



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO
MONOGRAFIA III

**A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA
NO BRASIL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

ALUNA: LIDIA PORTO MARTINS

RA: 2050368/8

BRASÍLIA, OUTUBRO DE 2009.

**A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA
NO BRASIL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Professor Doutor Roberto
Freitas Filho

ALUNA: LIDIA PORTO MARTINS

RA: 2050368/8

BRASÍLIA, OUTUBRO DE 2009.

I love you without knowing how, or when, or from where. I love you straightforwardly, without complexities or pride. I love you because I know no other way.

...

So close that your hand on my chest is my hand. So close that when you close your eyes I fall asleep (Pablo Neruda).

Dedico este trabalho a meus pais, Valéria e Roberto, cuja corujice desmesurada foi-me essencial em processo tão delicado. Agradeço-lhes pela nossa família, a qual, longe de qualquer tradicionalismo, pauta-se pelo mais profundo amor. Ao Daniel, agradeço a ajuda e incentivo na concepção deste projeto. À Lari, faltam-me palavras e gestos para expressar tamanha gratidão. Devo imensa parcela da conclusão deste estudo a você, que tantas vezes me pôs de pé, dando-me colo e afeto, tornando-se minha irmã do coração. Ao Roberto, agradeço por ter-me guiado com tanta sensibilidade, atenção e paciência. Obrigada pela amizade e por tantos, valiosos e variados conselhos.

RESUMO

No presente estudo, defendo a constitucionalidade da união estável homoafetiva, a partir de interpretação sistemática da Constituição Federal. Valendo-me dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, não-discriminação, igualdade e liberdade, sustento que o art. 226, § 3º, da Carta Magna, seria exemplificativo, permitindo equiparação da união estável heteroafetiva à homoafetiva. Nesse sentido, realizo breve histórico do Direito de Família no Brasil, identificando os elementos caracterizadores do instituto da união estável, bem como as controvérsias a ele relativas. Posiciono-me diante dos principais discursos da sociedade, doutrina e jurisprudência que rejeitam a concessão de cidadania plena a homossexuais, apresentando argumentos jurídicos e sociais pelos quais defendo a extensão de direitos iguais às uniões homoafetivas. Considerado o papel social do Judiciário no desfazimento de estigmas, analiso a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal relativa ao tema, identificando a falácia de determinadas teses e apontando acertos. A partir da evolução do entendimento destas Cortes na última década, concluí que este caminha para estender o instituto da união estável a casais homoafetivos, na esteira dos princípios constitucionais acima identificados.

Palavras-chave: União homoafetiva; constitucionalidade; princípios da dignidade humana, não-discriminação, igualdade e liberdade; afetividade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES E A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO PÁTRIO.....	13
1.1 BREVE HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	13
1.2. INTERPRETAÇÃO DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	16
1.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL	20
1.3.1. A REGULAMENTAÇÃO LEGAL DO INSTITUTO.....	22
1.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
2. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À UNIÃO HOMOAFETIVA: ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	31
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	31
2.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À HOMOSSEXUALIDADE E ÀS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	31
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS.....	36
2.4. PONDERAÇÕES ACERCA DO ATUAL ENTENDIMENTO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA	42
2.5. O SILÊNCIO LEGISLATIVO E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO DESFAZIMENTO DE ESTIGMAS E CONTENÇÃO DE VIOLÊNCIA CONTRA HOMOSSEXUAIS.....	45
2.6. AVANÇOS NAS TRÊS ESFERAS DO PODER PÚBLICO	48
3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RESPEITANTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS	52
3.1 CONSIDERAÇÕES PRIMEIRAS.....	52
3.2 PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	56
3.2.1 RESP Nº 148.897/MG	56
3.2.2 RESP Nº 387.197/SC.....	61
3.2.3 RESP Nº 323.370/RS.....	63
3.2.4 RESP Nº 502.995/RN.....	65

3.2.5 RESP Nº 395.904/RS.....	69
3.2.6 RESP Nº 238.715/RS.....	74
3.2.7 RESP Nº 773.136/RJ.....	78
3.2.8 RESP Nº 648.763/RS.....	79
3.2.9 AG Nº 971.466-AGRG/SP.....	81
3.2.10 RESP Nº 820.475/RJ.....	82
3.3 PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	87
3.3.1 PET Nº 1.984/RS.....	87
3.3.2 RE Nº 406.837.....	89
3.3.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.300-MC/DF.....	90
3.3.4 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 24.564/PA.....	93
4. CONCLUSÃO.....	97
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	101

INTRODUÇÃO

Discutir direitos constitucionais e civis dos homossexuais é, para mim, mais que tema de pesquisa. Quando ingressei na faculdade, não sabia o porquê da opção pelo curso de Direito. Cursadas quase todas as disciplinas do currículo, aquilo que mais me atrai na profissão é a possibilidade de lutar pelo reconhecimento e concretização de direitos de grupos socialmente excluídos. Além de ser contrária a toda forma de discriminação, a ausência de tutela das relações homoafetivas envolve preconceito contra aquilo que julgo mais importante na vida: a liberdade, o amor, o afeto, a família.

Este estudo aborda a possibilidade de reconhecimento constitucional das relações homoafetivas como uniões estáveis no Brasil. Realizo o trabalho sob uma ótica de redefinição do Direito de Família. Isto porque, nas últimas décadas, com a edição da Lei do Divórcio, em 1977, e a promulgação da atual Constituição da República, em 1988, o conceito de família passou por profunda reformulação. Não se pode mais associar a família ao matrimônio, nem tampouco qualificá-la a partir de regras ou previsões constitucionais e infraconstitucionais específicas. Atualmente, o elemento que identifica as diversas famílias não é nem o casamento, nem a existência de prole, nem tampouco a diversidade de sexos dos parceiros. Parto da recente construção doutrinária segundo a qual o elemento característico de toda entidade familiar é o vínculo de afeto (DIAS, 2006). Nesse sentido, defendo a constitucionalidade do reconhecimento de relações homoafetivas como uniões estáveis no Brasil, de modo que possam ser amplamente albergadas pelo Direito de Família.

É importante registrar que, apesar de trabalhar a constitucionalidade da **união estável** homoafetiva, reconheço a constitucionalidade também do **casamento** gay¹. Em suma, não vislumbro diferença entre as uniões hetero e homossexuais capaz de ensejar tratamento diverso a estas ou àquelas.

A meu ver, não cabe ao Estado ditar a forma como as pessoas devem se relacionar, ou indicar quem elas podem amar. Ao Estado Democrático de Direito, compete apenas assegurar devida proteção às famílias diversas que se constituem,

¹ A esse respeito, confira-se a obra *A constitucionalidade do casamento homossexual*, de MEDEIROS (2008).

zelando pelo atendimento dos princípios insertos na Constituição Federal. Assim como os princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade humana embasam a constitucionalidade da união estável homoafetiva, também poderiam fundamentar o reconhecimento do casamento gay. É o que defende JORGE MEDEIROS (2008, 118), autor de *A constitucionalidade do casamento homossexual*:

(...) A importância dos princípios constitucionais em nosso ordenamento gera a desnecessidade de uma regulamentação legislativa específica para que os relacionamentos homossexuais sejam protegidos, na medida em que eles já o são pelos princípios constitucionais. Todavia, toda a proteção principiológica à diferença e à diversidade que permite que o afeto seja reconhecido até o limite da interpretação análoga das regulamentações relativas à união estável parece não se aplicar à questão do casamento, sem que haja, contudo, uma fundamentação adequada para isso. O afeto homossexual passa a ser relevante para o direito, mas com limites que não são impostos ao afeto heterossexual.

Optei, no entanto, por restringir meu objeto de pesquisa às uniões estáveis homoafetivas, pois acredito ser mais viável que um passo seja dado por vez. Hoje, a legislação brasileira não contempla, de modo expresso, a união entre pessoas do mesmo sexo. A jurisprudência ainda majoritária, por seu turno, reconhece tão-somente a existência de sociedade de fato entre homossexuais². Isto é, a maior parte dos órgãos jurídicos brasileiros ainda se recusa a reconhecer vínculo de afeto entre pessoas do mesmo sexo, como se o enquadramento das relações homoafetivas no Direito Obrigacional pudesse encobrir a realidade.

As uniões homoafetivas foram primeiro reconhecidas como sociedades de fato³ em 1998. Reputo inapropriada tal analogia, mas reconheço sua valia, pois, conquanto desconsidere o vínculo afetivo, empresta alguma visibilidade às uniões

² Confira-se, a título meramente exemplificativo, o seguinte precedente:

EMENTA: COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL.

– Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis. Recurso especial conhecido e provido” (RESP nº 323.370, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, Quarta Turma, DJ de 14.3.2005). Nesse sentido: RESP nº 502.995, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma, DJ de 16.5.2005;

³ Segundo definição de Fábio Ulhoa Coelho, sociedade de fato é a "associação de esforços empresariais entre sociedades, para a realização de atividades comuns". No direito de família, é considerada "a sociedade que não se firmou através de formalidade legal. Este tipo de união deu origem ao concubinato. Quando um homem e uma mulher passam a morar juntos eles formaram uma sociedade de fato, que pode ser judicialmente dissolúvel, inclusive com a partilha de bens" (vide <http://www.direitodefamilia.com.br/>).

homossexuais, na medida em que sua existência é contemplada, coisa que, antes de 1998, sequer era atestada. Creio que o próximo passo, mais de uma década depois, seja a extensão do instituto da união estável aos casais homoafetivos, a partir do reconhecimento de tais parcerias como entidades familiares.

Alguns órgãos, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já reconhecem a constitucionalidade da união estável homoafetiva⁴. Atualmente, o tema está em pauta nas mais altas Cortes do país. Quando consolidado o novo entendimento, e vencidos, em parte, o tradicionalismo da instituição e a discriminação social, começará nova luta, aí sim pelo reconhecimento da constitucionalidade do casamento homoafetivo.

Antes de prosseguir, devo esclarecer, ainda, que a noção de *homossexual* aqui tratada engloba lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais⁵.

Este trabalho estrutura-se em torno de três capítulos. No primeiro, realizo breve retrospectiva da regulamentação da instituição “família” no Direito brasileiro e teço considerações acerca do instituto da união estável, inserido no ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988. Apesar de a Carta Magna prever que a união estável seria entre “homem e mulher”, defendo, na contramão de interpretações frias da lei, que as relações entre pessoas do mesmo sexo podem enquadrar-se no instituto previsto pelo constituinte de 1988. Assim, efetuo explanação acerca do instituto da união estável, para que se compreendam os direitos e deveres que entendo extensíveis a casais formados por pessoas do mesmo sexo.

⁴ EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes nº 70.011.120.573, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, DJ de 18.11.2005, *inter plures*).

⁵ Lésbicas são mulheres que sentem atração afetiva e sexual por outras mulheres. Gays são homens que sentem tal atração por outros homens. Bissexuais são aquelas pessoas que se atraem tanto por homens como por mulheres. Travestis são homens que se vestem com trajes tipicamente femininos e, muitas vezes, passam por tratamento hormonal e cirurgias plásticas para adquirir características e formas de mulher. O transsexual é aquele indivíduo cujo sexo biológico é incompatível com o sexo psíquico. Isto é, a pessoa é identificada socialmente como mulher, mas sente-se homem, ou vice-versa. Tal condição é hoje considerada patologia pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e autoriza a realização de cirurgia de transgenitalização (ou mudança de sexo) pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

No segundo capítulo, examino os argumentos controvertidos respeitantes à homossexualidade à extensão do instituto da união estável para casais homossexuais. Demonstro que, conquanto haja autores que reconhecem a constitucionalidade da união estável homoafetiva, há quem ainda entenda que a Constituição Federal não conferiria prerrogativas legais às uniões de pessoas do mesmo sexo. Essa abordagem sustenta que o art. 226, § 3º, do Texto Constitucional, excluiria a possibilidade de reconhecimento de casal homossexual como entidade familiar. Contra esse argumento, posiciono-me no sentido de que o art. 226, § 3º, seria incompleto, ao se referir apenas à união entre *homem e mulher*. Nesse sentido, defendo que os princípios constitucionais da igualdade, dignidade humana e não-discriminação auxiliam a construção de interpretação desse dispositivo, para entendê-lo à união entre *homem e homem*, ou *mulher e mulher*. Sustento que a ausência de lei que preveja a união entre parceiros do mesmo sexo não é motivo para que lhes sejam negados direitos, em razão dos princípios maiores insertos na Constituição Federal.

Parto da noção de que o direito à afetividade é uma das dimensões da dignidade humana. Nos termos da Constituição Federal, não se admite, num Estado Democrático de Direito, nenhuma forma de discriminação (art. 3º, IV)⁶. E dado que existe, na realidade social, mais de uma maneira legítima de as pessoas se unirem, a partir de vínculos de afeto, para constituir vida comum, todos deveriam ser dignos de igual tratamento. Ademais, procuro situar o entendimento do Brasil em face das experiências de outras nações, no que tange à união homossexual.

No terceiro capítulo, analiso a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal relativa ao tema, de modo a compreender a evolução do entendimento na última década. É que, há 10 anos, emprestou-se visibilidade jurídica às uniões homoafetivas pela primeira vez na história constitucional do país, mas tal reconhecimento não as alçou ao *status* de entidade familiar. Foram-lhes reconhecidas prerrogativas afetas ao Direito Obrigacional, na medida em que se considerava impensável reconhecer vínculo de **afeto** entre

⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

homossexuais. Esse entendimento está em plena transformação, e começa a brotar a noção de que parceiros do mesmo sexo devem ser protegidos pelo Direito de Família, na medida em que tais uniões são dotadas de todas as características intrínsecas às famílias “tradicionais”, ou estruturadas a partir de núcleo heterossexual.

Os precedentes do STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio, mereceram exame por se tratar da mais alta instância recursal brasileira, responsável pela guarda da Constituição Federal. Já o Superior Tribunal de Justiça é Corte encarregada da uniformização da jurisprudência infraconstitucional brasileira, o que tornou imprescindível análise de seus precedentes, visto que quase toda a legislação pertinente ao tema é infraconstitucional⁷.

⁷ A princípio, o objetivo era examinar também a jurisprudência dos Tribunais de Justiça da Bahia, do Distrito Federal, do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, mas esta análise mostrou-se impraticável para este trabalho de conclusão de curso. A opção inicial por analisar a jurisprudência destes Tribunais de Justiça não foi aleatória. Há, na Bahia, grande movimento social organizado em prol dos direitos dos homossexuais. É desse estado, aliás, uma das maiores organizações não governamentais brasileiras voltadas à defesa da igualdade – *O Grupo Gay da Bahia*. Já o Distrito Federal é capital do país; ademais, é o local em que me encontro. São do Rio de Janeiro algumas decisões pioneiras no sentido de reconhecer direitos a casais do mesmo sexo. E a ideia de examinar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deveu-se a razões óbvias. É esse o grande tribunal de vanguarda do Brasil – no que tange ao Direito de Família –, no qual já está pacificado o reconhecimento da união estável homossexual, na contramão do entendimento majoritário de todas as outras Cortes do país.

1. AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES E A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO PÁTRIO

1.1 BREVE HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nas últimas três décadas, com a edição da Lei do Divórcio, em 1977, e a promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito de família passou por intensa reformulação.

Embora relações afetivas e amorosas sempre tenham existido além do casamento, até 1988 estas não eram dignas de reconhecimento ou beneficiárias de direitos. Até a edição da atual Carta Magna, o casamento era o único modo de se constituir família legalmente protegida. Isto é, até 20 anos atrás, somente o matrimônio entre homem e mulher férteis, com objetivo de constituir prole e amealhar patrimônio, era considerado família. O casamento, fortemente ancorado em raízes católicas⁸, era eterno, isto é, impassível de dissolução. A única forma de separação era o chamado desquite, que colocava fim aos deveres do casamento (fidelidade, coabitação etc.), mas não punha fim à sociedade conjugal e impedia contração de novas núpcias.

Inobstante a falta de previsão legal, as pessoas não deixavam de se separar e buscar novos relacionamentos, os quais restavam desamparados pelo Direito. Essas relações, chamadas de “concubinárias”, clamavam por regulamentação, em especial quando de sua dissolução. A partir da década de 1960, órgãos jurídicos provocados passaram a reconhecer determinados direitos patrimoniais decorrentes da dissolução dessas uniões, a fim de evitar flagrantes injustiças (DIAS, 2007, 155).

⁸ Quando a Igreja era atrelada ao Estado, somente o casamento religioso era válido. Após, passou-se a reconhecer somente o matrimônio civil, mas, por questões culturais, as pessoas não deixaram de casar na Igreja, de modo que faziam duas celebrações. Passou-se a reconhecer, portanto, o casamento religioso para efeitos civis. Estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) realizado em 2007 revela que, em 1872, 99,72% da população brasileira era considerada católica. Em 1991, esta taxa caiu para 82,24% e, no ano de 2000, para 73,89%. Até 2007, a taxa se havia estabilizado em 73,79%. Mas este retrocesso não implica desapego dos brasileiros à religião. De acordo com o economista Marcelo Néri, responsável pelo estudo, a queda do catolicismo na década de 1990 decorreu do crescimento da religião evangélica, que, em 1991, representava 9% da população do país, tendo crescido para 16,2% em 2000 (dados encontrados na matéria *Proporção de católicos no Brasil pára de cair, diz estudo da FGV*, de 2.5.2007, da agência *Reuters*, disponível no site <http://noticias.uol.com.br/ultnot/2007/05/02/ult1928u4195.jhtm>. Acesso em 15.8.2009).

Passaram a conceder à mulher, por exemplo, “indenização por serviços domésticos prestados”, como forma de evitar o enriquecimento ilícito⁹.

Em razão de pleitos sucessivos, a jurisprudência pátria passou a reconhecer a existência de sociedade de fato entre concubinos, a fim de regular os efeitos patrimoniais decorrentes do término de tais uniões. Isto é, não se reconhecia o concubinato como entidade familiar, em razão de sua suposta imoralidade e contrariedade aos bons costumes, mas entendia-se que, provado o esforço comum para aquisição dos bens amealhados na constância da união, haveria este de ser dividido igualmente, quando do fim da sociedade. Aliás, o STF sumulou esse entendimento em 1964, quando dispôs, por meio da Súmula nº 380, que, “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”.

Em 1977, a Emenda Constitucional nº 9 alterou a redação do art. 175, § 1º, da Constituição de 1969, para permitir a dissolução do casamento¹⁰. A partir dessa permissão, diversas famílias “tradicionais” foram desfeitas e substituídas por novas entidades, sob o manto da legalidade. A possibilidade de contração de novas núpcias, após o divórcio, deu margem ao florescimento de figuras como a do padrasto, madrasta, enteados e irmãos unilaterais. Lares monoparentais – compostos por apenas um dos genitores e seus descendentes – tornaram-se mais corriqueiros. Essas novas famílias, não contempladas na Constituição Federal de 1969, demandavam previsão jurídica que lhes estendesse direitos previstos à família tradicional. Ademais, passou-se a reconhecer que duas pessoas podem se unir de

⁹ Vide, a título exemplificativo, a ementas dos seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: CONCUBINATO. SERVIÇOS DOMESTICOS PRESTADOS PELA CONCUBINA. INDENIZAÇÃO A ELA DEVIDA, POIS QUE TAIS SERVIÇOS SÃO PERFEITAMENTE DESTACAVEIS DO CONCUBINATO EM SI E NEGAR-LHES REMUNERAÇÃO SERIA ACORCOAR O LOCUPLETAMENTO INDEVIDO DO HOMEM COM O TRABALHO DA MULHER. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO (RE nº 102.130, Rel. Min. Soares Munoz, Primeira Turma, j. em 29.4.84, DJ de 25.5.84);

EMENTA: CONCUBINATO. SERVIÇOS PRESTADOS. INDENIZAÇÃO. - São indenizáveis os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro, ainda que decorrentes da própria convivência. Precedentes. Recurso especial conhecido, em parte, e provido (REsp nº 88.524/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. em 16.6.99, DJ de 27.9.99).

¹⁰ Antes da edição da EC nº 9/1977, o § 1º do art. 175 da CF/1969 dispunha ser o casamento indissolúvel. Após a referida emenda, o dispositivo passou a prever: “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. A Constituição Federal de 1988 reduziu o tempo para conversão da separação em divórcio. Hoje, a separação pode ser convertida em divórcio após 1 ano, ou este pode ser direto, desde que haja separação de corpos por período superior a 2 anos. A Proposta de Emenda Constitucional nº 28/2009 busca excluir esses prazos para realização do divórcio.

maneira duradoura, pública e afetiva, com intuito de constituição de vida comum, sem que contraiam núpcias (ainda que não haja impedimento legal para tanto), situação que também necessitava previsão e amparo do Direito de Família, e não mais do Direito Obrigacional.

Hoje, o elemento característico de toda entidade familiar é o vínculo **afetivo** que une seus membros, e não a celebração de casamento, a existência de prole, ou a diversidade de sexos dos parceiros. Aliás, hoje não se pode sequer falar em família, mas antes em *famílias*, pois a instituição se tornou plural¹¹ (DIAS, 2007; FACHIN, 2003). Assim, era necessário que o legislador reconhecesse que o cerne da família já não se atrelava à estabilidade econômica e à reprodução, e sim ao amor e afeto.

Vê-se que, embora o Direito de Família seja considerado ramo do Direito Privado, há forte intervenção estatal no seio da família, porque esta é alicerce do Estado. A partir da Idade Média, a base do Estado passou a ser a família, em termos econômicos. Nessa época, toda a produção vinha da terra; tal produção gerava o sustento da família e, por conseguinte, também a riqueza do Estado. A Revolução Francesa trouxe transformações, de modo que a economia deixou de ser agrária, para se tornar mais industrial. A família passou a ser alicerce do Estado sob o aspecto moral, e não mais econômico. Isto porque a família é espaço no qual se desenvolvem os valores consagrados pelo Estado. Nesse sentido, vale mencionar trecho do voto do eminente Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 397.762/BA (Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 3.6.2008, DJE de 12.9.2008)¹²:

[A família] é locomotiva social, na medida em que voltada para a formação de personalidades individuais que se destinam a uma vida relacional ainda mais ampla, porque desenvolvida no seio de toda a sociedade humana.

(...).

A família [é] espaço usual da mais próxima, topograficamente, e da mais íntima, afetivamente, convivência humana. Depurada expressão e gregarismo doméstico. Com a força, portanto, de transformar

¹¹ Este novo conceito de família encontra-se presente na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que prevê, no art. 5º, III, que “qualquer relação íntima de afeto” constitui família (DIAS, 2007, 158), dispondo, aliás, no parágrafo único, que “as relações pessoais enunciadas neste artigo **independem de orientação sexual**” (grifei).

¹² Neste recurso, discutiu-se possibilidade de reconhecimento de união estável paralela a casamento. A Corte deu provimento ao RE, para negar que a relação adulterina possa configurar união estável, vencido o Ministro Carlos Ayres Britto.

anódinas casas em personalizados “lares” (§ 1º do art. 230). Vale dizer, a família como ambiente de proteção física e aconchego amoroso, a se revelar como a primeira das comunidades humanas. O necessário e particularizado pedaço de chão no mundo. (...).

Consideradas as mudanças ocorridas na realidade social fática, a Constituição Federal de 1988 previu expressamente, no art. 226, §§ 3º e 4º¹³, duas entidades familiares diversas daquela formada a partir do casamento, quais sejam, a união estável e a família monoparental.

1.2. INTERPRETAÇÃO DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A interpretação deste art. 226 é alvo de pelo menos três controvérsias. A primeira consiste em saber se há hierarquia entre a família formada pelo casamento e as entidades previstas nos parágrafos do citado dispositivo. Há corrente no sentido de que “família” seria somente aquela proveniente do matrimônio civil entre homem e mulher. Segundo este entendimento, os institutos da união estável e da monoparentalidade mereceriam proteção jurídica limitada, na medida em que “família” e “entidade familiar” não seriam sequer expressões sinônimas. Nesse sentido, GARCIA (2003, 95, *apud* KROTH, 2007, 100) dispõe que

o constituinte distingue família de entidade familiar, podendo-se abstrair daí que por família entende-se a célula maior da sociedade; e por entidade familiar, a reunião de pessoas não casadas, em situação de estabilidade, e reunião de um genitor com seus filhos, em relação estranha ao casamento.

Mas há outra tese, sustentada por doutrinadores como DIAS (2007) e LÔBO (2002, 3), no sentido de que “há igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade”.

¹³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

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

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

(...).

A segunda controvérsia refere-se à natureza do art. 226, se *numerus clausus* ou *numerus apertus*. O entendimento tradicional é no sentido de que o dispositivo seria taxativo. Assim, a Constituição Federal protegeria tão-somente a união estável e a entidade monoparental, além da família constituída a partir do casamento. Esta posição interpreta o art. 226 de modo gramatical e restritivo, para considerar que apenas a união estável entre homem e mulher, bem como a comunhão de qualquer dos pais e seus filhos, configurariam entidade familiar, pois estes institutos seriam exceção à regra de que a família se inicia pelo casamento civil¹⁴.

A moderna doutrina e jurisprudência defendem ser o art. 226 exemplificativo. Isto porque, apesar dos termos literais expostos na lei, os dispositivos da Constituição Federal não poderiam ser tomados isoladamente. Isto é, emprega-se interpretação sistemática ou teleológica desta, a partir dos fins sociais a que se destina, revelados pelos princípios que consagram, dentre outras prerrogativas, a igualdade, dignidade, liberdade e auto-determinação de todos os cidadãos. Isto é, já que a Constituição prevê, como objetivos maiores da República, a promoção da igualdade de todos, como entender que a mesma Carta Magna cerceia direitos de determinados indivíduos que se organizam a partir de núcleos familiares não descritos no ordenamento jurídico?

Dados esses princípios constitucionais, LÔBO (2001) afirma que o art. 226 seria "cláusula geral de inclusão" de qualquer entidade que preencha os seguintes três requisitos: afetividade, estabilidade e ostensibilidade. O doutrinador (LÔBO, 2001, 5) defende:

No *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu.

Nessa esteira, DIAS (2007, 39-40) aduz que

¹⁴ Entendo que esta interpretação, denegatória de princípios constitucionais, seja incorreta, pois a Constituição Federal 1988 não prevê a união estável e a família monoparental como exceções.

os tipos de entidades familiares explicitados são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. Mas não só nesse limitado universo flagra-se a presença de uma família. (...) Dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade.

Filio-me a tal corrente, no sentido de que a família protegida pelo Estado brasileiro é qualquer entidade que atenda aos requisitos acima apontados, já que não há restrição no *caput* do art. 226 que indique ser a proteção direcionada a esta ou àquela família. Nesse sentido, entendo viável a inclusão de outras entidades no rol do art. 226, o qual julgo inclusivo, e não excludente.

Sustento, na esteira defendida por esses autores, que todas aquelas uniões estáveis e ostensivas que se pautam pelo afeto merecem igual guarda constitucional, a partir de seu reconhecimento como entidades familiares – sejam elas matrimoniais, informais, monoparentais, anaparentais, pluriparentais, paralelas ou homoafetivas¹⁵ (DIAS, 2007, 42-53).

As famílias matrimonial, informal e monoparental estão expressamente previstas na Constituição Federal, sendo as demais fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, a partir da verificação de sucessivos casos concretos.

A família matrimonial é aquela que provém do casamento civil entre homem e mulher (art. 226, § 1º). A informal decorre da união estável (art. 226, § 3º). A entidade monoparental é constituída pelo vínculo entre um dos genitores e sua prole (art. 226, § 4º).

Já a anaparental procede da convivência estreita entre quaisquer pessoas – as quais podem, ou não, possuir laços de sangue – que persigam propósitos de vida conjuntos. DIAS (2007, 47) exemplifica, como entidade familiar anaparental, a hipótese de duas irmãs que vivam juntas. A magistrada defende que, quando da morte de uma delas, o patrimônio por ambas amealhado não deverá ser dividido

¹⁵ Primeiras leituras acerca do tema despertaram-me para a necessidade de compreender essas “novas” entidades familiares, as injustiças por elas enfrentadas e os avanços já percorridos quanto à efetivação de seus direitos. Não poderia pretender defesa das uniões homoafetivas sem vislumbrar essas outras entidades que lutam por visibilidade e reconhecimento de direitos. Isso porque, quando defendo a constitucionalização da união homoafetiva, ou sua identificação como entidade familiar, não pretendo qualificá-la como melhor que outras formas de agregação familiar. Esta compreensão revela-se importante, também, na medida em que revela padrões discriminatórios que se repetem quanto às uniões homoafetivas e permite invocar, para estas, avanços já obtidos em relação a outras famílias.

entre os demais irmãos, e sim entregue, em sua totalidade, à irmã com quem o *de cujus* coabitava,

pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária. **Ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual**, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável (grifei).

Nesse sentido, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça já determinou, no REsp nº 57.606/MG (Rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 11.4.95, DJ de 15.5.95), que o imóvel em que residiam duas irmãs seria bem de família, na medida em que reconheceu a entidade familiar por ambas constituída.

A família pluriparental resulta “da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento (...). A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores”.

A paralela é aquela comumente conhecida por adúlterina. Em que pesem o julgamento e discriminação social que sobre elas recaem, essas uniões podem gerar efeitos e, a partir dos novos conceitos de família, passam a também adquirir *status* de entidade familiar. No julgamento do REsp nº 397.762/BA (Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 3.6.2008, DJE de 12.9.2008), o Supremo Tribunal Federal não reconheceu união estável paralela a matrimônio, por entender que “a proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato”. Nada obstante o entendimento (a meu ver equivocado), vale transcrever trecho do voto vencido do Ministro Carlos Ayres Britto, no qual sustentou, com mestria, que ao Direito não cabe proferir juízo de valor, cabendo-lhe proteger as relações de afeto que se constroem, ainda que à margem de suposta moralidade:

Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a-dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, **sabido que esse órgão chamado coração 'é**

terra que ninguém nunca pisou'. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante o qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. (...) 17. No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o de cujus, então segurado da previdência social. **Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a resolução deste litígio o § 3º do art. 226 da Constituição Federal (grifei).**

Por fim, a família homoafetiva constitui-se a partir da união de pessoas do mesmo sexo. Conquanto grande parte dos civilistas e magistrados brasileiros ainda não reconheça relação de afeto entre homossexuais, este entendimento, que se ancora em preconceito e discriminação ofensores à ordem constitucional, está em plena transformação. Análise da doutrina e jurisprudência pátrias – as quais serão tratadas adiante nos Capítulos 2 e 3 – revela posições controvertidas, embora haja tendência à ampliação do conceito de união estável, para abarcar também essas uniões entre parceiros do mesmo sexo.

A terceira controvérsia referente ao art. 226 reside neste ponto, qual seja, a interpretação conferida ao § 3º, que prevê o instituto da união estável¹⁶.

1.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL

A doutrina e jurisprudência tradicionais conceituam o instituto a partir dos elementos literais dispostos nos arts. 226, § 3º, da Constituição Federal, e 1.723 do Código Civil. Apontam as interpretações literais, em suma, que seria necessária a dualidade de sexos, isto é, que a união se dê entre homem e mulher; que haja convivência pública, contínua e duradoura; e que haja objetivo de constituição de família¹⁷. Entendem, ademais, que a união entre duas pessoas impedidas de casar,

¹⁶ Conquanto a Constituição Federal preveja que a união estável seria entre “homem e mulher”, defendo que as relações homoafetivas podem enquadrar-se no instituto previsto pelo constituinte de 1988. Desse modo, considerações acerca da união estável revelam-se pertinentes, na medida em que permitem entendimento acerca dos direitos e deveres que entendo extensíveis a casais formados por pessoas do mesmo sexo.

¹⁷ Chamo atenção para a subjetividade desses últimos dois requisitos, o que termina por gerar polêmica, quando do reconhecimento da união estável, para fins de proteção judicial. Isto porque os conceitos de público, contínuo e duradouro são subjetivos e a noção de “família” é fluída e mutável no tempo e espaço.

nos termos do art. 1.521 do Código Civil¹⁸, ainda que ostente as características acima descritas, não caracterizaria união estável, em razão daquilo que dispõe o art. 1.727 do Código¹⁹.

Nesse sentido, CZAJKOWSKI (1997) aponta que o reconhecimento de união estável demandaria preenchimento de quatro requisitos necessários, quais sejam, "a dualidade de sexos, o conteúdo mínimo da relação, a estabilidade e a publicidade".

Para BATISTA (2008, 6960), "analisando os dispositivos legais, a partir de 1988, extraem-se os elementos essenciais que tipificam a união estável, que são: (a) dualidade de sexo; (b) inexistência de impedimento legal; (c) convivência duradoura; (c) convivência contínua; e (e) publicidade".

VENOSA, para quem a união estável é sinônimo de concubinato, defende que, além dos requisitos literais do art. 1.723, podem-se considerar ainda outros, como o dever de fidelidade, sem o qual pode "cair por terra a comunhão de vida, de interesses e de sentimentos" (VENOSA, 2002, 55); a habitação comum, em que pese a Súmula nº 383 do Supremo Tribunal Federal²⁰; e a existência de casamento religioso, na medida em que "a bênção religiosa define uma relação de moralidade e respeito que auxilia o julgador para a tipificação de uma união estável" (VENOSA, 2002, 56).

Já a moderna doutrina, bem como a jurisprudência de determinadas Cortes, já começa a interpretar o instituto de modo amplo, sem amarras às previsões literais da Constituição Federal e do Código Civil.

Parte-se da noção de que a afetividade é o principal elemento a caracterizar as entidades familiares, e não o preenchimento de requisitos objetivos traçados por Código Civil que já nasceu ultrapassado. Assim, passa-se a desconsiderar normas e

¹⁸ Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas [esta causa impeditiva não se aplica à união estável na hipótese de a pessoa estar separada de fato ou judicialmente];

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

¹⁹ Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

²⁰ Súmula nº 382: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

elementos limitadores do instituto, a fim de estender o espectro de proteção a uniões não contempladas, ou, ainda, proibidas pelo ordenamento jurídico.

A propósito, DIAS (2007, 45-46) sustenta que “a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana”. Dispõe (2007, 164), ainda, que “com ou sem impedimentos à sua constituição, entidades familiares que se constituem desfocadas do modelo oficial merecem proteção como núcleo integrante da sociedade. Formou-se uma união estável, ainda que seus membros tenham desobedecido às restrições legais”.

1.3.1. A REGULAMENTAÇÃO LEGAL DO INSTITUTO

Embora a união estável esteja contemplada no ordenamento jurídico há apenas duas décadas, é ela anterior ao casamento, tendo sido base para o surgimento deste. De acordo com PIZZOLANTE (1999, 31),

a união estável, surgida antes mesmo do casamento, foi o sustentáculo em que este pôde erguer seus patamares, como a posse o foi para a propriedade. Assim, não se poderia considerar a união estável mera excrescência, vil deturpação da moral, mas sim elemento antropológico necessário à formação social como a conhecemos e à própria criação do instituto do casamento, que passou, não obstante, para alguns, a marginalizá-la. Como fato social que representa, impossível de se evitar ou negar, e como amparo ao surgimento da família, não merecia, por parte de nossa doutrina, a união estável, dentro dos limites da moral que a norteiam, os quais, a bem da verdade, são os mesmos que norteiam o casamento, sendo mais rigorosa sua interpretação, a posição deprimente a que foi relegada ao longo de praticamente 90 anos.

A união estável representa regulamentação do antigo concubinato (SOUZA, 1997, 45). Antes da Constituição de 1998, qualquer relação entre homem e mulher que ostentasse características do matrimônio – como durabilidade, publicidade, comprometimento e projeto de vida comum –, mas não o fosse, era chamada de “concubinária”. A doutrina classificava o concubinato como “puro” e “impuro”. O puro era aquele decorrente de opção dos concubinos pela não-contratação de núpcias, visto que inexistiria impedimento legal para tanto. Já o concubinato impuro era aquela relação que não poderia se converter em casamento, em razão de

impedimentos legais, como incesto e adultério. A princípio, a doutrina e jurisprudência majoritárias entendiam que a união estável somente representaria regulamentação do concubinato puro. Hoje, determinadas Cortes brasileiras já admitem o concubinato impuro como união estável, ao admitir, apesar do que dispõe o art. 1.727 do Código Civil²¹, que pessoa casada pode manter união estável paralela²².

Quando da regulamentação do instituto, muito se questionou acerca do alcance da união estável, a qual poderia passar a ser invocada para qualquer relação sexual, afetuosa ou amorosa, já que a lei não exige que os companheiros vivam sob o mesmo teto. Como diferenciar, por exemplo, o namoro da união estável, para efeito de proteção estatal? A principal diferença entre o namoro e a união estável é o elemento subjetivo referente à intenção das pessoas envolvidas. Diversamente daquilo que ocorre no namoro, busca-se, na união estável, estabelecer vida comum com outrem. As principais diferenças são, portanto, a estabilidade e o intento dos parceiros, bem como sinais indubitáveis de vida familiar e uso comum de patrimônio (GOLDENBERG, 2007).

A previsão do instituto da união estável no texto constitucional de 1988 não garantiu direitos imediatos a companheiros, na medida em que apenas previu, no art. 226, § 3º, que, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

²¹ Art. 1.723. (...)

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

²² Hoje, a jurisprudência pátria começa a reconhecer a possibilidade de união estável de pessoa casada. Isto é, alguns julgados já reconhecem a concomitância de casamento com união estável, nos casos em que homem ou mulher casada mantenha relação extraconjugal. Há diversas hipóteses em que pessoa casada mantém relacionamento duradouro com outrem, de modo que constitui, verdadeiramente, duas famílias. A fim de evitar patentes injustiças, quando da dissolução dessas relações extraconjugais, seja em virtude de separação, seja em decorrência de morte, determinadas Cortes, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, têm reconhecido direitos tanto ao cônjuge quanto ao (à) companheiro(a) sobrevivente. Veja-se, título de exemplo, a seguinte ementa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. Se mesmo não estando separado de fato da esposa, vivia o falecido em união estável com a autora/companheira, entidade familiar perfeitamente caracterizada nos autos, deve ser mantida a procedência da ação que reconheceu a sua existência, paralela ao casamento. A esposa, contudo, tem direito sobre parcela dos bens adquiridos durante a vigência da união estável. RECURSO ADESIVO. Os honorários advocatícios em favor do patrono da autora devem ser fixados em valor que compensa dignamente o combativo trabalho apresentado. Apelação dos réus parcialmente provida. Recurso adesivo da autora provido. (segredo de justiça) (Apelação Cível nº 70.015.693.476, Oitava Câmara Cível, Rel. Min. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 20.7.2006, DJ de 31.7.2006).

O Código Civil tampouco conceituou o instituto, limitando-se a dispor que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. O Código Civil regula os aspectos pessoais e patrimoniais da união estável em apenas quatro dispositivos – arts. 1.723-1.726²³. As seguintes normas também fazem referência ao instituto, ao prever direitos e deveres dos companheiros: art. 1.595; art. 1.618, parágrafo único; art. 1.622; art. 1.631; art. 1.632; art. 1.694; art. 1.775; e art. 1.790²⁴.

²³ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2o As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

²⁴ Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1o O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2o Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

Art. 1.618. (...)

Parágrafo único. A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

É difícil conceituar o que seja união estável, já que a definição passa, necessariamente, por entendimento do que seria “família”, concepção esta que se encontra em plena transformação (DIAS, 2007, 158).

Em razão da eficácia limitada das normas da Constituição e Código Civil que preveem a união estável, o legislativo editou dois diplomas infraconstitucionais, a fim de regulamentar o instituto.

A primeira, Lei nº 8.971/94, previu direito dos companheiros a alimentos e sucessão. Esta lei restringiu o instituto à relação entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas que convivam há mais de cinco anos ou tenham filhos (art. 1º). Incluiu o companheiro no rol de herdeiros legítimos (art. 2º) e previu direito ao usufruto sobre parte dos bens deixados pelo companheiro falecido (art. 2º, I).

Dois anos depois, a Lei nº 9.278/96 ampliou os direitos do companheiro, revogando determinados dispositivos da lei anterior. Deixou de prever prazo de cinco anos de convivência para reconhecimento de união estável²⁵ e passou a acolher também os separados de fato como aptos à constituição de tal relação. Decretou a presunção de condomínio, isto é, a suposição de esforço comum na aquisição de bens na constância da união (art. 5º). Reconheceu possibilidade de assistência material quando do fim da relação (art. 7º), previu direito real de habitação do companheiro (art. 7º, parágrafo único) e determinou a competência das varas de família para resolução de conflitos atinentes ao instituto (art. 9º).

Em 14.8.2007, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 40, a fim de regulamentar “os procedimentos de reconhecimento de união estável no âmbito [daquele Conselho]”.²⁶ Dispõe acerca dos documentos necessários à

²⁵ PEREIRA (2004, 33) defende que, “mesmo com essa revogação, o costume, já consagrado, servirá como referencial à caracterização dessas uniões, ou seja, o prazo de mais ou menos cinco anos será sempre um referencial, ainda que subjetivo, para a busca do delineamento objetivo de tais uniões”. Em que pese tal afirmação, a jurisprudência mais recente tem previsto que haja convivência desimpedida durante pelo menos um ano, quando haja filhos comuns. Em não havendo filhos, tem-se determinado prazo de dois anos, em razão de aplicação analógica da atual Lei de Divórcio (Lei nº 6.515/77), que prevê separação de fato de dois anos para que se peça, diretamente, o divórcio (art. 40).

²⁶ Resolução CNJ nº 40/2007:

Art. 1º Para efeito de reconhecimento e registro de união estável, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, considerar-se-á como entidade familiar a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 2º A comprovação da união estável dar-se-á mediante a apresentação de documento de identidade do dependente e, no mínimo, três dos seguintes instrumentos probantes:

I - justificação judicial;

comprovação da união estável, bem como dos requisitos necessários à concessão de pensão vitalícia e inclusão de companheiro como dependente para efeito de dedução de Imposto de Renda, dentre outras previsões. Note-se que o art. 4º da Resolução aponta que “a união estável será consignada nos assentamentos funcionais do(a) servidor(a) somente se comprovada a inexistência, entre os companheiros, de qualquer impedimento decorrente de outra união”, na contramão da jurisprudência do TJ/RS, a qual reconhece união estável paralela a casamento.

Esta minuciosa regulamentação da união estável – que termina por aproximá-la do casamento – provoca certo estranhamento, na medida em que o instituto, também conhecido como “união livre”, nasceu para atender aos anseios de grande parte da população brasileira, que busca relações estáveis desprovidas da rigidez e formalismo do casamento. A esse respeito, PEREIRA (2004, 48) registra:

-
- II - declaração pública de coabitação feita perante tabelião;
 - III - cópia autenticada de declaração conjunta de imposto de renda;
 - IV - disposições testamentárias;
 - V - certidão de nascimento de filho em comum;
 - VI - certidão/declaração de casamento religioso;
 - VII - comprovação de residência em comum;
 - VIII - comprovação de financiamento de imóvel em conjunto;
 - IX - comprovação de conta bancária conjunta;
 - X - apólice de seguro em que conste o(a) companheiro(a) como beneficiário(a);
 - XI - qualquer outro elemento que, a critério da Administração, se revele hábil para firmar-se convicção quanto à existência da união de fato.
- Art. 3º O(a) servidor(a) deverá apresentar, além do exigido no art 2º, cópia, acompanhada dos originais, dos documentos da(o) companheira(o) a seguir indicados:
- I - cédula de identidade;
 - II - certificado de inscrição no cadastro de pessoas físicas -CPF/MF;
 - III - certidão de nascimento.
- Art. 4º A união estável será consignada nos assentamentos funcionais do(a) servidor(a) somente se comprovada a inexistência, entre os companheiros, de qualquer impedimento decorrente de outra união, mediante a apresentação de:
- I - certidão de casamento contendo a averbação da sentença do divórcio ou da sentença anulatória, se for o caso;
 - II - certidão de óbito do cônjuge, na hipótese de viuvez.
- Art. 5º A pensão vitalícia de que tratam os artigos 185, II, "a" e 217, I, "c", da Lei nº 8.112/90 somente será concedida à(ao) companheira(o) do(a) servidor(a) falecido(a) diante de expressa manifestação de vontade neste sentido, consignada no requerimento inicial de reconhecimento da união estável.
- Art. 6º A inclusão do(a) companheiro(a) como dependente para efeito de Imposto de Renda dependerá de comprovação da união de fato.
- Parágrafo único. Observar-se-á, para efeito da comprovação de que trata o caput deste artigo, três dos requisitos listados no art. 2º desta Resolução.
- Art. 7º A dissolução da união estável deverá ser formalmente comunicada ao Conselho Nacional de Justiça para fins de registro e demais providências que se fizerem necessárias, concernentes aos benefícios e vantagens eventualmente concedidos ao(à) ex-companheiro(a), sob pena de apuração de responsabilidade administrativa.
- Art. 8º Os casos omissos serão resolvidos pelo Secretário-Geral do Conselho Nacional de Justiça.
- Art. 9º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ora, se as pessoas não se casam oficialmente é porque não querem fazê-lo, ainda mais com a possibilidade do divórcio. É de se perguntar então: caso a união estável tenha suas regras estabelecidas pelo Estado, qual alternativa restará à pessoa que não quiser se casar e preferir viver em regime de união estável? Certamente nenhuma, pois esses regulamentos, em geral, tendem sempre a aproximá-la do casamento e, desta maneira, ainda que não se casasse, a pessoa estaria em um instituto idêntico ao do casamento, embora com outro nome. Segundo esse raciocínio, regulamentar a união estável seria praticamente acabar com ela, matá-la em sua essência, que é exatamente não estar preso às regras do casamento. A união estável é um instituto em que os sujeitos desejam um espaço onde possam criar as regras de convivência. Registre-se, então, e podemos perceber a razão, que todas as tentativas de regulamentação da união estável embarram em contradições. É que sua essência, seu cerne, é exatamente não querer intervenção do Estado.

O art. 226 da Constituição Federal dispõe que, sendo a família base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Mas aparenta que o Estado preserva, em verdade, aquela entidade familiar instituída pelo **casamento**, já que o legislador expõe a primazia do casamento como elemento instituidor da família. O que o Estado deveria pretender é a instalação e preservação da paz doméstica, independentemente da família de que se trate.

A propósito, interessante mencionar a experiência legislativa holandesa. Naquele país, as parcerias civis registradas – sejam elas hetero ou homoafetivas – podem ser convertidas em casamento, ao passo que os casamentos também podem ser convertidos em uniões civis. Vê-se que o Estado holandês preserva a liberdade de escolha de seus cidadãos, quanto à forma de organização familiar. Isto é, diversamente do brasileiro, não privilegia o casamento em detrimento da união estável. Há, em suma, atenção à liberdade que cada indivíduo deve possuir para auto-regular sua vida privada, do modo que lhe convém.

Questiono a excessiva interferência do Estado brasileiro em assuntos que dizem com a privacidade e intimidade dos cidadãos. De que interessa, para o Estado, que as pessoas se unam desta ou daqueloutra maneira? Que razão fundamenta o privilégio do casamento em detrimento da união estável senão construção histórico-cultural que já não condiz com a realidade de todos os cidadãos? LOPES (2003, 27) enfrenta esta questão, ao afirmar que “entre os argumentos laicos e críticos não há um que consiga invalidar o princípio de que, entre adultos livres, certas interferências do Estado não podem ser aceitas”.

Há quem entenda que, no Direito de Família, este é paradoxo com o qual se necessita conviver. Nesse sentido, DIAS (2007, 158) defende que, “ao mesmo tempo em que não se quer a intervenção do Estado nas relações mais íntimas, busca-se a sua interferência para lhes dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca”. PEREIRA (2004, 49) complementa, ao prever que, “por um lado, a falta de normas pode ocasionar injustiças, uma vez que da comunhão de vida entre duas pessoas nascem efeitos e conseqüências que merecem, de uma forma ou de outra, regulamentação” (2004, 50). Mas afirma, de outro lado, que seria possível ao Estado conferir proteção às uniões livres, sem regulamentá-las à exaustão:

Não podemos confundir, entretanto, a não-regulamentação das uniões com a não-proteção do Estado a este tipo de união, seu reconhecimento enquanto forma de família e como instituto que tem conseqüências jurídicas. União estável ou união livre, como o próprio nome indica, é aquela livre de regulamentação, registros e controles oficiais. Regulamentá-la seria quase transformá-la em casamento, nos moldes e termos em que o Estado determinar. Essa tendência é, na verdade, uma posição moralista equivocada, pois seria o mesmo que não aceitá-la como outra forma de família. É como se fosse para resgatá-la de algo que não é correto.

Isto é, a maior liberdade deferida às uniões livres não deve implicar, jamais, ausência de proteção estatal.

Embora o casamento e a união estável sejam institutos constitucionalmente equiparados, é patente que o ordenamento infraconstitucional não os iguala, ao menos no que tange aos direitos previstos para um e outro. DIAS (2007, 157-159) defende que mereceriam idêntica proteção, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, sustenta que,

quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter simplesmente tais referências como não escritas. Sempre que o legislador deixa de nominar a união estável frente a prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, devem tais omissões ser tidas por inexistentes, ineficazes e inconstitucionais. Igualmente, em todo texto em que é citado o cônjuge, é necessário ler-se cônjuge ou companheiro.

Já outros civilistas discordam que deva haver identidade de direitos e deveres. GOMES (1992, 38), conquanto considere que “não deixam de ser família

as relações entre concubinos e entre eles e sua prole”, dispõe que “a proteção dispensada à família ilegítima não se deve igualar à que se proporciona à família constituída pelo matrimônio, pois, do contrário, a própria lei estaria a desacreditar o instituto do casamento” (GOMES, 1992, 42).

Concordo com DIAS, no sentido de que os dois institutos mereceriam idêntica proteção. Na prática, não há tal identidade. Além de o legislador constitucional ter explicitado a preferência do Estado pelo matrimônio, ao prever que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º), há nítidas diferenças entre os institutos, no que tange à sucessão.

Aquele que vive em união estável não herda da mesma maneira que o cônjuge sobrevivente. A sucessão do cônjuge está prevista no art. 1.829 do CC²⁷, ao passo que a do companheiro encontra regulamentação no art. 1.790²⁸. Vê-se que o cônjuge sobrevivente possui mais direitos sucessórios que o companheiro sobrevivente. O Estado ainda privilegia o casamento, em detrimento da união estável.

Há cinco diferenças básicas entre a sucessão do cônjuge e a do companheiro, quais sejam: (a) o cônjuge herda nos bens particulares do *de cuius* e o companheiro herda nos bens comuns (isto é, companheiro somente herda nos bens adquiridos onerosamente na constância da união); (b) o cônjuge tem direito a reserva legal de um quarto dos bens, sendo ascendente de todos os descendentes do morto (art. 1.832 do CC)²⁹, prerrogativa que não se estende ao companheiro; (c) o cônjuge somente concorre com descendentes e ascendentes, ao passo que o

²⁷ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

²⁸ Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

²⁹ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, **não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer** (grifei).

companheiro concorre com todos os parentes sucessíveis, e somente faz jus a um terço dos bens; (d) o companheiro não possui direito real de habitação; e (e), em não havendo ascendente e descendente, o cônjuge herda a totalidade dos bens, enquanto o companheiro somente pode herdar os bens comuns, de modo que os particulares destinam-se, em tese, para o Estado (herança vacante).

DIAS (2007, 159) defende, no que tange a tais disparidades, que, “em todas essas hipóteses, a ausência de uniformidade levada a efeito, além de desastrosa, é flagrantemente inconstitucional”.

1.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento moderno, que amplia o conceito de família, defende que o Estado deveria proteger, enquanto base da sociedade, todas as uniões ostensivas e duráveis que se pautem pelo afeto. Nesse sentido, (a) não haveria distinção entre “família” e “entidade familiar”, nem tampouco primazia jurídico-social do casamento, em detrimento da união estável e entidade monoparental, também previstas na Constituição Federal; (b) o art. 226 deveria ser interpretado sistematicamente, de modo a albergar as diversas famílias constituídas no seio da sociedade moderna, tomando-se o rol do dispositivo como *numerus apertus*; (c) e o conceito de união estável não estaria adstrito aos termos frios dos arts. 226 da Constituição Federal e 1.723 do Código Civil, permitindo extensão das prerrogativas previstas em leis esparsas a maior número de entidades familiares.

Em consonância com esta nova posição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de reconhecer, *verbi gratia*, que a união adulterina pode caracterizar união estável, apesar da proibição constante do art. 1.727 do Código Civil, e que relação entre pessoas do mesmo sexo também pode configurá-la, em que pese a omissão legal.

No próximo capítulo, serão analisados os argumentos controvertidos respeitantes à homossexualidade e à extensão do instituto da união estável para casais do mesmo sexo, à luz dos princípios constitucionais da dignidade humana, não-discriminação, igualdade e liberdade.

2. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À UNIÃO HOMOAFETIVA: ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Conquanto haja autores e juristas que reconhecem a constitucionalidade da união estável homoafetiva, a maior parte da doutrina e jurisprudência ainda entende que a Constituição Federal não conferiria prerrogativas legais às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Essa abordagem sustenta, ancorada em pressupostos religiosos e “científicos”, que o art. 226, § 3º, do Texto Constitucional, excluiria a possibilidade de reconhecimento de casal homossexual como entidade familiar, na medida em que a Carta Magna se refere, de modo expresso, apenas às famílias constituídas a partir do matrimônio, da união estável e da comunhão de um dos genitores e sua prole.

Apesar de o Código Civil brasileiro ser recentíssimo, tampouco prevê uniões homoafetivas. Aliás, a maior parte da legislação pátria desconsidera o crescente número de parceiros homossexuais que vivem juntos, de forma pública, contínua e duradoura³⁰.

É necessário compreender os argumentos de fundo que refutam a orientação sexual gay e, por consequência, as uniões homoafetivas. Considero pertinente tal entendimento, na medida em que a marginalização dos homossexuais e a negativa de reconhecimento de direitos iguais são fundados em preconceito e discriminação historicamente construídos.

2.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À HOMOSSEXUALIDADE E ÀS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

³⁰ Em razão do não reconhecimento estatal das uniões homoafetivas, e da consequente falta de registro civil de tais entidades familiares, não se sabe, ao certo, o número de casais homoafetivos que vive, no Brasil, de maneira estável. Organizações voltadas à defesa dos direitos dos homossexuais, como o *Grupo Gay da Bahia*, têm instituído livros de registros de tais uniões. Tais documentos não legalizam as uniões LGBT, mas evidenciam crescente e unido movimento, no sentido de legitimar essas inúmeras famílias que existem à margem da lei. Estimativa da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais aponta que vivem hoje, no Brasil, cerca de 17,9 milhões de homossexuais, ou seja, aproximadamente 10% da população.

Assim como a família é instituição culturalmente criada, a discriminação contra modos de organização familiar não tutelados pela Igreja e pelo Estado também é criação social. Tal compreensão é imperativa para que seja desconstruído o preconceito que, de tão arraigado, já se naturalizou.

No Brasil, a discriminação e preconceito são muitas vezes ignorados ou travestidos de “brincadeira”³¹. É importante encarar a seriedade do fato, pois a luta pelo reconhecimento de direitos a casais homoafetivos pressupõe, conforme defende LOPES (2003, 16-17), o reconhecimento

a) [de] que existem na sociedade grupos estigmatizados; b) que os estigmas são produtos institucionais e históricos e não *cósmicos*; c) que os estigmas podem não ter fundamentos científicos, racionais ou funcionais para a sociedade; d) que as pessoas que pertencem a grupos estigmatizados sofrem a usurpação ou negativa de um bem imaterial (não mercantil e nem mercantilizável), mas básico, que é o respeito e o auto-respeito); e) que a manutenção social dos estigmas é, portanto, uma injustiça, provocando desnecessária dor, sofrimento, violência e desrespeito; f) que os membros de uma sociedade, para ainda continuarem a ser membros desta sociedade, têm direito a que lhes sejam retirados os estigmas aviltantes.

Defendo, nesse sentido, a importância do papel do direito, no sentido de reprimir a violência pública contra homossexuais e auxiliar a desnaturalização do comportamento injurioso que lhes é destinado. Isto porque, conforme será adiante abordado, o silêncio público neste caso não implica imparcialidade, e sim consentimento e convivência para com o preconceito³².

³¹ Reportagem publicada no site <http://www.uol.com.br> em 22.9.2009 e intitulada “Governador do MS xinga Minc por ações ambientais e defesa da maconha” revela que, no Brasil, a homofobia ainda é encarada como brincadeira “sem caráter de ofensa pessoal”. A matéria indica que André Puccinelli, governador do Estado do Mato Grosso do Sul, teria dito que o Ministro do Meio Ambiente Carlos Minc, o qual defende a descriminalização da maconha, seria “viado e fuma maconha”. A reportagem dispõe ainda que “Puccinelli, **em tom de brincadeira**, perguntou se Minc participaria da Meia-Maratona Internacional do Pantanal, marcada para 11 de outubro. 'Eu o alcançaria e estupraria em praça pública', afirmou”. Vê-se, do tom da matéria jornalística, a leveza com que o assunto é tratado.

³² Matéria da autoria de Paulo Lyra (assessor de comunicações da Unidade de HIV/AIDS da Organização de Saúde Pan-americana) e publicada no site da Organização Mundial de Saúde (OMS) retrata o alarmante quadro de homofobia em países da América Latina. Destaca-se, da reportagem, o seguinte trecho:

“While Latin America is best known for machismo, homophobia is a deeplyrooted and closely-associated phenomenon. 'Latin America has more homophobic crimes than any other region', says Brazilian sociologist Luiz Mott. People point fingers, shout names, and throw dirty water at gays in public places. Homosexual men are fired from jobs, expelled from clubs, and barred from churches. A worrying number of cases end in violence. In June 2004, Octavio Acuña Rubio, a psychologist and well-known human rights activist, was stabbed to death in his office in Queretaro, Mexico. In Brazil, it is estimated that 1,960 homosexuals were murdered between 1980 and 2000”.

Os discursos que refutam as uniões homossexuais baseiam-se, em suma, em argumentos “científicos” e religiosos. Ambos assentam-se na premissa básica de que a homossexualidade seria contrária às leis da natureza, na medida em que duas pessoas do mesmo sexo são incapazes de produzir descendentes, bem como de assumir os papéis de “pai” e “mãe” em face de eventuais filhos unilaterais ou adotivos.

No que tange aos argumentos baseados na “ciência”, segundo os quais “o natural é o que existe empiricamente, e o antinatural é o que não se encontra em outras espécies animais”, de forma que as relações homossexuais contrariariam a *finalidade da natureza*, LOPES afirma (2003, 23) que não se sustentam.

É de se notar, primeiro, que os fatos demonstram a existência de relações homossexuais em diversas espécies de mamíferos. Recente estudo realizado pela Universidade da Califórnia afirma que relações homossexuais podem auxiliar a evolução das espécies. Exemplo são os pássaros albatroz, espécie na qual um terço dos casais é formado por fêmeas. Afirmam os cientistas que as lésbicas, por se organizarem em família, teriam vantagem sobre as solteiras, no que tange à criação dos filhotes. Segunda hipótese é a das moscas drosófilas, em que os indivíduos com pouca experiência sexual aprendem a copular com animais do mesmo sexo³³.

Embora interessante o argumento acima exposto, seria de todo desnecessária a verificação de homossexualidade nas demais espécies, para “justificá-la” dentre humanos. Isto porque, em essência, o homem é ser cultural, e não apenas natural. Assim, embora os instintos sexuais sejam naturais, a sexualidade é dado cultural. É que o defende WYLLYS (*apud*. BRASIL TROPICAL, 2009):

Tradução livre:

“Ao mesmo tempo em que a América Latina é bem conhecida pelo machismo, a homofobia é fenômeno fortemente enraizado e com ele relacionado. 'A América Latina possui mais crimes homofóbicos que qualquer outra região', revela o sociólogo brasileiro Luiz Mott. As pessoas apontam dedos, gritam injúrias e jogam água suja em homossexuais em espaços públicos. Homens gays são demitidos de seus empregos, retirados de clubes e barrados em igrejas. Um número preocupante termina em violência. Em junho de 2004, Octavio Acuña Rubio, psicólogo e renomado ativista de direitos humanos, foi esfaqueado até a morte em seu escritório, na cidade de Queretano, no México. No Brasil, estima-se que 1,960 homossexuais foram assassinados no período compreendido entre 1980 e 2000”.

Disponível em http://www.paho.org/Spanish/DD/PIN/AIDS_LINK_Homophobia.pdf

³³ Reportagem publicada na versão eletrônica da *Revista Época* de 17.6.2009 e disponível no site <http://colunas.epoca.globo.com/ofiltro/2009/06/17/confira-as-dez-principais-noticias-do-dia-17-de-junho/>.

Os instintos sexuais são naturais, mas a sexualidade (incluindo, aí, as identidades sexuais) é cultural. Em se tratando de nós, humanos civilizados, pouca coisa em nossa subjetividade (caráter; “alma”; aquilo que nos faz sujeitos) é natural (vem da natureza), pois, ainda na barriga de nossas mães, recebemos o que ele chama de “banho de linguagem”. Desde recém-nascidos, começamos a ser forjados pela cultura. Uma identidade sexual é estruturada de maneira complexa e envolve muitos elementos: desde as experiências de prazer e desprazer na mais terna infância em relação aos pais ou a quem os represente até representações culturais (a maneira como as práticas sexuais aparecem e são qualificadas em tratados científicos; livros religiosos e didáticos; fotos: filmes; propagandas: novelas e etc.), passando por fatores biológicos. A identidade sexual não se confunde necessariamente com a prática sexual. Esta pode ser um componente da identidade sexual, que diz respeito mais a pertencimento; a um “lugar” no mundo.

WYLLYS (*apud*. BRASIL TROPICAL, 2009) cita, como méritos da cultura, a

habitação, educação, hábitos alimentares, meios de comunicação, tecnologias, regras de higiene, modos de festejar, artes e beijo na boca, sim, pois a natureza fez a boca para comer e não para beijar. (...) A instituição “família” (...) também é um fruto da cultura e não da natureza (nunca vi uma cadela de véu e grinalda nem ela ser fiel a um só cão até que a morte os separe; e, se não vi, é porque os cães e cadelas agem conforme a natureza, enquanto mulheres e homens agem conforme a cultura.

O entendimento de WYLLYS parece-me acertado. Concordo que o homem seja, além de ser natural, também social, cultural e mineral. O ser humano possui inúmeras facetas, e é exatamente por ter consciência de si e conseguir atribuir significado ao mundo, por meio das palavras, que transcende, em tantos aspectos, a natureza. Nesse sentido, LOPES (2003, 24) cita a ética e a moral, para também defender que o ser humano não se cinge às regras e determinações da natureza:

A moral e a ética são justamente o campo em que se constroem e se interpretam as condutas humanas independentes das determinações naturais. Os seres humanos valem como pessoas humanas justamente porque são capazes de dar-se fins (a isto se chama autonomia) e só podem dar-se fins em contraste com as regularidades determinantes da natureza.

Nessa esteira, LOPES (2003) aduz, ainda, que o argumento “científico” seria contraditório. Isto porque, ao admitir a existência de indivíduos homossexuais, apesar do dito comportamento “natural”, pressupõe-se que a orientação sexual pode se influenciar por questões sociais e culturais. Ora, nesse sentido, conclui-se que a

heterossexualidade tampouco é determinada por critérios afetos à natureza, de modo que não há falar em orientação natural e antinatural.

Outrossim, a Organização Mundial de Saúde (OMS) deixou de considerar a homossexualidade como patologia em 1993, afirmando que “não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão”, de modo que não há falar em “anormalidade” da orientação sexual gay. A propósito, dispõe VECCHIATTI (2008, 479):

A Organização Mundial de Saúde afirma, desde 1993, que a homossexualidade é uma das livres manifestações da sexualidade humana, sendo assim tão normal quanto a heterossexualidade. Ademais, desde 1999 o nosso Conselho Federal de Psicologia adota expressamente tal posição, tendo proibido os psicólogos de defenderem técnicas de “cura” da homossexualidade pelo simples fato de que não há o que curar. Assim, não há que se considerar a homossexualidade menos digna que a heterossexualidade, visto serem ambas livres manifestações da sexualidade humana, não havendo nenhum problema na homossexualidade da pessoa.

Em 31.7.2009, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) condenou, por unanimidade, a psicóloga Rozângela Alves Justino a censura pública. Esta psicóloga, que há 20 anos trabalha o tema da homossexualidade, é evangélica batista e afirma já ter “curado” centenas de homossexuais, sob fundamento de que “deixar a homossexualidade é um direito humano e constitucional”. A Resolução CFP nº 001/99, que “estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual”, dispõe, em seu art. 3º, que estes “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”. A partir da condenação, a psicóloga não mais poderá fazer referência a tal espécie de tratamento nas sessões de análise realizadas em seu consultório. Embora considere pequena a repreensão imposta a Justino, esta decisão do CFP é inédita.

No que tange aos fundamentos religiosos, no sentido de que a homossexualidade atentaria contra as leis de Deus – que teria criado “Adão e Eva”, e não “Adão e João” –, não pretendo adentrar o mérito de tais crenças. Atenho-me ao fato de que o Brasil é Estado laico e assegura a liberdade de crença (art. 5º,

VI³⁴), de modo que não pode ser guiado ou sequer influenciado por ideologias religiosas.

Nesse sentido, LOPES defende (2003, 24) que, “se a liberdade de crença é inviolável, aqueles que não partilham das convicções religiosas dos outros (mesmo que os outros sejam a maioria) não podem submeter-se a leis cuja razão de ser justifica-se apenas pela crença religiosa”.

Já VECCHIATTI (2008, 487) sustenta que aplicadores do direito não podem imbuir suas decisões e votos com crenças religiosas pessoais, sob pena de ofensa ao princípio da laicidade estatal e da neutralidade do juiz:

(...) A interpretação jurídica jamais pode ser influenciada por religião alguma. A laicidade estatal, que é princípio constitucional, proíbe isso. (...) O magistrado deve aplicar o Direito mesmo que não concorde com o que o ordenamento jurídico dispõe sobre a situação (a neutralidade não impede que o magistrado tenha ideologias próprias, apenas que, no conflito entre sua ideologia e a ideologia normativa, esta última prevaleça). Afinal, o magistrado é um aplicador do Direito (...) que deve se curvar aos ditames do ordenamento jurídico-constitucional, donde, considerando que a interpretação sistemático-teleológica da Constituição Federal demonstra cabalmente que é vedada a negação do casamento civil e da união estável aos casais homoafetivos, em virtude da inequívoca arbitrariedade de tais negativas, deve o magistrado que eventualmente não aceite a homoafetividade se curvar ao Direito e, assim, reconhecer a validade e a eficácia do casamento civil e da união estável quando formados por pessoas do mesmo sexo (...).

Entendo pela inconstitucionalidade desses argumentos estritamente legalistas, “científicos” e religiosos que refutam a concessão de prerrogativas iguais a uniões homoafetivas. Isto porque atentam contra diversos princípios inscritos na Constituição Federal, como o da dignidade da pessoa humana, não-discriminação, liberdade e igualdade.

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS

A moderna doutrina do Direito de Família (DIAS, 2007; FACHIN, 2003; LÔBO, 2008; LOPES, 2003) é uníssona ao defender que o princípio da dignidade humana

³⁴ Art. 5º. (...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...).

dá ampla sustentação às reivindicações por extensão de direitos iguais a homossexuais. Esta reconhece, por conseguinte, que não lhes são negados apenas direitos civis, mas também – e sobretudo – prerrogativas constitucionais fundamentais.

O princípio da dignidade humana relaciona-se com todos os demais princípios constitucionais. Este princípio rege a Constituição Federal e possui força normativa (HESSE, 1991), tendo surgido quando da passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, momento em que o valor protegido pelo Estado deixou de ser a segurança jurídica, para se tornar a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2005). Neste cenário, a metodologia de tomada de decisão deslocou-se da lógica formal (KELSEN, 1998) para o emprego de teorias argumentativas e hermenêuticas tendentes à proteção de direitos fundamentais³⁵.

O ser humano passou a ser cerne da tutela jurídica brasileira a partir desse período pós-Segunda Guerra Mundial. Antes, não se falava sequer em direitos da personalidade, pois somente o patrimônio dos sujeitos era objeto de proteção jurídica. Neste momento, o ser humano passou a ser fim em si mesmo, sendo passível, portanto, de dignidade.

O princípio da dignidade humana pode ser entendido e definido a partir de parâmetros diversos. Para LOPES (2003, 23),

a dignidade da pessoa pode ser bem expressa pela fórmula kantiana: o valor de cada ser humano que não pode ser trocado por nada, não pode ser comprado por nada e não pode ser instrumento de nada. Nenhum ser humano pode ser usado por outro ou pela coletividade e não pode ser usado nem mesmo como um exemplo, como um bode expiatório.

Este princípio está ligado à noção de Direitos Humanos, cuja origem é alvo de controvérsia. Alguns afirmam que seriam aquelas prerrogativas fundamentais naturais atribuídas por Deus. De outro lado, muitos historiadores e filósofos defendem que não se poderia falar em Direitos Humanos até a modernidade

³⁵ A evolução histórica da passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional é por demais extensa e foge ao objeto de estudo deste trabalho. Nesse sentido, basta-nos a informação de que, com tal mudança no eixo do Estado, saímos de uma supremacia da lei para uma supremacia da Constituição, a qual se movimenta em torno de princípios com força normativa que refletem os valores de dada sociedade (CANOTILHO, 1993, e HESSE, 1991).

ocidental. De toda sorte, há marcos, como a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e a proclamação, em 1948, da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, pela Assembléia-Geral da ONU, que revelam a importância do período pós-Segunda Guerra Mundial para o desenvolvimento de estratégias tendentes a

preservar as gerações futuras do flagelo da guerra; proclamar a fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres, assim como das nações, grande e pequenas; em promover o progresso social e instaurar melhores condições de vida numa maior liberdade.

Parto da noção de que o direito à livre orientação sexual e à afetividade é uma das dimensões da dignidade humana. Nos termos da Constituição Federal, não se admite, no Estado Democrático de Direito, nenhuma forma de discriminação (art. 3º, IV)³⁶. Dado que existe, na realidade social, diversas maneiras legítimas de as pessoas se unirem, para constituir vida comum, a partir de vínculos de afeto, todos são dignos de igual tratamento.

Como entender que aos homossexuais é assegurada existência digna, numa sociedade marcada pela discriminação, em que indivíduos aprendem a negar e esconder, tantas vezes de si próprios, imensa parcela de sua identidade? Difícil falar em dignidade de seres humanos cuja forma de sentir e viver é rechaçada pela sociedade e desconsiderada pelos órgãos públicos.

Nesse sentido, HONNETH (1996, 134) defende que o não-reconhecimento de direitos gera violência física e simbólica. A primeira (1996, 129-134) diz respeito “ao impedimento de alguém estar fisicamente seguro no mundo”³⁷. A segunda (1996, 133)

³⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁷ No livro *Crônicas de um gay assumido*, o fundador da Organização Não Governamental *Grupo Gay da Bahia* Luiz Mott revela que o Brasil é campeão mundial de violência contra homossexuais. Em 2008, registraram-se 190 homicídios, estimativa que superou a de 2007, em que foram contabilizados 122 assassinatos deste gênero.

é a negativa de valor a uma forma de ser ou de viver e é ela que está por trás das formas de tratamento degradante e insultuoso a certas pessoas e grupos, pois é ela que promove o desrespeito por formas individuais ou coletivas de viver.

Segundo o autor (1996, 134), “para os indivíduos a experiência desta desvalorização social traz consigo normalmente uma perda de auto-estima, da oportunidade de enxergar-se como seres cujos traços e habilidades devem ser estimados”. Vale notar que HONNETH se refere a três aspectos intrapsíquicos, quais sejam, a auto-imagem, a auto-estima e o auto-respeito, afirmando que o auto-respeito encontra, no direito, forma institucionalizada de proteção.

A propósito, entendo relevante citar o princípio da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da Constituição da República), para tangenciar a dimensão psicológica daqueles que se descobrem homossexuais numa sociedade marcada pela exclusão, preconceito e não-aceitação. A esse respeito, BRASAS (2001, 324 *apud*. LOPES, 2003, 18) sustenta que

a pessoa mais jovem e vulnerável fica condenada ao silêncio e à tortura psicológica e emocional sem que as autoridades levem a cabo nenhuma campanha de conscientização sobre a realidade gay ou lésbica e nem fomentem programas informativos para suas famílias.

LOPES (2003, 18) acrescenta que a

passividade estatal e jurídica mostra o quanto se naturalizou a violência contra este particular grupo de cidadãos: fala-se na defesa das crianças e adolescentes, mas quanto se fez a favor de um grupo que justamente na infância e na adolescência é dos que mais sofre a violência e a degradação? Não há aí um papel para o direito?

O princípio da dignidade humana remete-nos ao princípio constitucional da isonomia, segundo o qual são todos os indivíduos iguais, em direitos e deveres, perante a lei. De acordo com SARLET (2002, 89), o princípio da igualdade

encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser

toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.

A doutrina tem reconhecido que, em determinadas situações, o próprio princípio da isonomia autoriza tratamento desigual, quando se trate de circunstâncias díspares e o Estado aja de modo fundamentado (MELLO, 2003). Desse modo, deve-se indagar acerca das circunstâncias em que tal tratamento diferenciado se pode justificar. *A contrario sensu*, CANOTILHO (1993, 429) defende:

Existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. (...) Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento.

Entendo que, em se tratando da identidade sexual dos indivíduos em questão, tratamento desigual não se justifica, na medida em que o princípio da afetividade, norteador do Direito de Família, autoriza proteção de toda relação duradoura que, com base no afeto, objetive consagração de vida comum. Ademais, a Constituição Federal protege a liberdade de todos os indivíduos, nesta compreendida a liberdade sexual. A propósito, LOPES (2003, 23) defende que, numa ordem democrática, “esta exclusiva discriminação sexual (...) é juridicamente ilícita”.

Nesse sentido, é de se notar que não há falar em “normalidade” e “anormalidade”, quando se trate de amor e orientação sexual. É o que já dispunha KELSEN (2000,65):

(...)

Devemos à moderna investigação psíquica, capaz de penetrar também nas profundezas do inconsciente, a percepção de que a oposição entre o amor homossexual e o heterossexual não é, de modo algum, uma oposição tão crassa quanto se acreditava anteriormente; de que nos abismos do coração humano, sob a camada manifesta da libido heterossexual, dormita também a libido homossexual, e de que, já por essa única razão inexistente aquele abismo a separar os assim chamados normais dos assim chamados anormais, abismo esse que conduz ao indignado desdém dos primeiros pelos últimos e que autorizaria os normais a abominar os

anormais. Uma psicologia e uma caracterologia operando com métodos mais refinados ensinam-nos que é precisamente da consciência de uma propensão contrária à norma que brotam os mais vigorosos impulsos morais.

A cidadania plena implica não só o reconhecimento da igualdade dos indivíduos perante a lei, mas sobretudo a percepção das diferenças e pluralidades inerentes aos seres humanos. Nesse sentido, o reconhecimento de direitos iguais a homossexuais não implica conter ou ignorar as diferentes identidades, e sim reconhecer que estas são irrelevantes para a posição que os indivíduos ocupam na sociedade, enquanto sujeitos de direitos e deveres. A esse respeito, MEDEIROS (2008, 106) sustenta ser imperativo que as diferenças sejam aplaudidas, a fim de que haja “tratamento igualitário (mas não homogeneizante) que respeite a diferença”, na medida em que “não se pode alegar aspectos relacionados à orientação sexual para impedir o acesso a direitos” (2008, 132).

É o que também defende LOPES (2003, 23 e 29):

Nosso sistema jurídico garante e valoriza a pluralidade de formas de vida e de pensamento e não legitima que o Estado patrocine a uniformização, o conformismo e a submissão. (...) Claro, nada disto vale se a concepção de espaço público, direito e política é intolerante, tradicionalista e assimilacionista. Se o que está em jogo é realmente a imposição de homogeneidade (étnica, religiosa, política ou sexual), então a diferença de orientação sexual é tão maléfica quanto outra qualquer e não é de estranhar que durante o regime nazista os homossexuais eram também enviados aos campos de concentração.

Defendo, em suma, que, a partir da transposição valorativa ocorrida no período pós-Segunda Guerra, a qual pôs o ser humano como cerne de toda proteção jurídica, a união estável homoafetiva pode ser entendida como legal e constitucional, embora a legislação positiva não a contemple de modo expresse. Primeiro, porque o Texto Constitucional não a proíbe³⁸. Segundo, porque a Carta Magna é formada por princípios e regras, devendo estas obediência àqueles. Assim, não deve ser interpretada de modo literal, e sim sistemático, de forma que se extraia o sentido de cada disposição, a partir do espírito que a permeia. Ao consagrar, como princípios fundamentais, o da dignidade da pessoa humana, não-discriminação,

³⁸ Art. 5º (...)

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...).

liberdade e igualdade, dentre outros, é inconstitucional interpretação no sentido de que a Constituição teria o propósito de discriminar determinados cidadãos, em razão de sua orientação sexual. É o que será abordado no seguinte tópico.

2.4. PONDERAÇÕES ACERCA DO ATUAL ENTENDIMENTO DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Hoje, apesar de juristas brasileiros não mais poderem negar a existência de parcerias afetivas entre pessoas do mesmo sexo, a doutrina e jurisprudência majoritária não lhes reconhecem direitos devidos. Fundamentam essa negativa de reconhecimento jurisdicional na falta de lei explícita que reconheça tais uniões. Hoje, diversos pedidos de reconhecimento de parcerias homoafetivas à luz do Direito de Família seriam “juridicamente impossíveis”, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil³⁹.

Na prática, diante da aparente lacuna legislativa, a maior parte dos magistrados e Tribunais nacionais tem decidido, desde 1998, que haveria sociedade de fato entre parceiros do mesmo sexo, e não união estável, conforme será esmiuçado no Capítulo 3 deste trabalho.

Vê-se que o Judiciário já reconhece a existência de uniões homoafetivas, mas ainda prefere enquadrá-las no Direito Obrigacional. Isto é, o Direito já não ignora o fato de que casais do mesmo sexo se unem, independentemente de previsão ou chancela estatal, mas juízes e órgãos conservadores recusam-se a reconhecer que tais uniões, à semelhança das heteroafetivas, não são constituídas com mero fim econômico, e sim com propósito afetivo, amoroso, sexual etc.. Este entendimento revela discriminação e atenta contra os princípios constitucionais acima referidos.

Autores tradicionais como VENOSA (2002, 444) sustentam, ancorados na estrita legalidade, que não haveria relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, a ensejar proteção do Direito de Família:

³⁹ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

(...).

(...) No atual estágio legislativo e histórico da nação, a chamada sociedade homoafetiva não pode ganhar *status* de proteção como entidade familiar. A Constituição de 1988 protege expressamente a entidade familiar constituída pelo homem e pela mulher. Para a existência do reconhecimento do companheirismo, portanto, é necessário que não haja impedimento para o casamento. Há países que permitem o casamento de pessoas do mesmo sexo, o que implica reconhecimento dessa união como entidade. Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso país, que se traduza em uma possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexões patrimoniais relativos às sociedades de fato. No entanto, crescem os julgados e os movimentos no sentido de que esses direitos ganhem maior amplitude. Será uma questão de tempo mais ou menos longo para a lei admitir direitos mais ou menos amplos às relações afetivas e duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

Questiono o critério utilizado por VENOSA para afirmar que não haveria “aceitação social majoritária” das uniões homoafetivas no Brasil. Como base em que o autor afirma que o silêncio legislativo refletiria os anseios da maior parte da população brasileira?⁴⁰ E, ainda que assim fosse, o critério adotado pelo autor ignora, por completo, a noção de direitos de minoria, previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário⁴¹.

Posiciono-me no sentido de que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, é incompleto, ao se referir apenas à união entre “homem e mulher”. Nesse sentido, defendo que os princípios constitucionais da dignidade humana, não-discriminação e

⁴⁰ A título exemplificativo, cito as disposições introdutórias da Resolução nº 001/99 do Conselho Federal de Psicologia (“estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual”, as quais podem evidenciar tendência contrária àquela defendida por VENOSA (2002):

“(...

CONSIDERANDO que o psicólogo é um profissional da saúde;

CONSIDERANDO que na prática profissional, independentemente da área em que esteja atuando, o psicólogo é freqüentemente Interpelado por questões ligadas à sexualidade;

CONSIDERANDO que a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade;

CONSIDERANDO que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão;

CONSIDERANDO que há, na sociedade, uma inquietação em torno de práticas sexuais desviantes da norma estabelecida sócio-culturalmente;

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

(...)”.

⁴¹ O art. 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, assinado pelo Brasil, prevê: “Nos estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar a sua própria língua”.

igualdade auxiliam construção de interpretação desse dispositivo, para estendê-lo à relação entre “homem e homem”, ou “mulher e mulher”, até porque a Carta Magna não veda a união de pessoas do mesmo sexo. Entendo que a ausência de previsão das parcerias homossexuais não é motivo para que lhes sejam negados direitos, em razão dos princípios maiores insertos na Constituição Federal. Esta ideia remete à noção de interpretação conforme à Constituição, bem exposta por VECCHIATTI (2008, 473):

Se uma lei possui duas interpretações possíveis, e uma delas é inconstitucional, então é inafastável que seja utilizada apenas a interpretação que seja constitucional, por meio da interpretação extensiva ou da analogia se for preciso, em virtude inclusive da *interpretação conforme a Constituição*. Essa é uma premissa válida mesmo para normas constitucionais, tendo em vista que a doutrina constitucionalista pátria tem entendido que não haveria conflitos efetivos de normas constitucionais originárias, mas meros “conflitos aparentes” passíveis de resolução pelos princípios gerais de hermenêutica (como a interpretação extensiva e a analogia).

Assim, conquanto a Carta Magna não contemple, de modo expresso, as uniões homoafetivas nos conceitos de casamento e união estável, seus dispositivos podem ser integrados. A Constituição não é texto perfeito, acabado e engessado. Sustento que os juízes não devem ser ultra-legalistas, a ponto de interpretá-la de modo a cometer incalculáveis injustiças, indeferindo direitos consagrados em seu próprio Texto. O argumento de que a legislação brasileira não permitiria a união estável ou o casamento entre pessoas do mesmo sexo é inócuo, pois atenta contra todos os princípios que regem a Constituição Federal do país (LOPES, 2003).

Esquecem-se os operadores do direito de que a falta de lei não implica ausência de direito, nem muito menos motivo para que cometam graves injustiças. Isto é, em atenção aos princípios constitucionais da dignidade humana, não-discriminação e igualdade, dentre outros, devem os juízes, no mínimo, equiparar a união homoafetiva à união estável prevista na legislação constitucional e infraconstitucional brasileira. É o que defende DIAS (2007, 45-46):

Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. (...). Reconhecidas as uniões homoafetivas como entidades familiares, as ações devem tramitar nas varas de família. Assim, nem que seja por

analogia, deve ser aplicada a legislação da união estável, assegurando-se partilha de bens, direitos sucessórios e direito real de habitação.

O entendimento de PEREIRA (2004, 159 e 155) é no mesmo sentido:

Embora não haja texto legislativo expresso reconhecendo as relações duradouras e estáveis entre pessoas do mesmo sexo, a jurisprudência, a mesma fonte do Direito que fez evoluir o direito concubinário heterossexual, tem feito o mesmo. A tendência, então (...), é a da consideração das uniões homoafetivas como uniões estáveis com os mesmos direitos, deveres e conseqüências patrimoniais, previdenciárias e hereditárias das uniões estáveis heterossexuais. (...) É preciso que o Direito esteja acima dos conceitos estigmatizantes, porque das relações de afeto, hetero ou homossexuais, decorrem conseqüências patrimoniais, e não dar a cada um o que é seu foge aos ideais de justiça⁴².

2.5. O SILÊNCIO LEGISLATIVO E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO DESFAZIMENTO DE ESTIGMAS E CONTENÇÃO DE VIOLÊNCIA CONTRA HOMOSSEXUAIS

Embora a homossexualidade já não seja tipificada no Brasil⁴³, Executivo, Legislativo e Judiciário não emprestam devida visibilidade às uniões homoafetivas. Esse atraso evidencia não só preconceito contra homossexuais, mas também discriminação e desrespeito a direitos humanos indisponíveis.

Indago se seria mesmo necessário arcabouço legislativo específico para que haja reconhecimento de direitos humanos plenos a homossexuais. No Brasil, aparenta que direitos e deveres somente nascem a partir da edição de leis. Assim, juízes e órgãos colegiados aguardam a edição de legislação protetora das uniões homossexuais, para que deixem de discriminá-las.

⁴² Embora aplauda o entendimento do autor, no sentido de que se devem equiparar as uniões homoafetivas às heteroafetivas, faço ressalva à colocação de PEREIRA acima transcrita, que reduz as conseqüências das relações homossexuais à esfera patrimonial. A meu ver, não é por este motivo que o Direito necessita dar visibilidade às uniões homossexuais. O autor aparenta encontrar-se desatualizado, pois o Direito já reconhece, desde 1998, conseqüências patrimoniais advindas de relações entre pessoas do mesmo sexo. O que se necessita reconhecer é que dessas relações também advêm conseqüências que ultrapassam o Direito Obrigacional.

⁴³ No Brasil, a homossexualidade deixou de ser considerada crime em 1891, quando da extinção do Tribunal de Inquisição. Apesar do reconhecido avanço mundial no sentido de promover a inclusão social de homossexuais e erradicar o preconceito por questões afetas à orientação sexual, em mais de 80 países – a maior parte subdesenvolvida – a homossexualidade ainda é considerada crime (DIAS, 2006).

Entendo que a inanição legislativa não pode servir de motivação para que o Judiciário também se mantenha inerte, à espera de normas positivas que prevejam direitos às uniões homoafetivas. A uma, porque, embora a Carta Magna preveja a união estável como sendo parceria de vida entre homem e mulher, a relação entre pessoas do mesmo sexo é igualmente constitucional. Conforme leciona VECCHIATTI (2008, 467), o valor protegido pela Constituição da República, quando dispõe acerca da família heterossexual, também está presente nas uniões homoafetivas:

(...) Um fato é protegido pela norma por algum motivo, e esse motivo decorre da atribuição de um valor positivo à situação protegida. Assim, é inegável que sempre foi protegida a relação heteroafetiva pelo fato de existir amor na relação, aliado à comunhão plena de vida e interesses, de caráter público contínuo e duradouro, amor este que é o elemento formador da família contemporânea composta por casais. Nesse sentido, a partir do momento em que a ciência médica mundial já afirmou de forma inequívoca que a homossexualidade é tão normal quanto a heterossexualidade, e considerando que o amor existente na relação homoafetiva é idêntico ao existente na relação heteroafetiva, fica claro que o mesmo valor protegido neste caso existe naquele. Assim, é imperiosa a aplicação da interpretação extensiva, ou, pelo menos, da analogia para permitir tanto a união estável como o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo como medida a satisfazer o princípio da isonomia constitucionalmente consagrado.

A duas, porque o Judiciário não é mero reproduzidor de normas editadas pelo Legislativo. O papel social do Judiciário é de suma importância, na medida em que o respaldo judicial auxilia quebra de paradigmas e desconstrução de preconceitos. A esse respeito, LOPES (2003, 17-19) afirma ser o direito antídoto contra práticas sociais autoritárias:

Várias formas de estigmatização já foram eficazmente combatidas pelo direito. (...) **A mudança no direito não vem apenas em seguida das mudanças culturais, mas ajuda a promovê-las. Logo, há como o direito promover mudanças e remover injustiças historicamente consolidadas a grupos estigmatizados. Para isto, algumas instituições jurídicas precisam ser mobilizadas.** A primeira delas é a da ação coletiva: na ação coletiva – ou ação civil pública – tem-se um meio eficaz pelo qual alguns membros do grupo podem conseguir o reconhecimento de direitos que se estenderão a todos (grifei).

A ação civil pública é exemplo de instrumento eficaz para busca de reconhecimento de direitos que, concedidos a um, podem estender-se aos demais. O Judiciário pode também contribuir para mudança do senso comum, que permite direcionamento de atos e palavras injuriosas a homossexuais, sem que haja repercussões. Se tais manifestações discriminatórias fossem reprimidas, e ostentada sua inconstitucionalidade, o direito contribuiria, dentro do espaço público, para redução do estigma.

LOPES (2003, 18) afirma que a passividade dos órgãos públicos diante da questão afeta às prerrogativas dos homossexuais é, em si, ato de violência, na medida em que há anuência à discriminação. Nessa esteira, o autor expõe que o consentimento do Poder Público se dá de duas formas: uma direta e outra indireta. O Poder Público aquiesce ao preconceito e estimula a discriminação ao não reconhecer direitos iguais a parcerias homoafetivas. E, quando não coíbe atos públicos de manifesta injúria, também age com violência, ainda que de forma indireta, pois o silêncio permite a perpetuação de estigmas. Afirma (2003, 22), a propósito, que o não-reconhecimento de direitos iguais a dada parcela da sociedade permite a conservação e reforço de estigmas:

(...) Os discursos que publicamente afirmam que não se pode condenar os homossexuais, mas que também não se deve estimulá-los, têm como resultado o estímulo contrário, isto é, o estímulo às violências físicas e morais contra eles. Já que não podem ter direitos iguais, a mensagem enviada pelos juristas que assim se pronunciam, é de reforço dos preconceitos e idéias pseudo-científicas divulgadas aqui e ali. É uma mensagem de desigualdade.

Há quem critique esta função integradora do Judiciário, sob alegação de que seria supervalorização do Terceiro Poder, o qual não poderia assumir papel de *pai*, a suprir tudo aquilo que o legislativo não venha a regulamentar. MEDEIROS (2008, 98-99) reconhece a pertinência de tal crítica, sustentada por juristas como Ingeborg MAUS, mas conclui:

A crítica de Maus é pertinente e aponta os riscos ao próprio Direito e ao exercício da cidadania que um empoderamento excessivo do Judiciário poderia ocasionar. À primeira vista, portanto, contribuiria para um enfraquecimento dos argumentos da legitimidade da atuação judicial no reconhecimento de direitos a relacionamentos homossexuais. Ocorre que um entendimento nesse sentido é falso, por ignorar o papel dos princípios constitucionais no Estado

Democrático de Direito. Nesse sentido, as decisões judiciais relacionadas ao tema não caracterizam uma atuação do Judiciário como superego da sociedade, definindo os rumos dessa mesma sociedade; se constituem, em verdade, em instrumento de proteção para o exercício das autonomias pública e privada, por meio da concretização dos princípios de liberdade e igualdade protegidos constitucionalmente.

Ainda que se entenda pela necessidade de lei formal para que sejam as uniões homoafetivas reconhecidas como entidade familiar, há juristas que consideram que, a partir da edição da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), órgãos jurídicos brasileiros não mais podem alegar omissão legal para rejeitar pedidos de reconhecimento de uniões homoafetivas à luz do Direito de Família. De acordo com DIAS (2007), a lei identificaria a relação homossexual como entidade familiar, ao prever, no art. 2º, que

toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (grifei).

2.6. AVANÇOS NAS TRÊS ESFERAS DO PODER PÚBLICO

Há, no Brasil, grande movimento social de grupos e organizações não governamentais que lutam pela tutela e reconhecimento – nas três esferas do Poder – de direitos a parceiros do mesmo sexo. LOPES (2003, 18) afirma que essa luta é peculiar, pois não se trava apenas contra grupos tradicionalistas, mas também contra aqueles que aparentam liberalidade. Segundo o autor,

isto é particularmente evidente no Brasil, onde liberalismo muitas vezes significa exclusivamente a defesa do livre-comércio e da livre iniciativa empresarial. Não são todos os liberais que estendem o seu liberalismo às liberdades individuais, ou à defesa da autodeterminação dos sujeitos humanos.

Apesar da negativa de reconhecimento de direitos fundamentais a homossexuais, o tema está em ebulição e esse entendimento retrógrado em notável – embora lenta – transformação. Avanços já podem ser constatados nas três esferas do Poder.

Há, no Congresso Nacional, proposta de emenda à Constituição⁴⁴ e projeto de lei⁴⁵ que buscam promover, respectivamente, a inclusão social de homossexuais e a criminalização da homofobia, mas o legislativo resiste em dar maior agilidade à análise de tais propostas. É patente o receio de aprovar normas polêmicas que possam desagradar a parcela conservadora da população eleitora. Desse modo, sopesados interesses pessoais e direitos sociais, prevalecem os primeiros.

Alguns estados-membros, como Alagoas e Pará, já aprovaram emendas em suas respectivas constituições, e outros, como São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Piauí, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Bahia, editaram leis, no sentido de proibir a discriminação por motivo de orientação sexual. Além disso, mais de 100 municípios já inseriram, em suas leis orgânicas, disposições que vedam tal discriminação.

Em sede administrativa, direitos também têm sido garantidos, como a concessão de benefício previdenciário, seguro DPVAT, visto de permanência e pensão por morte, por meio de ofícios, portarias e instruções normativas.

É de se citar ainda o programa *Brasil Sem Homofobia*, lançado pelo Governo Federal em 2004, e o *Plano Nacional da Cidadania dos Direitos Humanos LGBT*, de maio de 2009. Ademais, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República realizou a 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos em dezembro de 2008. O Relatório Final deste encontro prevê, como primeiro eixo, a universalização de direitos num contexto de desigualdades. Nesse sentido, dispõe que devem ser promovidas

ações de combate à discriminação em razão da orientação sexual, tais como (...) incorporar o conceito de família compreendendo os novos arranjos familiares e respeitando a orientação sexual e identidade de gênero, com as devidas alterações nas legislações pertinentes.

E há Cortes, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que assumem o papel social transformador do Judiciário e não mais fazem distinção

⁴⁴ Tramita, na Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 392/2005, do Deputado Paulo Pimenta, a qual objetiva alterar o art. 3º da Constituição Federal, para garantir “direitos iguais a todos os indivíduos, sem preconceitos de estado civil, **orientação sexual**, crença religiosa, deficiência ou quaisquer outras formas negativas de discriminação”. O projeto também busca emendar o art. 7º, relativo aos direitos dos trabalhadores, para acrescentar proibição de discriminação “por motivo de raça, **orientação sexual**, crença religiosa ou deficiência” (grifei).

⁴⁵ Vide Projeto de Lei nº 5003/2001 (PLC 122/2006).

entre companheiros hetero e homossexuais. Defendem que as uniões homoafetivas ostentam todos os direitos e obrigações verificadas quanto às heteroafetivas. Nesse sentido, Maria Berenice DIAS é pioneira. Além de já reconhecer a união estável entre casais do mesmo sexo, é autora de diversos livros e artigos sobre a temática e dedica-se a desconstruir o preconceito contra casais homossexuais. Foi ela, aliás, quem cunhou a expressão *homoafetividade*, como forma de qualificar a união de parceiros do mesmo sexo como verdadeira entidade familiar, dotada de amor, afeto, dever de mútua assistência, co-responsabilidades etc..

Em 13.12.2007, o Tribunal de Justiça gaúcho admitiu recurso especial interposto por publicitário gaúcho que manteve, durante cerca de quatro anos, união estável com empresário norte-americano casado. O acórdão fundamenta que "o ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente – nem proíbe – a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo; logo, está-se diante de lacuna do direito". Assim, em atenção aos arts. 126 do Código de Processo Civil e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, decidiu o Tribunal gaúcho pela partilha dos bens adquiridos na vigência da união estável. O Ministro Relator fundamentou que "tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva"⁴⁶.

Esses órgãos de vanguarda têm proferido decisões pioneiras, as quais poderão contribuir para pacificação desse novo entendimento. São do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a primeira decisão a fixar a competência da Vara de Família, em detrimento da Vara Cível, para julgar ação concernente a união homoafetiva⁴⁷ e a primeira a atribuir direitos sucessórios a uma relação homoafetiva⁴⁸. Essas decisões evidenciam a desnecessidade de arcabouço legislativo específico para que haja proteção da diferença.

⁴⁶ Apelação Cível nº 70.021.637.145, Rel. Min. RUI PORTANOVA, DJ de 11.1.2008.

⁴⁷ EMENTA: RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAIS HETEROSSEXUAIS. AGRAVO PROVIDO (Agravo de Instrumento nº 599.075.496, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. BRENO MOREIRA MUSSI, j. em 17.6.99).

⁴⁸ EMENTA: UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO PARADIGMA. NÃO SE PERMITE MAIS O FARISAISMO DE DESCONHECER A EXISTÊNCIA DE UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A PRODUÇÃO DE EFEITOS

Infelizmente, o entendimento pacífico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ainda representa exceção. O Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, mais altas instâncias judiciais brasileiras, ainda começam a dar os primeiros passos, no que tange ao enfrentamento da questão afeta às uniões entre pessoas do mesmo sexo, à luz do Direito de Família. No próximo capítulo, serão analisados os precedentes destes Tribunais – de 1998 para cá –, com o fito apontar críticas e identificar a evolução da jurisprudência desses órgãos.

JURÍDICOS DERIVADOS DESSAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS. EMBORA PERMEADAS DE PRECONCEITOS, SÃO REALIDADES QUE O JUDICIÁRIO NÃO PODE IGNORAR, MESMO EM SUA NATURAL ATIVIDADE RETARDATÁRIA. NELAS REMANESCEM CONSEQÜÊNCIAS SEMELHANTES ÀS QUE VIGORAM NAS RELAÇÕES DE AFETO, BUSCANDO-SE SEMPRE A APLICAÇÃO DA ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO, 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 70.001.388.982, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, j. em 14.3.2001).

3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RESPEITANTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS

3.1 CONSIDERAÇÕES PRIMEIRAS

Atualmente, o tema concernente à união estável entre parceiros homossexuais está em pauta nas mais altas Cortes do país, isto é, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Em 1998, o STJ emprestou visibilidade às uniões homossexuais pela primeira vez na história da Corte, ao reconhecer sociedade de fato entre duas pessoas do mesmo sexo, a fim de reconhecer direito à partilha de bens e à posse de imóvel quando do falecimento de um dos companheiros (REsp nº 148.897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. em 10.2.98, DJ de 6.4.98). Na década seguinte, a Corte pronunciou-se outras 9 vezes acerca da temática, a partir do entendimento sedimentado de que pode haver sociedade de fato entre homossexuais, a qual gera certos direitos, como a partilha dos bens adquiridos por meio de esforço comum e a possibilidade de inclusão de companheiro do mesmo sexo em plano de saúde, na condição de dependente. O posicionamento era unânime, no sentido de que as relações homossexuais não constituiriam entidade familiar, mas tão-somente vínculo obrigacional, de modo que as demandas a elas relativas deveriam ser julgadas por varas cíveis, e não pelas varas de família especializadas. Em 2008, o Tribunal manifestou-se pela primeira vez sobre as uniões homoafetivas sob a ótica do Direito de Família. Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se pela primeira vez sobre união homoafetiva sob a ótica do Direito de Família. A Corte não se manifestou sobre o mérito da demanda, mas determinou, por três votos a dois, que o juízo de primeiro grau, que não havia conhecido de ação ali proposta, por entender que pedido de reconhecimento de união estável homossexual seria juridicamente impossível, analisasse o pleito (REsp nº 820.475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 2.9.2008, DJE de 6.10.2008).

No Supremo Tribunal Federal, a temática foi primeiro enfrentada em 2005, na decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário nº 406.837/SP (Rel. Min.

Eros Grau, j. em 23.2.2005, DJ de 31.3.2005). Na hipótese, a questão relativa à união homoafetiva não era central ao feito, mas o Ministro Relator revelou entendimento de que tal união não constituiria entidade familiar, nos termos do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Em 2006, o Ministro Celso de Mello manifestou-se sobre o tema nos autos Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.300-MC/DF (DJ de 9.2.2006). À época, os requerentes pleitearam a qualificação das uniões homoafetivas como entidade familiar. O Relator dispôs que, conquanto a ADI fosse ação inadequada para o caso, o tema seria de grande relevância e importância jurídico-social. Ao repudiar as injustiças provocadas pela discriminação contra homossexuais, o Ministro sugeriu ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, como remédio constitucional apropriado para provocar discussão judicial sobre o tema. Em fevereiro de 2008, o Governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou a ADPF nº 132, a qual foi distribuída ao Ministro Relator Carlos Ayres Britto, para pedir extensão do instituto da união estável às uniões homoafetivas, bem como declaração de que as decisões judiciais proferidas em sentido contrário violam preceitos fundamentais. Em junho de 2009, em razão de os efeitos da ADPF nº 132 se restringirem ao Estado do Rio de Janeiro, a Procuradora-Geral da República em exercício Deborah Duprat⁴⁹ ajuizou a ADPF nº 178, a qual foi recebida e reatuada como Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, para pedir, em âmbito nacional, reconhecimento da união estável homossexual.

Decidi realizar exame cronológico da jurisprudência desses dois Tribunais relativa ao tema, de 1998 até hoje. Os precedentes do STJ mereceram análise porque quase toda a legislação pertinente ao assunto é infraconstitucional, e esta Corte é responsável pela uniformização da jurisprudência legal brasileira. Já o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, é a mais alta instância recursal brasileira e responsável pela guarda da Constituição Federal, o que tornou imprescindível exame do entendimento da Corte.

⁴⁹ Jornais de todo o Brasil noticiaram os chamados “22 dias de Deborah Duprat”. Aplaudo a irreverência da Subprocuradora-Geral da República, que ficou à frente da Procuradoria-Geral da República de 27.6.2009 a 19.7.2009, entre as gestões de Antonio Fernando Souza e Roberto Monteiro Gurgel. Nesses dias, ela movimentou a sociedade e Judiciário brasileiros com atitudes ousadas, senão polêmicas. A primeira mulher a chefiar a PGR proferiu parecer favorável ao aborto de anencéfalos e ajuizou ações controvertidas no Supremo Tribunal Federal sobre a legalização da maconha, grilagem de terras na Amazônia, união civil de homossexuais e permissão de alteração do registro civil de transexuais.

O objetivo é demonstrar a evolução do discurso jurídico voltado aos direitos dos homossexuais e revelar que os órgãos jurídicos do país podem cumprir papel social transformador. Acredito na importância dessas decisões judiciais para auxiliar a evolução de toda a sociedade, no que tange ao respeito às prerrogativas dos homossexuais. Nesse sentido, reporto-me ao entendimento de LOPES (2003, 19), para quem

várias formas de estigmatização já foram eficazmente combatidas pelo direito. (...) A mudança no direito não vem apenas em seguida das mudanças culturais, mas ajuda a promovê-las. Logo, há como o direito promover mudanças e remover injustiças historicamente consolidadas a grupos estigmatizados.

Para iniciar a análise, utilizei os seguintes critérios de busca. No *site* do Superior Tribunal de Justiça, pesquisei as expressões “união homoafetiva”, “união homossexual”, “homossexual”, “mesmo sexo”, “homoerótico”, “homoerótica”, “gay” e “lésbica”.

A expressão “união homoafetiva” gerou 4 ocorrências, todas pertinentes ao estudo: Resp nº 820.475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 2.9.2008, DJE de 6.10.2008; Agravo Regimental nº 971.466-AgRg/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. em 2.9.2008, DJE de 5.11.2008; o REsp nº 238.715/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. em 7.3.2006, DJ de 2.10.2006; e o REsp nº 395.904/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, j. em 13.12.2005, DJ de 6.2.2006.

Já os termos “união homossexual” revelaram 8 acórdãos, todos relevantes ao tema, mas dos quais 4 são idênticos àqueles encontrados quando pesquisada a expressão “união homoafetiva”. Assim, os 4 acórdãos registrados para análise são: REsp nº 648.763/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. em 7.12.2006, DJ de 16.4.2007; REsp nº 773.136/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. em 10.10.2006, DJ de 13.11.2006; REsp nº 502.995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. em 26.4.2005, DJ de 16.5.2005; REsp nº 323.370/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. em 14.12.2004, DJ de 14.3.2005.

A palavra “homossexual” buscou 13 acórdãos, dos quais 5 são pertinentes ao tema, embora 4 sejam idênticos àqueles encontrados quando pesquisada a expressão “união homossexual”, e 8 são irrelevantes ao estudo. Foi analisado o

seguinte acórdão, com base neste critério de busca: REsp nº 148.897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. em 10.2.98, DJ de 6.4.98.

A expressão “mesmo sexo” não gerou ocorrências, mas percebi tratar-se de falha do sistema de pesquisa, visto que há acórdãos com esses termos na base de jurisprudência do STJ. As palavras “homoerótico” e “homoerótica” tampouco geraram ocorrências. O termo “gay” revelou um acórdão, o qual não pertine ao tema. Já a palavra “lésbica” não encontrou precedentes.

Na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, vali-me dos mesmos critérios de pesquisa.

As palavras “união homoafetiva” resultaram em 1 decisão monocrática, relativa à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.300-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 3.2.2006, DJ de 9.2.2006.

Já “união homossexual” gerou 3 decisões monocráticas, sendo uma idêntica à encontrada quando pesquisados os termos “união homoafetiva”. As demais decisões, referentes ao RE nº 406.837, Rel. Min. Eros Grau, j. em 23.2.2005, DJ de 31.3.2005, e à Pet nº 1.984/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. em 10.2.2003, DJ de 20.2.2003, revelaram-se pertinentes ao estudo.

O termo “homossexual” buscou 2 acórdãos e 13 decisões monocráticas. Ambos esses acórdãos são irrelevantes à pesquisa e, das decisões singulares, 5 são pertinentes, mas não merecem exame minucioso, na medida em que 2 são idênticas às encontradas a partir de outros critérios de pesquisa (ADI nº 3.300-MC/DF e RE nº 406.837) e 3 são despachos relativos à admissão de entidades como *amicus curie* nos autos da ADPF nº 132, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto.

As expressões “mesmo sexo” e “homoerótico” não geraram ocorrências. A palavra “homoerótica” gerou decisão já encontrada, relativa à ADI nº 3.300-MC. Já os termos “gay” e “lésbica” não buscaram precedentes novos relevantes à pesquisa.

Considerarei pertinente, ainda, examinar precedente do Tribunal Superior Eleitoral, qual seja, o Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1º.10.2004, DJ de 1º.10.2004, no qual se reconheceu relação estável homossexual, para fins de declaração de inelegibilidade.

Início pela análise da jurisprudência do STJ, a qual será tratada em ordem cronológica, a fim de evidenciar a evolução do entendimento da Corte nessa última década.

3.2 PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.2.1 RESP Nº 148.897/MG

Resp nº 148.897/MG, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, j. em 10.2.98, DJ de 6.4.98 (recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido, à unanimidade).

Trata-se do primeiro precedente que emprestou visibilidade às relações homoafetivas, ainda que no plano estritamente obrigacional. Aqui, os Ministros da Quarta Turma do STJ não alçaram as uniões homoafetivas ao *status* de entidade familiar, mas vislumbraram necessidade de reconhecimento de direitos advindos da dissolução de relacionamento entre dois homens.

Curioso observar que se trata de dissolução de relação afetiva, mas o autor, ciente da não-tutela jurídica das relações homossexuais no Brasil, formulou pleito adstrito ao Direito Obrigacional, nada tendo pedido acerca de reconhecimento de união estável ou entidade familiar. Nada obstante, os Ministros referiram-se em vários momentos ao Direito de Família, para insistir que, “(...) embora permeadas as colocações com aspectos de relacionamento afetivo e amoroso, de convivência humana, de busca da felicidade, as causas de pedir e os pedidos estão vinculados ao Direito Obrigacional” (trecho extraído do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo).

Na hipótese, Milton Alves Pedrosa ajuizou, na primeira instância, “ação ordinária de reconhecimento de co-propriedade, com conseqüente pedido de alteração de registro imobiliário, combinada com ação de indenização” contra João Batista Prearo, pai de seu falecido companheiro. O autor alegou, em suma, que teria vivido com Jair Antônio Prearo durante 7 anos, até a morte deste, vítima da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids); que, durante este período, teriam sido sócios de 3 empresas e comprado, juntos, dois apartamentos, registrados apenas no nome do *de cuius*; que somente ele teria prestado socorro financeiro, emocional e afetivo ao companheiro durante a enfermidade, não tendo tido auxílio

da família de Jair; e, por fim, que faria jus a indenização por danos morais, a ser suportada pela herança do companheiro, pois o fato de Jair ter sido vítima da Aids teria criado “(...) em torno de sua incolumidade imediata suspeita, o que o levou a um completo isolamento dentro da sociedade mineira; que se não bastasse todo seu sofrimento e angústia, tal fato ceifou de vez toda sua possibilidade de produção (...)”.

Apensa a tal ação, correu ação de reintegração de posse ajuizada por João Batista Prearo, o qual sustentou que o apartamento deixado pelo filho deveria ser desocupado por Milton Alves Pedrosa, já que este não faria jus à herança deixada pelo *de cujus*.

A sentença que julgou as ações conexas reconheceu o direito à co-propriedade, mas julgou improcedente o pedido de Milton Alves Pedrosa quanto à indenização por danos morais. Assim, desproveu a ação possessória e deu parcial provimento à de reconhecimento de co-propriedade, o que ensejou apelação de ambas as partes.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais reformou a sentença, para dar provimento à ação possessória e julgar improcedente a ação de Milton Alves Pedrosa. Daí a interposição de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.

Análise dos votos proferidos pelos Ministros da Quarta Turma revela o entendimento predominante da Corte à época, no que tange às relações homossexuais.

Segundo o Ministro Relator Ruy Rosado, a questão cingir-se-ia à possibilidade de reconhecimento de relação entre pessoas do mesmo sexo como sociedade de fato, a permitir a divisão do patrimônio adquirido mediante esforço comum, nos termos da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal⁵⁰. O Ministro destacou que, a partir da Constituição Federal de 1988, com a evolução do Direito de Família, esta súmula passou a ser vinculada a questões familiares. Ressaltou que o caso em apreço não se vincularia ao Direito de Família, na medida em que relação homossexual não seria reconhecida como instituição familiar, mas, pela abrangência dos termos da súmula, que se ancora no art. 1.363 do CC/1916 (correspondente ao art. 981 do atual Código Civil)⁵¹, não se poderia deixar de

⁵⁰ Súmula nº 380: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

⁵¹ Art. 981: “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”.

estender o instituto da sociedade de fato a “sócios” homossexuais que detêm “mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum”. Em suma, o caso restringir-se-ia ao campo obrigacional. Assim, o Ministro buscou conferir direitos à união homossexual, mas deixou claro, a todo momento, que não confere a estas *status* de entidade familiar.

Neste voto, o Ministro Relator empregou noções já superadas, como “preferência sexual”. Hoje, já não se fala em “opção” ou “preferência” sexual, e sim em “orientação” sexual, pois não se enfrenta a sexualidade como opção, feita de acordo com a conveniência de cada um.

O Ministro Ari Pargendler afirmou que a relação entre pessoas do mesmo sexo não criaria laço senão o da amizade: “É certo (...) que do fato de duas pessoas do mesmo sexo dividirem o mesmo teto, não importa por quanto tempo, não resulta direito algum e não cria laço senão o da amizade”. O Ministro não fez esforço para disfarçar o preconceito encravado neste discurso, ao deixar claro que não só recrimina a homossexualidade, como também a ignora por completo, já que não seria sequer digna de consideração (ainda que negativa).

No parágrafo seguinte do voto, o Ministro parece ter-se contradito, ao afirmar o seguinte:

É certo que o legislador do início do século não mirou para um caso como o dos autos, mas não pode um juiz de hoje desconhecer a realidade e negar que duas pessoas do mesmo sexo podem reunir esforços, nas circunstâncias descritas nos autos, na tentativa de realizarem um projeto de vida comum.

Assim, sustentou que os magistrados não poderiam desconhecer a realidade, mas, por outro lado, ignorou o fato de que, desde os primórdios da humanidade, pessoas do mesmo sexo unem-se de forma afetiva e sexual. Isto é, entendo que o Ministro sustentou que há realidades dignas de reconhecimento, mas outras que, por ferirem sua noção pessoal de moralidade, merecem vista grossa. O Relator chegou a afirmar que “o comportamento sexual deles pode não estar de acordo com a moral vigente, mas a sociedade civil entre eles resultou de um ato lícito (...). Na dissolução, cumpre partilhar os bens”. Como base em quê sustentou que o comportamento sexual não estaria de acordo com a moral vigente? Afinal, que

moral vigente seria esta? O magistrado emitiu juízo de valor, coisa que não lhe cabe proferir. E, mais, sustentou que entre pessoas do mesmo sexo não poderia existir laço diverso da amizade, mas aduziu que o comportamento sexual do autor do recurso especial e de seu falecido “amigo” seria contrário à moral vigente. Assim, criou paradoxo, na medida em que afirmou que não poderia existir relação sexual ou amorosa entre pessoas do mesmo sexo, mas tão-somente vínculo de amizade, mas aduziu que a homossexualidade evidenciaria “desvio da preferência sexual”⁵².

O Ministro Ruy Rosado concluiu ter havido mútua assistência entre o *de cuius* e o autor do recurso, pelo fato de este haver cuidado do companheiro durante a longa doença e suportado, em parte, os débitos oriundos da sociedade que juntos administraram. Assim, conheceu do recurso especial e, quanto ao reconhecimento da sociedade de fato entre Milton Alves Pedrosa e Jair Antônio Prearo, deu-lhe provimento, para reconhecer direito do autor a 50% do bem disputado. Desse modo, declarou a legitimidade da posse de Milton sobre o imóvel, restabelecendo a sentença de improcedência da ação possessória. Mas, quanto ao pedido de indenização por danos morais, considerou-o infundado. Defendeu que não haveria nexo de causalidade entre a dor experimentada pelo autor e a omissão do pai do *de cuius*, de modo que este não deveria nada aquele. Afirmou, ainda, que a doença seria fruto da escolha de vida de ambos, os quais teriam optado por comportamento sexual contrário às regras da sociedade. O Ministro faltou dizer, embora tenha deixado bastante explícito, que o castigo seria merecido.

É relevante afirmar que, ainda que se entenda que não houve nexo de causalidade entre a omissão da família do enfermo e os danos sofridos pelo autor do recurso especial, este pleiteava indenização que seria extraída do patrimônio deixado pelo *de cuius*. Reconhecida a união estável entre Milton e Jair, tal discussão seria diferente, na medida em que o companheiro sobrevivente faria jus a 1/3 dos bens onerosamente adquiridos durante a constância da união (art. 1.790, III, do Código Civil).

⁵² De acordo com VECCHIATTI (2008, 466), o entendimento do Ministro, no sentido de que o comportamento homossexual revelaria “desvio de preferência sexual”, seria “tecnicamente equivocada, pois a Organização Mundial de Saúde não considera a homossexualidade como doença desde 1993 e a Associação Americana de Psiquiatria desde meados da década de 1970 (...). Assim, a partir do momento em que a homoafetividade é tão normal quanto a heteroafetividade do ponto de vista clínico-psicológico, não há que se falar na concessão de menos direitos aos casais homoafetivos pelo simples fato de serem formados por pessoas do mesmo sexo, uma vez que o amor neles existente é idêntico ao verificado nas relações heteroafetivas”.

Entendo que não há motivo, senão o preconceito social contra a homossexualidade, que justifique tal tratamento diferenciado às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fato de a lei ser omissa não justifica a desigualdade, pois, conforme já visto, a LICC determina que se apliquem a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, quando do silêncio normativo. Na hipótese em tela,

é inequívoco que o valor protegido pelas normas que regulamentam o casamento civil e a união estável é o amor romântico que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura (...), e não a mera relação fática entre pessoas de sexo diverso (VECCHIATI, 2008, 467).

Em seguida, votaram os Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro, para acompanhar o Relator. O primeiro referiu-se ao evidente interesse social do tema e reconheceu que se estava vivendo momento fecundo, no que diz respeito ao Direito de Família. Afirmou que as mudanças verificadas decorreriam de alterações havidas na legislação legal e constitucional, o que considero equívoco, pois, conquanto reconheça que as leis provoquem mudanças sociais, entendo que, em regra, a positivação de normas vem em seguida de transformações sociais. Ademais, recuso a noção de que mudanças somente poderiam ser promovidas a partir da edição de leis, argumento utilizado com frequência para se negar prerrogativas a homossexuais.

Apesar de reconhecer os aspectos amorosos e afetivos que caracterizam a relação entre pessoas do mesmo sexo, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afirmou que a causa se restringiria ao campo obrigacional, sem dar explicações para tal entendimento. O Ministro Barros Monteiro seguiu o mesmo raciocínio, também sem revelar o porquê de enquadrar a união homoafetiva como sociedade de fato, e não como união estável. Defendo, assim, na esteira do que defendido por VECCHIATTI (2008, 468), que estes votos atentaram contra o princípio constitucional da igualdade, na medida em que "(...) os Ministros não trouxeram uma fundamentação válida ante a isonomia que justifique o seu entendimento".

O Ministro Cesar Asfor Rocha também acompanhou os demais magistrados, para conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, provê-lo. Vê-se "boa vontade" do magistrado, no sentido de abrir os olhos à realidade, promover justiça e conferir direitos às uniões de pessoas do mesmo sexo:

(...) 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 que tenho como de bom alvitre sinalizarmos para a sociedade brasileira – e especialmente para os que vivem em vida semelhante à que tiveram recorrente e recorrido – quais os direitos que podem ser decorrentes dessa sociedade de fato.

Nada obstante, o voto também se encontra permeado de preconceitos. O Ministro afirmou, por exemplo, que a Súmula nº 380 do STF se aplicaria ao caso em tela, pois as uniões homossexuais se equiparariam ao concubinato heteroafetivo, para o qual a súmula teria sido editada. Nesse sentido, insiste em que a Corte Superior não teria pretendido conferir legalidade ao concubinato, mas tão-somente regular os efeitos decorrentes dessa união. Por meio dessas afirmações, o Ministro ostentou certo desprezo às uniões homoafetivas, na medida em que afirmou, por analogia, que seus efeitos patrimoniais não poderiam ser negados pelo Direito, apesar de não serem legais nem legítimas.

Apesar das impropriedades manifestadas em todos esses votos, e do fato de discordar do enquadramento das uniões homoafetivas como sociedades de fato, vejo este precedente como grande conquista para as prerrogativas dos gays no Brasil. Conforme afirma VECCHIATTI (2008, 463),

(...) pode-se dizer que essa decisão do Superior Tribunal de Justiça foi uma vitória, uma vez que, até aquele momento, não havia posicionamento de nenhuma Corte Superior a respeito do tema. Considera-se essa decisão uma vitória porque, mesmo os posicionamentos existentes no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reconhece a união estável homoafetiva, não haviam sido proferidos até então, e ainda havia a nefasta possibilidade de até mesmo se afastar do campo do Direito das Obrigações os pleitos formulados por casais homossexuais.

3.2.2 RESP Nº 387.197/SC

REsp nº 387.197/SC, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, j. em 26.8.2003, DJ de 25.2.2004 (recurso especial sobrestado à unanimidade).

O STJ voltou a se pronunciar sobre a temática das uniões homossexuais cinco anos e meio depois, ao apreciar recursos especiais interpostos por Vânia Terezinha Elias Nicolau e pela Universidade Federal de Santa Catarina⁵³ contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região que reconheceu sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, para conceder pensão por morte a companheiro homossexual de servidor público falecido. Em ambos os recursos, alegou-se ofensa ao art. 217 da Lei nº 8.112/90⁵⁴, o qual não contemplaria o companheiro homossexual no rol de possíveis beneficiários da pensão por morte.

Instado a se manifestar, o Ministério Público opinou pelo sobrestamento do recurso e remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, para julgamento prévio do recurso extraordinário, também admitido na origem.

O voto do Ministro Relator Paulo Gallotti não adentrou o mérito do recurso. Cingiu-se a acolher o parecer do *Parquet* e salientar que

o acórdão recorrido, com amparo nos **princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos, sem preconceitos, conferiu interpretação extensiva ao disposto no artigo 217, I, "c", da Lei nº 8.112/90**, razão pela qual configura-se a prejudicialidade do especial em relação ao recurso extraordinário, circunstância que, nos termos do artigo 543, § 2º, do Código de Processo Civil, autoriza o sobrestamento deste (grifei).

⁵³ A primeira recorrente, irmã do *de cujus*, era portadora da Síndrome de Down e então beneficiária da pensão. A segunda era mantenedora do benefício.

⁵⁴ Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

- a) o cônjuge;
- b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;
- c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;
- d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor;
- e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor;

II - temporária:

- a) os filhos, ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;
- b) o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade;
- c) o irmão órfão, até 21 (vinte e um) anos, e o inválido, enquanto durar a invalidez, que comprovem dependência econômica do servidor;
- d) a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez.

§ 1º A concessão de pensão vitalícia aos beneficiários de que tratam as alíneas "a" e "c" do inciso I deste artigo exclui desse direito os demais beneficiários referidos nas alíneas "d" e "e".

§ 2º A concessão da pensão temporária aos beneficiários de que tratam as alíneas "a" e "b" do inciso II deste artigo exclui desse direito os demais beneficiários referidos nas alíneas "c" e "d".

Vê-se, apesar do não-pronunciamento da Corte a respeito do mérito do recurso, que, mais de 5 anos após o reconhecimento das uniões homoafetivas como sociedade de fato, a jurisprudência nacional ainda não havia evoluído para enquadrá-las no Direito de Família.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, pelo sobrestamento do feito, até julgamento do recurso extraordinário. Os Ministros Paulo Medina, Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Relator.

3.2.3 RESP Nº 323.370/RS

REsp nº 323.370/RS, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, Quarta Turma, j. em 14.12.2004, DJ de 14.3.2005 (recurso especial conhecido e provido à unanimidade).

Mais de um ano depois, no final do ano de 2004, a Corte novamente manifestou entendimento quanto às uniões gays. Conquanto esta decisão não possa ser considerada retrocesso, evidencia estagnação, na medida em que a Corte cassou decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconheceu união estável homoafetiva, para manter entendimento de que duas pessoas do mesmo sexo não mereceriam proteção do Direito de Família.

O REsp nº 323.370/RS tratou de “ação de dissolução de sociedade de fato com divisão de patrimônio” ajuizada por Eliane Costa Elias contra Eliene Soares de Cerqueira. A 5ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre havia declinado da competência para julgamento do feito, determinando a remessa dos autos a uma das varas cíveis, o que ensejou interposição de agravo de instrumento. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que à época já possuía entendimento pacífico quanto à constitucionalidade da união estável homoafetiva, proveu o recurso à unanimidade, para restabelecer a competência da vara de família.

O Ministério Público Estadual interpôs recurso especial contra a decisão do TJ/RS, a qual teria afrontado os arts. 1º e 9º da Lei nº 9.278, de 10.5.96. Alegou que o acórdão recorrido não poderia ter equiparado a sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo ao instituto da união estável, já que a diversidade de sexos dos parceiros seria requisito indispensável deste último.

O Ministro Relator Barros Monteiro – que havia participado do julgamento pioneiro de 1998 – entendeu que o pedido seria de cunho estritamente obrigacional, já que não contemplaria prerrogativas oriundas do Direito de Família, mas tão-somente repartição do patrimônio amealhado na constância de sociedade de fato. Sustentou que, se se tratasse de união estável, seria competente a vara de família, mas não seria esta a hipótese dos autos, já que a Constituição Federal e a Lei nº 9.278/96 seriam claras ao dispor que a união estável somente se verifica entre pessoas de sexos opostos. O Ministro dispôs, a esse respeito, que

a espécie em análise não tem por objeto a união estável entre o homem e a mulher, mas **apenas** uma relação homossexual, em que o afeto havido durante o período de convivência não constitui aspecto decisivo para o deslinde da causa. O que se busca é simplesmente a dissolução da sociedade de fato com a divisão do patrimônio amealhado (grifei).

De novo, assim como ocorreu no voto proferido no RE nº 148.897/MG, o Ministro Barros Monteiro não fundamentou, à luz do princípio da igualdade, o motivo pelo qual desconsidera as uniões homoafetivas a partir do Direito de Família. Ademais, deixou claro o entendimento de que as relações homoafetivas seriam inferiores às heteroafetivas, ao afirmar que se trataria de “mera” relação homossexual, de modo que não se subsomeria ao Direito de Família.

Entendeu que não se poderia falar em lacuna da lei, já que esta seria clara e direta, ao prever que a união estável se dá entre “homem e mulher”. Discordo do entendimento do Ministro, pois é clara a omissão legal, na medida em que o ordenamento jurídico prevê somente a união heteroafetiva e não contempla, mas tampouco proíbe, a união entre pessoas do mesmo sexo. Considerando-se que, no Direito, tudo o que não é expressamente proibido é permitido (art. 5º, II, da Constituição Federal), não se pode falar em proibições tácitas. Nos termos empregados por VECCHIATTO (2008, 471),

ainda que seja eventualmente alegado não se tratar de proibição da união homoafetiva, mas de restrição da entidade familiar apenas à união heteroafetiva, esta afirmação seria igualmente eivada de uma ignorância conceitual, visto que o fundamento tanto da interpretação extensiva quanto da interpretação restritiva, assim como da analogia, é a existência de um *valor* protegido pela norma em análise (grifo no original).

É de se notar, ainda, que, nos termos dos princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*), da dignidade humana (art. 1º, III), da liberdade de consciência (art. 5º, VI), da não-discriminação odiosa (art. 3º, IV) e do Estado Laico (art. 19, I), as uniões entre pessoas do mesmo sexo merecem o mesmo tratamento dispensado às relações heterossexuais, tendo em vista que os valores que a definem são basicamente idênticos.

A propósito, MELLO (2003, 34) defende a gravidade da ofensa a princípios constitucionais:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Votaram, nos termos do Relator, os Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezini. Assim, a Turma conheceu do recurso e deu-lhe provimento por unanimidade.

3.2.4 RESP Nº 502.995/RN

REsp nº 502.995/RN, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma, j. em 26.4.2005, DJ de 16.5.2005 (recurso especial não conhecido à unanimidade).

Neste precedente, o STJ posicionou-me, mais uma vez, no sentido de que as uniões homossexuais restariam adstritas ao Direito Obrigacional.

Na hipótese, Selma Ramos de Lima e Carla Santos Munay requereram, perante a 2ª Vara de Família da Comarca de Natal/RN, “homologação de termo de dissolução de sociedade estável e afetiva, cumulada com partilha de bens e guarda, responsabilidade e direito de visita do menor Pedro Victor Ramos de Lima”, adotado pela primeira.

A juíza de primeiro grau declarou-se incompetente para julgamento do feito, na medida em que as relações homoafetivas não configurariam entidade familiar, e sim sociedade de fato, devendo ser reguladas pelas disposições do direito civil

comum. Já a Juíza de Direito da 4ª Vara Cível de Natal suscitou conflito negativo de competência, pois entendeu, com correção, que a união homossexual caracterizaria entidade familiar, devendo o feito ser processado perante a vara de família. Na esteira do entendimento do STJ, o Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte declarou competente a vara cível, pois, “nos termos do art. 226 da Constituição Federal, somente a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade integrada por qualquer dos pais e seus descendentes podem ser entendidas como entidade familiar”.

O Procurador-Geral de Justiça interpôs recurso especial, por considerar violados os arts. 1º e 9º da Lei nº 9.278/96. Aduziu divergência jurisprudencial com precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e alegou que o pedido ultrapassaria a mera partilha de bens, “para alcançar o próprio reconhecimento e, ao depois, a dissolução da união homoafetiva, com contornos familiares que repercutem na situação do menor adotado, cabendo, portanto, ao juízo familiar identificar a existência ou não de entidade familiar”.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo indeferimento do recurso, por entender que a relação homoafetiva não se equipararia à união estável, merecendo regulamentação estritamente patrimonial.

O voto do Ministro Relator Fernando Gonçalves é permeado de preconceitos, baseados em argumentos biológicos e religiosos. Consta da decisão que haveria quatro requisitos básicos à caracterização da união estável: “a dualidade de sexos, o conteúdo mínimo da relação, a estabilidade e a publicidade” (CZAJXOWSKI, 1997). Sustenta, nesse sentido, que a primeira condição seria a dualidade de sexos, pois

duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai e de mãe em face de eventuais filhos. Não se trata, em princípio, de perquirir sobre a qualidade física ou psicológica das relações sexuais entre homossexuais, nem emitir sobre tais relações qualquer julgamento moral (CZAJXOWSKI, 1997).

O Ministro alega que não se trataria de julgamento moral, mas suas colocações são imbuídas de moralismo. Por que seria necessária a assunção das funções de marido e esposa, ou de pai e mãe em face de eventuais filhos? O Ministro parte da pré-concepção de que seria inconcebível modelo familiar construído a partir de duas esposas, dois maridos, duas mães, ou dois pais. O

magistrado parece recear que filhos de casais homossexuais venham também a “desenvolver” orientação gay. Estudos sociais demonstram que a orientação sexual dos pais não determina a sexualidade de seus filhos (caso determinasse, não haveria falar em filhos homossexuais de casais heterossexuais). Mas, ainda que determinasse, qual seria o problema? Por que a heterossexualidade tem de ser encarada como “normal” ou “natural”, enquanto a homossexualidade seria “desvio”, a ser evitado a todo custo? Se o voto sob análise não apresenta julgamento moral, que outro motivo justifica que a família tradicionalmente concebida seja a única digna de proteção social e jurídica? Ademais, a colocação no sentido de que não se indagaria acerca da “qualidade física ou psicológica das relações sexuais entre homossexuais” indica que o Ministro reduz as relações entre pessoas do mesmo sexo à conjunção carnal, desconsiderando os laços de amor e afeto que podem unir homossexuais. Nesse sentido, vislumbra-se a importância da palavra *homoafetiva* cunhada por Maria Berenice Dias.

O Ministro Relator afirma, citando artigo de Thiago Hauptmann Borelli publicado na Revista dos Tribunais 807/95, que o Direito de Família tutela apenas “as famílias matrimonial, monoparental e concubinária. A união entre homossexuais, juridicamente, não constitui nem tem o objetivo de constituir família, porque não pode existir pelo casamento, nem pela união estável”. Creio que este raciocínio seja falho. Conforme já demonstrado, a moderna doutrina e jurisprudência brasileira caminham no sentido de não mais reconhecer apenas as famílias matrimonial, monoparental e concubinária, mas sim todas aquelas que, pautadas pelo afeto, possuem objetivo de constituição de vida comum (DIAS, 2007). Segundo, o magistrado afirma que a união homoafetiva não teria objetivo de constituir família, por não poder existir nem pelo casamento, nem pela união estável. Ora, o objetivo de formar família é subjetivo, não se podendo falar que, em razão do preconceito de legisladores e órgãos jurídicos, os homossexuais não teriam *animus* de constituição de família!

Afirma que, havendo “vida em comum, laços afetivos e divisão de despesas, não há como se negar efeitos jurídicos à união homossexual. Presentes esses elementos, pode-se configurar uma sociedade de fato, independentemente de casamento ou união estável”. Pergunto-me, a partir desta colocação, o porquê da conclusão de que, ainda havendo relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo

sexo, nos mesmos moldes das uniões heterossexuais, há de ser enquadrado como sociedade de fato, e desconsiderados os elementos afetivos da relação. O Ministro entende que, apesar de constituir família no plano fático, a comunhão homossexual não poderia ser considerada família pelo Direito. Esta conclusão, ofensiva a diversos princípios constitucionais, conforme visto no capítulo anterior, é rechaçada por VECCHIATTI (2008, 481):

Se no plano dos fatos forma-se uma entidade familiar oriunda de uma união amorosa que não é proibida expressamente pelo Direito, então ela deve ser protegida pelo Direito de Família, tendo em vista que possui o núcleo que este sub-ramo do Direito visa salvaguardar, a saber a família formada pelo amor familiar.

Adiante, ainda citando Thiago Hauptmann Borelli, o Ministro parece alterar todo o discurso até então encadeado. Relata o caso do filho de Cássia Eller, cujo falecimento ensejou transferência da guarda do menor para a companheira da cantora. Relata que, no Brasil, a estrutura de família está em transformação, havendo reconhecimento de outros modelos familiares, como aquele constituído a partir de núcleo homossexual:

O episódio [relativo à guarda de Chicão, filho de Cássia Eller] confirma a mudança nos aspectos familiares que vem sofrendo o Brasil. A estrutura familiar brasileira está em constante mutação e ao modelo tradicional de família vem sendo aos poucos agregados outros modelos, como homossexual. Esse caso demonstra, também, a real existência da família homossexual. Imagine-se a situação: duas mulheres vivendo juntas há mais de catorze anos; uma decide ter um filho tenta a adoção, a inseminação artificial ou encontrar um homem disposto a ter relações com ela com esse fim específico. Se ela engravida, a criança, ao nascer, já estará num lar onde existem duas pessoas do mesmo sexo. **Esse agrupamento humano nada mais é do que uma espécie de entidade familiar, ou deve-se entender que essa criança não tem família? Mesmo que não haja a criança, deve-se ter a união homossexual como entidade familiar. Se estiverem presentes todos os elementos anteriormente vislumbrados, há constituição de uma sociedade, não somente a de fato, mas também a sociedade familiar (grifei).**

Apesar de reconhecer, em aparente conflito com o discurso até então apresentado, que a união homossexual pode configurar entidade familiar, o Ministro entendeu que o caso dos autos não atrairia competência da Vara de Família, pelo fato de o menor em questão ser filho adotivo apenas de Selma Ramos de Lima.

Defendeu que, conforme acordo celebrado entre as requerentes, a guarda do menor deveria com esta permanecer, existindo ressalva apenas para a hipótese de falecimento desta, situação na qual a guarda seria transferida para Carla Santos Munay.

Dado este cenário, o Ministro Relator entendeu que não se trataria de situação afeta ao Direito de Família, pois a homologação pretendida “guarda nítido aspecto econômico, traduzido na partilha do patrimônio comum, em consequência de não mais dividirem as requerentes o mesmo teto. (...) A questão familiar verdadeiramente não existe”. Essa conclusão do Ministro é estapafúrdia, pois o aspecto econômico da questão é patentemente secundário. O que se pede, em verdade, é homologação do fim de relação homoafetiva, com os efeitos patrimoniais daí decorrentes, bem como regulamentação do direito de visita de filho menor. A questão é, assim, nitidamente familiar, porque não se trata de dissolução de sociedade comercial, e sim de separação de duas pessoas que viveram, sob o mesmo teto, relacionamento afetivo público e contínuo, tendo, inclusive, criado juntas um filho. Apesar de da certidão de nascimento do menino constar apenas o nome de Selma Ramos de Limas, Carla Santos Munay pode ser considerada mãe sócioafetiva de Pedro.

Desse modo, vê-se que o Ministro reconheceu que pessoas do mesmo sexo unem-se amorosamente, à semelhança das relações heterossexuais, mas entendeu, baseado em argumentos inconstitucionais, que as uniões homoafetivas não se subsomem ao Direito de Família, já que a moral tradicional da sociedade as rechaça.

Votaram, ainda, os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha, nos termos do voto do Relator, para não conhecer do recurso.

3.2.5 RESP Nº 395.904/RS

REsp nº 395.904/RS, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Sexta Turma, j. em 13.12.2005, DJ de 6.2.2006 (recurso especial desprovido à unanimidade).

Este caso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no fim do ano de 2005, representou vitória, no que tange aos direitos dos homossexuais, mas não reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

A hipótese versou ação de Vitor Hugo Nalério Dolor contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para pedir recebimento de pensão por morte, em razão do falecimento de Cláudio Roberto da Silva, seu companheiro havia 18 anos. O autor alegou que o direito à percepção deste benefício estaria nos princípios constitucionais da igualdade e liberdade, bem como no art. 16, I, da Lei nº 8.213/91⁵⁵.

O INSS contestou a demanda, sob fundamento de que o requerente não faria jus à pensão, pois a citada lei não contemplaria o companheiro homossexual no rol de dependentes .

O juízo de primeiro grau negou provimento ao pleito, extinguindo o processo.

O Ministério Público Federal apelou da sentença. Sustentou, com base no princípio constitucional da igualdade, que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal não vedaria a união estável de pessoas do mesmo sexo. É interessante observar esta manifestação do *Parquet*, a qual representou evolução, pois, até um ano antes, o entendimento do MPF era no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável homossexual.

O autor também apelou, sob alegação de que, no âmbito do Direito Previdenciário, poderia ser enquadrado como dependente do *de cuius*. Assim, ante a jurisprudência da Corte, que vinha negando, sucessivamente, o *status* de entidade familiar às uniões gays, o demandante procurou afastar o pleito do Direito de Família.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento às apelações, em acórdão cuja ementa dispõe:

(...)

- 1- A realidade social revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem.
- 2- O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo

⁵⁵ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
(...).

intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório. 3- O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação. 4- A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais. 5- A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/91. 6- Estando comprovada a qualidade de segurado do de cujus na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei n. 9.528/97.
(...).

O INSS interpôs recurso especial, sob fundamento de ilegitimidade ativa do Ministério Público para atuar no feito, bem como ofensa ao art. 16, § 3º, da Lei nº 8.213/91⁵⁶.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso, pois os princípios constitucionais da dignidade humana, isonomia e proibição da discriminação por motivos sexuais autorizariam a concessão de pensão por morte a companheiro homossexual. Lembrou, ainda, que o próprio INSS já havia reconhecido, por meio da Instrução Normativa nº 25/2000⁵⁷, o direito de companheiros homossexuais ao recebimento de benefícios previdenciários.

O Ministro Relator Hélio Quaglia Barbosa rejeitou a alegação de que o Ministério Público seria parte ilegítima para figurar no pólo ativo da demanda. Isso porque, nos termos 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”. Sustentou que, atualmente, no que tange aos direitos fundamentais, um dos maiores objetivos do Estado é assegurar a não-discriminação. Nesse cenário, aduziu que o Ministério Público desempenha importante papel para garantir que haja efetivação plena dos direitos de todos os cidadãos, bem como tratamento igualitário destes. Daí o cabimento da intervenção.

⁵⁶ § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

⁵⁷ A Instrução Normativa nº 25, de 7.6.2000, “estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual”.

O Ministro tampouco acolheu o argumento de que o companheiro homoafetivo não faria jus à percepção de pensão por morte. Entendeu que, embora o art. 16, § 3º⁵⁸, não preveja expressamente o companheiro do mesmo sexo, tampouco o exclui, de modo que não haveria proibição, e sim lacuna por preencher, à luz do princípio constitucional da igualdade. Afirmou ser

cediço que nem sempre a evolução legislativa acompanha a rapidez das mutações da sociedade, de modo que incumbe ao Judiciário, utilizando-se dos princípios hermenêuticos, preencher as lacunas existentes na lei, adequando-a às necessidades sociais. (...). Pretender, com esteio em regras estratificadas, alijar parte da sociedade - inserida nas chamadas relações homoafetivas -, da tutela do Poder Judiciário, por falta de previsão expressa legal, constituiria ato discriminatório, inaceitável à luz do princípio [da igualdade].

O Ministro argumentou, ainda, que o direito é inegavelmente relacionado à sociedade na qual se aplica, não se reduzindo a mero produto do Estado. Afirmou que a união homoafetiva é “tema com intensos reflexos no mundo jurídico, não podendo, pois, o direito, em momento algum, fechar-se de modo a ignorar ou simplesmente repudiar a realidade existente”. Relembrou, como exemplo das transformações sociais que implicaram mudanças no ordenamento jurídico, que, durante muito tempo, a mulher era tratada como relativamente incapaz.

Apesar de ter invocado princípios constitucionais para garantir direitos a companheiro homossexual sobrevivente, o Ministro não reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar, pois partiu do pressuposto de que a matéria não seria de Direito de Família, e sim de Direito Previdenciário. Desse modo, conquanto o magistrado tenha vislumbrado união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, para lhe reconhecer o direito pleiteado, deixou claro que não a enquadra no Direito de Família.

Entendo que todos os argumentos expostos pelo Relator dariam ampla sustentação ao reconhecimento da união estável homoafetiva. Assim, embora o Ministro tenha chegado a conclusão justa, valeu-se de argumentos equivocados, em razão de forjado preconceito, ou receio de provocar polêmica. Vejo, por meio da leitura e análise de argumentos como estes, que determinados magistrados

⁵⁸ Art. 16, § 3: “Companheira ou companheiro é a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal”.

enxergam as grandes injustiças cometidas contra homossexuais e veem necessidade de conferir maiores prerrogativas a este grupo de pessoas. No entanto, em razão da forte discriminação encravada na sociedade, valem-se de argumentos outros, considerados mais leves, para chegar a conclusões mais justas sem desafiar paradigmas.

Após o voto do Ministro Hélio Quaglia Barbosa, que negou provimento ao recurso, o Ministro Paulo Medina pediu vista dos autos e proferiu voto nos termos do Relator. Baseou o entendimento no fato de que a hermenêutica das regras e leis jurídicas difere, de acordo com o tempo em que a interpretação se realiza.

Pontuou a tensão existente no caso:

De um lado, a Lei 8.213/91 adotou como conceito de entidade familiar o modelo da união estável entre homem e mulher, sem, entretanto excluir expressamente a união homoafetiva. De outro lado, há uma realidade em que o segurado contribuiu uma vida toda para a Previdência Social e tinha como seu dependente um companheiro do mesmo sexo, constituindo assim, de acordo com as provas carreadas aos autos, uma **verdadeira entidade familiar**. (...) Destarte, quero ressaltar que, onde o legislador não determinou uma exclusão expressa, não cabe ao interprete do direito fazê-la, sob pena de se descumprir preceito fundamental da Constituição, que é a igualdade entre homens e mulheres.

Indicou que as leis infraconstitucionais necessitam ser compreendidas sistematicamente, levando-se em conta a unidade da Constituição Federal. Desse modo, conferiu interpretação extensiva ao art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, para deferir o benefício previdenciário pretendido.

Resta claro que este precedente representou evolução do entendimento do STJ. Nas manifestações anteriores da Corte, os Ministros se haviam adstrito à literalidade expressa da lei. Aqui, consideraram o espírito desta, em consonância com princípios constitucionais, para conferir direitos a companheiro homossexual. Em que pese esta evolução, é curioso observar que os precisos argumentos exarados poderiam ter levado os membros do Tribunal a reconhecer a união estável de pessoas do mesmo sexo. Isto porque o art. 226, § 3º, da Constituição Federal tampouco veda tal união, e interpretação una da Carta Magna admitiria o reconhecimento. O Ministro Paulo Medina argumentou, v.g., para embasar permissão de inclusão de companheiro homossexual como beneficiário do INSS, que, “onde o legislador não determinou uma exclusão expressa, não cabe ao

intérprete do Direito fazê-lo, sob pena de se descumprir preceito fundamental da Constituição, que é a igualdade entre homens e mulheres”. Este argumento serviria igualmente ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas por motivos não expressos, não se cogitou esta hipótese.

O Ministro Paulo Galotti também votou com o Relator. Assim, a Sexta Turma negou provimento ao recurso especial à unanimidade.

3.2.6 RESP Nº 238.715/RS

REsp nº 238.715/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Terceira Turma, j. em 7.3.2006, DJ de 2.10.2006 (recurso especial não conhecido à unanimidade).

A matéria tratada neste precedente também foi de Direito Previdenciário. R.P.C e I.S.R., companheiros homossexuais, ajuizaram ação contra a Caixa Econômica Federal (CEF) e a Fundação dos Economiários Federais (FUNCEF), para que, declarada sua união estável, o segundo autor fosse incluído no plano de saúde do primeiro, na condição de dependente. Na oportunidade, declararam que a vida comum já perduraria sete anos e, ainda, que ambos seriam portadores do vírus HIV. A sentença de primeiro grau indeferiu o pedido de reconhecimento de união estável, mas concedeu a inclusão de I.S.R. como beneficiário do plano de saúde do companheiro. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento à apelação interposta pela CEF e FUNCEF, pelas razões expostas na seguinte ementa:

(...) 5. Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de *união estável* entre os autores, pois, pelo teor do § 3º do Art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a *união* em relação a pessoas do mesmo sexo.

6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na Funcef, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.

9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade.

(...).

Vê-se, da ementa acima transcrita, que o acórdão proferido em sede de apelação manteve a sentença, para indeferir o reconhecimento de união estável dos autores, mas admitir a inclusão do segundo autor como dependente no plano de saúde do primeiro.

Interessante observar o argumento do TRF para indeferir o pedido de declaração de união estável, no sentido de que, “pelo teor do § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto”. O acórdão valeu-se de argumento estritamente legalista para negar essa pretensão dos autores, mas, logo em seguida, informou que “o princípio da legalidade não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade”. Nesse sentido, afirmou, com base no princípio da igualdade, que, apesar da lacuna legal, homossexuais não podem receber tratamento distinto daquele destinado aos heterossexuais.

A CEF e a FUNCEF interpuseram recursos especiais. O recurso da FUNCEF foi inadmitido, por intempestividade. Já o da CEF, no qual alegou, em resumo, que o

conceito de companheiro estaria ligado ao de união estável e que somente se poderia conceber união estável entre pessoas do sexo oposto, foi desprovido.

O voto do Ministro Relator Humberto Gomes de Barros representou verdadeiro salto para o reconhecimento de prerrogativas às uniões homossexuais. O magistrado dispôs que não há previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, da relação entre pessoas do mesmo sexo, “tão corriqueira e notória nos dias de hoje”. Afirmou que este fato social está presente na realidade e até na ficção, em filmes e novelas. Fez referência aos inúmeros projetos de lei que buscam regulamentar a questão, mas permanecem estagnados, em razão da tradição que insiste em manter essas relações invisíveis. Afirmou que este fato social clama por regulamentação. Entendeu que a relação homoafetiva é análoga à união estável, o que permite inclusão do companheiro no plano de saúde, na medida em que os direitos conferidos a companheiros heteroafetivos são extensíveis aos homoafetivos. O Ministro baseou-se no princípio constitucional da dignidade humana, para afirmar que “o homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana”.

Este voto foi pioneiro, na medida em que nunca antes um Ministro do STJ havia aplicado a LICC, para reconhecer que a união homossexual é análoga à heterossexual. Assim, ainda que a questão seja previdenciária, o magistrado não fechou os olhos à realidade e enfrentou-a sob a ótica do Direito de Família, na contramão do entendimento adotado pela Corte três meses antes, no RE nº 395.904/RS, em cujo julgamento os Ministros insistiram em negar o caráter familiar da demanda.

Já os demais votos seguiram a linha da consolidada jurisprudência da Corte, no sentido da possibilidade de extensão de certos direitos ao companheiro homossexual, mas impossibilidade de enquadramento de uniões entre pessoas do mesmo sexo no art. 226, § 3º, da CF.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito votou com o Relator, para dar provimento ao recurso, mas deixou claro que o caso não versaria análise do instituto da união estável. O magistrado, conhecido por suas posições conservadoras e fortemente católicas, reconheceu o direito, não por vislumbrar entidade familiar, e sim por entender que qualquer pessoa pode ser dependente de segurado em plano de saúde privado:

O que estamos determinando é apenas a possibilidade de indicação de uma pessoa como dependente para efeitos do plano de saúde e, realmente, com relação a isso não há qualquer óbice porque se pode fazer um plano de saúde privado e indicar quem quer que se queira para ser beneficiário, desde que, para isso, tenha recursos disponíveis.

A incoerência do voto do Ministro é evidente, na medida em que aplica a analogia, para reconhecer direito do autor ao benefício previdenciário, mas, no que se refere à união estável, descarta a técnica de integração.

Pelos termos do acórdão, deduz-se que a Ministra Nancy Andrigui votou nos termos do Relator, para desprover o recurso, mas a manifestação da Ministra não consta do acórdão.

Após pedido de vista dos autos, o Ministro Castro Filho não adentrou o mérito do recurso especial, porque haveria obstáculo ao conhecimento deste, qual seja, o fato de versar questão eminentemente constitucional, a qual deveria ser dirimida, a seu ver, no recurso extraordinário também ajuizado. Isto porque análise de eventual ofensa ao art. 16 da Lei nº 8.213/91 dependeria, necessariamente, de interpretação do art. 226, § 3º, da CF, ao qual aquele dispositivo se refere, bem como de análise dos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade humana.

Aponto crítica ao voto do Ministro Castro Filho, no qual reconheci preconceito embutido na seguinte declaração, aparentemente despreziosa: “A questão, a inicial afirma a existência de vida em comum entre os autores, relação homoafetiva, há mais de sete anos, dividindo casa, despesas etc., à semelhança das relações heterossexuais concubinárias”. Por que o Ministro afirma que a união dos recorridos seria semelhante à relação concubinária, e não à união estável, já que preenche os requisitos de durabilidade, publicidade e continuidade determinados no art. 1º da Lei nº 9.278/96? Será em razão de o concubinato ser ilegítimo, o que o aproximaria da união homossexual, também socialmente discriminada?

Apesar desta ressalva e da superficialidade do voto, é importante ressaltar que o magistrado reconheceu, com correção, que a solução do litígio não se deveria ater à letra expressa da lei. Antes, dependeria de interpretação da Lei nº 8.213/91 à luz de princípios constitucionais.

3.2.7 RESP Nº 773.136/RJ

REsp nº 773.136/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. em 10.10.2006, DJ de 13.11.2006 (recurso especial conhecido e provido à unanimidade).

Sete meses após, a Corte voltou a se pronunciar sobre a questão da união homoafetiva, no REsp nº 773.136/RJ. O pedido, ancorado no Direito de Família, foi provido, para desconstituir acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que havia reconhecido união estável de duas mulheres. Embora não se possa dizer que este precedente representou retrocesso da Corte, já que as manifestações anteriores concessivas de direitos a homossexuais negaram o caráter familiar dos pleitos, evidenciou a rigidez do STJ, que continuava a ofender princípios constitucionais em prol da letra fria da lei.

Na hipótese, M.L.P ajuizou ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato havida entre si e a falecida B.L.S., as quais viveram juntas de 1980 a 1993, período no qual amealharam patrimônio que, conquanto registrado apenas no nome da falecida, teria sido adquirido mediante esforço comum. Alegou que, quando da morte de B.L.S, a representante do espólio, mãe da falecida, teria ignorado a citada união homoafetiva, bem como a participação de M.L.P. na construção do patrimônio deixado pelo *de cujus*. Pediu a partilha do patrimônio adquirido durante o período de vida conjunta e, em sede cautelar, fosse impedida a alienação dos bens arrolados no inventário.

O juízo de primeiro grau indeferiu o pleito, sob alegação de que a partilha demandaria prova do esforço comum para aquisição do patrimônio, o que não teria sido comprovado.

Em apelação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a sentença, para reconhecer a dissolução da sociedade de fato e a necessidade de partilha dos bens adquiridos na constância da união. A Corte invocou o art. 4º da LICC; os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade; e o papel do Direito para garantia da justiça social e bem comum, a fim de qualificar a relação como união estável.

O espólio de B.L.S. interpôs recurso especial para o STJ, sob alegação de ofensa, em resumo, aos arts. 226, § 3º, da CF, e 1º da Lei nº 9.278/96, bem como

dissídio jurisprudencial, porque não poderia haver união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas tão-somente sociedade de fato, nem tampouco divisão de patrimônio sem prova de esforço comum.

O STJ não analisou a alegação de afronta ao art. 226, § 3º, da CF, porque seria impossível examinar dispositivo constitucional em sede especial. O argumento de ofensa ao art. 1º da Lei nº 9.278/96 foi acolhido, para afastar o reconhecimento de união estável entre as companheiras M.L.P e B.L.S.

Configurada sociedade de fato entre duas pessoas, a jurisprudência pátria exige, para divisão do patrimônio constituído na vigência dessa sociedade, comprovação do esforço comum dos sócios. Já a união estável dispensa tal prova, sendo o esforço comum presumido.

O STJ reconheceu, na esteira do entendimento da Corte à época, que somente poderia haver sociedade de fato entre duas pessoas do mesmo sexo, de modo que a partilha pleiteada por M.L.P demandaria prova do esforço direto desta para constituição do patrimônio deixado pela companheira falecida. Ante a falta desta prova, conquanto ambas tenham vivido sob o mesmo teto durante 13 anos, de modo afetivo, público, contínuo e duradouro, foi-lhe negado direito à partilha.

O entendimento de que haveria apenas sociedade de fato entre homossexuais é forma de mascarar, ou ignorar, que pessoas do mesmo sexo se envolvem de forma íntima, amorosa e sexual. Isto é, fecham-se os olhos para a realidade e, por preconceito – que se ancora, principalmente, em ideais morais e religiosos –, determina-se que pessoas do mesmo sexo apenas constituem vínculos profissionais e societários. Assim, são cometidas grandes injustiças. No caso em apreço, a Ministra Nancy Andrighi argumentou que, nos termos da jurisprudência da Corte e da Súmula nº 380 do STF, o acórdão recorrido teria violado o art. 1º da Lei nº 9.278/96, pois seria impossível reconhecimento de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo. Mas a Ministra não embasou esta posição com argumentos de mérito. Isto é, o fato de a jurisprudência desta ou daquela Corte reconhecer algo não é, em si, motivo para que se repita, impensadamente, o entendimento adotado. É necessário que haja reflexão a respeito do que se defende.

3.2.8 RESP Nº 648.763/RS

REsp nº 648.763/RS, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Quarta Turma, j. em 7.12.2006, DJ de 16.4.2007 (recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido à unanimidade).

No REsp nº 648.763/RS, julgado no fim de 2006, o desfecho do caso revelou-se justo, mas não porque o entendimento da Corte quanto às uniões homoafetivas tivesse evoluído, e sim por mera “coincidência”.

No caso, o juízo *a quo* (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) havia entendido que a união entre autora e ré, que perdurou de 1994 até 1998, configurava união estável, à luz do art. 1º da Lei nº 9.278/96. Mas entendeu que, ainda que se considerasse a relação como sociedade de fato, a partilha dos bens seria devida, pois provado o esforço comum da recorrente para aquisição destes.

A recorrente insurgiu-se contra a decisão que determinou divisão igualitária do patrimônio adquirido na constância da união, sob alegação de que a relação mantida entre si e a recorrida não configuraria união estável, por se tratar de duas pessoas do mesmo sexo. Afirmou que se trataria de sociedade de fato, de modo que a partilha dos bens dependeria de prova da contribuição efetiva da recorrida para aquisição destes, o que não teria sido demonstrado nos autos.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso, por não vislumbrar a indigitada ofensa ao art. 1º Lei nº 9.278/96, mantendo, portanto, a posição adotada pelo órgão quando do julgamento do RE nº 502.995/RN, em 26.4.2005.

O Ministro Relator Cesar Asfor Rocha deu parcial provimento ao recurso. Acolheu-o quanto à alegação de ofensa ao art. 1º da Lei nº 9.278/96, para determinar que não há união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas apenas sociedade de fato. Neste ponto, há contradição no voto do Relator, o qual afirma que se trata de “relação **afetiva** mantida entre pessoas do mesmo sexo”, mas conclui que não pode haver união estável entre homossexuais, mas tão-somente sociedade de fato, a gerar efeitos patrimoniais. O Ministro citou precedentes da Corte que embasariam esta conclusão (REsp nº 502.995/RN, REsp nº 148.897/MG, REsp nº 323.370/RS e REsp nº 773.136/RJ), sem explicar o porquê de entender inaplicável a analogia à hipótese, a qual poderia equiparar a união homoafetiva à heteroafetiva.

Contudo, no que tange à partilha dos bens, manteve o acórdão atacado, que considerou provado o esforço comum da companheira para aquisição dos bens

disputados. O Ministro entendeu que posição contrária demandaria revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede especial, nos termos da Súmula nº 7 do STJ⁵⁹.

Assim, em que pese o não-reconhecimento da união estável, o julgamento produziu resultado justo, já que, “coincidentemente”, ficou provado que a recorrida contribuiu para aquisição de 50% do patrimônio amealhado na constância da união, de modo que o STJ manteve entendimento de partilha igualitária dos bens.

3.2.9 AG Nº 971.466-AGR/SP

Ag nº 971.466-AgRg/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Terceira Turma, j. em 2.9.2008, DJE de 5.11.2008 (agravo regimental desprovido à unanimidade).

Mais de dois anos depois, a Corte voltou a se pronunciar sobre a temática, mas não sob a ótica do Direito de Família, e sim sob o enfoque do Direito Previdenciário.

A hipótese trata de agravo regimental interposto de decisão proferida pelo Ministro Ari Pargendler em sede de agravo de instrumento. A agravante, Caixa Beneficiária dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo (CABESP), insurgiu-se contra a decisão monocrática que permitiu inclusão de companheiro homossexual no plano de saúde de segurado falecido, pelas seguintes razões: (a) em vida, o *de cujus* jamais teria pedido inclusão do companheiro no plano de saúde da agravante; e (b) o Estatuto da agravante não permitiria a inclusão, na qualidade de dependente, de companheiro do mesmo sexo, visto que “inexiste, em nossa legislação, qualquer [sic] preceito legal reconhecendo ou dispondo que pessoas de mesmo sexo possam formar uma união estável, seja ela legítima (casamento) ou ilegítima (concubinato)”.

O Ministro Relator Ari Pargendler negou provimento ao agravo. Sustentou que o argumento de que o segurado não teria pedido, em vida, inclusão do companheiro no plano de saúde da agravada não poderia ser analisado em agravo regimental, por falta de prequestionamento. Alegou que, ainda que superado este óbice processual, o agravo não prosperaria, por esbarrar em entendimento de mérito da

⁵⁹ Súmula nº 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Corte, proferido no RE nº 238.715/RS, no sentido da possibilidade de inclusão de parceiro homossexual como dependente em plano de saúde.

Os Ministros Nancy Andrichi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Relator, de modo que o agravo foi desprovido à unanimidade, mas o teor desses votos não está disponível no inteiro teor do acórdão.

Vê-se, portanto, que o STJ cristalizou entendimento no sentido da possibilidade de inclusão de companheiro homossexual em plano de saúde, mas permanecia intocada a posição da Corte quanto à natureza das uniões homoafetivas. Nesse mesmo dia, porém, a conclusão do julgamento do REsp nº 820.475/RJ revelaria pronunciamento inédito do Tribunal.

3.2.10 RESP Nº 820.475/RJ

REsp nº 820.475/RJ, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ acórdão Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, j. em 2.9.2008, DJE de 6.10.2008 (recurso especial conhecido e provido por maioria – 3 votos a 2).

Este precedente inaugurou novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tendo sido amplamente celebrado pela comunidade LGBTs, pois representou grande evolução jurisprudencial, no que tange ao reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo.

Trata-se da primeira vez em que a Corte se pronunciou sobre união homoafetiva sob a ótica do Direito de Família⁶⁰. O REsp nº 820.475/RJ foi interposto por Antônio Carlos Silva e Brent James Townsend, casal homoafetivo que coabita desde 1988 e visa reconhecimento de união estável, para fins de obtenção de visto de permanência no Brasil para Townsend, que é cidadão canadense. Os recorrentes são legalmente casados no Canadá e, tendo decidido viver no Brasil, ajuizaram ação declaratória de união estável, para reconhecimento do enlace “duradouro, contínuo e público, pautado pela consideração e respeito mútuo, pela assistência moral e material recíproca”. Segundo matéria publicada no *Correio Braziliense* em

⁶⁰ Esta afirmação é feita com base nas obras de Maria Berenice Dias, Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros, Luiz Edson Fachin e Paulo Roberto Iotti Vecchiatti.

22.8.2007, os recorrentes aguardaram todo o julgamento do recurso especial no Canadá⁶¹.

Em 2004, o juízo de primeiro grau – Quarta Vara de Família de São Gonçalo/RJ – não conheceu da ação ali ajuizada, sob alegação de que o pedido seria juridicamente impossível, nos termos do art. 267, VI, do CPC⁶². Em apelação, a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ) manteve a sentença, sob fundamento de que a legislação infraconstitucional e constitucional exigira diversidade de sexos dos parceiros para reconhecimento de união estável, o que ensejou interposição de recurso especial.

Em 2.9.2008, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou, em decisão pioneira, por três votos a dois, que a primeira instância analise o mérito do pleito⁶³. A Corte assentou que pedidos relativos a uniões entre pessoas do mesmo

⁶¹ A matéria, intitulada *Relator vota favorável à união homossexual*, é de Hércules Barros e está disponível, para assinantes, no site <http://www.correioweb.com.br>.

⁶² Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

(...).

⁶³ Eis o teor da ementa do acórdão:

“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 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, dêz 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.**

7. Recurso especial conhecido e provido” (grifei).

sexo não são juridicamente impossíveis, porque, embora o ordenamento jurídico não as contemple de modo expresso, tampouco as proíbe, sendo possível integrar a lacuna legislativa. Assim, é possível estender o instituto da união estável a companheiros homoafetivos que preencham as condições previstas na Lei nº 9.278/96, quais sejam, a convivência pública, duradoura e contínua. O STJ afirmou, ainda, que o magistrado jamais pode se eximir de prestar jurisdição sob fundamento de falta de previsão legal, devendo, nessas hipóteses, utilizar os métodos de integração e se ater aos “fins sociais a que a lei se destina” (art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil)⁶⁴.

O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator do caso, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para determinar que, “(...) uma vez superada a questão de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, prossigam as instâncias ordinárias no julgamento do feito como entender de direito”. A propósito, colho do voto do Ministro Relator:

No que se refere à impossibilidade jurídica do pedido, pacífico o entendimento, tanto na doutrina como na jurisprudência, de que esta só se configura quando há expressa vedação dada pelo ordenamento jurídico. (...). Da análise dos dispositivos transcritos [arts. 226, § 3º, da CF; 1º da Lei nº 9.278/96; e 1.723 e 1.724 do Código Civil] não vislumbro em nenhum momento vedação ao reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo, mas, tão-somente, o fato de que os dispositivos citados são aplicáveis a casais do sexo oposto, ou seja, não há norma específica no ordenamento jurídico regulando a relação afetiva entre casais do mesmo sexo. Todavia, nem por isso o caso pode ficar sem solução jurídica, sendo aplicável à espécie o disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC. Cabe ao juiz examinar o pedido e, se acolhê-lo, fixar os limites do seu deferimento. (...) A lacuna da lei não pode jamais ser usada como escusa para que o juiz deixe de decidir, cabendo-lhe supri-la através dos meios de integração da lei. (...) No caso destes autos, tenho como violados os arts. 4º e 5º da LICC e 126, do CPC. Frise-se, aliás, que o art. 5º da LICC diz que o juiz deve atender aos fins sociais a que a lei se destina (grifei).

Após voto do Ministro Relator, o Ministro Fernando Gonçalves pediu vista dos autos e votou no sentido da impossibilidade jurídica do pedido, em razão da “vedação” imposta pelos arts. 226, § 3º, da Constituição Federal, 1º da Lei nº 9.278/96 e 1.723 e 1.724 do Código Civil.

⁶⁴ Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

O Ministro lançou premissas relevantes, mas parece não tê-las considerado, na medida em que ignorou os próprios argumentos para concluir na contramão dos pressupostos assumidos. Isto é, afirmou concordar “(...) plenamente que, em princípio, o direito positivo não veda explicitamente a união entre pessoas do mesmo sexo”, mas defendeu que o reconhecimento das uniões homossexuais dependeria de alteração da Constituição Federal e concluiu que, “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” (grifei).

O Ministro defendeu, apoiado nos ensinamentos de Silvo de Salvo Venosa, que “não há aceitação social majoritária das uniões homoafetivas”, de forma que estas deveriam gerar tão-somente efeitos patrimoniais referentes à sociedade de fato. Argumentou que “(...) 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”, a qual pressuporia a dualidade de sexos.

Afirmou, na esteira do entendimento de Luiz Edson Fachin⁶⁵, que, em razão do avanço da sociedade, “os fatos acabam se impondo ao Direito e a realidade desmente a legislação”, mas concluiu que a jurisprudência já teria dado largos passos, ao reconhecer os efeitos patrimoniais decorrentes da união civil entre pessoas do mesmo sexo. Assim, conquanto tenha reconhecido que os progressos sociais demandam constante revisitação da legislação, preferiu, nesta hipótese, fechar os olhos para os cerca de 17,9 milhões de homossexuais brasileiros⁶⁶, muitos dos quais, à margem da legislação, já constituem famílias homoafetivas.

O Ministro Aldir Passarinho Júnior votou com o Ministro Fernando Gonçalves, no sentido de que o pedido de reconhecimento de união estável gay seria juridicamente impossível, pois a dualidade de sexos seria exigência legal e constitucional. Afirmou que “essa questão é oriunda da Carta Política, de modo que não nos cabe aqui dar uma interpretação, não diria nem extensiva, mas alternativa, ao que dispõe a Constituição da República, que assim quis”.

⁶⁵ Este doutrinador defende a constitucionalidade das uniões homoafetivas como entidade familiar. Vide FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁶⁶ Estimativa da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Aqui, cabe questionar se a Constituição Federal teria vontade própria. E, ainda, se a pretensão dos constituintes originários de 1988 permaneceria intocável, alheia à sociedade em transformação. Cabe, ainda, reproduzir as indagações retóricas do Min. Massami Uyeda, que acompanhou o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, para prover o recurso especial e determinar anulação da sentença:

Trata-se de fato social que, à luz da legislação formal, não se encontra contemplada em texto específico. Contudo, esta lacuna legal é suficiente para impedir sua apreciação, em termos de resposta jurisdicional a uma ação ajuizada pelos interessados em obter provimento do Poder Judiciário quanto à legitimidade jurídica da situação por eles vivenciada?;

O direito de ação, segundo o qual toda lesão de direito será apreciada pelo Poder Judiciário, como inscrito no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, possibilitaria ao Estado-Julgador reconhecer que a ausência de lei formal, específica, que regule situação fática existente, possa constituir óbice para se negar a pretendida resposta?

O Ministro Massami Uyeda invocou o art. 4º da LICC, o qual determina que, nas hipóteses de lacuna legal, o juiz julgue por analogia, equidade, ou pelos princípios gerais de direito. Relembrou, ainda, que o art. 5º da LICC prevê que o juiz atenda aos fins sociais a que a lei se dirige, assim como às exigências do bem comum. O Ministro Uyeda concluiu que a solução desse conflito processual deve “conjuguar a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário, por meio de ação, e as dicções dos dispositivos mencionados da Lei de Introdução ao Código Civil”.

O Ministro Luís Felipe Salomão, que passou a integrar o STJ em 17.6.2008⁶⁷, quando já iniciado o julgamento deste recurso especial, acompanhou os Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Massami Uyeda, para dar provimento ao recurso, sob fundamento de que o pleito seria juridicamente possível, já que não há vedação legal expressa à união estável de pessoas do mesmo sexo⁶⁸. Sustentou que o objetivo da Lei nº 9.278/96 é garantir – a todos os companheiros que preenchem as

⁶⁷ O Ministro Luís Felipe Salomão ocupou a vaga deixada pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa, o qual lamentavelmente faleceu em 1º.2.2008, em decorrência de falência múltipla dos órgãos.

⁶⁸ É curioso notar que, embora o Ministro Luís Felipe Salomão defenda a possibilidade jurídica do pedido, em razão da ausência de vedação legal expressa, se apóia em ementa que não sustenta a tese por ele defendida, na medida em que reconhece que a impossibilidade pode decorrer do silêncio normativo:

“1. Há de ser mantido acórdão que firmou-se [sic] na linha de que ocorre a impossibilidade jurídica do pedido quando há vedação expressa no ordenamento legal ao seu deferimento, **ou, ainda, quando não haja previsão de um tipo de providência como a que se pede através da presente ação**” (REsp nº 451.125/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. em 17.12.2002, DJ de 24.3.2003).

condições previstas nos arts. 1.723 e 1.724 do Código Civil⁶⁹ – os direitos elencados em seu art. 2º⁷⁰, não excluindo as uniões homoafetivas do seu campo de incidência. Sustenta que o legislador poderia,

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. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa.

Assim, após voto de desempate do Ministro Luís Felipe Salomão, o STJ deu sinal, pela primeira vez, de que caminha, ainda que a passos lentos, no sentido de ultrapassar a lacuna legislativa, ater-se aos fins sociais da lei e valer-se de interpretação sistemática da Constituição Federal, a fim de aplicar a analogia e reconhecer, à semelhança da união heteroafetiva, a união estável homoafetiva.

3.3 PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Passo, agora, à análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Preliminarmente, é relevante salientar que a Corte ainda não firmou jurisprudência quanto às uniões homoafetivas, visto que há somente decisões monocráticas respeitantes ao tema. Conquanto haja uma ação de descumprimento de preceito fundamental e uma ação direta de constitucionalidade distribuídas, estas ainda aguardam julgamento pelo Plenário.

3.3.1 PET Nº 1.984/RS

⁶⁹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

⁷⁰ Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Pet nº 1.984/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. em 10.2.2003, DJ de 20.2.2003 (petição desprovida).

A primeira manifestação de Ministro do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva ocorreu no julgamento da Pet nº 1.984/RS, pelo Ministro Marco Aurélio Mello. Na realidade, embora a questão central dos autos envolvesse reconhecimento de parceria homossexual, o Ministro apenas tangenciou a questão, na medida em que dirimiu a controvérsia com base em argumentos de base formal e processual. Nada obstante, exprimiu certa opinião sobre o tema, para reconhecer a constitucionalidade da união entre pessoas do mesmo sexo.

O recurso, interposto pelo INSS, objetivou suspender os efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, a qual determinou que, no prazo de 10 dias, a autarquia passasse a considerar o companheiro homossexual como dependente, nos termos do art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, possibilitando inscrição nas dependências do próprio INSS, bem como passasse a processar pleitos de pensão por morte e auxílio-reclusão de companheiros do mesmo sexo, desde que preenchidas as condições demandadas dos companheiros heterossexuais.

O INSS alegou que a decisão feriria a ordem e economia públicas, já que a possibilidade de inscrição de companheiro homossexual ampliaria as hipóteses de fraude à máquina administrativa, pois permitiria que qualquer pessoa solicitasse o benefício. Ademais, não se teria estabelecido a fonte de custeio para concessão deste.

Sustentou, ainda, ofensa ao princípio da separação dos Poderes, porque, ao reconhecer a união estável homossexual, o juízo *a quo* teria usurpado função do Congresso Nacional.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo deferimento da suspensão, o que configurou contradição da instituição, na medida em que o Ministério Público Federal é autor da ação pública que ensejou a liminar debatida.

O Ministro Marco Aurélio Mello conheceu da petição de suspensão, pois preenchidos os requisitos legais para manifestação do STF, mas, dada a importância da garantia imediata do direito difuso em tela, indeferiu o pleito.

Aduziu, no que tange ao mérito da questão, que, à luz da analogia e de princípios constitucionais, a união estável entre pessoas do mesmo é plenamente constitucional. Sustentou, em resumo, que não se pode interpretar as leis com fundamento em “preconceito constitucionalmente vedado”; que a Constituição deve ser considerada sistematicamente, não se devendo analisar o comando do art. 226, § 3º, isoladamente; e que a distinção entre indivíduos, a partir de sua orientação sexual, afronta o art. 5º da Carta Magna.

Considerada a justeza desta manifestação do Ministro Marco Aurélio, o qual ultrapassou os limites expressos da lei, para reconhecer direitos constitucionalmente consagrados, prevejo que o magistrado vote favoravelmente ao reconhecimento da união estável homoafetiva, quando da apreciação, pelo Plenário do STF, da ADPF nº 132 (Rel. Min. Carlos Ayres Britto) e da ADI nº 4.277 (Rel. Min. Ellen Gracie).

3.3.2 RE Nº 406.837

RE nº 406.837, Rel. Min. EROS GRAU, j. Em 23.2.2005, DJ de 31.3.2006 (recurso não conhecido).

Nesta decisão monocrática, em que a recorrente arguiu violação ao princípio da igualdade, em razão do não-reconhecimento de união estável entre si e o companheiro homossexual, o Ministro Relator Eros Grau não adentrou o mérito da demanda, por vislumbrar óbice processual, qual seja, ausência de prequestionamento.

Nada obstante, manifestou entendimento acerca das uniões homossexuais, no sentido da impossibilidade de extensão do instituto da união estável para casais formados por pessoas do mesmo sexo:

Insustentada, também, a pretensão de ver aplicada à hipótese destes autos – pagamento de pensão estatutária em virtude de união homossexual – o disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição do Brasil. Este preceito, embora represente avanço na esfera do direito social, somente reconhece como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher, desde que entre esses não se verifique nenhum impedimento legal à conversão dessa união em casamento.

Vê-se, portanto, que o argumento do Ministro baseia-se em noção estritamente legalista, o que implica desconsideração de princípios constitucionais e

do espírito da lei, conforme já abordado neste trabalho. Ademais, conforme defende VECCHIATTI (2008, 500-501),

a conclusão do Ministro é, ainda, contrária a uma tese geral dele próprio, a saber, aquela segundo a qual jamais existiria contradição entre princípios e regras, em virtude de estas serem sempre concretizações daqueles [GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação e aplicação do direito*, 4a. Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 53]. A contradição existe na medida em que interpretar a regra da união estável de forma a excluir desse conceito a união estável homoafetiva implica contradição entre a **regra** da união estável e o **princípio** da isonomia (...) (grifos no original).

Desse modo, concluo, na esteira dos argumentos já expendidos quando da análise dos precedentes do STJ, que o entendimento do Ministro Eros Grau é inconstitucional.

3.3.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.300-MC/DF

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 3.2.2006, DJ de 9.2.2006 (recurso extinto sem resolução de mérito).

Em 2006, o tema foi alvo de pronunciamento monocrático do Ministro Celso de Mello, na ADI nº 3.300-MC/DF (DJ de 9.2.2006), ajuizada por organizações de defesa dos direitos LGBTs.

Os requerentes arguíram a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96⁷¹, no que se refere à restrição do instituto da união estável a companheiros de sexos opostos, pleiteando qualificação das uniões homoafetivas como entidade familiar.

O Relator entendeu que a lei em questão teria sido derogada pelo Código Civil de 2002, cujo art. 1.723, que disciplina o instituto da união estável, reproduziu o conteúdo constante do art. 1º da Lei nº 9.278/96. O Ministro indicou, ainda, que tampouco poderia conhecer de ADI em face do próprio § 3º do art. 226 da Carta Magna, visto que o STF não admite fiscalização abstrata de norma constitucional originária. Desse modo, extinguiu o processo sem resolução de mérito, já que a

⁷¹ Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade contra normas revogadas.

Apesar de não conhecer da ação, o Relator revelou entendimento acerca do mérito da demanda. O Relator dispôs que, conquanto a ADI fosse ação inadequada para o caso, o tema seria de grande relevância e importância jurídico-social. Ao repudiar as injustiças provocadas pela discriminação contra homossexuais, o Ministro sugeriu o ajuizamento de ação de descumprimento de preceito fundamental, como remédio constitucional apropriado para provocar discussão judicial sobre o tema:

(...)

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 (...), 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 (...).** 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.**

(...) (grifei).

O Ministro conferiu especial destaque às obras de Maria Berenice Dias acerca do tema, para afirmar, citando a desembargadora aposentada do TJ/RS, ser necessário que o Judiciário mostre “independência e coragem” para conferir juridicidade às uniões de pessoas do mesmo sexo.

Apesar da extinção do processo sem julgamento de mérito, é de se louvar a manifestação do Ministro Celso de Mello, que, diversamente do que fizeram os Ministros do STJ durante 10 anos, encarou a questão a partir de elementar senso de justiça, para valorizar o pluralismo e reconhecer o direito de cada cidadão à felicidade.

Tendo em vista a recomendação do Ministro, no sentido de que se buscasse tutela da questão por meio de ação de descumprimento de preceito fundamental, o Governador do Estado do Rio Janeiro Sérgio Cabral ajuizou, em 27.2.2008, a ADPF nº 132, pedindo fosse estendido o instituto da união estável às uniões homossexuais dos funcionários públicos civis do estado.

A ação foi distribuída ao Ministro Carlos Ayres Britto, que já proferiu despachos para admitir no processo, como *amici curiae*, grupos voltados à defesa dos direitos dos homossexuais⁷². Em 6.6.2008, o Advogado-Geral da União José Antonio Dias Toffoli proferiu parecer, opinando pelo acolhimento da ADPF, em razão da patente constitucionalidade da união estável homossexual. Defendeu que “a evolução e a complexidade das relações humanas estão a exigir do sistema jurídico respostas adequadas para a resolução dessas controvérsias, intimamente ligadas ao pleno exercício dos direitos humanos fundamentais”. Afirmou que, à luz do princípio da isonomia, não há motivo plausível que justifique tratamento desigual às uniões homoafetivas, igualmente pautadas pelo afeto, convivência e mútua assistência.

O pronunciamento do STF na ADPF nº 132 inaugurará aguardado e relevantíssimo entendimento do Tribunal sobre a matéria. Mas, considerando que os efeitos da decisão se restringirão ao Estado do Rio de Janeiro, a Procuradora-Geral da República em exercício Deborah Duprat ajuizou, no dia 2.7.2009, a ADPF nº 178, requerendo distribuição por dependência à ADPF nº 132, tendo em vista a matéria conexa. Pediu que a Corte Suprema declare:

que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

⁷² As seguintes organizações já foram admitidas no processo, na condição de *amici curiae*: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI-UFMG); Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais (Centro de Referência GLBTTT); Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual (CELLOS) e da Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais (ASSTRAV); Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP); Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT).

O Ministro Presidente do STF Gilmar Ferreira Mendes converteu a ADPF nº 178 na ADI nº 4.277⁷³ e distribuiu-a à Ministra Ellen Gracie em 3.8.2009 .

As ações aguardam julgamento de mérito pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Consideradas as manifestações dos Ministros Marco Aurélio Mello e Celso de Mello nos precedentes aqui analisados, e atenta às posturas e entendimento de outros Ministros quanto a questões que desafiam a religião e moral tradicional, prevejo que as referidas ADPF e ADI serão julgadas procedentes, embora não à unanimidade.

3.3.4 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 24.564/PA

Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1º.10.2004, DJ de 1º.10.2004 (recurso conhecido e provido à unanimidade).

Neste recurso especial eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu, à unanimidade, relação estável entre duas mulheres, para declarar inelegibilidade de candidata a prefeita que possuía relacionamento homoafetivo com a prefeita reeleita do Município de Viseu/PA.

O juiz eleitoral havia indeferido o registro, por entender que, nos termos do art. 14, § 7º, da Constituição Federal⁷⁴, a candidata seria inelegível.

O Tribunal Regional Eleitoral reformou a sentença, para permitir a inscrição, sob alegação de que o princípio da legalidade não permitiria reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, em razão do “silêncio eloqüente” dos arts. 1.723 do Código Civil e 226, § 3º, da Constituição Federal. Assim, o art. 14, § 7º, da Constituição Federal seria inaplicável às relações homoafetivas. Interessante

⁷³ Em 8.7.2009, o Ministro Gilmar Mendes pediu esclarecimentos à Procuradora-Geral da República, acerca dos atos do Poder Público que considerava atentatórios a preceitos fundamentais. Prestadas informações, o Ministro Presidente despachou no sentido da “inexistência de um objeto específico e bem delimitado a ser impugnado pela via da presente ADPF, o que torna, a primeira vista, a petição inicial inepta, conforme dispõe o artigo 1º e o artigo 4º da Lei Lei 9882/99 (Lei das ADPFs)”. No entanto, a PGR havia requerido, na petição da ADPF nº 178, que a ação fosse acolhida, alternativamente, como ação direta de inconstitucionalidade, já que preenchidos os requisitos legais para tanto. Assim, o Ministro Gilmar Mendes decidiu pela reclassificação.

⁷⁴ Art. 14, § 7º. “São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”.

observar o raciocínio às avessas do acórdão do TRE, do qual consta que “há de ser observado o **princípio da isonomia material**, não podendo ser restringidos direitos, sob pena de, a despeito da omissão legal, incorrer em inadmissível e inconcebível **discriminação**” (grifei). O julgado do Tribunal Regional revela-se infundado e contraditório, senão ofensivo aos princípios da isonomia e da não-discriminação, na medida em que não reconheceu identidade entre as uniões hetero e homoafetivas, mas afirmou que este não-reconhecimento implicaria respeito à igualdade!

É de se observar, ainda, que o acórdão do TRE desconsiderou os fins sociais a que o art. 14, § 7º, da CF, se destina. A regra de inelegibilidade visa evitar a perpetuação de famílias ou oligarquias à frente do Poder Político, bem como impedir que a máquina administrativa seja utilizada em favor de parentes, prática tão corriqueira na história política do Brasil. É exatamente por este motivo que, apesar de a lei se referir apenas ao casamento, também o concubinato e a união estável geram dita inelegibilidade (DIAS, 2006, 145). Isso considerado, a não-declaração de inelegibilidade de companheiro homoafetivo, em razão do princípio da legalidade estrita, reduz o alcance social da norma.

O Ministério Público Eleitoral e o candidato Izaias José Silva Oliveira Neto interpuseram recurso especial. Os candidatos Luiz Alfredo Amin Fernandes e Dilermando Júnior Fernandes Lhamas também interpuseram, separadamente, recursos especiais.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento dos recursos – em louvável parecer da lavra do hoje Procurador-Geral da República Roberto Monteiro Gurgel – sob alegação de que o dispositivo constitucional da inelegibilidade tem de ser interpretado de forma teleológica.⁷⁵

O Ministro Relator Gilmar Mendes votou pelo reconhecimento da união homossexual, a ensejar a inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição. Referiu-se à relação de afeto que pode unir pessoas do mesmo sexo e, atendo-se aos fins a que a norma constitucional se destina, afirmou que,

em todas essas situações – concubinato, união estável, casamento e parentesco – está presente, pelo menos em tese, forte vínculo afetivo, 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.

⁷⁵ A interpretação teleológica (também conhecida como lógica) preocupa-se com a finalidade da norma. Assim, consideram-se o espírito, vontade e intenção dos dispositivos legais.

Mas o Ministro não reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar. Afirmou que, assim como possuem reflexo patrimonial na esfera civil, na medida em que reconhecidas como sociedade de fato, também produzem efeitos na esfera eleitoral. Citou trecho do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no REsp nº 148.897/MG, para corroborar o entendimento de que, conquanto não configurem entidade familiar, as uniões entre pessoas do mesmo sexo produzem determinados efeitos dignos de tutela.

O Ministro Peçanha Martins votou nos termos expostos pelo Relator, acrescentando tão-somente que “vivemos tempos de verdade no que diz respeito ao amor, e a consequência política haverá de ser, sim, o impedimento”. Vejo, por meio desta singela declaração, que o Ministro não fechou os olhos à realidade, ao reconhecer que pode haver laço de amor romântico entre pessoas do mesmo sexo. Deixou implícito que não tece julgamento moral quanto às uniões homoafetivas, pois, ao afirmar que “vivemos tempos de verdade”, defendeu que cada pessoa deve ser fiel a si e buscar, a partir de suas verdades, a felicidade.

Os Ministros Luiz Carlos Madeira e Humberto Gomes de Barros não somaram argumentos à tese sustentada pelo Relator.

Já o Ministro Caputo Bastos acrescentou que este é

um daqueles casos em que a realidade dos fatos é maior que a realidade jurídica. E por reconhecer essa realidade dos fatos é que temos de dar consequências jurídicas a essa realidade constatada. Não estamos aqui em regime de contemplação, mas diante de um mundo real, concreto, onde as coisas acontecem.

Assim, reconheceu que, muitas vezes, a legislação não acompanha as transformações da sociedade, de modo que os fatos se sobrepõem ao direito. Cabe ao Judiciário, a partir desta constatação, conferir novas e fluidas interpretações às normas, sem que isso implique usurpação da função legislativa do Congresso Nacional.

O voto do Ministro Carlos Velloso revelou preconceito e contradição. O magistrado afirmou, categoricamente, que o instituto da união estável não poderia ser estendido a companheiros homossexuais, em razão de suposta limitação determinada pelo art. 226, § 3º, da Constituição. Sustentou, nesse sentido, que pessoas do mesmo sexo podem viver juntas “como se estivessem em concubinato”,

o que ostenta preconceito, na medida em que a união estável em nada se assemelha ao concubinato.

Mas, apesar dessas declarações, afirmou, em patente contradição, que o recurso especial eleitoral haveria de ser provido, pois, “no caso, teríamos ofensa à *ratio legis* se, numa atitude conservadora, não reconhecermos, no âmbito do Direito Público Eleitoral, a existência dessa união homoafetiva nos moldes de uma união estável”.

Penso que, embora este julgado não tenha reconhecido a união estável entre parceiros do mesmo sexo, merece aplausos, em especial devido às manifestações dos Ministros Gilmar Mendes, Peçanha Martins e Caputo Bastos. Os magistrados da Corte acertaram ao realizar interpretação teleológica do art. 14, § 7º, da Constituição Federal, mas defendo que deveriam ter aplicado tal processo hermenêutico também ao art. 226, § 3º, para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. Assim como se ativeram aos fins sociais da norma de inelegibilidade, deveriam ter sido coerentes e considerado ainda a *ratio legis* do § 3º do art. 226, o qual visa regulamentar todas as uniões que, pautadas pelo afeto, visem à comunhão plena de vida.

4. CONCLUSÃO

Neste trabalho, pretendi defesa da constitucionalidade da união estável homossexual. Parti do pressuposto de que, nos últimos 30 anos, o conceito de família deixou de se definir a partir do casamento e da existência de prole, para se sedimentar no vínculo de afeto capaz de unir quaisquer pessoas que busquem comunhão de vida.

Conclui que, apesar de a Constituição Federal prever a união estável como sendo parceria entre homem e mulher, a relação homoafetiva é igualmente constitucional. Primeiro, em razão do princípio da legalidade, dado que a Carta Magna não proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Segundo, porque as normas constitucionais e legais devem respeito a princípios da Constituição, que deve ser interpretada de modo sistemático, e não literal.

Nesse sentido, baseei-me nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, não-discriminação, igualdade e liberdade, norteadores de todo o ordenamento jurídico brasileiro, para sustentar que, apesar da lacuna legal e da nossa ainda conservadora jurisprudência nacional, devem as uniões entre pessoas do mesmo sexo ser consideradas entidades familiares, tais quais as parceiras heteroafetivas.

Compreensão desta matéria exigiu análise de duas controvérsias. A primeira, relativa à natureza do art. 226 da Constituição Federal, se taxativo ou exemplificativo. O entendimento tradicional, no sentido de que seria *numerus clausus*, pareceu-me inconstitucional, por violar princípios da Carta Magna e direitos humanos indisponíveis. Assim, a partir de interpretação sistemática da Constituição Federal, decidi pelo acerto da compreensão de que o dispositivo seria *numerus apertus*. Desse modo, na esteira do que defendido por LÔBO (2001, 5), entendi que o art. 226 seria “cláusula geral de inclusão” de qualquer entidade que se pautar pela afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

A segunda, concernente à definição do instituto da união estável. A doutrina e jurisprudência tradicionais conceituam-no a partir do texto expresso da Constituição Federal (art. 226, § 3º) e do Código Civil (art. 1.723). Apontam, nesse sentido, que o reconhecimento de união estável dependeria da dualidade de sexos dos parceiros. Refutei tal entendimento, por considerar que o instituto deve ser tomado de modo

amplo, sem amarras à letra fria da lei. Isto porque parti do entendimento de que a afetividade é principal elemento caracterizador das entidades familiares, o que afasta necessidade de atenção cega a requisitos objetivos traçados por Código Civil que já nasceu ultrapassado.

Reputei necessária exposição dos argumentos de fundo que reprovam a orientação sexual gay, para demonstrar a frágil base do preconceito historicamente construído. Notei que os discursos que deslegitimam as uniões homossexuais valem-se, em suma, de argumentos “científicos” e religiosos. Ambos assentam-se na premissa básica de que a homossexualidade seria contrária às leis da natureza, na medida em que duas pessoas do mesmo sexo são incapazes de produzir descendentes, ou de assumir os papéis de “pai” e “mãe” diante de eventuais filhos unilaterais ou adotivos.

São inúmeros os argumentos que combatem essas concepções ditas “científicas” e religiosas. Concluí, em suma, que não se deve falar em contrariedade à natureza, pois o homem é ser cultural, e não apenas natural. Quanto aos fundamentos religiosos, chamei atenção à laicidade do Estado brasileiro, o qual assegura a liberdade de crença (art. 5º, VI). Entendi, nessa esteira, pela inconstitucionalidade dos argumentos estritamente legalistas, “científicos” e religiosos, pois atentatórios à dignidade da pessoa humana, não-discriminação, liberdade e igualdade.

Pesquisa doutrinária e jurisprudencial revelou que, apesar de juristas brasileiros não mais poderem negar a existência de parcerias afetivas entre pessoas do mesmo sexo, as Cortes brasileiras não lhes reconhecem direitos devidos. Na prática, diante da aparente lacuna legislativa, a maior parte dos magistrados e Tribunais nacionais tem decidido, desde 1998, que haveria sociedade de fato entre parceiros do mesmo sexo, e não união estável. Vi, portanto, que o Direito já não ignora o fato de que casais do mesmo sexo se unem, mas recusa-se a reconhecer que tais uniões são constituídas com propósito afetivo, amoroso, sexual etc..

Assim, defendi que, conquanto a Carta Magna não contemple, de modo expresso, as uniões homoafetivas no conceito de união estável, seus dispositivos podem ser integrados. Entendi que o argumento de que a legislação brasileira não permitiria a união estável entre pessoas do mesmo sexo é inócuo, pois atenta contra todos os princípios que regem a Constituição Federal do país.

A propósito, concluí ser desnecessário arcabouço legislativo específico para que haja reconhecimento de direitos humanos plenos a homossexuais. Isto porque a inanição legislativa não pode servir de motivação para que o Judiciário também se mantenha inerte, à espera de normas positivas que prevejam direitos às uniões homoafetivas. O Judiciário possui papel social relevante, o qual não se cinge à reprodução de normas editadas pelo Legislativo. Entendi, dessa forma, que a passividade dos órgãos públicos diante da questão afeta às prerrogativas dos homossexuais implica anuência à discriminação e constitui, em si, ato de violência.

Apesar da negativa de reconhecimento de direitos fundamentais a homossexuais, reconheci que o tema está em ebulição e o entendimento retrógrado em notável – conquanto arrastada – transformação. Avanços já podem ser constatados nas três esferas do Poder.

No Judiciário, alvo deste estudo, há Cortes, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que assumem seu papel social transformador e não mais fazem distinção entre companheiros hetero e homossexuais. Percebi, a partir de análise de precedentes do TJ/RS, que esses órgãos de vanguarda têm proferido decisões pioneiras, as quais poderão contribuir para pacificação do novo entendimento.

Infelizmente, a posição pacífica do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ainda representa exceção. O Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, mais altas instâncias judiciais brasileiras, ainda engatinham, no que tange ao enfrentamento da questão afeta às uniões entre pessoas do mesmo sexo, à luz do Direito de Família.

Percebi que os argumentos dos Ministros do STJ e STF para denegação de direitos a este grupo de pessoas revestem-se de incoerências lógicas e jurídicas, pois não há razões consistentes que justifiquem a negação de prerrogativas a parcela da população – pelo próprio Poder Judiciário – em razão de sua orientação sexual. O único motivo que enseja a desconsideração dessas uniões é o preconceito e discriminação, que, calcados em ideais “científicos”, religiosos e morais, insistem em influenciar, mascarados, as decisões judiciais.

Mas é de se notar que análise das escassas manifestações do STJ e STF revelou cenário promissor. A evolução do entendimento de ambos os Tribunais indica que estes caminham no sentido do reconhecimento da união homossexual

como entidade familiar, digna da proteção jurídica destinada à relação heterossexual.

Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, pela primeira vez, as uniões homoafetivas à luz do Direito de Família, no REsp nº 820.475/RJ. Acredito que esta manifestação tenha aberto precedente para novas e mais ousadas manifestações da Corte.

Já o Supremo Tribunal Federal deve proferir decisão colegiada acerca do tema em breve, nos julgamentos da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, que inaugurarão a jurisprudência da Corte Suprema sobre a constitucionalidade da união estável homoafetiva. Penso que o pronunciamento do Ministro Celso de Mello na ADI nº 3.300-MC/DF, que reconheceu a importância jurídico-social da regulamentação das uniões gays – a partir do Direito de Família – poderá servir de base para manifestação da Corte nos citados julgamentos.

Nesse cenário, aguardam-se pronunciamentos futuros do Superior Tribunal de Justiça, bem como as manifestações do Supremo Tribunal Federal nas citadas ações de controle concentrado, na medida em que o respaldo judicial das mais altas Cortes brasileiras auxiliará a quebrar paradigmas e desconstruir preconceitos sociais.

Devido à importância social da matéria, que envolve direitos humanos indisponíveis, o tema está em pauta em todas as esferas do Poder Público e clama por justiça, por intermédio de reconhecimento igualitário que conceda às uniões homoafetivas *status* de entidade familiar. Entendo que, numa sociedade democrática que se pauta pela dignidade e igualdade de todos, não cabe postura discriminatória que alija direitos de homossexuais, como se fossem cidadãos de segunda categoria.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Alex Ferreira; COSTA, Rodrigo Grellet Teixeira da Costa. Requisitos caracterizadores da união estável. *Anais do XII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/01_904.pdf. Acesso em 25.8.2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 9, n. 851, 1.11.2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 15.11.2008.

BRASIL TROPICAL. Jean Wyllys redige carta aberta a Rozângela Justino, psicóloga que diz “curar” a homossexualidade. *Revista Nuance*, agosto 20, ano 2009. Disponível em <http://revistanuance.wordpress.com/2009/08/20/jean-wyllys-redige-carta-aberta-a-rozangela-justinopsicologa-que-diz-curar-a-homossexualidade/>. Acesso em 25.8.2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre à Luz da Lei nº 8.971/94 e da Lei nº 9.278/96*. 2ª ed.. Curitiba: Ed. Juruá, 1996.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 3ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOLDENBERG, Priscila. *Eles não foram felizes para sempre: esclarecendo dúvidas sobre separação e divórcio*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

HERRERO BRASAS, Juan. A. *La sociedad gay: una invisible minoria*. Madrid: Foca, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*. Cambridge (MA): The MIT Press, 1996.

KELSEN, Hans. *A ilusão da Justiça*. 3ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KROTH, Vanessa Wendt; SILVA, Rosane Leal da; RABUSKE, Michelli Moroni. As famílias e os seus direitos: o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 como rol enumerativo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM*, Julho, Vol. 2, N.2, p. 98-116, 2007. Disponível em: <http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v2n2/a9.pdf>. Acesso em 24.8.2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. _____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em 24.8.2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito ao reconhecimento para gays e lésbicas*. In: Celio Golin; Fernando Altair Pocahy; Roger Raupp Rios. (Org.). *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas*. Porto Alegre: Sulina, 2003, pp. 13-36.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. São Paulo: Novos Estudos, 2000.

PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, FÓRUM DE ENTIDADES NACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Final da 11ª*

Conferência Nacional dos Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SOUZA, Aida Maria Loredo Moreira de. *Aspectos polêmicos da união estável*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Páginas eletrônicas consultadas:

<http://www.abglf.org.br/>

<http://www.direitodefamilia.com.br/>

http://www.dji.com.br/decretos/1992-000678/000678-1992_anexo_003_a_025.htm/

<http://www.europarl.europa.eu/>

<http://www.folha.uol.com.br/>

<http://www.ggb.org.br/>

<http://www.ibdfam.org.br/>

<http://www.mariaberenicedias.com.br/>

<http://noticias.uol.com.br/ultnot/2007/05/02/ult1928u4195.jhtm>.

<http://www.ofiltro.com.br>