

Cinco. El primer párrafo del artículo 160 queda redactado en los siguientes términos:

Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

Seis. El párrafo 2.º del artículo 164 queda redactado en los siguientes términos:

2.º Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.

Siete. El apartado 4 del artículo 175 queda redactado en los siguientes términos:

4. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.

Ocho. El apartado 2 del artículo 178 queda redactado en los siguientes términos:

2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:

1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

Nueve. El párrafo segundo del artículo 637 queda redactado en los siguientes términos:

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.

Diez. El artículo 1.323 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 1.323.

Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

Once. El artículo 1.344 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 1.344.

Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella.

Doce. El artículo 1.348 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 1.348.

Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital de uno u otro cónyuge, según a quien pertenezca el crédito.

Trece. El artículo 1.351 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 1.351.

Las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales.

Catorce. El artículo 1.361 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 1.361.

Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges.

Quince. El párrafo 2.º del artículo 1.365 queda redactado en los siguientes términos:

2.º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.

Dieciséis. El artículo 1.404 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 1.404.

Hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos.

Diecisiete. El artículo 1.458 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 1.458.

Los cónyuges podrán venderse bienes recíprocamente.

Disposición adicional primera. Aplicación en el ordenamiento.

Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes.

Disposición adicional segunda. Modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

Uno. El artículo 46 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 46.

La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece

especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. Cuantos hechos afectan a la patria potestad, salvo la muerte de los progenitores, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos.

Dos. El artículo 48 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 48.

La filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento.

Tres. El artículo 53 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 53.

Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la Ley ampara frente a todos.

Disposición final primera. Título competencial.

Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el artículo 149.1.8.^a de la Constitución española sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y de las normas aprobadas por éstas en desarrollo de sus competencias en Derecho Civil.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Valencia, 1 de julio de 2005.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

ANEXO C**Projeto de Lei n. 2.279/2003 (Dep. Elimar Máximo Damasceno)**

Torna contravenção penal o beijo lascivo entre pessoas do mesmo sexo em público.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei torna contravenção penal o beijo lascivo entre pessoas do mesmo sexo, em público.

Art. 2º O Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941 – Lei das Contravenções Penais, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte Parágrafo único ao artigo 61:

Art. 61.....
Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem trocar beijos, ou praticar atos lascivos, com pessoa do mesmo sexo em lugar público, ou aberto ou exposto ao público.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

Constitui fato gravoso que causa constrangimento e desafia a moralidade pública a prática, por parte de pessoas do mesmo sexo, de atos que, mesmo praticados por pessoas de sexos diferentes, não deveriam ser realizados em público.

Aliás que motivos podem levar certas pessoas, ou namorados não do mesmo sexo, a praticar tais fatos em público?

Que dizer, então, quando tais fatos são praticados por pessoas do mesmo sexo, na frente de crianças, em *shopping centers*, na frente de clientes que se escandalizam?

Deste modo, cremos que esta conduta deve ser típica, a fim de que os comerciantes, ou outras pessoas que se sentirem prejudicadas, possam impedi-la.

Pelo exposto, contamos com a aprovação dos ilustres pares para esta proposta.

ANEXO D**Projeto de Lei n. 5.816/2005 (Dep. Elimar Máximo Damasceno)**

Acrescenta o § 3º ao art. 13 da Lei nº 4.119, de 27 de agosto de 1962, para dar competência aos psicólogos para auxílio e suporte psicológico às pessoas que voluntariamente deixarem a homossexualidade.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. O art. 13 da Lei n.º 4.119, de 27 de agosto de 1962, passa a vigorar acrescido do §3º, nos seguintes termos:

§3º O auxílio e suporte psicológicos às pessoas que voluntariamente deixarem o homossexualismo se inserem no âmbito de competência dos psicólogos devidamente habilitados junto aos respectivos conselhos profissionais.

Art.2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Os problemas que envolvem a questão da sexualidade no Brasil ainda padecem de certo grau de preconceito e são alvos de processos discriminatórios. Nesse contexto, a questão do homossexualismo tem sido objeto de estudos e debates, não se chegando a consensos, existindo opiniões que classificam as práticas homoeróticas ora como sintoma de alguma disfunção sexual, ora como expressão da liberdade de opção racionalmente adotada por determinados indivíduos. Além desses enfoques, ainda existem as concepções de cunho religioso que permeiam certos posicionamentos de alguns grupos sociais que devem ser respeitados, valorizando-se os diferentes modos de subjetividade, visando à inclusão social.

Todavia, alguns indivíduos afeitos a tais práticas podem, em alguma fase da vida, desejar abandoná-las. Para atingir tal objetivo, podem utilizar diversos meios, inclusive o acompanhamento psicológico, devendo o acesso a este ser-lhes assegurado.

Apesar da reconhecida importância do auxílio psicológico em tais casos, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução CFP n.º 001/99, de 22 de março de 1999, proibindo os psicólogos de colaborarem “com eventos e serviços que proponham tratamento e cura da homossexualidade”, nos termos do disposto no art. 3º, parágrafo único, da citada norma.

Entendo ser tal norma limitadora, de forma indevida, dos direitos dos psicólogos elencados na Lei 4.119/62, contradizendo os seus próprios Princípios Fundamentais, dentre outros, onde se lê: Inciso II- “O Psicólogo trabalhará visando promover o bem-estar do indivíduo e da comunidade, bem como a descoberta de métodos e práticas que possibilitem a consecução desse objetivo” ; e no Inciso V- “O Psicólogo estará a par dos estudos e pesquisas mais atuais de sua área, contribuirá pessoalmente para o progresso da ciência psicológica e será um estudioso das ciências afins.”

Em face disso, considero ser de bom alvitre que a citada lei estipule expressamente o direito dos psicólogos de colaborar, auxiliar e dar suporte psicológico às pessoas que desejarem deixar a homossexualidade e buscarem voluntariamente apoio profissional. Considero, ainda, ser direito humano dos que estão homossexuais, o acesso a esse tipo de auxílio psicológico, caso assim o desejem, pois só desta maneira será assegurado o respeito às diferenças no contexto dos diversos modos de subjetividade e da inclusão social.

Dessa forma, solicito o apoio dos nobres Deputados no sentido da aprovação do presente Projeto de Lei.

ANEXO E**Projeto de Lei n. 6.297/2005 (Dep. Maurício Rands)**

Acresce um parágrafo ao artigo 16 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e acresce uma alínea ao inciso I do art. 217 da Lei n. 8.112, de 11 de novembro de 1990, para incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro homossexual do segurado e a companheira homossexual da segurada do INSS e o companheiro homossexual do servidor e a companheira homossexual da servidora pública civil da União.

O Congresso Nacional decreta:

Art, 1º. Esta lei inclui na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro homossexual do segurado e a companheira homossexual da segurada do Instituto Nacional do Seguro Social e o companheiro homossexual do servidor público civil da União e a companheira homossexual da servidora pública civil da União.

Art. 2º. O art. 16 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescido do seguinte §4º, renumerando-se o atual §4º para §5º:

Art.16.....
 §4º. A Equipara-se à companheira e ao companheiro para os fins desta lei, a pessoa homossexual que mantenha relacionamento estável com o segurado ou com a segurada. (NR)

Art. 3º. O inciso I do art. 217 da Lei n. 8.112, de 11 de novembro de 1990, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea “d”, passando as atuais alíneas “d” e “f” a serem as alíneas “e” e “f”, respectivamente:

Art.217.....
 I.....
 d) o companheiro ou a companheira homossexual designado que comprove relacionamento estável como uma entidade familiar;” (NR)

Art. 4º. Esta lei entre em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A Constituição Federal preceitua no caput de seu art. 5º que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

A existência de casais homossexuais é uma realidade que não pode ser escamoteada pelo Estado. Há. Inclusive, casais de homossexuais que um dos parceiros adotam crianças.

Não existe fundamento, à exceção do recurso ao preconceito filosófico, moral ou religioso, que justifique um integrante de um casal formado por pessoas de sexos opostos poder designar seu dependente o companheiro ou a companheira e um partícipe de um casal do mesmo sexo, não.

Afinal, queiramos ou não, gostemos ou não, as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo e, por conseqüência, a formação de casais homossexuais ocorrem desde que o mundo é mundo.

Respeitar as convicções morais, filosóficas e religiosas do outro é uma via de mão dupla: se quisermos que respeitem as nossas, somos obrigados a respeitar a dos outros.

Ademais, não podemos esquecer a norma do art. 3º, inciso IV da Constituição Federal, segundo a qual: **constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.**

Finalmente, convém ressaltar, que o Município do Recife, por exemplo, já concede esse direito aos servidores públicos municipais e que a jurisprudência dos tribunais vem se cristalizando no sentido de garantir esse direito aos segurados do INSS.

Em sendo assim, conto com o senso de equidade e no discernimento acurado dos meus pares para a aprovação deste projeto de lei, cujo objetivo é de assegurar aos homossexuais a igualdade de tratamento preconizada pela Constituição Federal.

ANEXO F**Projeto de Lei n. 580/2007 (Dep. Clodovil Hernandes)**

Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 — Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Esta Lei altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre a contrato de união homoafetiva.

Art. 2.º Acrescente à Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o seguinte capítulo e respectivo artigo.

Capítulo XVIII-A

Do contrato de união homoafetiva

Art. 839-A. Duas pessoas do mesmo sexo poderão constituir união homoafetiva por meio de contrato em que disponham sobre suas relações patrimoniais.

Parágrafo único. É assegurado, no juízo cível, o segredo de justiça em processos relativos a cláusulas do contrato de união homoafetiva.

Art. 3.º (*omissis*)

Art. 4.º Acrescente ao art. 1790 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o seguinte parágrafo:

Parágrafo único. As disposições desse artigo, aplicam-se, no que couber, aos companheiros homossexuais.

Art. 5.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Por outro lado, seguindo uma tendência mundial de tolerância em relação as diferenças, procura-se com esse projeto atender reivindicação dos grupos homossexuais com vistas a integrá-los no ordenamento jurídico e caminhar para a eliminação de preconceitos em razão da orientação sexual.

Esse projeto tem como antecedente minuta elaborada pelos notáveis familiaristas e professores: Fernando Malheiros F.º (RS), Paulo Lins e Silva (RJ), Roberto Rodrigues Alves (DF), Segismundo Gontijo (JG) e Sérgio Marques da Cruz (SP), a pedido da então Deputada Laura Carneiro, quando Presidente da Comissão de Família e Seguridade Social, para apresentar o Projeto de Lei 309/2007, que foi arquivado na legislatura anterior.

Com a publicação da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 — Código Civil, as sugestões relativas à união perderam quase que totalmente a oportunidade, com exceção do dispositivo que está sendo apresentado com o objetivo de atender ao comando

constitucional. Porém, a parte relativa à união civil homoafetiva continua na agenda política.

Essas são as razões pelo qual conclamo meus Pares a votar pela aprovação desse projeto.

ANEXO G**Projeto de Lei n. 3.323/2008 (Dep. Walter Brito Neto)**

Altera a Lei 8069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, para vedar a adoção por casal do mesmo sexo.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Esta Lei acrescenta parágrafo a Lei 8069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, para vedar a adoção por casais do mesmo sexo.

Art. 2.º Acrescente ao art. 39 da Lei 8069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, o parágrafo seguinte:

Art. 39.....
 § 1º. É vedada a adoção por procuração.
 § 2º. É vedada a adoção por casal do mesmo sexo. (AC)

Art. 3.º Esta lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A luta homoafetiva pelo seu espaço na sociedade vem criando debates e surgindo novos conceitos. A constante transformação do paradigma familiar ainda não conseguiu quebrar os tabus, preconceitos e principalmente entendimentos religiosos e jurídicos que pudessem absorver tal polêmica, no entanto, com objetivo de reforçar o que já está estabelecido no nosso ordenamento jurídico, é que apresento esta proposição.

De acordo com a sociedade e a Constituição Brasileira o modelo de família é constituído por um homem e uma mulher, seja por união estável ou por casamento, a fim de formar uma família. No entanto, os “casais” do mesmo sexo afirmam que para eles o que realmente interessa é o amor de um para com o outro, ao passo de deixar de lado a sistemática da formação familiar.

Neste sentido, dentro do sistema jurídico não existe nenhuma censura, em razão da opção sexual. Por outro lado, existem empecilhos para adoção por parte de casal do mesmo sexo, conforme dispositivos da Constituição Federal e do Código Civil Brasileiro, a saber:

Art. 226 § 3º, da Constituição Federal: “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.”; e

Art.1.622 do Código Civil: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.”

Como se observa, a Constituição acrescenta como entidade familiar, além do casamento civil, a união estável entre homem e mulher. De forma objetiva, o Código Civil de 2002 manteve o texto no qual não permite a adoção por aqueles.

Há de se observar também os dogmas religiosos. É sabido que o Estado é laico, no entanto, não se pode falar que ele é ateu. Hoje, mais de 90% da população brasileira é Cristã, ou seja, além de garantir o direito da minoria temos o dever de respeitar o direito da maioria.

Por outro lado, não podemos esquecer a relação psicológica envolvida diretamente ao adotado, pois há uma grande discussão entre psicólogos e psiquiatras sobre o comportamento dessa criança ao ser inserida em uma família de casal do mesmo sexo. Seria possível responder a tais questionamentos:

- 1.A ausência de referência de ambos os gêneros tornaria confusa a identidade sexual da criança?
- 2.A criança poderia ser alvo de repúdio, chacotas, discriminação no meio que vier a frequentar?
- 3.Diante do tabu da sociedade, muitos “casais” do mesmo sexo não se expõem, dificultando assim a visualização do contexto familiar. Em razão desta situação, a criança absorveria como algo natural chamar os pais do mesmo sexo diferenciando cada um por PAI E MÃE?

Assim, tendo em vista a relevância deste Projeto de Lei para a proteção da família, esperamos contar com o apoio de nossos Pares nesta Casa para a célere aprovação desta proposta.

ANEXO H**Projeto de Lei n. 3.712/2008 (Dep. Maurício Rands)**

Altera o inciso II do art. 35 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, incluindo na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta lei inclui na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física, adequando ainda a redação do inciso II do art. 35 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, aos novos requisitos legais da união estável.

Art. 2º. O inciso II do art. 35 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.35
II – o companheiro ou companheira, homossexual ou não, desde que caracterizada a união estável. (N.R)

Art. 3º. Esta lei entre em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A Constituição Federal preceitua no seu art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

A existência de casais homossexuais é uma realidade que há muito vem sendo reconhecida pelo Estado brasileiro, seja na seara previdenciária, civil ou familiar, inclusive com a possibilidade de adoção, por casais homoafetivos.

Não existe fundamento, à exceção do recurso ao preconceito filosófico, moral ou religioso, que justifique um integrante ou uma integrante de um casal formado por pessoas de sexos opostos não poder designar como seu dependente no imposto de renda das pessoas físicas, para todos os fins legais, o companheiro ou a companheira.

Respeitar as convicções morais, filosóficas e religiosas do outro é uma via de mão dupla: se quisermos que respeitem as nossas, somos obrigados a respeitar a dos outros.

Não podemos esquecer a norma do art. 3º, inciso IV da Constituição

Federal, segundo a qual: constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, já assegura desde o ano 2000, o direito de inscrição como dependente previdenciário, do companheiro do segurado ou da companheira da segurada, conforme Instrução Normativa que se destaca:

INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC nº 25 07 DE JUNHO DE 2000
Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0

A DIRETORIA COLEGIADA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em reunião extraordinária realizada no dia 07 de Junho de 2000, no uso da competência que lhe foi conferida pelo inciso III, do artigo 7º, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria nº 6.247, de 28 de dezembro de 1999, e Considerando a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0;

Considerando a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios, resolve:

Art. 1º - Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.

Art. 2º - A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000.

Art. 3º - A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos:

I declaração de Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

II disposições testamentárias;

III declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);

IV prova de mesmo domicílio;

V prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

VI procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

VII conta bancária conjunta;

VIII registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado;

IX anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

X apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XI ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;

XII escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;

XIII quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Art. 4º - Para a referida comprovação, os documentos enumerados nos incisos I, II, III e IX do artigo anterior, constituem, por si só, prova bastante e suficiente, devendo os demais serem considerados em conjunto de no mínimo três, corroborados, quando necessário, mediante Justificação Administrativa JA.

Art. 5º - A Diretoria de Benefícios e a DATAPREV estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa.

Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.
(...)

Observa-se que a indicação do companheiro ou da companheira como dependente econômico do contribuinte é uma das possibilidades em que o INSS se apóia para a inscrição como dependente previdenciário, o que demonstra a urgência e necessidade de resolução da questão no âmbito da legislação tributária.

Ora, o Congresso Nacional não pode ficar alheio ao reconhecimento formal de direitos que há muito vêm sendo cristalizados pelo Poder Judiciário nos Estados e nos Tribunais Superiores.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que é pioneiro nesses avanços democráticos, em 14 de março de 2001 reconheceu o vínculo homoafetivo como entidade familiar, utilizando-se, analogicamente, da legislação que regula as uniões extramatrimoniais, para reconhecer o direito do parceiro à meação:

(...)
UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados destas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica.
Apelação provida em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (Apelação cível nº 70001388982, 5ª câmara cível do TJRS, relatada pelo Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis)
RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO.
PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 3 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.
PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, de 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.
(...) Apelação Cível nº.7000548812, 7ª. Câmara Cível. TJRS.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido:

(...)
Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 395.904 - RS (2001/0189742-2)
RELATOR: MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA
RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: CARLOS DOS SANTOS DOYLE E OUTROS
RECORRIDO: VITOR HUGO NALÉRIO DULOR
ADVOGADO: FRANCISCO DA ROSA MALACÃO E OUTROS
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

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

1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." In casu, ocorre reinvidicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez.

2 - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes.

3 - A pensão por morte é : "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes." (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251).

4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

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

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico:

"Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2.º."

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

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

9 - Recurso Especial não provido.

...

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2005 (Data do Julgamento)

MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA

Relator

Trata-se, portanto, de uma realidade que não pode ser relegada a segundo plano pelo Estado brasileiro e em especial pelo Congresso Nacional.

Ademais, faz-se necessária a adequação dos requisitos originalmente impostos pelo inciso II do art. 35 da Lei 9.250/95, à nova realidade do instituto legal da união estável, que se modernizou e não mais requer, para sua caracterização, vida em comum por mais de cinco anos ou filho resultante da união.

Tal assertiva já está pacificada, e novos critérios como a publicidade da relação, a continuidade e o objetivo de constituir família estampam as decisões judiciais, a doutrina e a legislação federal recente, a exemplo do novo Código Civil.

Desse modo, conto com o senso de equidade e no discernimento acurado dos meus pares para a aprovação deste projeto de lei, cujo objetivo é de assegurar aos homossexuais a igualdade de tratamento preconizada pela Constituição Federal.