

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO.

LEGAL RECOGNITION OF UNION BETWEEN INDIVIDUALS OF THE SAME SEX

Julieta Mendes Lopes Vareschini¹

“A justiça só é justa quando os seus juízes, sem medos e preconceitos, adquirem a consciência de que sua missão é proteger a todos a quem a sociedade vira o rosto e a lei insiste em não ver”. (Maria Berenice Dias, Conversando sobre a homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004).

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 rompeu com alguns paradigmas, representando um “divisor de águas” na evolução do Direito de Família, na medida em que tal diploma contemplou outros modelos de entidade familiar, diversos daquele clássico fundamentado no matrimônio, a exemplo da união estável e da família monoparental. Referido elenco não pode ser vislumbrado como taxativo, sob pena de excluir outros tantos já existentes na sociedade. Dessa feita, exige-se do jurista uma interpretação sistemática do texto constitucional, que abarque os “novos” modelos de família, a exemplo daquela formada por pessoas do mesmo sexo. Isso se faz premente, porquanto o respeito à livre orientação sexual consubstancia um direito fundamental que decorre da dignidade da pessoa humana, e dos princípios da igualdade, da pluralidade familiar e da intimidade.

PALAVRA-CHAVE: direito de família; pluralidade das entidades familiares; relação homoafetiva; livre orientação sexual.

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL (Curitiba-PR); Advogada e Consultora em Curitiba, Paraná; Diretora da JML Consultoria & Eventos Ltda.; Coordenadora do curso de Especialização em Licitações e Contratos da UNIBRASIL e professora da graduação da mesma instituição; Autora da obra Licitações e Contratos no Sistema “S”, 3. ed. Editora JML, 2010; Organizadora da obra Repercussões da Lei Complementar 123/06 nas licitações públicas, Editora JML, 2008. (julietaml@jmleventos.com.br)

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 broke with some patterns, representing a mark in the evolution of the Family Law, as it contemplated other types of family entities, diverse from that classic model founded in the marriage, such as the domestic partnership and the monoparental family. Besides these examples, it cannot be forgotten that many others already exist in our society. Therefore, it's required from the judge a systematic interpretation from the Constitution, which includes "new" types of families, such as those formed by persons of the same sex. These necessities take place in a scenario where the respect of a free sexual orientation is linked with fundamental rights, that by the way, are born from the dignity of the human person, and also, from the principles of equality, privacy, and the family variety.

KEYWORDS: family law, plurality of familiar entity; homo-affective relationship; free sexual orientation.

1. Introdução

O presente artigo tem por escopo analisar os efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo à luz da ordem constitucional vigente, vislumbrando-se o respeito à livre orientação sexual como um direito fundamental decorrente do primado da dignidade da pessoa humana, assim como de outros princípios constitucionais, como a igualdade, a pluralidade familiar e a intimidade. Com efeito, referidos princípios constitucionais reclamam pelo reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo, o que se faz premente em um Estado que diz ser democrático, e que prima pela construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

2. As transformações no direito de família e o reconhecimento da pluralidade familiar.

Para analisar os efeitos jurídicos das uniões homoafetivas, cumpre discorrer em sede preliminar, ainda que de forma perfunctória, acerca dos

contornos atuais do Direito de Família, precisamente no que tange aos modelos de família consagrados em nosso ordenamento jurídico.

O modelo clássico de família apresenta algumas características, a saber: patriarcal, *heterossexual*, matrimonializada, monogâmica, hierarquizada e transpessoal.²

Infere-se que a entidade familiar consagrada pelo Direito das primeiras codificações estava assentada no matrimônio, não se reconhecendo efeitos jurídicos às uniões que prescindiam da referida formalização. Com o matrimônio iniciava-se a família, que estava voltada a um fim específico: procriação, em consonância ao dogma bíblico “crescei-vos e multiplicai-vos”, sem olvidar também da necessidade de manutenção do vínculo conjugal “até que a morte os separe”.

Nessa linha, a relação sexual era vislumbrada como legítima se voltada exclusivamente para fins de reprodução, e não como uma forma de prazer, intrínseco ao pleno desenvolvimento humano.

Esse modelo clássico acabou por legitimar a exclusão de diversos sujeitos, conforme pontua Ana Carla H. Matos: “observa-se, assim, que segundo a época histórica, diferentes categorias de sujeitos foram excluídas ou receberam tratamento inferior do Direito em razão de estigmas sociais, como os filhos fora do casamento, a mulher, os concubinos e os desquitados”³.

Saliente-se que a Constituição Federal de 1988 rompeu com alguns paradigmas, representando um “divisor de águas” na evolução do Direito de Família, na medida em que tal diploma contemplou outros modelos de entidade familiar, diversos daquele clássico fundamentado no matrimônio. Exemplo disso foi a consagração de efeitos jurídicos à união estável, conforme se infere do art. 226, § 3º, da CF: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a

² Conforme asseverado por Ana Carla Harmatiuk Matos, no artigo “Novas” Entidades Familiares, veiculado na obra *A Construção dos Novos Direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 16.

³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 12.

união estável entre *homem* e *mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (sem grifos no original)

Assim, a concepção de família passa a ser desvinculada da formalização do vínculo (casamento), valorizando-se o afeto mútuo entre os seus membros, a solidariedade, dentre outros.

Conforme pontuado por Gustavo Tepedino, “compreende-se facilmente que todas as normas que privilegiam o vínculo matrimonial em detrimento dos integrantes da estrutura familiar perderam toda a sua base de validade – ou não foram recepcionadas – com o advento da Constituição de 1988”.⁴

Ademais, a constitucionalização do Direito Civil e, por conseguinte, a superação da absoluta dicotomia entre o público e privado importou uma reformulação desse ramo do direito, que passou a consignar os valores essenciais da pessoa humana, fenômeno conhecido como a *personificação* do direito civil, centrada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana está consagrada no art. 1º, III, do texto constitucional, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, consubstanciando-se em núcleo fundamental do ordenamento jurídico. Nessa esteira, todas as normas que integram o ordenamento jurídico devem ser interpretadas à luz da dignidade da pessoa humana.

É mister frisar que essa personificação do direito civil significa a consideração do indivíduo no centro do ordenamento jurídico. Tem por escopo, portanto, restaurar a primazia da pessoa.

Essa valorização da pessoa humana, como não poderia deixar de ser, incide também e principalmente no Direito de Família, que deve estar preocupado com o pleno desenvolvimento das pessoas, o que requer, por evidente, o respeito ao núcleo afetivo e sexual do ser humano.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na separação e no divórcio*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar: 1998.

A inclusão jurídica da união homoafetiva no rol de entidades familiares está em consonância com essa personificação do direito civil. Cumpre colacionar, mais uma vez, as precisas lições de Ana Carla Matos:

“O que importa, em verdade, é o enfoque personalístico da afetividade – da comunhão de vida, do exercício do ônus da criação dos filhos, da realização pessoal e do desenvolvimento da personalidade de seus membros -, podendo estar presente em diversas formas de constituição de família.

Além disso, quando se enfoca a repersonalização do Direito Privado, preconizada por vários mestres, deve-se ter em mente, para se atingirem os objetivos prelecionados, uma preocupação voltada aos sujeitos de direito, numa perspectiva de pluralidade.

(...)

(...) a personificação do Direito para os sujeitos homossexuais só terá sentido de tutela existencial se não imposto, como único, o modelo heterossexual – tido como ‘normal’ pelo simples motivo de ser o mais verificado. A igualdade na diferença relaciona-se com a necessidade de ser respeitada a dignidade da alteridade”.⁵

Nesse compasso, a Constituição Federal passa a contemplar diversos princípios que informam o Direito de Família, reconhecendo-se que a entidade familiar está direcionada à democratização no que concerne à afetividade, igualdade, solidariedade e pluralidade⁶.

Exige-se, portanto, uma interpretação das normas aplicáveis a esse ramo do direito em consonância aos princípios constitucionais, a exemplo da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que são vinculantes.

Em que pese os avanços verificados com o advento da Constituição Federal, não se pode olvidar que ela ainda pode dar ensejo a uma interpretação excludente de alguns núcleos familiares, que não foram contemplados de forma expressa no texto constitucional, muito embora seja possível extraí-los mediante uma interpretação sistemática.

Assim, exige-se do jurista uma interpretação sistemática do texto constitucional, que abarque os “novos” modelos de família, a exemplo daquela formada por pessoas do mesmo sexo, em respeito à pluralidade familiar já reconhecida pela norma constitucional. Somente assim estará o direito em

⁵ MATOS, *União...*, 17.

⁶ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Anais do V Congresso Brasileiro do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 42.

conformidade com a realidade social, que há muito reclama pelo reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas.

Para esse mister, a pluralidade familiar não pode ser interpretada apenas em face dos modelos exemplificativamente tipificados no texto constitucional. Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 226, reconheceu algumas entidades familiares, como a proveniente do casamento, a união estável e a monoparental, elenco este que de forma alguma pode ser vislumbrado como taxativo, sob pena de excluir outros tantos já existentes na sociedade.

Destarte, não cabe ao direito prescrever os modelos de entidades familiares, posto ser esta uma consequência da própria evolução da sociedade, impondo-se à ciência jurídica tão-somente a aferição do atendimento aos princípios que orientam essas relações.

Frisem-se, nesse aspecto, as palavras de Virgílio de Sá Pereira:

“(...) a família é um fato natural. Não a cria o homem, mas a natureza. Fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento, que é um fenômeno legal, e também por ser um fenômeno natural é que ela excede à moldura em que o legislador a enquadra. (...) O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural. De tudo que acabo de dizer-vos, uma verdade resulta; soberano não é o legislador, soberana é a vida. Onde a fórmula legislativa não traduz outra coisa que a convenção dos homens, a vontade do legislador impera sem contraste. Onde porém ela procura regulamentar um fenômeno natural, ou ele se submete às injunções da natureza, ou a natureza lhe põe em xeque a vontade. A família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção é estreita para o fato, e este então se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda a parte ele constitui a família, dentro da lei, se é possível, fora da lei, se é necessário”.⁷

Reconhecendo ser o rol do art. 226 da Constituição Federal meramente exemplificativo, Ana Carla Matos, com fundamento na doutrina de Paulo Luiz Netto Lôbo, traça as principais características das entidades familiares, a saber:

“a) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;

⁷ PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 89/95.

- b) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente;
- c) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do novel econômico”.⁸

Não se olvide que, em uma relação homoafetiva, as características de estabilidade, ostensibilidade e afetividade podem estar presentes, daí porque não se vislumbra óbice ao reconhecimento dessa relação familiar, muito embora se reconheça que muitos relacionamentos ainda são velados, em virtude do estigma social sofrido pelos homossexuais. Certamente, a inclusão jurídica dessas relações contribuirá para a ostensibilidade e, quiçá, para sua estabilidade.

Em face do exposto, é perfeitamente defensável a existência de outras entidades familiares que, muito embora não tenham sido expressamente consignadas no texto constitucional, dele podem ser extraídas, em face dos princípios constitucionais que norteiam o direito de família, a exemplo da pluralidade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, conforme será analisado na seqüência.

Não há óbice jurídico, portanto, ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Com efeito, quando dois homens ou duas mulheres constroem uma relação afetiva duradoura, estável e pública, conjugando esforços (financeiros, espirituais, dentre outros) não há motivo para o não reconhecimento dessa união como entidade familiar. Os argumentos contrários estão centrados no modelo clássico de família, fundamentado no matrimônio firmado entre pessoas de sexos opostos, com o intuito de procriação.

3. Supostos óbices ao reconhecimento das uniões homoafetivas

⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” Entidades Familiares. In: *A Construção dos Novos Direitos*. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 20.

Além da discussão jurídica que permeia o tema – possibilidade ou não de reconhecimento de tais relações em face do contido no art. 226, § 3º, da Constituição Federal – é possível identificar três principais óbices apontados pela doutrina para o reconhecimento da relação entre pessoas do mesmo sexo, quais sejam: função procriadora da família; impossibilidade de uma educação sólida de um filho no seio de uma família homoafetiva, já que tal relação, por não seguir os padrões clássicos, poderia trazer prejuízos ao menor, interferindo, inclusive, em sua orientação sexual; e, por fim, em face da tradição que permeia a constituição da família pelo casamento formalizado.

A necessidade de formalização do casamento, para reconhecimento da unidade familiar, já está superada, conforme pontuado. Hodiernamente, confere-se primazia ao afeto, como núcleo fundamental dos relacionamentos héteros e homossexuais. Consoante aduz Ana Carla Matos:

“(…) analisa-se o núcleo fundamental da família contemporânea, qual seja, o afeto. A convivência baseada no amor não é privilégio dos heterossexuais. Nos relacionamentos homossexuais, o amor, o afeto, o desejo, o erotismo e as relações sexuais estão tão fortemente presentes que saltam as barreiras do estigma social. Esse complexo de fatores, da ordem do não-racional e até do subconsciente, manifesta-se independentemente da orientação sexual e representa uma das melhores maneiras de se realizar como ser humano”.⁹

Dessa feita, a nova moldura tipificada no texto constitucional não valoriza mais a formalização do vínculo, mas sim a união fundamentada no afeto, cuja relação sexual não precisa necessariamente estar direcionada à reprodução, mas sim ao prazer, ao pleno desenvolvimento da sexualidade, a busca pela felicidade, que integra a própria condição humana.

Nessa linha, cite-se decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“É de observar que nesse relacionamento não se há de ter preconceito quanto à preferências afetivas, sobretudo porque **não se vê aí o exame de permissividade no meio social, mas, particularmente, a meu sentir, a busca pela felicidade que**

⁹ MATOS, *União ...*, p. 59.

tanto é procurada por todos nós e isso deve ser levado em consideração”.¹⁰
(grifou-se)

Sobre o tema, cumpre colacionar doutrina de Andrew Sullivan:

“Alguns podem argumentar que casamento é, por definição, entre homem e mulher; e que é difícil contrapor-se a uma definição. Mas, se o casamento for articulado mais além desse decreto circular, então o motivo de ser exclusivo a um homem e a uma mulher desaparece. **O cerne do contrato público é um vínculo emocional, financeiro e psicológico entre suas pessoas; nesse aspecto, héteros e homos são idênticos**”.¹¹ (grifou-se)

Nessa linha, Maria Berenice Dias assevera que:

“é necessário repensar o conceito de família desvinculando-o de seus paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. A evolução dos costumes, o movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e a evolução da engenharia genética evidenciam que ditos horizontes hoje não mais servem para delimitar o conceito de família. Caiu o mito da virgindade, e, agora, sexo – até pelas mulheres – é praticado fora e antes do casamento. A concepção não decorre exclusivamente do contato sexual. O casamento não é mais o único reduto da conjugalidade, mesmo porque as relações extramatrimoniais já dispõem de reconhecimento no âmbito do Direito de Família”¹².

Em outra obra, manifestou a autora o seguinte posicionamento:

“Mesmo que se reconheça que o escopo do matrimônio é a união legal entre o homem e a mulher, para a prática de relações sexuais e a procriação, a ausência de relações sexuais não desconfigura o casamento nem afeta sua higidez, a exemplo do casamento *in extremis*. Igualmente, ainda que o fim procriativo seja apontado como a razão de ser do casamento, a falta de filhos não enseja sua desconstituição. A impotência *generandi* tanto quanto a *concupiendi* jamais foram causa de desfazimento do vínculo matrimonial, até mesmo em face do Direito Canônico. O casamento *deixou de ser um instituto preordenado à reprodução, para se constituir essencialmente em espaço de companheirismo e de camaradagem*, como assevera João Baptista Villela, trazendo como um feliz achado o que diz Alice Rossi: o sexo *recreativo se impôs sobre o reprodutivo*”. (grifos no original).¹³

¹⁰ STJ, 4ª Turma, Resp n. 148897/MG. Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar – 10.02.98.

¹¹ SULLIVAN, Andrew. *Praticamente normal: um estudo sobre a construção social da conjugalidade homossexual*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 151.

¹² DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 70.

¹³ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 55.

Dessa feita, não é o fato de a união entre pessoas do mesmo sexo não resultar em filhos que ela não poderá ser vislumbrada com entidade familiar. Primeiro porque tal ocorre em muitas relações heterossexuais, e nem por isso se retira delas a característica de entidade familiar (a exemplo dos casais que optam por não ter filhos e daqueles estéreis). Segundo porque, considerando os avanços da ciência, já é possível cogitar, inclusive, a procriação artificial entre parceiros do mesmo sexo.

Por derradeiro, no que tange à habilidade para a criação de filhos, não se vislumbra qualquer fator que possa obstar tal situação, porquanto a maioria dos parceiros homossexuais reúne as condições necessárias para assegurar uma criação que garanta o melhor interesse da criança.

Os argumentos contrários dizem respeito à suposta discriminação da criança ou a interferência da opção sexual dos pais no desenvolvimento sexual do filho. Em relação à primeira, tem-se que tal discriminação tende a diminuir com o reconhecimento jurídico dessas relações. Quanto ao segundo, sabe-se que, no viés da psicologia, a homossexualidade é identificada como um distúrbio de identidade, e não uma doença ou uma opção deliberada pelo sujeito.

Por conta disso, Maria Berenice Dias salienta que “a homossexualidade é um fato que se impõe e não pode ser negado, estando a merecer a tutela jurídica, ser enlaçado como entidade familiar, o que não vai transformar a família *nem estimular sua prática*, pois, conforme diz o Deputado Fernando Gabeira, ‘ninguém vira homossexual lendo o Diário Oficial’.”¹⁴ (sem grifos no original).

¹⁴ DIAS, *Conversando...*, p. 86. Cite-se também posicionamento de Ana Carla Matos: “pode-se afirmar que, provavelmente, os fatores determinantes para uma pessoa ter a sua orientação sexual dirigida para pessoas de seu mesmo sexo sejam os mesmos que levam as pessoas heterossexuais a terem a sua afetividade e sexualidade dirigidas para o sexo oposto. São multifatores interagindo, que parecem ser parte da condição humana. Entretanto, há uma substancial diferença: os heterossexuais não necessitam argumentar sobre as razões da existência de sua orientação sexual e justificar a legitimidade de sua luta por direitos”. MATOS, *União...*, p. 45.

Não se julga crível, portanto, a interferência da orientação sexual dos pais na do filho, posto que a homossexualidade não é propriamente uma opção, mas sim algo intrínseco à condição humana.

O que se verifica é que a resistência ao reconhecimento jurídico dessa união ainda está assentada em valores morais e religiosos, os quais consideram a homossexualidade como um desvio moral, uma doença ou mesmo uma aberração da natureza. Nesse sentido é a tese defendida pela autora italiana, Susanna Balletti: “consentir *a priori* a possibilidade de se formarem *famílias ou parcerias anormais* com os mesmos direitos e garantias daquelas consentidas significaria ultrapassar profundamente o nosso sistema social, histórico e, obviamente, jurídico, criando um *monstrum* privado de qualquer justificação válida”.¹⁵

Ademais, não raro as relações homossexuais são equiparadas a condutas criminosas ou recriminadas, conforme pontuado por Lynn Wardle:

“(...) sabemos muito pouco sobre a condição humana para abandonar a pesquisa que poderia ser benéfica às pessoas ligadas a comportamentos perigosos e socialmente desintegradores. Além do que o comportamento homossexual, o incesto, a pedofilia, o estupro, o vício, a pornografia, e os comportamentos sexuais sadomasoquistas podem ter dimensões biológicas (...)”¹⁶

Porém, volta-se a enfatizar que, afastando-se os critérios morais e/ou religiosos, é possível inferir que os parceiros homossexuais – e, quando for o caso, seus filhos – em muito se assemelham às demais entidades familiares já reconhecidas pelo direito, daí porque, por força dos princípios da pluralidade familiar, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, não se justifica a exclusão operada.

Traçadas essas premissas, cumpre verificar algumas soluções jurídicas à união homoafetiva, bem como constatar a evolução jurisprudencial acerca do tema.

4. Soluções jurídicas à união homoafetiva.

¹⁵ Apud MATOS, *União...*, p. 70.

¹⁶ Apud MATOS, *União...*, p. 71.

Consoante já asseverado, o Direito de Família sofreu importantes alterações, no sentido de reconhecer a pluralidade familiar, compatibilizando o direito à realidade social. Tal ocorreu com o reconhecimento, pelo texto constitucional, de outras formas de família, diversas daquela proveniente do casamento, a exemplo da união estável e da monoparental.

Em que pese esses avanços, nosso sistema ainda não está em perfeita consonância com a realidade social, porquanto não alberga (ao menos de forma expressa) a união entre pessoas do mesmo sexo, situação há muito presente em nossa sociedade e que reclama por urgente consideração jurídica.

Se já é possível vislumbrar um significativo avanço no plano doutrinário e jurisprudencial, o mesmo não se pode dizer no âmbito legislativo. Conforme pontuado, a Constituição Federal, conquanto tenha representado um significativo progresso, ainda está em descompasso à realidade vivificada. Senão, vejamos:

“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”.

O texto constitucional, em caráter meramente exemplificativo, apresenta outros modelos de família, diversos do matrimônio. Não contemplou, de forma expressa, aquela formada por pessoas do mesmo sexo. Ao revés, foi claro ao consignar que a união estável se opera entre um homem e uma mulher.

O Código Civil também não abarcou essa hipótese de forma expressa, muito embora não tenha exigido, dentre os requisitos necessários para a formalização do casamento, a obrigatoriedade de distinção dos sexos. Contudo, tal exigência é vislumbrada de forma tão absoluta, que parece estar consagrada de forma tácita, nas entrelinhas da legislação vigente.

Ainda que se parta da premissa de que é indispensável para o casamento a distinção de sexos, tal fato não afasta a possibilidade de reconhecimento de um instituto específico para as uniões homoafetivas, um novo modelo de família, que muito se assemelha aos já consagrados juridicamente.

Ademais, esse é o objetivo almejado pelo movimento dos homossexuais, ou seja, o reconhecimento de efeitos jurídicos a união, por meio de um instituto próprio, compatível com as especificidades dessa relação, que não condiz com o modelo clássico do matrimônio.

Nessa esteira, não se defende a extensão do casamento à relação homoafetiva, mas sim seu reconhecimento jurídico. E isso se faz premente como forma de implementar o princípio da igualdade que, em sua perspectiva material, exige o respeito à diversidade. Portanto, deve-se conferir a essa parceria um tratamento diferenciado, que esteja em consonância às peculiaridades desse modelo de família.

Novamente nos socorremos das sempre precisas lições de Ana Carla Matos:

“No entanto, ao se entender ser a heterossexualidade componente indispensável para o casamento – quer para sua existência, quer para sua validade -, não se está necessariamente a significar a exclusão de efeitos jurídicos para a união entre homossexuais. Definir o casamento como entidade familiar exclusivamente heterossexual não afasta a possibilidade de existência de outro modelo familiar próximo ao instituto do matrimônio, mas que resguarde diferenças justificáveis à realidade das parcerias homoafetivas. Ao se compreender ser primordial a diversidade de sexo para o casamento, não se está a referir ser ela um elemento necessário para todas as relações afetivas de convivência familiar reconhecidas pelo direito. Apenas se dirige a uma forma de entidade familiar específica, qual seja, a iniciada de acordo com as formalidades classicamente dispostas.

(...)

Ocorre que o princípio da igualdade não pode ser considerado como um nivelamento sistemático. Não se devem, em nome da igualdade, aniquilar as diferenças. Ao lado do princípio da igualdade está o também relevante princípio da pluralidade familiar a informar essas realidades. Talvez, por isso, melhor seria denominar-se o princípio da paridade, para ser destacado o tratamento diferenciado necessário ao tratamento de realidades sociais próximas, porém diversas”.¹⁷

¹⁷ MATOS, *União...*, pg. 23; 88.

Almeja-se, portanto, uma legislação própria, que discipline essa união, respeitando-se suas particularidades. Não obstante, enquanto tal não ocorre, cumpre verificar as hipóteses já contempladas em nosso ordenamento jurídico, no intuito de buscar uma possível equiparação, até que seja implementada a legislação específica. O que não se justifica é negar efeitos a relação homoafetiva sob o argumento de que não há legislação que contemple tal situação.

Nesse sentido, aliás, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

“Da análise dos dispositivos transcritos 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. Note-se que há um mau hábito, de alguns juízes, de indeferir requerimentos feitos pelas partes dizendo que o fazem "por falta de amparo legal". A se interpretar tal expressão como querendo significar que o indeferimento se deu por não haver previsão legal daquilo que se requereu, a decisão obviamente estará a contrariar o disposto no art. 126 do CPC, pois, em tal caso, o juiz deixará de decidir por haver lacuna na lei. 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 (Alexandre Freitas Câmara, Lições de Direito Processual Civil, 10ª Ed., vol. I, p. 30)”¹⁸.

Com efeito, é preciso concordar com Maria Berenice Dias, no sentido de que “a justiça só é justa quando os seus juízes, sem medos e preconceitos, adquirem a consciência de que sua missão é proteger a todos a quem a sociedade vira o rosto e a lei insiste em não ver”.¹⁹

Cumprido informar que, em 02 de julho de 2009, foi interposta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (nº 178), pela Procuradoria Geral da República, com o escopo de reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁸ Recurso Especial nº. 820.475 - RJ (2006/0034525-4), relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Em síntese, constata-se que referida medida objetiva a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, de 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, exigindo-se, dessa feita, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Tal pleito restou fundamentado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proibição de discriminações odiosas, da igualdade, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. O tema em voga também foi objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 132, sendo que ambas as medidas ainda estão pendentes de julgamento.

Em face da inexistência de regulamentação específica acerca do tema, cumpre analisar alguns caminhos já perfilhados no sentido de propiciar o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas.

4.1. A sociedade de fato.

No intuito de identificar institutos jurídicos que possam respaldar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, uma primeira equiparação surge com a sociedade de fato. Esse também foi o primeiro caminho trilhado em relação à união estável.

Essa linha defende tratar-se a relação homoafetiva de sociedade de fato, com mútua obrigação de unir esforços para a consecução de uma finalidade comum.

Nessa esteira, cumpre citar decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato, sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1.363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa de incidência de regra assim tão ampla e clara significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, **desconhecendo que essa união –**

embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abrange e regula".²⁰ (sem grifos no original)

A equiparação surge em face de a união homoafetiva configurar uma realidade fática, sem a correspondente existência jurídica, a exemplo do que ocorre com a sociedade de fato. Não obstante, o ponto de convergência entre essas duas hipóteses é muito tênue: a sociedade de fato produz efeitos na realidade fática, em que pese não possuir registro na junta comercial, assim como a união entre pessoas do mesmo sexo também acarreta tais efeitos fáticos, sem, contudo, existir a formalização dessa relação. Nessa linha de raciocínio, a união constitui uma sociedade disciplinada pelos Direitos Obrigacional e Comercial, com o conseqüente alijamento do Direito de Família.

Invoca-se, assim, o art. 1.363 do Código Civil, que prescreve que: “celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar esforços ou recursos, para lograr fins comuns”.

Ainda, cumpre colacionar a Súmula 380 do STF: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Uma primeira preocupação que surge é com relação à necessidade de comprovação de “condição de sócio”, questão suscitada por Ana Carla Matos:

“Em sintonia, de certa forma, com a solução jurídica mediante a noção de sociedade de fato encontra-se a necessidade de “provar ser sócio”, ou seja, o esforço comum na aquisição dos bens materiais. São valorizados, nesse sentido, os aportes financeiros, chamados de contribuição direta, que cada parceiro trouxe para a vida comum, traduzida, nessa ordem de idéias, na sociedade por eles formada. Ainda de acordo com essa linha de fundamentação jurídica, pode-se indagar sobre o percentual da partilha. Se deveria ocorrer meaçaõ do patrimônio construído por essa sociedade de fato ou se a partilha deveria corresponder proporcionalmente ao concurso dos valores materiais com que cada parceiro contribuiu. Atentando-se à analogia com as regras dos Direitos Obrigacional e Comercial, constata-se poderem os haveres de cada “sócio” representar valores diferentes, correspondentes às suas cotas derivadas da proporção do esforço comum”.²¹

Conforme decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

²⁰ STJ, 4ª Turma, Resp. 148897/MG. Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar. 10.2.1998.

²¹ MATOS, *União...*, pg. 78.

“não se permite mais o farsismo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados destas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Dessa forma, *o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica*”.²²

Ainda que se reconheça a importância dessa equiparação, que pelo menos tem por escopo conferir efeitos jurídicos à referida relação, não se pode olvidar que ela descuida do aspecto afetivo que está intrínseco a ditas uniões. Não leva em conta, portanto, a contribuição indireta consubstanciada no afeto, no apoio espiritual, nos trabalhos domésticos, no auxílio na criação dos filhos, situações que não apresentam qualquer viés financeiro.

Retirando-se dessas relações o caráter de afetividade, os efeitos jurídicos ficarão restritos a uma espécie de indenização pelos serviços prestados, no sentido de evitar o enriquecimento ilícito de um dos “sócios”, conforme ponderado por Maria Berenice Dias, ao fazer uma analogia ao que ocorreu com a união estável:

“Reconhecia-se a existência de uma sociedade de fato, para que o acervo adquirido durante sua vigência não ficasse nas mãos de apenas um dos sócios, a gerar enriquecimento injustificado em detrimento, normalmente, da mulher. Quando não formado acervo patrimonial, concedia-se à mulher indenização por serviços domésticos, *talvez em compensação dos serviços de cama e mesa prestados por ela*. A dificuldade de visualizar que tais uniões configuravam um vínculo familiar impedia a concessão de direitos outros, tais como alimentos ou herança”.²³

Essa foi a tendência inicial da jurisprudência, como demonstra o seguinte julgado:

“A contribuição do autor, ora apelado, feita em forma *de prestação de serviços*, representou, para o artista, um auxílio econômico, porque se tais serviços fossem realizados por terceiros, normalmente seriam remunerados, especialmente os referentes a organização de exposições, fotografias de quadros para divulgação em

²² AC 70001388982. 7ª Câmara Cível. TJRS. 14.03.01. Rel. José Carlos Teixeira Giorgis.

²³ DIAS, *União homossexual: o preconceito & a justiça*. p. 81.

catálogos ou prospectos, e a própria seleção de quadros para montagem dos catálogos e exibição nas exposições públicas”.²⁴

Conforme asseverado, muito embora à época tal concepção tenha representado um avanço, pelo fato de conceder efeitos jurídicos à união homoafetiva, essa equiparação à sociedade de fato e a conseqüente indenização pelos “serviços prestados” é inadequada precisamente por olvidar o aspecto familiar e afetivo dessa relação, em flagrante prejuízo às partes, já que, por ser estranha ao Direito de Família, não há que se cogitar de direito a alimentos, a herança, dentre outros.

É salutar trazer à colação julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“A matéria não recebe o andamento que merece, pelo seu conteúdo, pela discriminação. Aberta ou veladamente, a identidade de sexo transforma o afetivo numa relação civil ou comercial comum, como se fosse aluguel, compra e venda, participação societária, ou algo da mesma natureza”.²⁵

Impõe-se, portanto, a tutela da relação homoafetiva em face do que efetivamente a move: amor, afeto, sexo, mútua colaboração, dentre outros, considerando-a como entidade familiar, a demandar proteção do Direito de Família.

4.2. A união estável.

Nessa linha de se buscar uma tutela à relação homoafetiva, outra possibilidade que surge é a analogia à união estável. Considerando os pontos comuns entre a relação heterossexual não fundada no casamento (união estável) e a homoafetiva, há uma corrente doutrinária que defende que, enquanto não houver o reconhecimento expresso das uniões homoafetivas, deve-se adotar, por analogia, o regime jurídico aplicável à união estável.

Com efeito, não há diferença substancial entre estas duas relações, que se distinguem, basicamente, pela orientação sexual dos parceiros. Não

²⁴ TJRJ. Apelação Cível 731/89. 5ª CC. Rel. Des. Narcizo Pinto. 22.8.1989.

²⁵ TJRS. Agravo de Instrumento 599.075.496. 8ª CC. Relator: Breno Moreira Mussi. 17.6.1999.

obstante, muitos ainda defendem a impossibilidade da referida analogia, em virtude da literalidade do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que expressamente aduz que a união estável é reconhecida entre *um homem e uma mulher*.²⁶

Nessa esteira é o posicionamento de Ana Maria Louzada:

“(...) não se trata de união estável, eis que este instituto jurídico se encontra enunciado na Carta Magna de 1988, em seu § 3º, no art. 226, onde se refere a união entre homem e mulher. Em realidade, para que a união homossexual seja entendida como estável, não basta que tentemos mudar a lei, é preciso que a constituição seja mudada, pois ela própria discriminou. Vedando que seja considerada como união estável aquela vivenciada por pessoas do mesmo sexo (...)”.²⁷

Na mesma linha é a posição de Lênio Luiz Streck, Vicente de Paula Barreto e Rafael Tomaz de Oliveira:

“Antes de tudo, apenas registremos: é a Constituição (que não pode ser inconstitucional) que diz “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”...! O que a lei deve facilitar é a conversão em casamento dessa relação entre homem e mulher...! É por isso que, em um Estado Democrático de Direito, mesmo que sejamos todos a favor de uma causa, é necessário esperar pelo legislador...! Aliás, como bem diz Dworkin, não deve importar ao direito o que os juízes pensam sobre o direito, sobre a política, futebol, etc.

Aplicar o direito quer dizer “fazer interpretação com base em argumentos de princípio”, e não “por argumentos pessoais”, etc. Portanto, quando se pergunta ao judiciário sobre alguma coisa, este não pode responder com argumentos pessoais, políticos, morais, etc. Em uma democracia não se quer saber o que o juiz pensa sobre determinada fenômeno; o que se quer saber é como se pode alcançar uma resposta a partir do direito. E, definitivamente, o direito não é, e não pode ser, aquilo que o judiciário “diz que é”!

Reafirmando o que já foi mencionado acima: não cabe ao Poder Judiciário “colmatar lacunas” (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela” (uma verdadeira “Constituição do B”), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que “indevidamente” – a critério do intérprete – não constou no pacto

²⁶ Na mesma linha, cite-se a legislação infraconstitucional: art. 1º, da Lei 8.971/94: a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478/68, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. E, o art. 1º da Lei 9.278/96, por seu turno, prescreve que: é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

²⁷ LOUZADA, Ana Maria. *O reflexo dos envoltimentos afetivos nas questões patrimoniais*. Revista *Ajuris*: Porto Alegre, v. 70, p. 295-304, jun. 1997.

constituinte. O constituinte não resolveu? “Chame-se o Judiciário...” Ou “criemos um princípio”, que “valerá” mais do que a Constituição.

Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer “antipáticas” aos olhos da comunidade jurídica. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita — enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) — no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador”.²⁸

Por outro lado, a corrente doutrinária que pugna pela equiparação à união estável defende que a exigência consignada no referido dispositivo, de diversidade de sexos, afronta o princípio da igualdade. A fim de dar aplicabilidade ao referido dispositivo, exige-se uma interpretação conforme a Constituição, que “deve garantir uma visão unitária e coerente do Estatuto Supremo e de toda a ordem jurídica”²⁹.

Não se pode olvidar que a Constituição não é apenas um conjunto de regras, “mas um conjunto de princípios, os quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência”.³⁰

Maria Berenice defende a aplicação da legislação que disciplina a união estável e o casamento às relações homoafetivas:

“O Direito deve acompanhar o momento social. Assim como a sociedade não é estática, estando em constante transformação, o Direito não pode ficar estático à espera da lei. Como o fato social se antepõe ao jurídico e a jurisprudência antecede a lei, devem os juízes ter coragem de quebrar preconceitos e não ter medo de fazer justiça. Nada justifica a verdadeira aversão em se aplicar a analogia com o casamento ou a união estável, deixando de invocar a mesma legislação aos relacionamentos homoafetivos. Conforme bem assevera Rodrigo da Cunha Pereira: interessa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar melhor a liberdade dos sujeitos acima de conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumento de expropriação da cidadania”.³¹

A equiparação das relações homoafetivas à união estável representa um significativo avanço, posto que, ao contrário da teoria que alude à

²⁸ Normas constitucionais inconstitucionais. Consultor jurídico, texto publicado em 19 de julho de 2009.

²⁹ GIORGIS, José Carlos. *A natureza jurídica da relação homoerótica*. Revista Jurídica 8/13. Afeto, a ética no direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, ano IV, maio 2002.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: aspectos sociais e jurídicos*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Doutrina Jurídica Brasileira, n. 4, jan.-mar. 2000.

³¹ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. p. 148.

sociedade de fato, aqui se vislumbra o aspecto afetivo dessa relação, erigindo-se tal realidade ao âmbito do Direito de Família. E tal acarreta diversas conseqüências, como a possibilidade de adoção do nome, ser dependente para fins de imposto de renda, de pensão junto ao INSS, do direito à herança, dentre outros.

Convém colacionar importante julgado da lavra do Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável, pois o óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa do sistema jurídico, eis que identidade sexual, assim como a esterilidade do casal, não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito de Família”.³²

Muito embora se reconheça a importância dessa equiparação, volta-se a enfatizar a necessidade de reconhecimento de efeitos jurídicos da união homoafetiva, por meio de um instituto próprio, compatível com as especificidades dessa relação.

Nessa esteira, não se defende a extensão do casamento ou da união estável à relação homoafetiva (muito embora referida analogia mostre-se salutar, enquanto não implementada legislação específica acerca do tema), mas sim seu reconhecimento jurídico. E, conforme já apontado, isso se faz premente como forma de implementar o princípio da igualdade que, em sua perspectiva material, exige o respeito à diversidade. Portanto, deve-se conferir a essa parceria um tratamento diferenciado, que esteja em consonância às peculiaridades desse modelo de família.

Como bem destaca Ana Carla Matos, “para traduzir-se, no Direito, essa realidade da melhor forma possível, deverá necessariamente ser promovida sua paridade para com as famílias heterossexuais (logo iguais) – no

³² Apelação Cível 70005488812. 7ª CC, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. 25.06.2003.

entanto, com o devido respeito às diversidades existenciais constantes nos relacionamentos homossexuais (apenas neste sentido, diferentes)³³.

Saliente-se que é possível extrair, dos princípios esculpido na Constituição Federal, o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo, não havendo óbice, portanto, à evolução legislativa e jurisprudencial acerca do tema. Por conta disso, inclusive, que Roger Raupp Rios assevera que não se faz necessário recorrer à analogia para se assegurar o reconhecimento das relações homoafetivas:

“Não há dúvida de que a analogia tem o mérito de reconhecer o caráter familiar às uniões homossexuais que satisfazem os pressupostos hoje valorizados pelo direito de família e consagrados na Constituição. No entanto, uma vez fixados estes pressupostos, o reconhecimento da pertinência destas uniões ao direito de família prescinde, inclusive, da existência da união estável, sem mais nada dispor. Tal procedimento não impediria que a legislação e a jurisprudência continuassem a desenvolver e a atualizar o direito de família, reconhecendo a pertinência tanto da referida união estável quanto das uniões homossexuais ao direito de família. Vê-se, portanto, que a qualificação jurídica familiar a uniões homossexuais não depende da união estável. Trata-se, mais do que analogia, de comunhão de características típicas do conceito jurídico de família às duas situações”.³⁴

Nessa caminhada, muito já foi conquistado, mas ainda há uma longa jornada. Cabe ao jurista e, principalmente aos juízes, o papel de assegurar a consecução da justiça, quando a lei insiste em olvidar a realidade. Em suma, impõe-se a atualização do Direito de Família, a fim de que este acompanhe a constante evolução da sociedade.

5. Adoção por homossexuais.

Consoante já destacado, há quem defenda que a adoção por casais homossexuais não atende ao princípio do melhor interesse da criança esculpido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não se vislumbra a possibilidade de uma educação sólida de um filho no seio de uma família homoafetiva, já que tal relação, por não seguir os

³³ MATOS, *União...*, pg. 182.

³⁴ RIOS, Roger Raupp. *A igualdade de tratamento nas relações de família*. In: A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 192.

padrões clássicos, poderia trazer prejuízos ao menor, interferindo, inclusive, em sua orientação sexual.

Dessa feita, os argumentos contrários dizem respeito à suposta discriminação da criança ou a interferência da opção sexual dos pais no desenvolvimento sexual do filho. Contudo, conforme já asseverado, em relação à primeira, tem-se que tal discriminação tende a diminuir com o reconhecimento jurídico dessas relações. Quanto ao segundo, sabe-se que, no viés da psicologia, a homossexualidade é identificada como um distúrbio de identidade, e não uma doença ou uma opção deliberada pelo sujeito, daí porque a orientação sexual dos pais, em tese, não interfere na dos filhos.

Portanto, no que tange à habilidade para a criação de filhos, não se vislumbra qualquer fator que possa obstar tal situação, porquanto a maioria dos parceiros homossexuais reúne as condições necessárias para assegurar uma criação que garanta o melhor interesse da criança. Nessa linha é o posicionamento de Ana Carla Matos:

“(...) várias evidências estão a apontar para a igual habilidade de parceiros do mesmo sexo em conduzir a educação de crianças. As dificuldades maiores residiriam no eventual estigma enfrentado pela criança, considerando-se a exclusão social que a homossexualidade infelizmente ainda gera. Com a progressiva superação da discriminação social contra os homossexuais, os últimos óbices tocantes à filiação para os parceiros homossexuais tendem a desaparecer”.³⁵

Maria Berenice Dias também comenta essa preocupação:

“São suscitadas dúvidas quanto ao sadio desenvolvimento da criança. Há a equivocada crença de que a falta de referências comportamentais de ambos os sexos possa acarretar seqüelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do adotado. É sempre questionado se a ausência de modelo de gênero masculino e feminino pode eventualmente tornar confusa a própria identidade sexual, havendo o risco de o adotado tornar-se homossexual. Também causa apreensão a possibilidade de o filho ser alvo de repúdio no meio que frequenta ou vítima do escárnio por parte de colegas e vizinhos, o que lhe poderia acarretar perturbações psicológicas ou problemas de inserção social.

Essas preocupações, no entanto, são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias homoafetivas com prole. As evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais e duas mães. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao normal desenvolvimento ou à estabilidade

³⁵ MATOS, *União...*, p. 63.

emocional decorrentes do convívio de crianças com pais do mesmo sexo. Também não há registro de dano sequer potencial ou risco ao sadio estabelecimento dos vínculos afetivos. Igualmente nada comprova que a falta do modelo heterossexual acarreta perda de referenciais a tornar confusa a identidade de gênero. Diante de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gere patologias nos filhos”.³⁶

Não se julga crível, portanto, que o estigma social mais uma vez justifique a exclusão, mormente se considerarmos o número de crianças que aguardam a adoção em nosso país.

O Estatuto da Criança e do Adolescente já permite a adoção por apenas uma pessoa, não fazendo qualquer distinção em razão da orientação sexual. Desse modo, nada impede que a adoção seja feita por um dos parceiros homossexuais.

Conforme assevera Ana Carla Matos:

“uma das questões mais polêmicas parece ser a proibição expressa quanto aos direitos de filiação para exercício conjunto pelos parceiros. Neste aspecto, não se permite o ingresso do casal homossexual em relações jurídicas de adoção, guarda ou tutela, pois não há, aqui, a característica da conjugalidade.

Considerando-se a possibilidade de que um dos parceiros, analisado em separado como solteiro, exerça esses direitos, já se vislumbra uma abertura”.³⁷
(grifou-se)

Sobre o tema já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Adoção. Elegibilidade admitida, diante da idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotando. Absurda discriminação, por questão de sexualidade do requerente, afrontando sagrados princípios constitucionais e de direitos humanos e da criação”.³⁸

Nessa hipótese, o adotado por apenas um dos parceiros não teria, em tese, qualquer direito em relação ao outro par, na hipótese de separação ou morte do pai ou da mãe legalmente reconhecido como tal. Entretanto, não raro a criança mantém um vínculo afetivo de pai ou mãe em relação ao outro parceiro, de forma que negar qualquer direito de filiação consubstancia afronta

³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 124-125.

³⁷ MATOS, *União...*, p. 143.

³⁸ AC 14.979/98. 17ª CC. Rel. Severiano Aragão.

ao próprio interesse do menor. Assim, julga-se necessário equiparar tal situação à filiação socioafetiva, na medida em que, conforme destacado por Luiz Edson Fachin, “não são os laços bioquímicos que indicam a figura do pai, mas, sim, o cordão umbilical do amor”.³⁹

A filiação socioafetiva já vem sendo reconhecida pela jurisprudência, como demonstra o julgado abaixo:

“A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227 da CF), assim como da doutrina da integral proteção, consagrada na Lei 8.069/1990 (especialmente arts. 4º e 6º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, relevada pela posse do estado de filho, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação”.⁴⁰

Em suma, “a adoção não pode estar condicionada à preferência sexual ou à realidade familiar do adotante, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem”.⁴¹

Cumprido informar que a 1ª Vara da Infância e Juventude do Estado do Rio de Janeiro tem permitido o cadastro de homossexuais para adoção. Porém, seguindo a linha de raciocínio adotada no presente trabalho, de considerar a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, almeja-se o reconhecimento da adoção por ambos os parceiros homossexuais, por entender que esta é a solução que melhor se coaduna com o interesse da criança.

Dentro desta perspectiva, àquelas uniões homoafetivas revestidas das características de uma entidade familiar, como a afetividade, a estabilidade, a ostensibilidade e a solidariedade, deve ser assegurado o direito à adoção conjunta.

E nesse sentido já parece caminhar a jurisprudência brasileira:

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Família hoje. A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 85.

⁴⁰ AC 599296654 da 7ª CC. TJRS. 18.08.1999. Rel. Felipe Brasil Santos.

⁴¹ DIAS, *Conversando...*, p. 127.

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

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que as crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes”.⁴²

Seguindo essa linha, o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado datado de 27 de abril de 2010⁴³ e de forma pioneira, reconheceu a possibilidade de adoção por casal homoafetivo. Os ministros reafirmaram posicionamento já consolidado pelo STJ no sentido de que, em casos de adoção, deve prevalecer o melhor interesse da criança, critério este imposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No caso em voga, considerando que uma das mulheres já havia adotado as crianças quando ainda pequenas e que estas mantinham com a parceira da mãe uma relação socioafetiva, indubitável reconhecer que a adoção pelo casal representa no caso concreto o melhor interesse das crianças.

Este julgado sinaliza a evolução da jurisprudência brasileira no sentido de assegurar direitos iguais aos casais homoafetivos, representando significativo avanço em prol do reconhecimento dessas relações.

6. Principiologia constitucional e o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas

⁴² Apelação Cível 70013801592, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

⁴³ Notícia veiculada no site do STJ: WWW.stj.gov.br.

Depreende-se do art. 1º da Constituição Federal que o princípio da dignidade da pessoa humana consubstancia-se em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet, nossa Constituição, em seu art. 1º, III:

“erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito. Assim, na esteira do que já se afirmou em relação à Lei Fundamental da Alemanha, também a nossa Constituição – pelo menos de acordo com o seu texto – pode ser considerada como sendo uma **Constituição comprometida com a plena realização da pessoa humana**, ainda que não raras vezes este dado venha a ser desconsiderado e não corresponda muitas vezes à realidade”.⁴⁴ (grifou-se)

Assim, do texto constitucional, é possível extrair seu comprometimento com a plena realização do ser humano, o que deve abarcar, por evidente, seu livre desenvolvimento sexual, pois somente assim é que restará assegurada a dignidade das pessoas que encontram nos parceiros do mesmo sexo sua completa realização.

Na visão de Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁵ é possível defender, com respaldo na própria dignidade da pessoa humana, um direito fundamental de toda a pessoa de ser titular de direitos fundamentais que visem concretizar sua própria condição de pessoa (com dignidade).

Intrinsecamente relacionada a essa questão está a universalidade dos direitos fundamentais, em que pese não consagrada de forma expressa na Constituição Federal, a titularidade dos direitos fundamentais deve estar assentada em uma interpretação extensiva, em privilégio ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, pelo menos os direitos fundamentais diretamente provenientes da dignidade devem ser reconhecidos a todos, independentemente do atendimento a condições específicas⁴⁶.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e ‘novos’ direitos na constituição federal de 1988: algumas aproximações*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A Constituição dos Novos Direitos*. Nuvia Fabris: Porto Alegre, 2008, p. 177-178.

⁴⁵ SARLET, *Dignidade...*, p. 195-197.

⁴⁶ Com exceção, por evidente, daqueles direitos cuja titularidade requer o atendimento a exigências específicas.

Saliente-se que dessa proteção abrangente da pessoa humana merece atenção os direitos de personalidade. É precisamente o princípio da dignidade da pessoa humana que fundamenta o reconhecimento em nosso ordenamento jurídico, em que pese a omissão constitucional, de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Frisem-se, nessa linha, as palavras de Ana Carla Matos:

“Há de se reconhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana”.⁴⁷

Por conta disso, Luiz Edson Fachin aduz que “o direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado”.⁴⁸

Não restam dúvidas, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana exige o respeito à livre orientação sexual, e, por conseqüência, o reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas.

Cumpre asseverar que a dignidade da pessoa humana deve ser implementada em suas duas facetas, ou seja, tanto no aspecto negativo, no sentido de não violação do princípio, quanto em sua perspectiva positiva, que exige uma atuação voltada a sua concretização.

É nesse sentido que se faz premente a atuação do Estado, com o escopo de reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, como forma de implementar o princípio da dignidade na pessoa humana, porquanto, conforme já decidiu a jurisprudência brasileira: “conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da *dignidade humana*, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos infundados legitimem

⁴⁷ MATOS, *União...*, pg. 149.

⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo*. In: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 115.

restrições de direitos, servindo para o fortalecimento de estigmas sociais e sofrimentos de muitos seres humanos”.⁴⁹

E não se olvide que a falta de reconhecimento na esfera jurídica fomenta o preconceito e importa na restrição de direitos em face apenas da orientação sexual do sujeito, o que propicia um tratamento indigno a uma considerável parcela da população. Assim, a dignidade da pessoa humana reclama urgente concretização, mediante o reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas.

Além da dignidade da pessoa humana, outro princípio que respalda o reconhecimento jurídico dessa união é o da pluralidade familiar que, conforme já visto, foi abarcado pela Constituição de 1988, em seu art. 226. Diversamente do que ocorreu com os textos constitucionais anteriores, nossa Constituição atual não fez referência a um modelo único de família, restringindo-se a exemplificar algumas possibilidades, sem, contudo, exaurir o tema.

Nesse compasso, não se julga crível a exclusão de qualquer núcleo familiar que preencha as características da afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Os limites, para a identificação de uma entidade familiar, devem estar nos requisitos acima especificados e no próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Não é possível, portanto, negar um tratamento digno às diversas formas de família já sacramentadas pela sociedade, em vista de preconceitos morais ou religiosos. Tal situação, por evidente, afronta o primado da dignidade da pessoa humana e está em descompasso à pluralidade familiar esculpida em nossa ordem constitucional.

Portanto, “o princípio da pluralidade familiar alicerça-se como um dos pilares na construção da tutela da união amorosa e estável entre pessoas do mesmo sexo”.⁵⁰

⁴⁹ 10ª Vara/RS. Processos ns. 96.0002030-2 e 96.0002364-6. Juiz: Roger Raupp Rios. 09. 07. 1996.

⁵⁰ MATOS, *União...*, p. 163.

Outro princípio constitucional que merece destaque, na tutela das uniões homoafetivas, é o da intimidade, que impõe o respeito à esfera privada das pessoas. Referido princípio está assentado no inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Infere-se que a intimidade pode ser vislumbrada sob duas perspectivas, uma negativa e a outra positiva, conforme ilação de Ana Carla Matos:

“No aspecto negativo, as pessoas teriam um ‘âmbito privado’ que não poderia ser submetido a interferências externas, não sendo plausível essa forma de invasão nas questões íntimas das pessoas. No que toca ao aspecto positivo, teriam as pessoas liberdade para estabelecer relações, as quais são expressão de sua dimensão privada, no ditame de sua perspectiva pessoal”.⁵¹

No que tange ao tema ora em debate, tem-se que o aspecto negativo do respeito à intimidade guarda pertinência com a penalização da relação homoafetiva. Em nosso sistema, não há qualquer tipo penal que tipifique como crime a referida relação.

Contudo, não basta assegurar apenas a intimidade em seu aspecto negativo, mediante a não tipificação dessa conduta como crime. Faz-se mister a concretização desse princípio em sua faceta positiva, por meio de “um efetivo reconhecimento público da livre possibilidade de se estabelecerem as dimensões afetivas, eróticas, sexuais e correlatas consoante uma orientação sexual tida como minoritária, mas que não pode ter sua forma específica de intimidade excluída por não acompanhar os ‘padrões sociais majoritários’”.⁵²

Nessa linha já tem caminhado a jurisprudência:

“O estabelecimento de rótulos – no caso, a orientação sexual – que, além de discriminarem, afastam da proteção estatal pessoas que deveriam, por imperativo constitucional, encontrar-se por ela abrangidos, equivale a dispensar tratamento indigno a um ser humano. De fato, **a intimidade e a vida privada dos cidadãos não**

⁵¹ MATOS, *União...*, p. 165.

⁵² MATOS, *União...*, p. 166.

podem ser objeto de controle ou avaliação pelo Estado, tampouco constituírem fator determinante para o reconhecimento ou não de direitos”.⁵³ (grifou-se)

Ademais, o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo encontra guarida também no princípio da igualdade. Do texto constitucional, deflui-se ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem estar de todos, *sem preconceitos* de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*.

Verifica-se, portanto, não ser possível qualquer discriminação em razão do sexo. Ainda que muitos defendam que tal não abarca a orientação sexual, não se pode olvidar que a parte final do dispositivo veda qualquer *outra forma de discriminação*, na qual se insere, por evidente, a pertinente à orientação sexual.

Nessa linha de raciocínio, é possível afirmar que qualquer discriminação em razão da orientação sexual do sujeito afronta o princípio da igualdade e, por conta disso, deve ser tida como inconstitucional.

Sobre o tema, cola-se doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes:

“Não se pode encontrar no ordenamento jurídico brasileiro, a discriminação fundada sob qualquer pretexto, se relativa à esfera da sexualidade (atributo inerente à pessoa humana), seja que essa sexualidade venha a ser considerada como identidade, isto é, sexo atribuído no registro de nascimento, seja que se considere como orientação ou inclinação, isto é, propensão sexual dirigida a pessoas pertencentes ao sexo oposto ou ao mesmo sexo”.⁵⁴

Destaca-se que o primado da igualdade veda qualquer distinção sem que haja uma justificativa plausível, que respalde o tratamento diferenciado, voltado à consecução da igualdade material.

Ora, com o devido acatamento, a falta de reconhecimento jurídico à união entre pessoas do mesmo sexo não encontra fundamento plausível que possa justificar tal exclusão, uma vez que não está voltada à realização material do primado da isonomia. O que se verifica é uma discriminação

⁵³ Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0. 3ª Vara Federal Previdenciária. Porto Alegre. 17.04.2002. Juíza Federal Substituta: Simone Barbisan Fortes.

⁵⁴ *Apud* MATOS, *União...*, p. 176.

pautada em critérios meramente morais e religiosos, sem qualquer fundamentação jurídica.

Por mais esse motivo é que se faz necessário o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo. Isso, porém, não significa conferir a essa relação o mesmo tratamento despendido às outras entidades familiares.

Com efeito, a igualdade não busca um nivelamento sistemático. Ao revés, pressupõe o respeito à diversidade, daí porque se almeja a tutela da relação homoafetiva com o respeito às especificidades dessa união.

Em face de todo o exposto, é possível concluir que os princípios constitucionais da igualdade, da intimidade, da pluralidade familiar e da dignidade da pessoa humana reclamam pelo reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo. Somente assim restará caracterizado um Estado Democrático de Direito que prima pela construção de uma sociedade justa, livre e solidária, conforme já pontuado.

Reconhecendo a intrínseca relação entre dignidade da pessoa humana e igualdade, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que:

“Nessa mesma senda, reportando-se expressamente à conexão entre dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, já assume ares de consenso, também entre nós, o reconhecimento de um direito a livre orientação sexual, do que dá conta, em caráter meramente ilustrativo, a proteção jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo e todas as conseqüências que a doutrina e jurisprudência daí já tem extraído”.⁵⁵

Também sobre o tema manifestou-se Maria Celina Bodin de Moraes:

“Os direitos de igualdade, de liberdade, de intimidade, direitos fundamentais consubstanciadores da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, e a proibição a qualquer forma de discriminação impõem limites bastantes demarcadores no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do lícito, e que, merece, por todas estas razões, proteção jurídica concreta e eficaz”.⁵⁶

⁵⁵ SARLET, *Dignidade...*, p. 197-198.

⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, jan/mar 2000.

Por conta disso é que Maria Berenice Dias alude à livre orientação sexual como direito fundamental de primeira, segunda e terceira dimensões:

“Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.

Visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é imperioso reconhecer que a sexualidade é um direito de primeira geração, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade. A liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual.

(...)

Também não se pode deixar de considerar a livre orientação sexual como um direito de segunda geração. A discriminação e o preconceito de que são alvo os homossexuais dão origem a uma categoria social digna de proteção. A hipossuficiência não deve ser identificada somente pelo viés econômico. É pressuposto e causa de um especial tratamento pelo direito.

(...)

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

(...)

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração, que compreende os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente, mas genericamente, solidariamente. A realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, a ser garantido a cada indivíduo e por todos os indivíduos. É um direito de solidariedade, sem o qual a condição humana não se realiza, não se integraliza”.⁵⁷

De todo o exposto, tem-se que o respeito à livre orientação sexual consubstancia um direito fundamental, decorrente do primado da dignidade da pessoa humana, assim como de outros princípios constitucionais, como a igualdade, a pluralidade familiar e a intimidade.

Recorde-se que nossa Constituição Federal conferiu, em seu art. 5º, § 2º, uma abertura e flexibilidade aos direitos fundamentais, de forma que tais primados não se resumem apenas aos tipificados no aludido art. 5º, podendo identificar-se direitos fundamentais implícitos em outros dispositivos constitucionais ou decorrentes do regime e dos princípios. Na visão de Ingo

⁵⁷ DIAS, *Conversando...*, p. 32-33.

Wolfgang Sarlet⁵⁸, é justamente aqui que reside a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, como parâmetro para o reconhecimento de direitos fundamentais fora do catálogo.

Insta destacar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm caminhado no sentido de reconhecer a cláusula de abertura prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, aplicável a direitos fundamentais de qualquer dimensão.

Seguindo essa lógica, pode-se identificar a livre orientação sexual como direito fundamental, impondo-se sua concretização por meio do reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo.

7. Considerações finais

Não há dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 rompeu com alguns paradigmas, representando um “divisor de águas” na evolução do Direito de Família, na medida em que tal diploma contemplou outros modelos de entidade familiar, diversos daquele clássico fundamentado no matrimônio. Exemplo disso foi a consagração de efeitos jurídicos à união estável, conforme se infere do art. 226, § 3º, da CF: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre *homem* e *mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (sem grifos no original)

Assim, a concepção de família passa a ser desvinculada da formalização do vínculo (casamento), valorizando-se o afeto mútuo entre os seus membros, a solidariedade, dentre outros.

Ademais, a constitucionalização do Direito Civil e, por conseguinte, a superação da absoluta dicotomia entre o público e privado importou uma reformulação desse ramo do direito, que passou a consignar os valores

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e ‘novos’ direitos na constituição federal de 1988: algumas aproximações*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A Constituição dos Novos Direitos*. Nuria Fabris: Porto Alegre, 2008.

essenciais da pessoa humana, fenômeno conhecido como a *personificação* do direito civil, centrada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa valorização da pessoa humana, como não poderia deixar de ser, incide também e principalmente no Direito de Família, que deve estar preocupado com o pleno desenvolvimento das pessoas, o que requer, por evidente, o respeito ao núcleo afetivo e sexual do ser humano.

Assim, exige-se do jurista uma interpretação sistemática do texto constitucional, que abarque os “novos” modelos de família, a exemplo daquela formada por pessoas do mesmo sexo, em respeito à pluralidade familiar já reconhecida pela norma constitucional. Somente assim estará o direito em conformidade com a realidade social, que há muito reclama pelo reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas.

Para esse mister, a pluralidade familiar não pode ser interpretada apenas em face dos modelos exemplificativamente tipificados no texto constitucional. Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 226, reconheceu algumas entidades familiares, como a proveniente do casamento, a união estável e a monoparental, elenco este que de forma alguma pode ser vislumbrado como taxativo, sob pena de excluir outros tantos já existentes na sociedade.

Da Constituição Federal, extrai-se que os princípios constitucionais da igualdade, da intimidade, da pluralidade familiar e da dignidade da pessoa humana reclamam pelo reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda que se parta da premissa de que é indispensável para o casamento a distinção de sexos, tal fato não afasta a possibilidade de reconhecimento de um instituto específico para as uniões homoafetivas, um novo modelo de família, que muito se assemelha aos já consagrados juridicamente.

Ademais, esse é o objetivo almejado pelo movimento dos homossexuais, ou seja, o reconhecimento de efeitos jurídicos a união, por meio

de um instituto próprio, compatível com as especificidades dessa relação, que não condiz com o modelo clássico do matrimônio.

Nessa esteira, não se defende a extensão do casamento à relação homoafetiva, mas sim seu reconhecimento jurídico. E isso se faz premente como forma de implementar o princípio da igualdade que, em sua perspectiva material, exige o respeito à diversidade. Portanto, deve-se conferir a essa parceria um tratamento diferenciado, que esteja em consonância às peculiaridades desse modelo de família.

Somente assim restará caracterizado um Estado Democrático de Direito que prima pela construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

8. Referência bibliográfica

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

_____. *União homossexual: aspectos sociais e jurídicos*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Doutrina Jurídica Brasileira, n. 4, jan.-mar. 2000.

_____. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo*. In: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 115.

GIORGIS, José Carlos. *A natureza jurídica da relação homoerótica*. Revista Jurídica 8/13. Afeto, a ética no direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, ano IV, maio 2002.

GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (org.). *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

LOUZADA, Ana Maria. *O reflexo dos envolvimento afetivos nas questões patrimoniais*. Revista *Ajuris*: Porto Alegre, v. 70, p. 295-304, jun. 1997.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *“Novas” Entidades Familiares*. In: *A Construção dos Novos Direitos*. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 20.

_____. *União entre pessoas do mesmo sexo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Anais do V Congresso Brasileiro do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, jan/mar 2000.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROX, Daniel (org.). *Tendências constitucionais no direito de família*. Estudo em homenagem ao prof. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e 'novos' direitos na constituição federal de 1988: algumas aproximações*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A Constituição dos Novos Direitos*. Nuria Fabris: Porto Alegre, 2008.

SULLIVAN, Andrew. *Praticamente normal: um estudo sobre a construção social da conjugalidade homossexual*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.