

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**FRANCIELLE PASTERNAK MONTEMEZZO**

**O RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA HOMOSSEXUAL NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**CURITIBA**

**2010**

**FRANCIELLE PASTERNAK MONTEMEZZO**

**O RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA HOMOSSEXUAL NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ana Carla Harmatiuk Matos

**CURITIBA  
2010**

*À minha família, Alice (in memoriam),  
Gilberto, Joana D'Arc e Eloisa. Fizemos  
este curso de Direito todos juntos.*

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho, embora tenha sido por mim redigido, não foi concretizado de forma individual. Posso dizer, aliás, de maneira mais ampla, que a Faculdade de Direito toda não foi por mim cursada e concluída, mas por todos aqueles que me ajudaram, aos quais eu me remeto neste momento.

Quando escuto a palavra “agradecer”, lembro-me instantaneamente de meus pais. Não somente porque quero agradecê-los, o que naturalmente o farei em seguida, mas por ter aprendido com eles o quanto é importante e belo saber dizer “obrigada”.

Recordo-me que, por vezes, quando deixava por algum motivo de retribuir um favor com um gesto de agradecimento, não era repreendida por meus pais. Ao invés disso, eles me mostravam como eu estava perdendo a oportunidade de vivenciar a emoção de dizer a quem me ajudava o quanto eu era grata.

Esta lição eu posso dizer que aprendi. Sinto neste momento uma grande alegria em poder imprimir com o meu trabalho de conclusão de curso estas palavras de gratidão.

Quero agradecer ao meu pai Gilberto José Montemezzo, meu amigo mais engraçado e fiel, a quem eu sempre pude recorrer confiante, qual fosse o problema ou inquietude. Você é o famoso pai herói, aquele que merece e tem a admiração e o carinho de uma legião de amigos. Obrigada pai, por ter insistido em mim.

Quero agradecer à minha mãe, Joana D’arc Pasternak Montemezzo, que apesar de ter o nome de general (condizente com sua postura sempre firme, de liderança), tem o mais instigado instinto maternal, com uma ternura capaz de fazê-la viajar com a maior boa vontade milhares de quilômetros só para cozinhar um pouco para as filhas, ou tentar fazê-las dormir na hora certa. Obrigada mãe, por ter insistido em mim.

Quero agradecer à grande parceira de toda a vida, minha irmã Eloisa Pasternak Montemezzo, que teve a oportunidade de desfrutar individualmente do colo dos pais somente durante o primeiro ano de sua vida. Depois deste ano em que ela era a único bebê da família, nunca mais estivemos longe, mesmo quando separadas por oceanos de distância. Entramos na UFPR juntas, e sairemos dela inteiras, mesmo que tenhamos, por vezes, sofrido as consequências nada saudáveis de madrugadas acordadas, por motivos acadêmicos ou não. Obrigada por ter estado sempre do meu lado.

Agradeço também ao meu amigo, namorado e companheiro, Saulo Lindorfer Pivetta, com quem estive de mãos dadas neste um ano e meio final do curso de Direito, compartilhando muitos momentos bons e superando os momentos difíceis que inevitavelmente apareceram ora ou outra. Com seu natural dom de ensinar – que torna evidente sua futura profissão -, acendeu dentro de mim um maior interesse pelo Direito e, com seu caráter irretocável, seu comprometimento e força de vontade me mostrou qual é o segredo daqueles que obtém sucesso.

Agradeço aos meus professores da prática jurídica, Dr. Orlando Martello, Andrea Giacomet e Mônica Martins Algauer, que me acolheram como estagiária com muito carinho e paciência. Muito obrigada por compartilharem comigo suas experiências sobre o Direito e sobre a vida profissional. Embora o tempo em que estivemos juntos possa ser considerado curto, dentro de mim permanecerá viva para sempre a lembrança boa de cada lição que aprendi com vocês.

Quero também agradecer às pessoas que se entusiasmaram com o meu tema de monografia, meus familiares, companheiros do PAR e amigos queridos de

outros lugares da vida. Conversar com vocês sobre o assunto que escolhi para escrever me serviu de combustível para prosseguir com energia o trabalho sempre que o cansaço batia.

Por fim, agradeço de coração à minha orientadora Ana Carla Harmatiuk Matos, que sempre esteve presente e aberta ao diálogo durante a gestação do trabalho. Transmitir o saber com tamanha delicadeza e bom humor, como a professora faz, é qualidade preciosa, que revela uma excelência profissional digna de muita admiração e respeito.

Agradeço aos membros da banca, professores Sérgio Staut e Marcelo Conrado, que aceitaram de pronto o convite para comporem a mesa avaliadora deste trabalho de conclusão de curso. Fico muito grata e honrada pela gentileza e receptividade.

*“O preconceito está ainda mais longe da verdade do que a ignorância.”  
Diderot, Carta sobre os Surdos-Mudos*

## RESUMO

Este trabalho se destina à análise das possibilidades do reconhecimento jurídico da família homossexual no Brasil – família esta que se configura pela união entre pessoas do mesmo sexo, com ou sem descendentes. Embora não haja a previsão expressa deste reconhecimento na Constituição Federal, acredita-se que a Carta revela a proteção jurídica desta espécie de entidade familiar, a partir dos princípios constitucionais – como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e da liberdade, dentre outros – e dos direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico, que possuem aplicabilidade imediata. A tutela jurídica da família homossexual é fruto de um longo caminho de mudanças percorrido pelo Direito de Família no Brasil, matéria do primeiro capítulo, que desenha atualmente o perfil da família como instrumento a serviço da realização pessoal e desenvolvimento de seus integrantes. Ademais, sendo a união entre pessoas do mesmo sexo uma realidade incontestável na sociedade – independentemente do reconhecimento ou não do Estado – ressalta-se neste trabalho a importância de que este fato não seja negado pelo Direito, visto que produz, inevitavelmente, efeitos jurídicos, matéria esta que será abordada no segundo capítulo, o qual também se detém à análise do papel que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário vêm exercendo atualmente com relação ao tema. Por fim, o terceiro e último capítulo analisa mais profundamente o artigo 226 da CF – artigo que, embora só apresente expressamente três espécies de família, consagra o princípio da pluralidade familiar – demonstrando motivos pelos quais deve ser o artigo interpretado de forma ampla, a fim de atingir também a família homossexual. Apresentam-se também, neste capítulo final, duas interpretações viáveis à efetiva tutela da família homossexual no atual panorama jurídico brasileiro quando da ocorrência dos casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário: as interpretações analógica e principiológica.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direitos Fundamentais. Constitucionalização do Direito Civil. Família homossexual. Igualdade. Interpretação principiológica. Interpretação Analógica. Liberdade. Princípio da pluralidade familiar. União entre pessoas do mesmo sexo.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1. Capítulo 1 - PERSPECTIVA HISTÓRICA DA FAMÍLIA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA</b> .....	13
1.1. O DIREITO DE FAMÍLIA ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	14
1.2. A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	22
1.3. O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	25
<b>2. Capítulo 2 - O DIREITO, O ESTADO E A REALIDADE DA FAMÍLIA HOMOSSEXUAL</b> .....	30
2.1. A UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO FATO PRESENTE NA SOCIEDADE.....	30
2.2. O PAPEL DO DIREITO E DO ESTADO.....	34
2.3. AVANÇOS E RETROCESSOS NO PANORAMA DO ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....	40
<b>3. Capítulo 3 - AS POSSIBILIDADES JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DOS EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO</b> .....	47
3.1. A CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 226 DA CF.....	49
3.2. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA.....	56
3.3. INTERPRETAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA.....	62
3.3.1. Dignidade da pessoa humana.....	65
3.3.2. Igualdade.....	68
3.3.3. Liberdade.....	74
<b>CONCLUSÃO</b> .....	77
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	79

## INTRODUÇÃO

É pacífica no mundo acadêmico a afirmação de que o ser humano é um ser social, que “existe em função de seus inter-relacionamentos grupais”<sup>1</sup>. Desde o nascimento até a sua morte, o ser humano participa de diferentes grupos, e de forma dialética, busca, ao longo de sua existência, desenhar sua identidade individual e a sua identidade grupal (ou social), que são complementares entre si e imprescindíveis para o desenvolvimento pessoal de qualquer pessoa humana.<sup>2</sup>

E se é verdade que ninguém é capaz de viver inteiramente sozinho – e por isso todos procuram de alguma forma se sentir inseridos e aceitos no ambiente coletivo –, também é essencial a cada sujeito a possibilidade de manifestação de sua identidade individual, libertando-se, caso sinta necessário, de padrões ou modelos aos quais não se conforma, para que possa, desta forma, desenvolver-se da maneira como entende ser a adequada e necessária para sua felicidade.

Sob o viés da identidade coletiva, geralmente a família é o primeiro ente, e mais íntimo, em que o sujeito se posiciona como integrante de uma organização. E, embora muitas vezes tenha o Direito tenha pretendido padronizar um determinado modelo de família, a realidade é que a família, como fenômeno, nunca se organizou de modo estandardizado<sup>3</sup>, fato que dá ensejo ao debate sobre o tema ora exposto: a família homossexual<sup>4</sup>.

Para os fins deste estudo, conceitua-se a família homossexual como aquela constituída pela união entre pessoas do mesmo sexo com ou sem descendentes, unida por laços de afetividade e solidariedade. Esta espécie de entidade familiar, em que pese não ter sido tutelada expressamente pelo ordenamento jurídico, existe de fato, e merece o devido reconhecimento jurídico, com base nos direitos

---

<sup>1</sup> ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos Psicológicos da Atividade Jurídica*. p.177-118.

<sup>2</sup> ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Idem. Ibidem*.

<sup>3</sup> FIÚZA, César. *Diretrizes hermenêuticas do Direito de Família*. p. 236.

<sup>4</sup> Segundo Ana Carla Harmatiuk Matos, é importante que seja empregado o termo *família* às uniões homossexuais, visto que a utilização desta palavra comporta um “contexto de valores, sentimentos e emoções que firmam referências presentes na realidade concreta, não mais devendo ser ocultados”. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p.162).

fundamentais elencados da nossa Constituição Federal, conforme se desdobrará ao longo do trabalho ora apresentado.<sup>5</sup>

O estudo está dividido em três capítulos. O primeiro deles toma conta da evolução do conceito de família no Direito brasileiro do período colonial até os dias de hoje, e demonstra como o Direito dialogou e dialoga com a realidade em matéria de Direito de Família. Este capítulo está conformado em três subcapítulos, que organizam a linha do tempo, respectivamente, a partir da abordagem da família no ordenamento jurídico anterior à Constituição Federal de 1998, na própria Constituição Federal – grande marco evolutivo para o Direito de Família – e no Código Civil de 2002.

O segundo capítulo tratará de forma menos dogmática o tema objeto deste estudo, ao elencar dados da realidade concreta vivida pelos parceiros homoafetivos e as dificuldades sofridas em virtude da recorrente negação de proteção jurídica às suas uniões. Além disso, o Capítulo 2 questionará acerca de qual seria o verdadeiro papel do Direito e do Estado como concretizadores dos direitos fundamentais e erradicadores da discriminação da comunidade LGBT (lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais), que é presente em nossa sociedade de forma alarmante, elucidando, em seguida, alguns avanços e retrocessos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sobre o tema.

Por fim, o terceiro capítulo discorrerá sobre as possibilidades jurídicas do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares no âmbito do Poder Judiciário, poder este que, na falta de norma expressa sobre o assunto, tem

---

<sup>5</sup> Os direitos fundamentais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, consistem nos direitos do ser humano que são positivados pelo direito constitucional de um Estado e indicam o conteúdo “das decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 89).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 outorgou especial relevância à proteção dos direitos fundamentais, dedicando um extenso e diversificado rol de dispositivos apresentados não só no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), mas também ao longo de todo o texto da Constituição.

A ordem de valores, bem como as decisões fundamentais sobre a sociedade e o Estado brasileiros, é obtida, a princípio, do texto constitucional. Dele se apreendem os princípios fundamentais da República (art. 1º), os objetivos fundamentais (art. 3º), os princípios que regem as relações internacionais (art. 4º), os valores consignados no Preâmbulo, além dos direitos fundamentais (Título II), dos princípios e normas gerais do Sistema Tributário Nacional (arts. 145 a 150), dos princípios gerais da atividade econômica (notadamente o art. 170), e dos dispositivos que constituem a “Ordem Social” (Título VIII).

Deve-se ressaltar, ainda, que a Constituição de 1988, através do § 2º do art. 5º determina que os direitos expressos no texto constitucional não excluem a existência de outros, igualmente fundamentais, que decorram “do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

se manifestado como grande vanguardista da defesa dos direitos dos homossexuais através da leitura constitucionalizada do Direito Civil.

Este Capítulo 3 enfrentará a questão da interpretação restritiva do artigo 226 da CF – artigo este que dispõe sobre a família na Constituição Federal – que cria empecilhos ao reconhecimento da família homossexual, fornecendo, em seguida, duas alternativas de interpretações possíveis e eficientes ao reconhecimento jurídico da união homossexual: as interpretações analógica e principiológica, que serão esmiuçadas nos dois últimos subcapítulos.

Importante ressaltar que este trabalho se destina à análise do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo duradoura e estável, com a intenção de constituição de um núcleo familiar. Para denominar tal situação, serão utilizadas expressões como parceria homoafetiva, parceria homossexual, união entre pessoas do mesmo sexo, família homossexual, todas para definir este mesmo objeto: a união entre pessoas que decidem constituir um núcleo familiar baseado na afetividade.

Também se procurará demonstrar ao longo de todo o estudo quais são os principais argumentos contrários ao reconhecimento da família homossexual, já que são argumentos, infelizmente, ainda bastante invocados por uma considerável parcela da sociedade. Como elucida Michele PERROT, as pessoas frequentemente utilizam a palavra decadência para estigmatizar mudanças com as quais não concordam.<sup>6</sup> E é verdade que há muitos que pretendem continuar vendo direitos negados aos sujeitos de Direito a partir da infundada diferenciação baseada no predicado da homossexualidade, argumentando sobre a decadência da sociedade e da figura da família.

Esses discursos contrários à família homossexual, em sua imensa maioria, são essencialmente baseados em argumentos de ordem moral e religiosa, os quais não devem ser utilizados para um debate jurídico do tema, pois, além de se tratarem de juízos subjetivos prejudiciais ao debate objetivo e profundo sobre o tema, vão contra as garantias constitucionais conferidas a todos os sujeitos de direitos, independentemente de sua orientação sexual, como a liberdade, dignidade e igualdade.

---

<sup>6</sup> PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. p. 73.

É certo que o Direito pode atuar como um instrumento de emancipação e justiça social contra discursos discriminatórios daqueles que pretendem ditar sua moral e seus valores subjetivos aos demais. Assim, tendo-se consciência da inegável relevância jurídica das uniões estáveis de natureza homossexual<sup>7</sup>, elas não podem ficar à mercê da tutela do Direito, já que ele é, segundo Rodrigo da Cunha PEREIRA, um dos mais importantes instrumentos de inclusão e exclusão das pessoas no laço social.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família: direito matrimonial*. p. 215.

<sup>8</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito, Amor e Sexualidade*. p. 57.

## 1. Capítulo 1 - PERSPECTIVA HISTÓRICA DA FAMÍLIA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Parece fundamental para o presente estudo tecer uma breve perspectiva histórica do Direito de Família, já que, como bem mencionado por Rosana Amara Girardi FACHIN, a história integra a compreensão do presente e, com a radiografia da vida do pretérito, podemos melhor radiografar o mundo contemporâneo<sup>9</sup>.

Nesta linha cronológica da família na ordem jurídica, tomar-se-á como marco temporal inicial a época do Brasil Colônia, quando ainda vigoravam no território nacional as Codificações Filipinas. A partir daí, será elaborada uma linha cronológica das inovações legislativas no tocante à matéria até o ordenamento jurídico atual.

Impõe-se ressaltar de antemão que o conceito de família varia muito ao longo do tempo quanto à estrutura, ao exercício de autoridade, às funções, à extensão do parentesco integrado e à autonomia em relação ao meio social.<sup>10</sup> Assim, para que seja bem avaliada a noção de família contemporânea, deve-se ter ciência de que o modelo familiar é um conceito variável, uma “construção econômica, política, social e cultural, demarcada temporal e espacialmente”<sup>11</sup>. Além disso, a família como fenômeno consiste em fato cultural anterior ao Direito, que “antecede, sucede e transcende o jurídico”<sup>12</sup>.

Também é importante ater-se ao fato de que o Direito seleciona e apreende somente algumas relações da vida para amoldar em seus comandos, e por isso, nem sempre (ou quase nunca) reflete fielmente o fenômeno social correspondente.<sup>13</sup> O Direito de Família, em especial, é um ramo marcado por uma história de exclusões e injustiças<sup>14</sup>, como as que sofreram, por exemplo, os filhos ilegítimos

---

<sup>9</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. p. 61.

<sup>10</sup> MELLO, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. p. 25.

<sup>11</sup> MELLO, Luiz. *Idem. Ibidem*.

<sup>12</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 51.

<sup>13</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *“Novas” entidades familiares*. p. 16-31.

<sup>14</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Uma principiologia para o Direito de Família*. p. 59.

(fora do casamento), a mulher – por muito tempo considerada um ser incapaz<sup>15</sup>, as concubinos, os desquitados<sup>16</sup>, e até hoje sofrem os homossexuais.

É que de forma proposital, a norma jurídica muitas vezes serviu (e serve) de instrumento para excluir sujeitos naturais que não se adequaram aos moldes padronizados pela moral daqueles que se definiram normais, legítimos. Este trabalho detém-se à análise da exclusão jurídica operada frente aos sujeitos que possuem orientação sexual distinta da maioria, que ainda não possuem a segurança de seus direitos garantidos.

Entretanto, como os fatos acabam – cedo ou tarde - por se impor ao Direito, mudanças e circunstâncias mais recentes têm contribuído para dissolver a *névoa de hipocrisia* que encobre a negação de efeitos jurídicos aos que por muito tempo caminharam entre as sombras do Direito, os homossexuais.<sup>17</sup>

## 1.1. O DIREITO DE FAMÍLIA ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Até a elaboração do Código Civil brasileiro de 1916, vigiam, no Direito privado pátrio, principalmente as Ordenações Filipinas<sup>18</sup>, que foram o centro do direito privado no Brasil por 315 anos, de 1603 até 1916.<sup>19</sup>

As Ordenações Filipinas permaneceram regulando as relações civis da época colonial, dos governos imperiais e republicanos até o século XX, e nem com a independência do Brasil, em 1822, houve ruptura imediata desse sistema jurídico. Embora em 1850 tenha sido promulgado o Código Comercial Brasileiro, no campo das relações estritamente civis, somente em 1916 é que foi promulgado o Código Civil brasileiro.

---

<sup>15</sup> Como aduz Luiz Edson Fachin, “exemplos lembram dos séculos que o sistema jurídico embalou com formas diferentes de redução da mulher a um ser juridicamente incapaz.” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 51).

<sup>16</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 92.

<sup>17</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 35.

<sup>18</sup> Em verdade, na ocasião do descobrimento do Brasil, vigiam em Portugal, e, por conseqüência no Brasil, as Ordenações Afonsinas, que foram em 1521 substituídas pelas Ordenações Manuelinas e, em 1603, no reinado de Filipe II, substituídas pelas Ordenações Filipinas. (ANDRÉ, Luiz Pedro André. *As ordenações e o direito privado brasileiro e sua evolução histórica*. Disponível em [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18254/As\\_Ordena%C3%A7%C3%B5es\\_e\\_o\\_Direito\\_Privado\\_Brasileiro.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18254/As_Ordena%C3%A7%C3%B5es_e_o_Direito_Privado_Brasileiro.pdf?sequence=1)).

<sup>19</sup> ANDRÉ, Luiz Pedro André. *Idem*.

No campo do Direito de Família, além das Ordenações Filipinas, vigorou, através do o Decreto de 3 de novembro de 1827, o Concílio de Trento na sua integridade, que conferiu à nação brasileira a jurisdição canônica para a celebração e dissolução do casamento<sup>20</sup>.

Por conta dessa forte influência canônica, a família do Brasil Colônia era estritamente aquela composta pelo sacramento matrimonial. Possuía como características essenciais a hierarquização e o patriarcalismo (julgada ao *pater familias* colonial).<sup>21</sup>

Como o Cristianismo, a partir do século XII, passou a condenar com veemência as práticas afetivo-sexuais que contrariassem os objetivos da reprodução (dentro ou fora do casamento)<sup>22</sup>, e, naquele período Estado e religião possuíam laço estritamente estreito<sup>23</sup>, a família e o casamento para o direito vigente existiam essencialmente para fins de procriação. Assim, na medida em que pessoas do mesmo sexo não poderiam procriar através do ato sexual, a homossexualidade era condenada ao pecado, confinada ao silêncio, ao estigma social e à discriminação.

Para além do modelo familiar matrimonial, nenhum outro modelo familiar era aceito ou tutelado. Como afirma Rosana FACHIN, no Brasil, o nascimento do Direito de Família gestado na Colônia consistiu em um verdadeiro atestado de exclusão, que separou as pessoas e instituições da sociedade<sup>24</sup>.

A família do Brasil Colônia, congruente com a economia da época<sup>25</sup>, era agrária, latifundiária e escravista, visualizada como um verdadeiro centro de produção. A chamada grande família<sup>26</sup> era composta por um grande número de pessoas, parentes e agregados. Não existia para promover o bem estar e desenvolvimento dos seus integrantes, mas como célula produtiva e sustentáculo econômico-social.

---

<sup>20</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*. p. 32.

<sup>21</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. p. 34.

<sup>22</sup> MELLO, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. p. 41-42.

<sup>23</sup> Conforme argumenta Rosana Amara Girardi Fachin, “livros eclesiásticos governavam o ser e o estar em família; nascimentos, casamentos e óbitos eram ali registrados”. FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. p. 34-35.

<sup>24</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Idem*. p. 32.

<sup>25</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Idem*. p. 29.

<sup>26</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 66.

Mas com a gradativa desestruturação do sistema escravista de produção e a inserção, continuamente mais intensa, dos imigrantes europeus em solo brasileiro<sup>27</sup>, os diferentes tipos de família, até então existentes de maneira velada, foram se tornando cada vez mais aparentes.

Ao largo da realidade jurídica formal formava-se uma realidade cada vez mais divergente da moldura jurídica imposta: famílias européias trazidas inteiras para o Brasil conviviam com imigrantes solteiros que aqui se casavam ou juntavam com ex-escravos ou brasileiros brancos, além da permanência da tradicional família colonial.<sup>28</sup> A esmagadora maioria da sociedade possuía vínculos conjugais construídos na informalidade, pois era pobre, analfabetizada e alienada da proteção jurídica do Estado.

Entretanto, embora a realidade concreta envolvesse indubitavelmente diversas outras estruturas familiares que não as originadas do matrimônio, todas as Constituições republicanas até o advento da Constituição Federal de 1988 só reconheciam a família constituída pelo ato solene do casamento.<sup>29</sup>

Promulgado o Código Civil de 1916, mais de 400 anos depois do “descobrimento” do Brasil, em que pese tratasse nosso país de realidade distinta da européia, o legislador brasileiro copiou, sem nenhuma adaptação, o molde jurídico europeu de família, desconsiderando novamente por completo a diversidade da realidade brasileira e consagrando, mais uma vez, o matrimônio como fonte única da família.<sup>30</sup>

É que o nosso Código Civil de 1916 seguiu o modelo do Código Civil francês de 1804<sup>31</sup> – uma das primeiras codificações do início do século XVIII -, que

---

<sup>27</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. p. 49.

<sup>28</sup> Sobre o assunto, acrescenta Rosana Amara Girardi Fachin que no Brasil Colônia, independentemente do regime econômico (feudal ou capitalista), a titularidade privada sempre estruturou o poder: ora o monopólio territorial soberano, ora o poder dos latifundiários concedido mediante concessão e outorgas, impossibilitaram qualquer distribuição de terras. (FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. p. 51).

<sup>29</sup> Segundo Heloisa Helena Barboza, nesta época, a República, que há pouco atingira a maioria, só reconhecia o casamento civil (Constituição Federal 1891, art. 72, § 4) e a orientação adotada pela lei civil, no sentido de ser a família constituída pelo casamento, transformou-se, em 1934, em norma constitucional (art. 144), princípio mantido na Carta de 1937 (art. 124), e nas Constituições que seguiram (1946 – art. 163, 1967 – art. 167, EC 1/69, art. 675). (BARBOZA, Heloisa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século XX*. p. 198).

<sup>30</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família Constitucionalizada e pluralismo jurídico*. p. 63.

<sup>31</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 62.

por sua vez também sofreu grande influência do direito Canônico. A legislação pátria persistiu em tutelar somente o modelo familiar sob as mesmas características do regime anterior: patriarcal, matrimonializada, hierarquizada e “transpessoal” (com a finalidade de instituição em favor da sociedade em detrimento da preocupação com seus integrantes)<sup>32</sup>. Segundo Felipe Pastro KLEIN, a família nesse período histórico tendia a ser um *microestado monárquico*, sendo o marido o rei, servidos pelos súditos filhos e a serva esposa.<sup>33</sup>

O modelo matrimonializado de família era excludente e voltado principalmente aos interesses econômicos da sociedade detentora do poder, porque era só a eles que o Direito protegia. Tal constatação enche-se de sentido, a partir da análise do quadro social da época desenvolvido por Felipe KLEIN:

A codificação erigida no país no início do século XX estava entre duas realidades distintas. A primeira, aquela dos proprietários de terras, dos burgueses mercantis, e de uma pequena classe média que ocupava grande parte dos cargos administrativos. A segunda vinha a ser uma população rural, cujas condições de vida não permitiam, sequer, tivesse consciência de sua miserável situação. Tal paradoxo era condição para a sobrevivência de uma burguesia agrária e uma burguesia mercantil, expressão da classe dominante, que buscava a manutenção do subdesenvolvimento do país.<sup>34</sup>

Conforme nos elucida Orlando GOMES, na seara política, as farsas eleitorais permeavam os sistemas eletivos, de forma que a classe dominante sempre nomeava facilmente os que elegiam seus chefes políticos.<sup>35</sup> Previsível concluir que a codificação privatista mantivesse o estado de dominação e exclusão, permitindo somente a si próprio dizer o Direito, excluindo da tutela jurídica os filhos ilegítimos, os relacionamentos sem matrimônio e as uniões homossexuais, além de conferir um tom de ilícito e de imoral para essas uniões e aos filhos delas advindos.<sup>36</sup>

Além disso, da intenção econômica do Direito de Família daquela época pode-se dizer seguramente que o casamento servia de instrumento. Como elucida Viviane GIRARDI, o casamento se prestava, mais do que um propósito de vida, a acordos entre os patriarcas, “não sendo raro as promessas de casamento entre

---

<sup>32</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares. p.16-31.

<sup>33</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Família, Entidade Familiar e União de indivíduos do mesmo sexo*. p. 128.

<sup>34</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Idem*. p. 129.

<sup>35</sup> GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. p.42-44.

<sup>36</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 10-11.

filhos e filhas de famílias abastadas ou de renome visando à preservação da tradição e ao crescimento econômico dos clãs envolvidos”<sup>37</sup>.

Mas a família moderna, ao contrário da colonial, começou aos poucos centrar-se na figura do pai, da mãe e dos filhos, tornando-se menor e mais nuclear. Ao mesmo tempo dessa reconfiguração da família, segundo Luiz MELLO, iniciou-se um processo de construção social que culminou com a naturalização dos sujeitos em heterossexuais e homossexuais. Como explica MELLO, os homossexuais seriam, para a concepção da época, portadores de uma doença, o homossexualismo (sufixo “*ismo*”, indicador de enfermidade), e estavam, pela sua própria natureza doentia, incapacitados de constituírem suas famílias, privilégio este somente conferido à família burguesa, fruto do casamento, que assumiu para si o monopólio do amor romântico entre homem e mulher.<sup>38</sup>

Na família consagrada no Código Civil de 1916, as atividades do marido e da mulher eram distintamente distribuídas em virtude do gênero: à mulher o papel de mãe dona-de-casa, ao homem – considerado superior por razões de autoridade e força física -, o de provedor e chefe do lar<sup>39</sup>. Mas, muito mais do que tutelar o interesse de supremacia do marido, este modelo tutelava o interesse da família enquanto instituição<sup>40</sup>. Isso porque o patriarcalismo era um modelo que atendia a interesses voltados para os fins de produção da sociedade rural da época e não propriamente a um verdadeiro privilégio masculino, como explica Ana Carla Harmatiuk MATOS<sup>41</sup>.

Deve-se destacar também a desmerecida importância da afetividade para a formação e manutenção da família deste período. Comprova-se isso pelo fato de que, mesmo com o esgotamento do afeto, era vedado o divórcio do Código Civil de 1916, por motivos religiosos (pois a religião concebida até os dias de hoje

---

<sup>37</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p.28.

<sup>38</sup> MELLO, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. p. 43.

<sup>39</sup> Como enumera Ana Carla Harmatiuk Matos, esta condição pode ser verificada em diversos artigos do Código Civil de 1916, como são exemplos os artigos 6, 233, 240, 247, 1538, § 2, e 219, IV. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 8-9).

<sup>40</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 65.

<sup>41</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “*Novas*” entidades familiares. p. 8-9.

o casamento como sacramento indissolúvel) e econômicos (a união familiar deveria manter-se coesa e conservar a estrutura conformadora da sociedade)<sup>42</sup>.

Conclui-se, então, que mais que atender aos fins de cada indivíduo, o Código Civil de 1916 procurou traduzir os valores da classe dominante da época, tutelando a família como instituição, meio de conservação do nome e do patrimônio<sup>43</sup>, instituindo a *mentira jurídica*, a fim de conservar uma decência aparente.<sup>44</sup>

A mulher, que compartilhou muitas das exclusões enfrentadas pelos homossexuais, no Código Civil de 1916 era tratada juridicamente como um ser incapaz<sup>45</sup>. Não poderia sem a autorização do marido: (a) aceitar ou repudiar herança ou legado; (b) aceitar tutela, curatela ou outro *múnus* público; (c) litigar em juízo cível ou comercial, ressalvados aqueles casos expressamente nominados; (d) exercer profissão; (e) aceitar mandato; (f) contrair obrigações que pudessem importar em alheação de bens do casal.<sup>46</sup>

Em pior situação ainda estavam as mulheres que não formalizavam o casamento. A estas o Direito de Família não reconhecia nenhum direito. Possíveis soluções eram encontradas, algumas vezes, no direito privado muitas vezes de forma degradante e vexatória. Como expõe Heloísa BARBOZA, citando Edgard de Moura BITTENCOURT:

Várias decisões concederam à mulher, uma vez reconhecida a vida em comum, indenização pelos serviços domésticos prestados, predominando, assim, a idéia de prestação de serviços. [...] Chegou-se a afirmar a necessidade de prova de que a realização das tarefas do lar fora feita com intuito de lucro pessoal, para autorizar a indenização, posto que sem essa prova a concubina não teria direito de cobrar salário por serviços prestados ao amante, durante o tempo em que com o mesmo conviveu.<sup>47</sup>

Nada obstante, a industrialização no Brasil transformou o panorama nacional. Aos poucos, conduziu a mulher para o mercado de trabalho tornando-a mais independente e ativa na sociedade, retirou o homem do campo e proletarizou

---

<sup>42</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada*. p. 293.

<sup>43</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 25.

<sup>44</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 52.

<sup>45</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 27.

<sup>46</sup> LIRA, Ricardo Pereira. *Breve estudo sobre as entidades familiares*. p. 28-29.

<sup>47</sup> BITTENCOURT, Edgard de Moura. O concubinato no Direito. Citado por BARBOZA, Heloisa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século XX*. p. 101.

as cidades, reduzindo o espaço de coabitação familiar e modificando definitivamente o perfil da grande família para a família nuclear (pai-mãe-filho). Toda esta movimentação tornou a diversidade ainda muito maior e mais explícita<sup>48</sup>.

Assim, nas décadas de sessenta e setenta, como subprodutos dessa Revolução Industrial, houve a Revolução Sexual e a laicização do Estado, sendo que este fez com que a religião deixasse de ser “fontes de amarras, de embotoamento espiritual, intelectual e sexual, apesar dos esforços do Vaticano em sentido contrário”<sup>49</sup>. O tecido social no Brasil, pressionado por duas guerras mundiais, pela liberação dos costumes, pelo espantoso progresso da ciência e da tecnologia, pelo aprofundamento das diferenças sociais, pela evolução dos meios de comunicação e pelo panorama econômico-financeiro caracterizado por instabilidade, modificou-se profundamente.

Todas essas alterações sociais compuseram um espaço viável para a alteração das relações familiares, como por exemplo, o reconhecimento dos filhos adulterinos (através da Lei 883/49)<sup>50</sup>, a emancipação da mulher casada (por meio da Lei 4.121/62), e a dissolubilidade do vínculo matrimonial (consagrada na Lei 6.515/77<sup>51</sup>)<sup>52</sup>, alterações estas que puseram em xeque alguns dogmas da família, como a hierarquia e o patriarcalismo e buscaram tutelar minorias que até então rondavam desprotegidas juridicamente.

Mas as modificações sociais não pararam por aí. Como nos ensina Ana Carla Harmatiuk MATOS, o avanço da ciência e das manipulações genéticas, dos meios de comunicação como a internet e seus benefícios como os contratos via rede, a medicina atuando ativamente no desenvolvimento da cirurgia transexual,

---

<sup>48</sup> FIÚZA, César. *Diretrizes hermenêuticas do Direito de Família*. p. 226.

<sup>49</sup> FIÚZA, César. *Idem*. p. 231.

<sup>50</sup> O reconhecimento do filho adulterino, só veio a ser regulamentado em 1949, mediante lei que, por sucessivas alterações, aos poucos teve alargado seu campo de aplicação (Lei 883/49, alterada pelas leis 6015/73, 6515/77 e 7250/1988), até permitir o reconhecimento ainda na vigência do casamento, por testamento cerrado. (BARBOZA, Heloisa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século XX*. P. 199).

<sup>51</sup> Necessária foi, para a sua edição, Emenda à Constituição Federal de 1969 nº. 9, que alterou a redação do artigo 175.

<sup>52</sup> Segundo Heloisa Helena Barboza, a Lei do Divórcio trouxe uma série de inovações: alterou a lei de 1949 que permitira o reconhecimento dos “filhos ilegítimos”, admitiu que o reconhecimento se desse “ainda na vigência do casamento”, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho e, nessa parte, irrevogável, reconheceu o direito à herança, em igualdade de condições, qualquer que fosse a natureza da filiação, e dispensou a ação de investigação de paternidade por parte do filho adulterino que objetivara alimentos, uma vez dissolvida a sociedade conjugal do alimentante. (BARBOZA, Heloisa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século XX*. p.100-101).

procriação artificial, entre outros fatores, foram situações que questionaram profundamente os elos ético, jurídico e político da sociedade.<sup>53</sup>

A professora afirma com propriedade que a evolução da ciência contribuiu para o “desvinculamento do modelo de família clássico que alia casamento, relações sexuais permitidas e reprodução”<sup>54</sup>. É que com a evolução dos métodos contraceptivos, as relações sexuais desvincularam-se da sua finalidade procriativa, e, espantosamente, a procriação também prescindiu do contato sexual, através da técnica da reprodução artificial<sup>55</sup>, fazendo ruir, nas palavras de Viviane GIRARDI, o último mito da decantada família patriarcal: a finalidade procriativa<sup>56</sup>.

Mas, se por um lado, o Direito, através da evolução legislativa, inovou-se para se adequar à realidade dos fatos, por outro, silenciava a respeito das uniões não formalizadas pelo casamento<sup>57</sup>. Como nos ensina Heloisa BARBOZA:

Muitas décadas foram necessárias para que se vencessem os focos de resistência e prevalecesse uma visão mais socializadora e humana do direito, até se alcançar o reconhecimento da própria sociedade concubinária como fato apto a gerar direitos, ainda que fora do âmbito familiar, datando de meados do século a consolidação desse entendimento. A Súmula 380 do STF, segundo a qual “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”, teve origem em acórdãos que datam, em sua maioria, de 1960<sup>58</sup>.

Sobre os direitos dos homossexuais muito menos se inovava no campo jurídico, em que pairava um profundo silêncio repleto de hipocrisia e um descabido pudor. As relações homossexuais existiam e davam origem a famílias, mas, para o Direito, era como se não fizessem parte da realidade social.

---

<sup>53</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 15.

<sup>54</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Idem*. p. 28.

<sup>55</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Idem. Ibidem*.

<sup>56</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 33.

<sup>57</sup> “O concubinato, embora não ignorado pelo CC que a ele se refere em situações dentro ou relacionadas com a família (arts. 363, I, 1177 e 1719), encontrou na legislação previdenciária e acidentária o primeiro reconhecimento legal dos seus efeitos, com fundamento na proteção da mulher.” (BARBOZA, Heloisa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século XX*. p.101.

<sup>58</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Idem*. p. 103).

## 1.2. A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme abordado, o contexto de profundas mudanças sociais no Brasil gerou muitas evoluções no âmbito jurídico. O casamento passou a poder ser dissolvido, a mulher passou a não ser mais considerada um ser incapaz, o filho ilegítimo passou a ter os mesmos direitos dos legítimos<sup>59</sup>. O sexo perdeu a sua função unicamente procriadora, também sendo visualizado cada vez mais como uma “expressão e exteriorização da personalidade humana”<sup>60</sup>.

Nessa ambiência de tantas mudanças, com o advento da Constituição Federal de 1988, ganhou espaço no campo jurídico o afeto, que “irradiou um novo alcance para as normas jurídicas”<sup>61</sup>. A família, embora ainda possuísse um modelo preponderante, idealizado a partir de elementos cristãos/burgueses, defrontou-se finalmente com o contexto da sociedade brasileira, com a constatação empírica da diversidade de arranjos familiares.<sup>62</sup>

Nesse compasso, coroando a diversidade, a Constituição Federal de 1988 dignificou a família plural, admitindo que o casamento não seria mais a única categoria de família existente: também abrigou expressamente no texto constitucional a união estável<sup>63</sup> e a família monoparental, nos §§ 3º e 4º do artigo 226, “inundando o cenário jurídico das relações familiares de um sentido amplo de democracia e respeito às diferenças”<sup>64</sup>.

Nessa altura, concorda-se entre os civilistas que o Direito de Família migrou do Código Civil à Constituição. A Constituição de 1988 avocou para si o papel de lei fundamental da família até então ocupado pelo Código Civil de 1916 e leis esparsas.<sup>65</sup> O movimento da denominada “constitucionalização” do direito civil – que consiste na incidência e permanente penetração do direito constitucional sobre a

---

<sup>59</sup> “Foi na Constituição que se venceu o *desvaler* dos filhos não matrimoniais vigente sob a noção patriarcal que associava a legitimidade ao casamento”. (FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 38).

<sup>60</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 46.

<sup>61</sup> GIRARDI, Viviane. *Idem*. p. 24.

<sup>62</sup> MELLO, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. p. 90.

<sup>63</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família Constitucionalizada e pluralismo jurídico*. p. 69.

<sup>64</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 32.

<sup>65</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 81.

matéria infraconstitucional<sup>66</sup> -, impôs que todo o ordenamento civil fosse lido à luz da Constituição e seus direitos fundamentais, fazendo com que o Direito de Família também passasse a ser fundamentado em princípios.<sup>67</sup>

Como nos ensina Maria Celina Bodin de MORAES, a Constituição Federal de 1988 abarcou diversos princípios fundamentais do Direito de Família, sendo aquela um verdadeiro marco em relação ao modelo familiar, uma vez que a família voltou-se em direção à democratização no que diz respeito à afetividade, igualdade, solidariedade e pluralidade.<sup>68</sup>

Este novo Direito de Família explicitou a crise da noção clássica do Direito de Família, porque a *ratio* do casamento passou a se localizar na relação conjugal, na chamada *affectio maritalis*, e não mais em uma unidade de produção e consumo.<sup>69</sup> Isso quer dizer que, ao invés da família ser protegida pelo ordenamento jurídico como uma instituição base da sociedade, um organismo preordenado a fins externos e núcleo de apropriação e transmissão de bens<sup>70</sup>, ela passou a ser visualizada pelo Direito como núcleo de desenvolvimento pessoal, de companheirismo a serviço das próprias pessoas que a constituem, mudança de foco esta que foi na história do Ocidente a mais espetacular transformação sofrida pela família segundo João Baptista VILLELLA.<sup>71</sup>

Segundo Carmem Lucia Silveira RAMOS, houve uma comunicação entre o espaço público e o privado nas relações familiares, que implicou no deslocamento da função precípua dos espaços privados, vistos até então como centro de apropriação de bens pelo liberalismo-burguês, para um núcleo de desenvolvimento pessoal.<sup>72</sup> Sobre essa comunicação entre o público e privado tratar-se-á de forma mais aprofundada no capítulo seguinte.

Para Felipe P. KLEIN, nesta nova configuração de família – a de instrumento em favor do desenvolvimento pessoal de seus componentes –, cresce em contornos jurídicos o equilíbrio e a igualdade e, no cunho íntimo, houve uma

---

<sup>66</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 37.

<sup>67</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares. p. 16-31.

<sup>68</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares. p. 16-31.

<sup>69</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 320.

<sup>70</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família Constitucionalizada e pluralismo jurídico*. p. 66.

<sup>71</sup> VILLELLA, João Baptista. *Família Hoje* (entrevista realizada por Leonardo de Andrade Mattietto). p. 71.

<sup>72</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família Constitucionalizada e pluralismo jurídico*. p. 68.

valorização da sexualidade como via gratificadora e pilar da sustentação da relação conjugal.<sup>73</sup>

A família tomou contornos sociais, adequando-se ao tempo e ao momento histórico da sociedade e o relacionamento intra-familiar transformou-se, não mais servindo àquele sistema senhorio de outrora.<sup>74</sup> E como o enfoque principal transmutou-se da família-instituição para a realização pessoal de seus integrantes, outras formas de entidades familiares passaram a ser valorizadas, inclusive aquelas não formalizadas.<sup>75</sup>

Nesta toada de valorização da afetividade, a dissolução do casamento foi ainda mais facilitada diminuindo-se o prazo para um ano, se precedida de separação judicial, e para dois anos no caso de separação de fato, conforme disposto no artigo 226, § 6º da Constituição Federal 1988<sup>76</sup>.<sup>77</sup>

O artigo 226 da CF, ao enumerar expressamente a união estável e a família monoparental ao lado da família matrimonializada, buscou abarcar na esfera de incidência da tutela jurídica mais do que o ato solene (casamento), mas o fato, a realidade social (união estável, família monoparental). Consagrou o princípio da pluralidade familiar, que, conjugado com os demais princípios e direitos fundamentais consagrados na Carta<sup>78</sup>, abriu as portas do mundo jurídico para novas tendências. Neste espaço, ganhou respaldo a posição jurídica que defende o reconhecimento a família homossexual, vez que, conforme se demonstrará adiante, não parece congruente a interpretação de que o sistema fechado nas hipóteses enumeradas.

---

<sup>73</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Família, Entidade Familiar e União de indivíduos do mesmo sexo*. p. 144.

<sup>74</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Idem*. p. 148.

<sup>75</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 31.

<sup>76</sup> Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

<sup>77</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século XX*. p. 104.

<sup>78</sup> Deve-se considerar a lição de Robert Alexy, segundo a qual regras e princípios são normas jurídicas. A diferença entre eles é essencialmente qualitativa: os princípios representam mandados de otimização (direitos *prima facie*) que podem ser concretizados em diversos níveis, a depender das possibilidades fático-jurídicas; as regras, por outro lado, configuram normas que não possibilitam gradações, devendo ser cumpridas se preenchidos seus requisitos. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 86-87). Ainda, merece destaque a classificação das normas constitucionais feita por Ingo SARLET, segundo a qual existem normas de alta densidade normativa, que permitem pequena margem de conformação pelo aplicador, e normas de baixa densidade normativa, que asseguram maior poder de definição pelo aplicador do direito. As normas que definem direitos a prestações materiais, dentre as quais se insere o direito à saúde, representariam normas de baixa densidade normativa (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 250).

Como explica César FIUZA, a Constituição deixou ao legislador e, principalmente, ao intérprete “a tarefa de avançar sempre, de colmatar as lacunas, de aperfeiçoar o sistema, por meio de novas leis e da interpretação casuística”<sup>79</sup>. Com a consagração da família plural, e dos princípios fundamentais da dignidade humana como valor máximo, da intimidade, da liberdade, da igualdade e da tolerância com o diferente, desenhando a igualdade entre sexos, entre cônjuges e companheiros, entre filhos, entre iguais, não faria o menor sentido pretender a Constituição excluir possíveis outras estruturas familiares.

A partir da análise do espírito, da intenção histórica da Constituição Federal e a edição de seu artigo 226, não há como se sustentar, conforme se discorrerá no capítulo seguinte, que para além dos exemplos de família enumerados, todos os demais foram excluídos da tutela jurídica.

### 1.3. O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Foram tantas e tamanhas modificações no cenário social, conforme elucidou-se nos subcapítulos anteriores, que a codificação de 1916, sob a luz francamente individualista, não sobreviveu.

Entretanto, conforme ilustra Felipe Pastro KLEIN, o Código Civil de 2002 não consistiu marco evolutivo para o Direito Civil.<sup>80</sup> Concorda Luis Edson FACHIN, quando afirma que o novo Código “deixa de espelhar avanço numa visão de mundo e de sistema”.

Isso porque o Código Civil de 2002 teve um longo processo de elaboração anterior ao advento da Constituição, de forma que sofreu, antes de sua promulgação, diversas alterações para se adequar à Carta.<sup>81</sup> Em verdade, nasceu já necessitando de releitura urgente e com um *déficit* de atualização.

Essa desatualização – que pode gerar, dependendo da situação examinada e da interpretação operada, certa exclusão de determinados sujeitos e situações que ficaram à mercê de proteção jurídica expressa – pode ser exemplificada pela omissão do Código com relação às uniões estáveis em sentido amplo (termo que abrange além da união informal entre homem e mulher a união entre

---

<sup>79</sup> FIUZA, César. *Diretrizes hermenêuticas do Direito de Família*. p. 232.

<sup>80</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Família, Entidade Familiar e União de indivíduos do mesmo sexo*. p. 116.

<sup>81</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século XX*. p. 107.

homossexuais), à família fraterna (entre irmãos e irmãs), à filiação socioafetiva e sobre a biogenética.<sup>82</sup>

Segundo Ana Luiza Maia NEVARES,

O novo Código Civil manteve a mesma disciplina abstrata e geral do sujeito de direito, não concebendo a pessoa em sua real dimensão humana, ou seja, tendo em vista sua variedade e diversidade de necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas e posições sociais<sup>83</sup>.

Infelizmente, segundo César FIÚZA, o Novo Código Civil é um código que “já nasceu de costas para seu tempo, ao menoscabar o paradigma do Estado Democrático de Direito”<sup>84</sup>.

Por outro lado, há de se ressaltar que o Código Civil de 2002 incorporou em seus artigos vários princípios já consagrados constitucionalmente, como, por exemplo, o princípio da igualdade, impresso nos artigos 1511<sup>85</sup>, 1596<sup>86</sup> e 1723<sup>87</sup> e seguintes do atual Código Civil, o que, para Viviane GIRARDI, seria dispensável na perspectiva de uma interpretação sistematizada do ordenamento legal pelo operador, mas que é válido para reafirmar o conteúdo informador do sistema normativo positivado.<sup>88</sup>

Assim, ainda que se argumente que o Código Civil de 2002 foi pouco evolutivo em vista do que deveria ter sido, é fato que a interpretação desta codificação pode e deve refletir um direito emancipador. Isso porque a lei privada deve ser interpretada pelo aplicador do direito à luz dos princípios constitucionais<sup>89</sup>, em decorrência do fenômeno hermenêutico da Constitucionalização do Direito Civil. Segundo Pietro PERLINGIERI, é imposta aos juristas a obrigação de levarem em

---

<sup>82</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Família, Direitos e uma nova Cidadania*. p. 20.

<sup>83</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada*. p. 301.

<sup>84</sup> FIÚZA, César. *Diretrizes hermenêuticas do Direito de Família*. p. 231.

<sup>85</sup> Art. 1.511 - O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

<sup>86</sup> Art. 1.596 - Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>87</sup> 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.

<sup>88</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 39.

<sup>89</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 38.

consideração a prioridade das normas constitucionais sempre que devam resolver um problema concreto.<sup>90</sup>

A travessia operada pelo Direito de Família para a Constituição, segundo Luis Edson FACHIN, é “um campo de saber que desfaz as fronteiras tradicionais do público e do privado”<sup>91</sup>, o que indica uma atuação muito mais presente do Estado ao proteger certas matérias que até então estavam inseridas no direito privado.

A questão da família homossexual é um exemplo sobre a qual o Código Civil de 2002 também se omitiu. Contudo, da leitura constitucional do Código Civil, e do dever de proteção do Estado a todos os sujeitos de direito e seus direitos fundamentais, não se pode dizer que esta omissão significa uma vedação de proteção jurídica à família criada pela a união entre pessoas do mesmo sexo.

É que o ordenamento jurídico positivado não é capaz de abarcar exatamente todas as situações da realidade, ainda mais diante de uma sociedade tão dinâmica, em constante mutação, como a nossa. Esta não positivação não significa não Direito. O próprio sistema atesta essa possível eventual incompletude das normas positivadas, quando estabelece que para os casos de omissão da lei serão utilizados mecanismos de integração, como a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito, conforme disposto no artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil<sup>92</sup>. Essa idéia também é reforçada pelo disposto do artigo 126 do Código de Processo Civil<sup>93</sup>, que veda ao juiz a possibilidade de eximir-se de proferir decisões baseado em lacuna ou obscuridade da lei.

Também é importante dizer que quando o Código Civil estabelece os impedimentos para o casamento e a união estável, estes elencados nos artigos 1521 e 1523 do CC<sup>94</sup>, não dispõe como impeditivo a semelhança de sexos para

---

<sup>90</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. p.5.

<sup>91</sup>FACHIN, Luiz Edson. *O impacto das mudanças sociais no direito de família*. p.16.

<sup>92</sup> Artigo 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

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

<sup>93</sup> Art. 126 - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

<sup>94</sup> 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;

estas uniões. Se de fato fosse a intenção do legislador impedir a união entre pessoas do mesmo sexo, descreveria expressamente tal impedimento.

Insta salientar, nesta oportunidade, que o presente trabalho não visa ao reconhecimento da união homossexual com o status do casamento ou união estável, pois se acredita, conforme se abordará adiante, que não há a necessidade do enquadramento da família homossexual nessas espécies familiares.<sup>95</sup> Acredita-se, outrossim, que o casamento, a união estável e a união entre pessoas do mesmo sexo tratam-se de situações distintas, cada qual com suas peculiaridades, sendo que todas elas merecem igual tutela jurídica, posto que fatos lícitos e presentes na realidade da sociedade.

O casamento e a união estável, ao lado da família monoparental, estão devidamente protegidos de forma expressa no texto da Constituição e do Código Civil. A união homoafetiva, embora não esteja protegida de forma expressa, encontra na Constituição, através dos princípios da dignidade, igualdade, liberdade, da pluralidade familiar e da segurança jurídica um arcabouço teórico suficientemente capaz de fundamentar seu reconhecimento, matéria que será debatida no Capítulo 3 deste trabalho.

César FIÚZA nos ensina que os antigos pilares de sustentação do Direito Civil: família, propriedade e autonomia da vontade cederam lugar ao único pilar que sustenta toda a estrutura jurídica: “o ser humano, a dignidade da pessoa, sua

---

VI - as pessoas casadas;

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

Art. 1.523 - Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

<sup>95</sup> Segundo Luiz Mello, parafraseando Andrew Sullivan, “heterossexuais e homossexuais estariam em condições de igualdade diante do casamento, quando este é compreendido como um contrato público que atribui conseqüências legais a um vínculo emocional, financeiro e psicológico entre adultos, não necessariamente comprometidos com a reprodução biológica”. (SULLIVAN, Andrew. *Praticamente normal: uma discussão sobre o homossexualismo*. Citado por MELLO, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. p. 46).

promoção espiritual, social e econômica”<sup>96</sup>. E é com base nesta afirmação, que se encontra guardada para o desenvolvimento do tema da união homossexual.

---

<sup>96</sup> FIÚZA, César. *Diretrizes hermenêuticas do Direito de Família*. p. 227.

## 2. Capítulo 2 - O DIREITO, O ESTADO E A REALIDADE DA FAMÍLIA HOMOSSEXUAL

### 2.1. A UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO FATO PRESENTE NA SOCIEDADE

A relação de intimidade sexual e afetiva entre pessoas do mesmo sexo sempre existiu, é um fato que percorre a história da humanidade<sup>97</sup>. Segundo muitos historiadores, é possível encontrar em diversos documentos, como pinturas, esculturas, escritos e em músicas e mitos culturais diversos indícios que apontam para a sexualidade e afetividade homossexual.<sup>98</sup>

Mas essa relação entre pessoas do mesmo sexo, ao longo da história, foi compreendida de diferentes formas. Até meados do Século XVII, no mundo ocidental, a relação sexual homossexual era denominada sodomia, termo originado da Bíblia, por conta da história de Sodoma, uma cidade condenada por Deus pela prática de um pecado: a prática do coito anal entre homens e também de homens em mulheres.<sup>99</sup>

Ao mesmo tempo, em sociedades como a grega, chinesa, japonesa e em muitas tribos indígenas, o relacionamento homossexual era bem aceito e até valorizado. Muitas vezes, o ato sexual entre essas culturas estava ligado à transmissão de conhecimento de um sujeito mais experiente ao seu pupilo. O ato poderia ser visto como nobre se fossem seguidas determinadas regras sociais e fazia parte de como a elite desses povos passava noções de cultura, política, artes, filosofia e sexualidade.<sup>100</sup>

O Estado, em diversos lugares, enquadrou ao longo da história a prática da relação sexual entre pessoas do mesmo sexo como um crime, inclusive no Brasil, quando vigoravam as Ordenações Filipinas. Tem-se notícia que ainda hoje, a homossexualidade é punida por lei em aproximadamente 75 Estados, como Afeganistão, Egito, Índia, Marrocos e Nigéria, com penas que variam de prisão à

---

<sup>97</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 66.

<sup>98</sup> LOMANDO, Eduardo; WAGNER Adriana. *Reflexões sobre termos e conceitos das relações entre pessoas do mesmo sexo*. p. 3.

<sup>99</sup> LOMANDO, Eduardo; WAGNER Adriana. *Idem*. p. 4.

<sup>100</sup> LOMANDO, Eduardo; WAGNER Adriana. *Idem. Ibidem*.

pena de morte, criminalização esta que vem sendo combatida desde meados do século XIX por estudiosos do assunto.

Pode-se mencionar como sendo a primeira discussão notável que envolveu propriamente uma defesa dos homossexuais contra essa criminalização do Estado a que ocorreu em 1869, quando o médico húngaro Karoly Benkert, em vista de perseguições de homossexuais na Alemanha do Norte, alegou que a homossexualidade era característica inata da pessoa, que não podia ser adquirida ou desvinculada por opção pessoal, de forma que homossexuais não poderiam ser punidos por serem classificados como contrários à ordem moral e religiosa.<sup>101</sup>

Também contribuiu para a mudança da percepção da homossexualidade no meio científico e na sociedade como um todo a conclusão de Sigmund Freud, que, em 1935, igualmente advogou em favor dos homossexuais, ao adotar uma postura de tolerância ao fenômeno. Para o psicanalista, tratava-se de um estágio não evoluído da sexualidade, que não deveria ser motivo de vergonha ou intolerância da família e da sociedade.<sup>102</sup>

Finalmente, em 1948, um relatório feito por Alfred Kinsey, após uma pesquisa empírica realizada nos EUA, concluiu que a orientação sexual se tratava não de opção ou condição, mas de uma realidade dentre as muitas possíveis variações normais do comportamento sexual decorrente de uma manifestação do inconsciente humano<sup>103</sup>, o que fez cair por terra qualquer tentativa de se sustentar a equivocada idéia de que se tratava de uma opção do sujeito relacionar-se com pessoas do mesmo sexo ou do sexo oposto.

A conclusão deste cientista americano é aceita até os dias de hoje. O programa do governo federal “Brasil sem homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual” (atualmente substituído pelo Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT), definiu a orientação sexual como “a atração afetiva e/ou sexual que uma pessoa sente pela outra existente num *continuum* que varia desde a homossexualidade exclusiva até a heterossexualidade exclusiva, passando pelas diversas formas de bissexualidade”.

---

<sup>101</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 67.

<sup>102</sup> GIRARDI, Viviane. *Idem. Ibidem*.

<sup>103</sup> GIRARDI, Viviane. *Idem*. p. 68.

Mas isso não quer dizer que o preconceito e a discriminação cessaram, nem mesmo nos lugares em que a homossexualidade é descriminalizada. Embora se tenha reconhecido tratar a identidade sexual de atributo situado no âmbito inconsciente da pessoa, e, portanto, independente de escolha<sup>104</sup>, a homossexualidade ganhou a pecha de uma doença, o homossexualismo, algo, portanto, passível de cura.

A medicina, desde o início do século XX buscou as mais diferentes explicações para o fenômeno da homossexualidade. Como explicam Eduardo LOMANDO e Adriana WAGNER, tentou-se comprovar ser a homossexualidade fruto de anormalidade em órgãos genitais, de anomalias da dentição, pés, cabelo, combinações anormais de hormônios e volume do hipotálamo, da genética, pesquisas que nunca estabeleceram correlações aceitáveis, segundo os autores.<sup>105</sup>

A Classificação Internacional de Doenças (CID) número 9, de 1975, elencou o homossexualismo no capítulo das Doenças Mentais (como “Desvios e Transtornos Sexuais”, sob o código 302), com diagnóstico psiquiátrico.<sup>106</sup> Em 1985, a Organização Mundial de Saúde publicou uma circular informando que o homossexualismo, por si só, não era mais doença, mas configurava uma sintoma decorrente de circunstâncias psicossociais, passando a ser designado homossexualidade (indicando “modo de ser”). Somente em 1995, a OMS retirou da CID qualquer referência à homossexualidade, que passou a ser considerada apenas uma manifestação do ser humano.<sup>107</sup>

No Brasil, a homossexualidade foi retirada do Conselho Federal de Medicina em 1985, ou seja, 10 anos antes da OMS fazer o mesmo, e o Conselho Federal de Psicologia (CFP), por sua vez, determinou, em 1999, que nenhum profissional poderia exercer “ação que favorecesse a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas”<sup>108</sup> Isso, no entanto, não impediu a ciência de estudar de forma redobrada, a partir dos anos 90, a origem da homossexualidade, principalmente na área da genética.

---

<sup>104</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 70.

<sup>105</sup> LOMANDO, Eduardo; WAGNER Adriana. *Reflexões sobre termos e conceitos das relações entre pessoas do mesmo sexo*. p. 5.

<sup>106</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*. p. 96.

<sup>107</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Idem*. p. 97.

<sup>108</sup> Cf. Resolução do CFP Nº001/99, de 22 de março de 1999 – “Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual”.

Para João Silvério TREVISAN, são inquietantes os motivos que levam os cientistas a buscarem a origem da homossexualidade. Isso porque não há ciência neutra, de forma que todo projeto científico se estabelece a partir de determinado ponto de vista subjetivo. Para TREVISAN, o próprio gesto investigativo implica um julgamento valorativo: ao se investigar a origem da homossexualidade, fica sugerida a idéia de um desvio de normalidade, e questiona o autor por que não se pensou em investigar a atração pelo sexo oposto, mas sim a atração homossexual.<sup>109</sup>

Segundo a estimativa mais bem aceita, constante no Relatório Kinsey (que foi realizada em 1948 e atualizada nos anos 1969-1970), uma em cada dez pessoas apresenta tendência homossexual, um numerário considerável. Ademais, pesquisas mais recentes concluíram que o índice percentual de homossexuais é o mesmo em todas as sociedades, e que as normas sociais não interferem nesta percentagem, conforme explica Maria Celina Bodin de MORAES.<sup>110</sup>

Mas a permissividade e a tolerância social são bastante oportunistas.<sup>111</sup> A televisão, por exemplo, tem retratado com considerável abertura a homossexualidade, o que poderia significar, em um primeiro momento, uma postura tolerante e positiva da mídia. Ocorre que, uma análise mais aprofundada, como a realizada pelo jornalista Irineu Ramos RIBEIRO, revela que o homossexual é, na imensa maioria das vezes, enfocado com escárnio e de forma pejorativa, visando a mídia essencialmente obtenção da audiência, ainda que em detrimento do respeito por uma minoria não aceita pela maioria.<sup>112</sup>

Outro exemplo diz respeito ao mercado, que viu na coletividade homossexual um nicho de consumo em potencial, o chamado *dinheiro cor-de-rosa*<sup>113</sup>, de forma que, em decorrência disso, os homossexuais, quando bons consumidores, passam a ter maior inserção e tolerância da sociedade.

Mas na realidade os homossexuais são um alvo de forte discriminação e violência até os dias de hoje. Segundo dados fornecidos pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), em 2009, 198 foram mortos no Brasil. Onze a mais que em 2008, e 76 a

---

<sup>109</sup> TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso*. p. 31-32.

<sup>110</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*. p. 95.

<sup>111</sup> TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso*. p. 22.

<sup>112</sup> RIBEIRO, Irineu Ramos. *A TV no armário: a identidade gay nos programas e telejornais brasileiros*. p. 12.

<sup>113</sup> RIBEIRO, Irineu Ramos. *Idem*. p. 57.

mais do que em 2007, um aumento de 62%. Segundo o GGB, de 1980 a 2009 foram documentados 3.196 homicídios, média de 110 por ano.<sup>114</sup>

Outra pesquisa, esta realizada pela Unesco, envolvendo estudantes brasileiros do ensino fundamental, seus pais e professores, revelou que os professores não apenas tendem a se silenciar frente à homofobia, mas, muitas vezes, colaboram ativamente na reprodução de tal violência. Essa pesquisa, realizada em 14 capitais brasileiras, também revelou que mais de um terço de pais e alunos não gostaria que homossexuais fossem seus colegas de escola e de seus filhos (taxa que sobe para 46.4%, em Recife), sendo que aproximadamente um quarto dos alunos entrevistados declara essa mesma percepção.<sup>115</sup>

Conforme se viu, a homossexualidade percorre a história sendo analisada, sob as variantes espacial e temporal, de diferentes formas. O fato é que no Brasil, hoje em dia, ela já não é mais considerada opção, sintoma ou doença pela comunidade científica, mas uma das manifestações normais da orientação sexual do ser humano. Ainda assim, muitos países, inclusive o Brasil, persistem em criar empecilhos, sejam religiosos, morais ou por motivo de preconceito, para impedir que os sujeitos homossexuais sejam tratados com igualdade em relação aos heterossexuais e protegidos da discriminação baseada no predicado da orientação sexual.

Contra essa realidade de injustiças, cabe ao Estado a tarefa de inclusão social. Ao aplicar o tratamento igualitário aos homossexuais e suas relações, o Estado é capaz de conferir aos homossexuais maior aceitação no ambiente social, atribuindo valores de cidadania.<sup>116</sup>

## 2.2. O PAPEL DO DIREITO E DO ESTADO

Independentemente do reconhecimento jurídico do Estado, é fato que as relações homoafetivas sempre existiram, existem e existirão. A indiferença do Estado, além de significar uma imensa transgressão de direitos fundamentais – pois

---

<sup>114</sup> Dados disponíveis no site do GGB - [http://www.ggb.org.br/assassinatos\\_2008.html](http://www.ggb.org.br/assassinatos_2008.html).

<sup>115</sup> CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil Sem Homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual*. p. 18.

<sup>116</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 69.

desequipara sujeitos de direito sem uma razão suficiente e racionalmente fundamentada para isso -, cria uma situação de insegurança jurídica tanto para os sujeitos homoafetivos quanto para aqueles que com eles contratam.<sup>117</sup>

A indiferença do Estado revela um juízo de desvalor. Quando o Estado reconhece efeitos jurídicos à uniões estáveis entre homem e mulher, mas não estende essa mesma proteção às uniões homoafetivas, atesta sua menor consideração a esses do que àqueles.<sup>118</sup> O Estado não pode promover tratamento desigual entre os cidadãos (artigo 5º da CF), não pode ser preconceituoso.

Como se abordou no capítulo anterior, o Código Civil brasileiro de 1916 reproduziu o ordenamento Europeu, este fruto de um liberalismo pós-revolucionário. Segundo Felipe Pastro KLEIN, as codificações daquela época, edificadas sob a visão liberal, tinham a pretensão de serem a voz do direito, cabendo ao intérprete a tarefa apenas de aplicar as regras de forma desprovida de valores e ponderações éticas.<sup>119</sup> Nesta fase, o Estado se mantinha somente na esfera política e organizacional, longe das relações interprivadas, do que originou uma divisão clara entre as leis públicas e as leis civis, duas áreas do direito praticamente impermeáveis.<sup>120</sup>

No Brasil, o Código Civil de 1916 representava, segundo Ana Carla Harmatiuk MATOS, “a esfera privada na intenção de assegurar a autonomia do sujeito de direito, diante do poder estatal, em harmonia com o individualismo e o liberalismo de então”<sup>121</sup>. Significava um prontuário do qual as relações privadas não poderiam se afastar, pois ali estariam todas as soluções das situações reguláveis pelo Direito.<sup>122</sup>

Com o tempo, diante das demandas de movimentos sociais, da disparidade econômica cada vez mais crescente com a Revolução Industrial, com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, o ordenamento jurídico europeu viu-se na necessidade de mudar, o que acompanhou o ordenamento pátrio. Percebeu-se a iminente

---

<sup>117</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 9.

<sup>118</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem. Ibidem*.

<sup>119</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Família, Entidade Familiar e União de indivíduos do mesmo sexo*. p. 118

<sup>120</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Idem*. p. 119-120.

<sup>121</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 154.

<sup>122</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Família, Entidade Familiar e União de indivíduos do mesmo sexo*. p. 121.

necessidade de intervenção estatal na economia, e, portanto, na esfera privada dos cidadãos.<sup>123</sup>

Essa necessidade decorreu da conclusão de que a liberdade – e não intervenção do Estado na economia – se traduziu na “lei do mais forte”<sup>124</sup>. Assim, as constituições deram espaço a temas que normalmente eram tidos como pertencentes à esfera privada, anunciando, conforme explica Ana Carla Harmatiuk MATOS, a privatização do Direito Público.<sup>125</sup>

No Brasil, o ingresso cada vez mais visível do Estado na regulação da economia teve início a partir dos anos 20, mas só teve sua expressão em âmbito constitucional em 1934. Esse fenômeno transformou o papel do Código Civil de um sistema fechado e supostamente completo para um centro normativo que cedeu também espaço a uma produção de legislações esparsas.<sup>126</sup> Além disso, buscou-se, a partir deste período pós-guerra, uma maior tutela das atividades e interesses da pessoa humana e da concretização de um mínimo social, tarefa esta agora vinculada ao Estado.<sup>127</sup>

Aos poucos, começa a cair por terra a dicotomia do Direito Público e Direito Privado, na busca pela construção de uma funcionalização dos institutos, tendo como valor não mais os interesses simplesmente individuais, mais existenciais da pessoa.<sup>128</sup>

Em matéria de Direito de Família, essa mudança também ocorreu, e é assim enunciada por Luiz Edson FACHIN:

O sistema clássico originário do velho Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público (tendo espaço para um Estado forte quando os desiguais e fracos dele necessitam para assegurar seus direitos fundamentais) e do privado (tendo os horizontes abertos para um Estado fraco que permite aos indivíduos e a coletividade a realização pessoal e social de suas aspirações)<sup>129</sup>.

---

<sup>123</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. p.3-4.

<sup>124</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 154.

<sup>125</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Idem. Ibidem*.

<sup>126</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. p. 4

<sup>127</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Família, Entidade Familiar e União de indivíduos do mesmo sexo*. p. 123.

<sup>128</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p.155.

<sup>129</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 309.

Houve uma transição paradigmática do Estado liberal, não interventor, para o Estado social, concretizador dos direitos sociais.

Na medida em que um Estado solidário consolida-se, torna-se, ao menos em tese, agente da tolerância e da inclusão social. Nesse sentido, surge a pertinência com o tema da união homossexual, pois é uma categoria vulnerável, como define o próprio Conselho Nacional de Defesa dos Direitos Humanos no Brasil.<sup>130</sup>

Com a dimensão “publicizada” da família, ou seja, com a leitura Constitucional do Direito de Família – mesmo que este ramo do direito, segundo o professor FACHIN, continue pertencendo ao Direito Privado<sup>131</sup>, torna-se fundamental, a partir dos princípios constitucionais e direitos fundamentais<sup>132</sup> consagrados na Carta, garantir às uniões homossexuais os mesmos efeitos das uniões entre heterossexuais.

Isso porque o Estado solidário e o Direito têm o papel de acolher aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.<sup>133</sup> Como argumenta Ana Luiza Maia NEVARES, se todas as pessoas são igualmente dignas, não pode o Estado escolher quem merecerá a proteção jurídica e de sua família, impondo uma determinada forma de unidade familiar como requisito de proteção. Todas as entidades familiares

---

<sup>130</sup> “No Brasil, o Conselho Nacional de Defesa dos Direitos Humanos atribui especial vulnerabilidade aos homossexuais e, com efeito, o país, não obstante se apresentar como ambiente de liberação dos costumes e de tolerância às mais variadas formas de expressão sexual, é também campeão mundial de assassinatos de homossexuais”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*. p. 90.)

<sup>131</sup> O professor Luiz Edson Fachin argumenta que, caso se queira manter a distinção entre Direito Público e Direito Privado, há de se considerar que o conjunto de princípios e regras que dizem respeito à família ainda se enquadra no Direito Privado, caso se queira manter esta distinção entre Direito Público e Direito Privado.

Outrossim, diante das suas vicissitudes, poder-se-ia sustentar que o Direito de Família fosse ramo quase autônomo, sendo que, neste mesmo horizonte, haveria semicircunferências que pertenceriam ao Direito Público e ao Direito Privado de Família, como por exemplo a adoção do ECA (Direito Público) e a união estável e a união livre, que ao lado das demais situações jurídicas comporiam o Direito Privado de Família. (FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 74-76).

<sup>132</sup> Conforme explica Viviane Girardi, “os direitos de personalidade são correlatos aos direitos fundamentais, mas necessariamente, não se confundem com estes, pois os direitos de personalidade versam sobre a projeção da personalidade humana marcada por um forte conteúdo ético, enquanto os direitos fundamentais, pode-se dizer, entre outras características que lhe são próprias, revestem-se da projeção sóciopolítica de tais direitos”. (GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 55).

<sup>133</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 7.

desempenham a mesma função de promover o desenvolvimento de seus membros, e por isso todas devem ser protegidas.<sup>134</sup>

Além disso, como assevera Roger Raupp RIOS, o estágio do conhecimento humano que hoje compartilhamos – com o avanço das ciências humanas e sociais – impede qualquer juízo discriminatório com base exclusiva no critério da orientação sexual.<sup>135</sup> Ainda que não seja protegida de forma expressa o direito da livre orientação sexual, a nossa Constituição Federal, “quando assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5 da CF/88), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5, X, CF/88), constrói uma base jurídica para a construção do *direito à orientação sexual como direito personalíssimo*”<sup>136</sup>, conforme explica Luiz Edson FACHIN.

É fato que uma legislação específica sobre os efeitos jurídicos das parcerias homossexuais seria desejável, desde que não significasse um *apartheid* entre heterossexuais e homossexuais.<sup>137</sup> Mas nossa legislação não consegue estar lado a lado com as mudanças e demandas de uma sociedade tão dinâmica, conforme já se mencionou no capítulo anterior. Assim, não se pode ignorar o tom jurídico da matéria até que haja legislação dispendo expressamente sobre isso, até porque os princípios constitucionais estão aptos a funcionar como um instrumento de resposta.<sup>138</sup>

Quando a Constituição traz em seu bojo que o Estado assistirá a família (art. 226 caput da CF) e cada pessoa que a integra (art. 226, 8º da CF), torna incontestável a presença do Estado-administração, do Estado-legislador e do Estado-juiz na família, e, ao deslocar o objeto de sua atenção da família para abranger também ao indivíduo<sup>139</sup>, em respeito à dignidade da pessoa, “acaba por ter de proteger o indivíduo de toda e qualquer situação real que viole ou ameace violar os múltiplos direitos decorrentes da personalidade humana, tidos, por isso, como direitos personalíssimos”<sup>140</sup>, inclusive no Direito de Família.

---

<sup>134</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada*. p. 314-315.

<sup>135</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. p. 136.

<sup>136</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 34.

<sup>137</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 168, 181.

<sup>138</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Idem*. p. 168.

<sup>139</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século XX*. p. 105.

<sup>140</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 55.

Certas manifestações do Poder Público já atribuem determinados efeitos jurídicos à família homossexual, como por exemplo, em matéria previdenciária em âmbito federal. A Instrução Normativa nº. 25 de 7 de junho de 2000, estipulou procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro(a) homossexual.<sup>141</sup>

Também deve ser destacado o avanço jurisprudencial no tocante a matéria, que tem dado acolhida a uma interpretação cada vez mais coerente do ordenamento para solução de casos dessa natureza. Vale lembrar que nessas situações de aplicação do Direito ao caso concreto, muitas vezes o intérprete deve declinar a sua pré-concepção para mover-se por argumentos de *razão pública*. Segundo Luís Roberto BARROSO, a “ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e auto-conhecimento no tocante a seus desejos e frustrações”<sup>142</sup>.

Essa razão pública, explica BARROSO, implica na utilização de argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto, ao invés utilizar-se de dogmas religiosos ou ideológicos próprios.<sup>143</sup> A Constituição Federal, para o doutrinador, não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto entre homossexuais. Isso seria o mesmo que declarar que os homossexuais não são merecedores de igual respeito, importância e dignidade.<sup>144</sup>

O Estado de Direito se caracteriza pela preocupação com a garantia e realização dos direitos fundamentais enquanto decisões basilares intocáveis na ordem constitucional.<sup>145</sup> E não deve apenas assegurar o direito de escolha entre várias opções possíveis, mas também atuar positivamente, para que essas opções possam se concretizar.

No caso da família homossexual, imperioso que o Estado passe a materializar o direito desses sujeitos de se relacionarem e exercerem livremente sua sexualidade. Sobretudo, o Estado deve garantir a todos o direito humano à

---

<sup>141</sup> A Instrução nº. 25 de 07/06/2000 foi recentemente revogada pela Instrução Normativa INSS/PRES nº. 45, de 6 de agosto de 2010, que não tratou de forma específica sobre os companheiros homossexuais, mas tutela seus direitos da mesma forma.

<sup>142</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 8.

<sup>143</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem. Ibidem*.

<sup>144</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem*. p. 16.

<sup>145</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. p. 50.

felicidade<sup>146</sup> e ao tratamento isonômico em matéria de efeitos jurídicos, no tema ora em tela, através de práticas jurídicas e políticas legislativas que vedem qualquer forma de discriminação por conta da preferência ou orientação sexual de cada pessoa, que é um direito personalíssimo, como informa Viviane GIRARDI.<sup>147</sup>

Como bem explicita Rosana Amara Girardi FACHIN, citando Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, “de nada adiantará o Estado ser formalmente edificado sob a noção da dignidade da pessoa humana se ele próprio, na prática, não proporciona os meios e as condições para que os cidadãos exerçam o seu direito de serem dignos”<sup>148</sup>. E, enquanto não possuírem as famílias homossexuais a segurança de suas relações familiares protegidas, não se pode dizer que há um tratamento digno conferido a estes sujeitos.

### 2.3. AVANÇOS E RETROCESSOS NO PANORAMA DO ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Como já vimos anteriormente, a presença dos homossexuais no Direito é, em verdade, uma história de ausência.<sup>149</sup> Mas, nos dias de hoje, muitos fatores têm confrontado esta realidade.

Como argumenta Luís Roberto BARROSO, na esfera privada é cada vez maior o número de pessoas que assumem publicamente sua homossexualidade. Por sua vez, no espaço público, as cada vez maiores e mais expressivas passeatas e manifestações em favor da livre orientação sexual têm povoado as ruas de grandes cidades, demonstrando um verdadeiro *front* de batalha contra séculos de opressão.<sup>150</sup>

Segundo Eduardo SANTARELO, especialista em Políticas Públicas LGBT, a última edição da Parada do Orgulho LGBT realizada em São Paulo-SP contou com a presença de três milhões e trezentas mil pessoas, algo incomparável com a primeira edição, realizada em 1997, que contava com a presença de mais ou menos duas mil

---

<sup>146</sup> DIAS, Maria Berenice. *Liberdade sexual e Direitos Humanos*. p. 88.

<sup>147</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 52.

<sup>148</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. p. 145.

<sup>149</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. p.116.

<sup>150</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 4.

pessoas. Além desta, durante o ano de 2010, mais de 160 paradas devem acontecer pelo Brasil, com o apoio do Poder Público.

Essas manifestações todas têm como objetivo, além de buscar maior visibilidade social para a discriminação operada frente à classe homossexual, chamar atenção de toda sociedade para as dificuldades enfrentadas pela comunidade LGBT decorrentes da falta de proteção jurídica às suas parcerias, dentre outros âmbitos do direito que também discriminam a comunidade homoafetiva. Segundo Carlos Alexandre Neves LIMA, que é conselheiro político do Grupo LGBT Arco-Íris do Rio de Janeiro - RJ, mais de setenta e oito direitos são denegados aos homossexuais.

Dentre os direitos que são negados aos homossexuais em matéria de Direito de Família, com exceção daquelas demandas que obtêm procedência pela via Judicial, pode-se citar a título de exemplo, a não-possibilidade de casarem, de terem reconhecida a união estável, de convertê-la em casamento, de adotarem o patronímico do(a) parceiro(a), de somarem suas rendas para alugarem imóvel ou obterem financiamentos e facilidades voltados à família, de obterem pensão alimentícia em caso de separação, de participarem de programas do Estado vinculados à família, de terem garantida a impenhorabilidade de bem de família, de acompanharem suas parceiras no parto, de serem inventariantes do companheiro(a) falecido(a), participarem da sucessão, dentre inúmeros outros direitos que poderiam ser aqui mencionados.<sup>151</sup>

É que no Brasil, em contraposição aos avanços que seriam permitidos em matéria de direitos dos homossexuais, caso fosse feita uma leitura adequada do texto constitucional, os últimos cinquenta têm sido marcados pelos recorrentes discursos contrários à união entre pessoas do mesmo sexo, que alegam, basicamente, que esta espécie de união faz perder o prestígio do casamento, corrompendo a estruturação da família naturalista e sagrada, que estaria encarregada da missão de assegurar a coesão social e a reprodução da espécie.<sup>152</sup>

Como o Congresso Nacional é reflexo da sociedade, este discurso é uma constante também naquele ambiente. Fátima Cleide, senadora eleita pelo PT de Roraima e relatora do projeto (PL nº. 122/2006) que criminaliza a homofobia, de

---

<sup>151</sup> LIMA, Carlos Alexandre Neves. *78 Direitos são negados aos homossexuais!* Disponível em <http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2009/07/450310.shtml>.

<sup>152</sup> MELLO, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. p. 27.

autoria da ex-Deputada Iara Bernardi (PT-SP), afirma com vigor que o Parlamento é demasiadamente homofóbico. Em entrevista concedida para o Jornal *O Dia*, em 13 de setembro de 2009, a senadora afirmou que a proposta de criminalização de atitudes homofóbicas tem enfrentado grande rejeição, principalmente por parte dos parlamentares que compõem a frente Evangélica no Congresso. Para Fátima Cleide, a homofobia é questão cultural que deve ser superada com a educação conjuntamente com a criminalização da homofobia, pois se trata de direitos humanos que são preteridos pelo preconceito presente no meio social.<sup>153</sup>

No Brasil, atualmente, são vários os Projetos de Lei que tratam de alguma forma sobre a união entre pessoas do mesmo sexo. Demonstrando bem este misto de avanços e retrocessos e a divergência de posições no Congresso Nacional, elucidaremos os dois projetos mais recentes sobre o tema, os Projetos de Lei nº. 4.914/2009<sup>154</sup> e o nº. 1.567/2009.

O PL nº. 4.914 de 11 de março de 2009, de autoria dos deputados José Genoíno e co-autores<sup>155</sup>, tem por objeto adicionar ao Código Civil artigo que dispõe serem aplicáveis todas as disposições concernentes ao Direito de Família, com exceção do artigo 1.726 – que dispõe sobre o casamento –, às relações entre pessoas do mesmo sexo, garantidos os direitos e deveres decorrentes. Na justificativa do Projeto de Lei, argumenta-se ser a união entre pessoas do mesmo sexo fato social desprotegido pelo Poder Legislativo, que leva constantemente os sujeitos homossexuais ao Judiciário para verem concretizados seu “direito inalienável de se relacionarem afetivamente”<sup>156</sup>. Argumentam, ainda, que esta suposta omissão legislativa gera profunda perplexidade no tecido social, e que, com a adição deste artigo, estar-se-ia apenas normatizando a “a vasta jurisprudência

---

<sup>153</sup> SAIGG, Mahomed. *O Congresso é muito homofóbico*. Disponível em [http://www.ggb.org.br/fatima\\_cleide\\_congresso%20homofobico.html](http://www.ggb.org.br/fatima_cleide_congresso%20homofobico.html)

<sup>154</sup> O Projeto de Lei n 1.151/95, de autoria da então Deputada Marta Suplicy (PT/SP), disciplinando a ‘união civil’ entre pessoas do mesmo sexo, (expressão substituída pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados por ‘parceria civil registrada’) teve, em 1996, seu teor aprovado pela comissão responsável, que opinou pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação com substitutivo. Não obstante, o projeto não foi reapresentado. O Deputado Roberto Jefferson apresentou um substitutivo ao PL 1151/95 (PL nº. 5252/01 – Pacto de Solidariedade), mas o projeto também não avançou. (PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-modernidade*. p.7-8).

<sup>155</sup> Raquel Teixeira, Manuela D’Ávila, Maria Helena, Celso Russomanno, Ivan Valente, Fernando Gabeira, Arnaldo Faria de Sá, Solange Amaral, Marina Maggessi, Colbert Martins e Paulo Rubem.

<sup>156</sup> PL nº. 4914 de 11 de março de 2009.

acumulada nos Tribunais, que têm entendido a aplicação da analogia e da equidade como a melhor forma de preencher o vácuo legal sobre o tema”<sup>157</sup>.

Por outro lado, o Projeto de Lei nº. 1567 de 5 de maio de 2009, de autoria dos deputados Paes de Lira e Capitão Assunção, visa, ao contrário do acima exposto, garantir que nenhuma união homossexual seja reconhecida como casamento ou entidade familiar. O projeto propõe a alteração do artigo 1521 do Código Civil, com a adição de um parágrafo único, que faz constar expressamente, que “nos termos constitucionais, nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar.”<sup>158</sup>

Os deputados autores deste Projeto de Lei começam a justificativa do projeto alegando não existir, por partes dos autores, a intenção de discriminar ou violar direitos materiais de qualquer pessoa, mas que, com base no Estado Democrático de Direito, deveriam buscar fazer prevalecer a vontade da maioria do povo, ali expressa na forma indireta, através de seus representantes.

Paradoxalmente, utilizam, ao longo da justificativa, conceitos como princípios constitucionais, *cláusulas pétreas*, para argumentar em favor da exclusão dos homossexuais da proteção do Direito de Família. Alegam que o artigo 226 do CC – que consagra o princípio da pluralidade familiar – elege essencialmente o casamento como união originária da família, o que revela um gritante contra-senso interpretativo. Alegam, ainda, que a Constituição Federal mitiga sua laicização ao dispor sobre os efeitos civis do casamento religioso, corroborando a visão da família a partir da religião, o que restaria claro através dos artigos que dispõe sobre o casamento como fruto da união entre homem e mulher, como são exemplos os artigos 1.514<sup>159</sup>, 1.517<sup>160</sup>, 1.565<sup>161</sup> e 1.567<sup>162</sup> da CF.

Por fim, discorrem sobre os valores cristãos, dispondo que a relação entre pessoas do mesmo sexo é condenada pela Bíblia, e que o projeto não seria capaz de obstar direitos de homossexuais, relacionados a pensões, patrimônios e

---

<sup>157</sup> PL nº. 4914 de 11 de março de 2009.

<sup>158</sup> Projeto de Lei nº. 1567 de 5 de maio de 2009.

<sup>159</sup> Artigo 1.514 - O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

<sup>160</sup> Artigo 1.517 - O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

<sup>161</sup> Artigo 1.565 - Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família

<sup>162</sup> Artigo 1.567 - A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

sucessões, já que o Código Civil, em matéria de direito obrigacional, seria o suficiente para situações desta natureza. Saliem que o Projeto, livre de discriminar, apenas aceita a idéia de que ao aprovar o casamento homossexual, negar-se-ia a maneira pela qual todos os homens nascem e atentar-se-ia contra a própria existência da espécie humana.

Importante ressaltar que todos os argumentos elencados no Projeto que pretende negar o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar baseiam-se em juízos individuais ditados por uma concepção religiosa sobre o assunto. Esta concepção, embora seja plenamente legítima no plano dos valores íntimos de qualquer um, não pode dar ensejo a uma discussão jurídica do tema, posto que o Brasil é um Estado laico, em que religião e Direito não se confundem.

Ambos os projetos tramitam apensados ao Projeto de Lei 580/2007, de autoria do então deputado Clodovil Hernandez, que discorre sobre alteração do Código Civil para dispor expressamente a possibilidade de realização de contrato homoafetivo.

Ainda sobre o âmbito do Poder Legislativo, conta João Silvério TREVISAN que, durante a aprovação da nova Constituição Federal de 1988, o Congresso Constituinte vibrou quando se votou pela não inclusão do item que proibiria expressamente a discriminação por orientação sexual. Conforme afirma TREVISAN, a bancada evangélica bateu palmas diante da derrota da chamada “emenda dos viados” ou da “desorientação sexual”<sup>163</sup>. Felizmente, em contraposição a este triste episódio, podemos citar que mais de 80 municípios brasileiros atualmente têm algum tipo de lei que contempla a proteção dos direitos de homossexuais, além de diversas Constituições Estaduais, como as do Mato Grosso, Sergipe e Pará.

Mas enquanto o Poder Legislativo no âmbito federal desenvolve sua percepção sobre os Projetos de Lei que são propostos em favor ou desfavor da proteção expressa da união homoafetiva e demais direitos dos homossexuais, os demais poderes, Executivo e Judiciário, têm representado importante evolução na proteção destes direitos, que embora não estejam dispostos de maneira expressa no ordenamento, existem e devem ser tutelados.

No âmbito do Poder Executivo, podemos citar como iniciativa em favor dos direitos dos homossexuais a criação do Programa Brasil sem Homofobia, lançado

---

<sup>163</sup> TREVISAN. João Silvério. *Devassos no paraíso*. p. 158.

em 2004 pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH), que dispôs sobre ações governamentais no campo da cultura, educação, segurança pública, direitos humanos e saúde que deveriam ser implementadas para combater a homofobia e a discriminação.

Em matéria de proteção de direitos, inclusive ao Direito de Família, este plano visou, dentre outros, apoiar proposições parlamentares que promovam direitos de homossexuais, editar e publicar compêndios sobre Legislação, decisões judiciais e instruções normativas já em vigor no Estado Brasileiro voltadas ao segmento GLBT e implementar estratégias de sensibilização dos operadores de Direito, assessorias legislativas e gestores de políticas públicas sobre os direitos dos homossexuais.<sup>164</sup>

Outro fato a destacar é a Conferência Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, ocorrida em maio de 2008, por convocação do então presidente da república, em que foi amplamente discutido o tema da homofobia e discriminação. Essa Conferência resultou no lançamento, em 2009, do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT, que substituiu o antigo programa e ampliou o seu número de ações, envolvendo 18 ministérios e secretarias do governo.<sup>165</sup>

No âmbito do Poder Judiciário, esfera vanguardista do reconhecimento dos direitos homossexuais, tendo em vista o inegável fato da relevância jurídica da união a união estável entre pessoas do mesmo sexo<sup>166</sup>, da qual o Judiciário não poderia eximir-se de apreciação, conforme já se argumentou, muita divergência há na abordagem do tema quando do surgimento do caso concreto.

Observa-se, na jurisprudência brasileira, uma oscilação entre decisões negatórias de efeitos jurídicos até aquelas nas quais os direitos dos homossexuais são garantidos. Segundo Ana Carla Harmatiuk MATOS, os argumentos das decisões variam desde a falta de amparo na legislação, passando pela sustentação de se tratarem as uniões entre pessoas do mesmo sexo de sociedade de fato – tuteladas, portanto, pelo direito obrigacional –, ou pela justificativa da prestação de

---

<sup>164</sup> CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil Sem Homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação conta GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual*. p. 20..

<sup>165</sup> SANTARELO, Eduardo. *Mudanças em arco-íris: evolução da política pública para LGBT*. Disponível em [www.consulex.com.br](http://www.consulex.com.br)

<sup>166</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. p. 92.

serviços<sup>167</sup>, até os casos em que é aplicada a analogia com união estável ou, a partir de uma interpretação principiológica do Código Civil, são tuteladas as uniões entre pessoas do mesmo sexo independentemente do emprego da analogia, tão somente com base na leitura dos valores constantes ao longo de todo o texto constitucional, sendo esta última interpretação, ao que parece, a mais pertinente e menos passível de contestações, conforme se verá em seguida.

---

<sup>167</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 182.

### 3. Capítulo 3 - AS POSSIBILIDADES JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DOS EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Ao longo dos capítulos anteriores, analisou-se a evolução histórica e jurídica do conceito de família, que imprime na contemporaneidade a visão eudemonista (decorrente do afeto e solidariedade) e instrumental da unidade familiar. Também foram feitas ponderações acerca da homossexualidade como fato presente na sociedade, através de dados estatísticos e históricos sobre o tema e sobre o papel do Estado como protetor da dignidade das categorias vulneráveis, dentre elas a dos homossexuais.

A partir de agora, este trabalho abordará as possibilidades do reconhecimento da união homossexual no panorama atual no âmbito do Poder Judiciário, já que os efeitos desse reconhecimento importam em uma garantia imprescindível à segurança jurídica<sup>168</sup> e à qualidade de vida dos homossexuais e de todos aqueles que os circundam.

Como bem assevera Gustavo TEPEDINO, a Constituição Federal de 1988 exprime uma nova tábua de valores ao ordenamento jurídico pátrio<sup>169</sup>. Precisamente no campo do Direito de Família, a Constituição Federal, em especial nos arts. 226 a 230, operou um deslocamento da conceituação da família instituição, unidade de produção e reprodução dos valores da sociedade, para um espaço de desenvolvimento do prazer e dignidade de seus membros, de caráter instrumental.

Tal afirmação torna-se inconteste quando, por exemplo, verifica-se que a Carta passou a proteger entidades familiares não fundadas no casamento, (art. 226, 3) e as famílias monoparentais (art. 226, 4), a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (art. 226, 5); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independentemente de culpa (art. 226, 6); o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (226, 7) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (art. 226, 8)<sup>170</sup>.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> “O princípio da segurança jurídica, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos”. (BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*).

<sup>169</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. p. 49.

<sup>170</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Através dos diversos princípios constitucionais – dos quais alguns oportunamente serão esmiuçados – conclui-se que todos devem ter garantido o direito de praticar atos básicos da vida, sem os quais a felicidade torna-se meta distante, quase inatingível. O direito ao afeto, por exemplo, é um direito que não pode ser negado a ninguém<sup>172</sup>, tampouco pode ser protegido e concedido mediante preenchimento de formas e modelos pré-definidos, pois independentemente de qualquer outra qualificação, a todos os sujeitos de direito é garantido o direito ao afeto.

Nesse caminho pela busca pela afetividade e plena realização da personalidade humana, o princípio contemporâneo da pluralidade familiar, inaugurado pela Carta de 1988, torna-se um dos pilares de construção da tutela da união entre pessoas do mesmo sexo.<sup>173</sup> No decorrer deste capítulo, analisar-se-á melhor esse princípio, que não deve ser apreendido como uma diversidade de possibilidades dentre as taxativamente apresentadas pelo sistema legal, interpretação restritiva que é totalmente incoerente com uma interpretação principiológica do ordenamento jurídico contemporâneo.

Como tivemos oportunidade de observar no capítulo antecedente, a Constituição Federal impõe ao Estado o dever de atuar ativamente para que todos sejam livres, dignos e iguais, e tenham o direito de constituir uma família, independentemente da orientação sexual.

A Constituição Federal é refratária a todas as formas de preconceito e discriminação e, como bem assevera BARROSO, “neste binômio estão abrangidos o

---

[...]

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

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

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

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

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

<sup>171</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. p. 49.

<sup>172</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *A tutela constitucional do afeto*. p. 882.

<sup>173</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 163.

menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas”<sup>174</sup>. Então, contrária é à Constituição Federal a exclusão de um determinado grupo de pessoas da possibilidade de terem sua relação afetiva reconhecida. Trata-se de um vertiginoso desrespeito à sua dignidade intrínseca, como bem expõe Ana Carla H. MATOS.<sup>175</sup> A Constituição Federal de 1988 sepultou “velhos direitos” dotados de preconceito, que já não cabiam na sociedade que se pretendia democrática e igualitária, fazendo brotar novos direitos e novas interpretações para os textos de lei já conhecidos, preenchendo-os de uma nova expressão emancipadora.<sup>176</sup>

Embora a união entre pessoas do mesmo sexo seja um fato desde sempre presente na história da humanidade, é matéria recente no mundo jurídico e muita divergência ainda há no entendimento da melhor abordagem do tema. Neste trabalho, analisaremos duas correntes que, embora diversas, defendem a possibilidade de reconhecimento efeitos jurídicos aos parceiros homossexuais: a interpretação analógica e a interpretação principiológica.

Antes, porém, de adentrarmos na discussão sobre cada uma dessas correntes, faremos uma breve explanação sobre o problema da literalidade do artigo 226 da Constituição Federal, que poderia servir de dúvida ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.1. A CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 226 DA CF

São várias as críticas sobre o reconhecimento da união homossexual. Em geral, os argumentos contrários se sustentam em razões de ordem moral e religiosa, que não devem ser absorvidos no debate jurídico sobre o tema, porque eivados de uma subjetividade que macula a razão pública de um Estado laico, fato já abordado no capítulo anterior.

Deixando de lado os argumentos morais e religiosos contrários à união homossexual, há, atualmente, um argumento contrário à família homossexual de cunho jurídico-interpretativo que merece ser analisado. Trata-se da interpretação

---

<sup>174</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 17.

<sup>175</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p.150.

<sup>176</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 48.

literal do artigo 226 do Texto Constitucional, artigo este que se encontra redigido da seguinte maneira:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

**§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.**

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

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

A maioria dos argumentos jurídicos contrários ao reconhecimento da família homossexual sustenta-se na idéia de que, em respeito à literalidade do texto constitucional, qualquer outra entidade familiar a que se pretenda atribuir efeitos jurídicos deveria ser integralizada ao texto da CF via emenda constitucional.<sup>177</sup> Esta, aliás, é a interpretação dominante do artigo 226 da Constituição entre os civilistas, no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares expressos no artigo 226 da CF: casamento, união estável e família monoparental, pois configurariam *numerus clausus*.<sup>178</sup>

Além disso, os doutrinadores contrários à união homoafetiva argumentam que o texto constitucional, no parágrafo 3º do artigo analisado, expõe expressamente tratar-se a união estável de união entre homem e mulher, o que excluiria qualquer dúvida a respeito da extensão ou não da união estável aos parceiros homossexuais.

Ocorre que, para que se promova uma interpretação satisfatória das normas, faz-se imprescindível vislumbrar o sistema no qual elas estão inseridas, de

---

<sup>177</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*. p. 104.

<sup>178</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 92.

forma que qualquer norma não seja em si interpretada, mas sim em consonância com todo o sistema a que pertence.<sup>179</sup>

Antes de enfrentar a controvérsia ora exposta – sobre a interpretação do artigo 226 da CF -, é necessário que seja frisado que o Direito não é um dado positivado nas leis, mas algo que se constrói no cotidiano da sociedade, algo muito maior do que a produção jurídica estatal.<sup>180</sup> Isso quer dizer que não se trata de dizer o que é ou não o Direito através das normas, mas sim de conformar a realidade ao mundo jurídico, pois sem esta aproximação com a realidade concreta opera-se, em nome de um formalismo descabido, um vácuo sem tamanho entre a justiça e o Direito, e um sem número de excluídos.<sup>181</sup>

As dificuldades e resistências a esta realidade provocam um *fosso abissal* entre o mundo real e seu espelho jurídico, o que deve ceder espaço a uma forma mais ampliada de compreensão das relações sociais apreendidas pelo Direito.<sup>182</sup>

Pois bem. Neste trabalho foi analisado e comprovado através de dados o fato de que a homossexualidade é uma realidade presente na sociedade, e que a orientação sexual trata-se de um direito personalístico do sujeito de direito, sendo a realização plena da sexualidade um fator necessariamente determinante para a sua realização pessoal de qualquer indivíduo, homossexual ou heterossexual.

Também se viu que é ínsito a cada um o direito de realizar sua aspiração de ter uma família, mesmo que não estruturada de acordo com o padrão dominante, já que hoje em dia ela é considerada um instrumento e núcleo de desenvolvimento pessoal. Sob esta configuração de meio para um fim, não pode o Estado exigir a forma como cada um deve compor seu núcleo de desenvolvimento e intimidade, pois a família deve ser protegida não como instituição *per se*, mas como *locus* desenhado por cada sujeito de direito.<sup>183</sup>

Em vista dessa pluralidade familiar consagrada na Carta Magna, não deve haver no âmbito jurídico regras únicas, modelos únicos ou preferenciais para a

---

<sup>179</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Família, Entidade Familiar e União de indivíduos do mesmo sexo*. p. 161.

<sup>180</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família Constitucionalizada e pluralismo jurídico*. p. 64.

<sup>181</sup> Como bem elucida o professor Luiz Edson Fachin, citando Henrique Nelson Calamandra “não pode a justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo, para deixar de dizer o direito”. (FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 36)

<sup>182</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Idem*. p. 124.

<sup>183</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. p. 68.

realização da orientação sexual e do afeto que desapontem o direito de composição de uma família com um modelo diverso do convencional.<sup>184</sup>

A superação do preconceito deve ter como norte a necessidade da plena realização personalística da afetividade e o devido atendimento à dignidade da pessoa humana, seja qual for o espaço íntimo construído para atender a esses fins, desde que lícito.

E é por isso que a interpretação literal do artigo 226 da CF não deve prosperar. Isso porque, como bem assevera Ana Carla Harmatiuk MATOS, caso a pluralidade de entidades familiares fosse entendida como a alteridade dos três modelos definidos no texto constitucional, repetir-se-ia uma exclusão injusta já ocorrida em tempos anteriores, quando tão somente era reconhecida a família provinda do casamento.<sup>185</sup> Seguramente, não é isso que pretende nossa Constituição Cidadã.

Comunga desta opinião Sérgio Resende de BARROS, que acredita que o artigo 226 da CF não é exaustivo, e por isso nada impede que a legislação infraconstitucional, a doutrina e a jurisprudência reconheçam outras categorias de famílias geradas pelo afeto, como a homossexual, a solidária e a anaparental<sup>186</sup>.<sup>187</sup> O constituinte, diversamente do que alguns autores pregam, não exercitou um *silêncio eloqüente*<sup>188</sup>, excluindo as demais hipóteses de unidade familiar presentes na realidade de tutela jurídica. Ao contrário, deixou o tema aberto à evolução dos costumes e da sociedade<sup>189</sup>, o que, aliás, é espaço imprescindível para que a Constituição se comunique e acompanhe a realidade, e não seja mera folha de papel.

Tal interpretação se coaduna com o fato de não ser mais a família o centro da tutela jurídica, mas o indivíduo que a compõe, como sujeito de direito. O próprio artigo 226, no seu parágrafo 8º, prescreve que o “o Estado assegurará a assistência

---

<sup>184</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 107.

<sup>185</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 159.

<sup>186</sup> A família anaparental é a que persiste entre os descendentes privados de ambos os pais.

<sup>187</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *A tutela constitucional do afeto*. p. 887.

<sup>188</sup> “Segundo o ex-Ministro Moreira Alves (RE n 130.555-SP), silêncio eloqüente é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia” . (PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-modernidade*. p. 37).

<sup>189</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 33.

à família na pessoa de cada um dos que a integram [...]”, o que indica que o Estado preocupa-se, no contexto atual, com o indivíduo integrante da família, e não com a instituição propriamente dita<sup>190</sup>, sendo que aquele tem, inclusive, direitos oponíveis contra esta e a todos (*erga omnes*)<sup>191</sup>, conforme já debatido nos capítulos anteriores.

Vale também destacar alguns outros pontos que, ao lado da interpretação restritiva do artigo 226 da CF, também são invocados como impeditivos do reconhecimento da família advinda da união homossexual: a violação da normalidade moral e a impossibilidade de procriação.<sup>192</sup>

Quanto à violação da normalidade moral, importante termos em vista o fato de que, em épocas e espaços distintos já foram ou são normais a tortura, a escravidão, a mutilação. Assim explicita Luís Roberto BARROSO, segundo o qual a discussão em si da moral sobre o tema diz mais respeito à imposição de uma moral dominante à minoria, o que não é compatível com uma sociedade que se diz democrática e pluralista.<sup>193</sup>

Quanto à impossibilidade de procriação, não se trata de uma justificativa razoável, por motivos já expostos no Capítulo 1 do presente trabalho. É que com a evolução da ciência, houve um desligamento inegável no trinômio sexo-procriação-casamento, o que se ilustra facilmente com a realidade da reprodução humana assistida, produção independente etc. O próprio constituinte, ao enumerar expressamente a família monoparental – que, em tese, não tem capacidade procriativa no estágio em que se encontra – desligou-se do pressuposto da possibilidade de procriação para considerá-la uma entidade familiar.

Ademais, a impossibilidade de reprodução trata-se de uma realidade específica da espécie de núcleo familiar homossexual, de forma que não pode o Direito excluir vários sujeitos da tutela jurídica pelo fato de não procriarem.<sup>194</sup> Se assim o fosse, qualquer heterossexual que não desejasse ou não pudesse por razões físicas procriar, deveria também ser excluído da proteção jurídica, e não ter sua eventual família reconhecida.

---

<sup>190</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Família, Entidade Familiar e União de indivíduos do mesmo sexo*. p. 155.

<sup>191</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 102.

<sup>192</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 33.

<sup>193</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem*. p. 21.

<sup>194</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 29.

A imposição do requisito da heterossexualidade não quer dizer que quando vínculo semelhante se estabeleça entre homossexuais tal situação deva ser excluída da proteção jurídica, mas tão somente que a união estável tem essa configuração. Quanto à referência a homem e mulher como componentes da união estável presente no artigo 226 da Constituição Federal, tal assertiva não traduz uma proibição da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Segundo BARROSO, extrair desse preceito esta conclusão seria “desvirtuar a sua natureza de norma de *inclusão*”<sup>195</sup>.

É que a norma constante no artigo 226 da CF, como acima mencionado, tem natureza de norma de inclusão. Nas palavras de Paulo Luiz Netto LÔBO, “se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum de todas as entidades, a afetividade, necessário para a realização pessoas de seus integrantes”<sup>196</sup>.

Conforme Maria Celina Bodin de MORAIS, neste caso tem valor jurídico superior o princípio da não-discriminação (art. 3, IV da CF) e principalmente o objetivo fundamental de construção de uma sociedade “livre, justa e solidária”, constante no artigo 3, I da CF.<sup>197</sup>

Além disso, o fato de o artigo referir-se a tipos determinados em seus parágrafos não significa que se restituiu uma exclusão, porque a interpretação de uma norma dessa natureza - de inclusão – não pode suprimir situações e tipos existentes na realidade social, restringindo direitos subjetivos.<sup>198</sup> Do próprio parágrafo 4º do artigo 226 é possível extrair-se essa conclusão, pois é utilizado o termo “também”, no sentido de inclusão.<sup>199</sup>

Assim, podemos concluir que a família, como todo conceito indeterminado, depende de concretização de tipos. Tal fato conduz à tipicidade aberta do artigo 226,

---

<sup>195</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 34.

<sup>196</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 97.

<sup>197</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*. p. 108.

<sup>198</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 94-95.

<sup>199</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Idem. Ibidem*.

que deve ser dotado de ductilidade e adaptabilidade.<sup>200</sup> E tratando-se de uma *norma geral de inclusão*, segundo LÔBO, preenchidos os requisitos da afetividade, estabilidade e ostentabilidade, configurar-se-á, independentemente de qualquer outro requisito, uma entidade familiar.<sup>201</sup>

É importante ressaltar que a concessão dos efeitos jurídicos às uniões homoafetivas não prejudica os demais entes da sociedade, tampouco viola qualquer valor constitucionalmente protegido. Por outro lado, o não reconhecimento destas uniões, gera violação de direitos fundamentais protegidos constitucionalmente – igualdade, dignidade, liberdade, intimidade – princípios que serão mais bem apanhados adiante, como também gera grande insegurança jurídica aos parceiros homoafetivos e a terceiros.

Isso porque nenhuma previsibilidade haveria em temas envolvendo, por exemplo, herança, partilha de bens, assistência recíproca e alimentos, tampouco sobre a responsabilidade por dívidas individuais ou dívidas comuns aos companheiros.<sup>202</sup>

Além dos princípios constitucionais, também vale relacionar os direitos e garantias provenientes de tratados internacionais de que o Brasil faz parte, que ganham força normativa, segundo a Constituição (§§ 2º e 3º do art. 5 da CF)<sup>203</sup>. Servem como caminho para obtenção da argumentação jurídica necessária ao reconhecimento jurídico de efeitos às famílias homossexuais a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 1, 2, 7) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (arts 5, 7, 11, 24)<sup>204</sup>, além da Convenção Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966, quando o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas considerou

---

<sup>200</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 94-95.

<sup>201</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Idem*. p. 91.

<sup>202</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 28-29.

<sup>203</sup> Artigo 5 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>204</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 51-152.

indevida a discriminação por orientação sexual no tocante à criminalização de atos sexuais homossexuais<sup>205</sup>, o que demonstra a tendência protetiva da ONU para com os homossexuais, e reforça a compreensão de que o artigo 226 da CF não pode ser interpretado restritivamente.

Como bem refletiu Ana Carla Harmatiuk MATOS, a Constituição Federal de 1988 pode figurar um verdadeiro “divisor de águas” de um Direito excludente para um Direito emancipador, mas também pode, através da interpretação restritiva, figurar um novo meio de se operar a antiga separação do Direito e do não-Direito. Assim, o intérprete deve estar ciente de seu papel, para, através de uma interpretação que solucione verdadeiramente as demandas da sociedade garantir a efetiva tutela jurídica a todos os sujeitos de direito, em respeito aos direitos fundamentais.<sup>206</sup> O próprio texto constitucional traz expressa essa tarefa, na norma contida no artigo 5, parágrafo primeiro, que dá cogência ao comando da máxima eficácia das normas definidoras dos direitos fundamentais.<sup>207</sup>

Importante, neste sentido, que sejam buscados mecanismos que cerceiem o problema da exclusão da categoria de sujeitos homossexuais da proteção jurídica. Assim, passa-se, a partir de agora, à abordagem das duas linhas principais de interpretação que cumprem esse papel: a interpretação analógica e a interpretação principiológica.

### 3.2. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA

Doutrinadores como Luiz Edson FACHIN, Maria Berenice DIAS e Ana Paula Ariston Barion PERES<sup>208</sup> acreditam haver uma lacuna normativa sobre o ponto da união homoafetiva, visto que não há no ordenamento qualquer regra expressa sobre o tema.

Como o juiz não pode se eximir de proferir decisão quando chamado a intervir (art. 126 do CPC), deve recorrer à integração, técnica jurídica através do qual

---

<sup>205</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. p. 139.

<sup>206</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares. p. 2-6.

<sup>207</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. p. 64.

<sup>208</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-modernidade*. p. 54.

se preenchem as lacunas mediante o recurso a outras normas ou princípios do sistema jurídico<sup>209</sup>, para preencher este vazio.

Isso porque o próprio ordenamento jurídico, prevendo uma eventual omissão, indica o meio de supri-la, através no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe que para estes casos deve-se recorrer ao recurso da analogia, costumes e princípios gerais do direito para sanar incompletudes normativas.

No caso da parceria homoafetiva, a forma adequada de integração da lacuna seria, segundo esses autores, a analogia. E a situação mais aproximada seria a da união estável, pelas características da convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família.

A analogia, segundo Miguel REALE, atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pela analogia, estende-se a um caso não previsto expressamente aquilo que o legislador previu para outro semelhante, havendo identidade de razão jurídica.<sup>210</sup> Seu fundamento está em garantir igualdade de tratamento para situações semelhantes<sup>211</sup>, motivo pelo qual muita cautela deve haver ao aplicar-se a analogia, pois, embora duas espécies jurídicas possam coincidir na maioria das características, podem ao mesmo tempo diferenciarem-se em uma determinada razão alteradora de toda sua configuração jurídica. É preciso ter em mente que a analogia não se trata de um processo lógico-formal, mas de um processo axiológico ou teleológico do sistema normativo, conforme explica Miguel REALE.<sup>212</sup>

Segundo Luís Roberto BARROSO, a analogia pode ser legal (analogia *legis*), ou jurídica (analogia *juris*). A primeira ocorre quando é possível recorrer a uma regra específica para incidir sobre a hipótese não regulada expressamente, e a segunda quando a solução precisa ser buscada no sistema como um todo, pela ausência de qualquer regra diretamente pertinente.<sup>213</sup>

O caso na união homoafetiva estaria enquadrado na espécie de analogia *legis*, pois, admitida a analogia, chegar-se-ia à conclusão de que haveria um tipo de

---

<sup>209</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. p. 99.

<sup>210</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. p. 296.

<sup>211</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. p. 99.

<sup>212</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. p. 297.

<sup>213</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 38.

família – a provinda da união entre parceiros homossexuais – que não teria sido expressamente reconhecido no artigo 226 da CF e no Título IV do Código Civil, que tratam sobre a família.

O reconhecimento da modalidade de unidade familiar homossexual seria corroborado pela presença dos elementos de convergência entre esta e as demais entidades familiares, como a afetividade, assistência mútua, emocional e prática<sup>214</sup>, além da estabilidade e ostentabilidade – qualidades estas que, além da afetividade, foram enumeradas por Paulo LÔBO como imprescindíveis para a configuração de uma entidade familiar.

Os tribunais brasileiros manifestaram-se de forma não unânime sobre o emprego da analogia. Em muitos casos, negam-se efeitos jurídicos às uniões entre pessoas do mesmo sexo com o argumento de que há uma impossibilidade jurídica do pedido. Outros julgadores assentem com a idéia da existência de lacuna, determinando, porém a equiparação da união homossexual não com a união estável, mas com a sociedade de fato – decisão esta muito recorrente nos dias de hoje, mas que não resolve completamente a questão. Vejamos a seguir um exemplo:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO E MEAÇÃO DE BEM. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. DEMANDA QUE OBJETIVA O RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, BEM COMO A DIVISÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLEITO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ANTE A FALTA DE PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO. DIVERSIDADE DE SEXOS COMO UM DOS REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DOS ARTIGOS 226, § 3º, DA CF/88 E 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO CIVIL COMUM. EQUIPARAÇÃO À SOCIEDADE DE FATO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO PARA A DIVISÃO DO BEM COMUM QUE CONDUZEM AO RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DA VARA DE FAMÍLIA ACERCA DAS MATÉRIAS. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL PARA PROCESSAMENTO DO FEITO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSC - AG 339953 - Rel. Marcus Tulio Sartorato - j. 09.02.2010).<sup>215</sup>

É que, em que pese ter sido o emprego da analogia com a sociedade de fato de inegável avanço no campo do reconhecimento jurídico da unidade familiar composta por homossexuais, tal equiparação desvirtua a natureza desta união, e se mostra insuficiente e inadequada em vários aspectos.

---

<sup>214</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem*. p. 37-38.

<sup>215</sup> Acórdão disponível em [http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads\\_jurisprudencia/736.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/736.pdf).

Primeiro porque se desconsidera o caráter afetivo e humano intrínseco na união homoafetiva com a aplicação de normas contratuais do Direito das Obrigações<sup>216</sup>, ato dotado de uma artificialidade que distancia, neste caso, totalmente a abordagem jurídica da realidade de fato.

Segundo, porque, sob esta qualificação de sociedade de fato, a questão processual se desenvolveria perante o Juízo Cível, submetendo as partes à “ordália do ônus probatório”<sup>217</sup>, impondo-se que fosse provado o esforço comum para aquisição do patrimônio, que, em caso negativo, terminaria com uma indenização por serviços prestados – caminho que foi percorrido, antes da Constituição de 1988 pela mulher que era preconceituosamente enquadrada como concubina, conforme ensina o professor Luiz Edson FACHIN.<sup>218</sup>

Um terceiro aspecto negativo do emprego da analogia das normas relativas à sociedade de fato às uniões homossexuais é que essa fórmula reforça uma injustiça contra os homossexuais: o impedimento, promovido pelo próprio mecanismo jurídico empregado, de terem suas entidades familiares reconhecidas.<sup>219</sup>

Como nos ensina Paulo Luiz Netto LÔBO, não há nenhuma necessidade de se degradar a natureza familiar da união homoafetiva para convertê-la em fictícia sociedade de fato, como se um empreendimento lucrativo fosse.<sup>220</sup> Foi um argumento intermediário, que bem serviu, ao lado da indenização por serviços prestados e o princípio do não enriquecimento ilícito<sup>221</sup>, às uniões estáveis não formalizadas e uniões homoafetivas para transição entre uma cultura sexual moralmente civilizatória para uma visão emancipatória do Direito.

---

<sup>216</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Família, Entidade Familiar e União de indivíduos do mesmo sexo*. p. 167.

<sup>217</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. . p. 96.

<sup>218</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Idem. Ibidem*. Ainda, sobre o tema, afirmou Ana Carla H. MATOS que, “observando-se, no Brasil, o caminho percorrido pelas modificações tocantes ao tema, não se pode deixar de constatar sua aproximação àquilo que se passou com a união heterossexual não fundada no matrimônio. Foram consideradas moralmente reprováveis, nomeando-se-as de concubinato. Depois vieram os argumentos de sociedade de fato e prestação de serviços, para, finalmente, ter seu reconhecimento sido expresso na Constituição Federal e em duas leis específicas”. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p.182).

<sup>219</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 39.

<sup>220</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 101.

<sup>221</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *“Novas” entidades familiares*. p. 3.

Sobre essa fase transitória, importante mencionar a pertinência, até certo período, da Súmula 380<sup>222</sup>, construída pela doutrina e jurisprudência em momento anterior à Constituição de 1988 (década de sessenta), responsável por socorrer as uniões estáveis do abandono jurídico. A aplicação desta súmula foi estendida às demais entidades familiares não reconhecidas, em decisões consideradas inovadoras e avançadas, conforme explica LÔBO.<sup>223</sup>

Ocorre que, com o advento da Constituição de 1988, tal equiparação perdeu a razão de ser, pois a Carta inaugurou o princípio da pluralidade familiar, que, aliado aos direitos fundamentais de igualdade, liberdade, intimidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, garantiram a vedação da discriminação pela orientação sexual, conforme melhor se argumentará no subcapítulo próximo.

Dentre aqueles partidários da impossibilidade da aplicação analógica do artigo 226 da CF está Ricardo Pereira LIRA, que acredita ser a diferença de sexos fator imprescindível para composição de um núcleo familiar. Para o doutrinador, a união civil entre pessoas do mesmo sexo é matéria que deve ser solucionada estritamente pelo direito das obrigações.<sup>224</sup>

Do mesmo pensamento comunga Heloisa Helena BARBOZA, que se atém aos termos expressos da Lei Maior – que dispõe somente sobre união entre homem e mulher – para reconhecer ou não uma entidade familiar, devendo ser, segundo a doutrinadora, afastada qualquer cogitação de união estável entre pessoas do mesmo sexo.<sup>225</sup>

Ocorre que esta interpretação não soluciona juridicamente a realidade inegável, que é a composição de núcleos de afetividade compostos por pessoas do mesmo sexo. Conforme expõe Maria Berenice DIAS, se o convívio homoafetivo gera família, e não uma sociedade com fins econômicos, e este convívio não pode ter a forma de casamento, há de ser, necessariamente, união estável. Para a desembargadora, a união estável é um gênero que admite duas espécies: a heteroafetiva e a homoafetiva.<sup>226</sup>

---

<sup>222</sup> Súmula 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.

<sup>223</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 100.

<sup>224</sup> LIRA, Ricardo Pereira. *Breve estudo sobre as entidades familiares*. p. 45-46.

<sup>225</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *O direito de família brasileiro no final do século XX*. p. 111.

<sup>226</sup> DIAS, Maria Berenice. *Liberdade sexual e Direitos Humanos*. p. 87.

Também participa dessa opinião Ana Paula Ariston PERES, para quem o art. 226, §3 da CF<sup>227</sup> deve ser tomado como um norte hermenêutico, que deve ser interpretado – porque versa sobre a proteção dos direitos fundamentais do homem – da forma mais ampla possível, o que significa estendê-lo às uniões homoafetivas.<sup>228</sup>

O professor Luiz Edson FACHIN argumenta ser um equívoco enumerar o pressuposto da diversidade de sexos como pressuposto do casamento. Isso porque a matéria não pode mais ser vista à luz da teoria da inexistência matrimonial, na qual imperam o preconceito e a rigidez.

Felizmente, o Poder Judiciário demonstra cada vez em maior número o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar, tutelando-a, quando do emprego da analogia, a partir da norma constitucional que dispõe sobre a união estável, como é exemplo a recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte sobre o assunto:

Civil e processual civil. Apelações cíveis interpostas por ambas as partes. Preliminar de nulidade da sentença por afronta aos princípios do juiz natural e da identidade física do juiz suscitada pela parte autora-recorrente. Matéria que se confunde com o mérito. Transferência da sua análise para a fase meritória. Mérito. Ação declaratória de reconhecimento e dissolução de união homoafetiva cumulada com partilha de bens. Sentença que reconheceu a união como uma sociedade de fato. Partilha dos bens amealhados na proporção da colaboração de cada uma das partes. Possibilidade de analogia com a união estável como método integrativo. Conjunto probatório suficiente para atestar a existência de união estável entre às partes. Partilha realizada de forma igualitária. Recurso da parte autora conhecido e parcialmente provido. Apelo da parte ré conhecido e desprovido. Sentença reformada. (TJRN – AC 2010.002501-0 Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho, j. 15.07.2010).<sup>229</sup>

Além da interpretação analógica, há autores que defendem que uma interpretação principiológica garante o reconhecimento dos efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo sem a necessidade de qualquer emprego de analogia, pois acreditam tratar-se a família homossexual e a união estável de espécies de unidade familiar distintas, cada qual com suas particularidades, ambas tuteladas pelo sistema jurídico, uma expressamente, outra de forma implícita.

---

<sup>227</sup> 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.

<sup>228</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-modernidade*. p. 61.

<sup>229</sup> Acórdão disponível em [http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads\\_jurisprudencia/7.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/7.pdf).

Através dos princípios da dignidade, da liberdade e da igualdade, além de outros como a intimidade e a segurança jurídica, a família homossexual estaria protegida juridicamente de forma direta, sem a necessidade de uma legislação específica sobre o assunto ou emprego de mecanismos de integração. É o que abordará a seguir.

### 3.3. INTERPRETAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

Autores como Paulo Luiz Netto LÔBO, Ana Carla Harmatiuk MATOS, Maria Celina Bodin de MORAES, Luís Roberto BARROSO acreditam que não é necessário haver, para o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo, uma analogia com a união estável. É que as uniões homossexuais, para esses autores, já estão constitucionalmente protegidas através dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal, sendo a equiparação entre esta e a união estável dispensável.

Também porque, embora haja uma natural tendência de aproximação no tratamento entre a união homoafetiva e a união estável – ambos exemplos de entidade familiar<sup>230</sup> -, segundo Paulo LÔBO, estas famílias possuem naturezas completamente distintas, posto que a união estável seria somente admissível quando constituída por homem e mulher, conforme o parágrafo 3º do artigo 226 da CF.<sup>231</sup>

Sobre o tema, Maria Celina Bodin de MORAES é categórica ao sustentar que devem ser admitidas outras formas de entidades familiares para além das expressamente contidas na Carta, por conta da vedação de qualquer espécie de discriminação, bem como do princípio fundamental da dignidade da pessoa, consagrado na nossa Constituição.<sup>232</sup>

Isso porque o tema da união homoafetiva e seus aspectos jurídicos deve ser interpretado, sem perder de vista o dispositivo da Constituição brasileira que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação

---

<sup>230</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 148.

<sup>231</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 105.

<sup>232</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-modernidade*. p. 61-62

imediatamente”, dispositivo que, segundo Ingo Wolfgang SARLET, tem lugar de honra na tarefa hermenêutica.<sup>233</sup>

Como bem elucida Ana Carla H. MATOS, em nosso país, há um sistema de Constituição rígida, o qual abrange uma hierarquia piramidal de todo o sistema legislativo, tendo como topo a Carta Magna. Os valores personalísticos instituídos no texto constitucional formam um núcleo axiológico de toda a ordem jurídica.<sup>234</sup>

Para o presente estudo interessa-nos os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III da CF), o princípio da não discriminação (art. 3, IV da CF), o princípio da igualdade (artigo 5º, *caput* da CF), da liberdade (artigo 5º, *caput* e inciso III da CF), da intimidade e da vida privada (artigo 5º, inciso X da CF), sendo que estes três últimos compõem, segundo Luiz Edson FACHIN, “a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana”<sup>235</sup>.

Para FACHIN, o direito personalíssimo à orientação sexual implica no afastamento da estigmatização das pessoas pelo quesito da homossexualidade ou heterossexualidade.<sup>236</sup> E, por mais que o direito à orientação sexual não esteja expresso na Carta Magna, ele existe, tendo em vista que os princípios constitucionais “desbordam das regras e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz”<sup>237</sup>.

Embora a Constituição Federal não tenha abarcado a entidade familiar homossexual de forma expressa, é bem verdade que o seu não reconhecimento implica na não concretização dos princípios constitucionais – que são normas vinculantes<sup>238</sup> – e na não aplicação dos direitos fundamentais, que têm, segundo a própria Constituição Federal, através do §1º do artigo 5º, a aplicabilidade imediata<sup>239</sup>.

---

<sup>233</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 207.

<sup>234</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p.163.

<sup>235</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. . p.119-126.

<sup>236</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Idem*. p. 34.

<sup>237</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Idem*. p. 310.

<sup>238</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 77.

<sup>239</sup> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

Além disso, cabe destacar a tendência da interpenetração normativa, por conta da incidência direta da matéria constitucional no direito infra-constitucional, fenômeno hermenêutico a que se deu o nome de constitucionalização do direito civil.<sup>240</sup> Este fenômeno publicizou, até certa medida, a matéria do Direito de Família, que passou a assumir uma natureza de ordem pública, o que implica, segundo Viviane GIRARDI, a possibilidade tanto de tutela dos direitos positivados como da perspectiva de reivindicação e promoção de tais direitos.<sup>241</sup>

A Constituição guarda um significativo número de dispositivos que tratam da regulamentação da família, como assevera Luiz Edson FACHIN. Mas o “valor e o valer”<sup>242</sup> da Carta está muito além do que está nela positivado, acrescenta. Isso porque é imprescindível que se enfatize, no momento interpretativo, a especificidade da norma constitucional, ao considerar que os preceitos constitucionais – sejam normas ou princípios – são muito mais elásticos e indeterminados do que as demais normas do ordenamento jurídico.<sup>243</sup>

Nesse íterim entre a existência real das unidades familiares homossexuais e a ausência de legislação expressa dirigida ao assunto, cabe à jurisprudência a composição do que o legislador ainda levará um tempo para sistematizar.<sup>244</sup>

Feitas estas ponderações, partir-se-á ao o exame mais detalhado de três princípios constitucionais que servem de arcabouço jurídico do reconhecimento jurídico da união homoafetiva, ao lado de diversos outros dispositivos que, pela exigüidade deste trabalho, não serão esmiuçados. Serão analisados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade e da liberdade, de extrema importância e validade no embate jurídico sobre o reconhecimento da família homossexual pelo Direito, pelo Estado e pela sociedade.

---

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>240</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 37.

<sup>241</sup> GIRARDI, Viviane. *Idem*. p. 36.

<sup>242</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 88.

<sup>243</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*. p. 106.

<sup>244</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. p. 78.

### 3.3.1. Dignidade da pessoa humana

Segundo José Afonso da SILVA, a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”<sup>245</sup>.

Isso quer dizer que a dignidade da pessoa é um princípio estruturante e conformador de todo o sistema jurídico, sendo parte da organização social e fruto de uma escolha política do país. No capítulo dedicado à família, esse princípio foi reforçado diversas vezes, implícita ou explicitamente, por exemplo, nos artigos 226, §7º, 227 e 230 da CF.<sup>246</sup>

Segundo José Joaquim Gomes CANOTILHO, a Constituição Federal, ao elencar a dignidade como dos fundamentos do Estado no artigo 1º, inciso III da CF<sup>247</sup>, exprimiu a abertura da República à idéia de comunidade constitucional inclusiva, pautada em um *multiculturalismo mundividencial*, reconhecendo o indivíduo como conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual.<sup>248</sup>

Viviane GIRARDI explica que a dignidade da pessoa visa ao tratamento humano igualitário naquilo que é essencial à natureza humana: todos são iguais em dignidade e devem ter suas diferenças e particularidades respeitadas quanto ao desenvolvimento de suas potencialidades e necessidades humana, que podem se manifestar de maneiras infinitas, porque as pessoas têm seus valores íntimos variáveis.<sup>249</sup>

Assim, a dignidade humana confere a cada um o poder de se autodeterminar, possibilitando a escolha de qual maneira que pretende viver, a partir de seus anseios e necessidades pessoais.

O princípio da dignidade, segundo Ana Paula Ariston Barion PERES, possui um duplo aspecto: o material e o moral. O aspecto material diz respeito às condições

---

<sup>245</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 105.

<sup>246</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 101.

<sup>247</sup> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>248</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 219.

<sup>249</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 52.

materiais de subsistência do indivíduo, e o aspecto moral, o que principalmente interessa a este trabalho, diz respeito à integridade da liberdade e dos valores de seu espírito.<sup>250</sup>

Quando há a desequiparação jurídica das famílias homossexuais em relação às demais famílias, o aspecto moral da dignidade resta totalmente frustrado. Isso porque, além do preconceito e discriminação estampados na sociedade, com os quais homossexuais convivem diariamente, o próprio ordenamento jurídico, que deveria servir de mecanismo de proteção de sua dignidade, serve de instrumento utilizado pela opinião estigmatizante e moralista em desfavor dos homossexuais, quando os exclui de proteção jurídica.

Mas a dignidade humana, como bem afirma Rodrigo da Cunha PEREIRA, não é fruto tão somente dos movimentos e discursos políticos e sociais. Também é consequência de um discurso psicanalítico que introduziu e consolidou as noções de sujeito, alteridade e desejo.

Isso porque estes conceitos permitiram a desconstrução de um discurso de imposição de um modelo sexual dominante, que buscou e busca até os dias de hoje submeter determinados sujeitos ao desejo da moral dominante. Para se alcançar a dignidade, é necessário que o sujeito aproprie-se de seu próprio desejo e não se assujeite ao desejo do outro<sup>251</sup>.

Essa idéia mostra-se pertinente para o estudo porque muitas manifestações contrárias à homossexualidade têm como base do discurso um padrão subjetivo de moralidade. Homossexuais não devem manifestar publicamente sua orientação sexual, dizem, porque isso violentaria a paz e tranqüilidade do ambiente dito “normal”, natural, criando constrangimento aos demais, que mesmo plenos de preconceito, são considerados corretos.

Ocorre que, tal posicionamento, assujeita um indivíduo de orientação sexual distinta a limitar sua liberdade para ver o desejo dos demais satisfeitos, o que demonstra uma nítida intenção de submissão, de instrumentalização de certos indivíduos para satisfação de outros. Como expõe Ana Carla Harmatiuk MATOS, “a indignidade enfrentada pelos homossexuais resulta da reprodução de alguns valores

---

<sup>250</sup> PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-modernidade*. p. 54.

<sup>251</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Uma principiologia para o Direito de Família*. p. 848.

expostos como morais, traduzindo discriminações que têm como causa uma característica fundante da pessoa”<sup>252</sup>.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar entre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, impediu a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, seja ela empresa, propriedade ou família.<sup>253</sup> Isso implica dizer que o indivíduo deve buscar a sua realização como membro de um núcleo de afeto, proteção, respeito, independentemente do modelo tipificado, que não pode servir para mutilar sua realização, pois a estrutura institucional – no caso, a família – nada mais é do que um meio para atingir um fim.

Assim, a família funciona como instrumento a serviço da dignidade da pessoa, pessoa que é, independentemente de qualquer outro predicado, merecedora de afeto, abrigo, e tem a garantia – através da Constituição e seus princípios – de possuir um núcleo de proteção e convivência familiar, se assim o desejar. A dignidade identifica esse espaço de integridade a todos os sujeitos de direito.

E se a família é realmente interpretada como um instrumento<sup>254</sup> a serviço da realização pessoal dos sujeitos de direito, não há como recusar tutelar outras formas familiares que, embora não previstas expressamente pelo legislador constituinte, encontram-se identificadas com a mesma *ratio*, mesmos fundamentos e função.<sup>255</sup>

Segundo Luís Roberto BAROSO, dentre as múltiplas possibilidades da idéia de dignidade, também transmite a idéia de que todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e igual reconhecimento.<sup>256</sup>

Assim, é imperativo que haja a admissibilidade de outras entidades familiares para além das expressamente definidas na Constituição, inclusive das

---

<sup>252</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 167.

<sup>253</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. p. 350.

<sup>254</sup> Sobre este caráter instrumental, Ana Luiza Maia Nevares argumenta que, “conjugando-se o personalismo (artigo 1, III da CF) e solidariedade constitucional (artigo 3, I da CF) constata-se o caráter instrumental das comunidades intermediárias”. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada*. p. 107).

<sup>255</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*. p. 106-108.

<sup>256</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 26.

entidades familiares constituídas pela união de pessoas do mesmo sexo.<sup>257</sup> A sexualidade está inserida no campo da subjetividade, representando uma perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade<sup>258</sup>, e a distinção operada entre heterossexuais e homossexuais, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua, nas palavras de BARROSO, a “dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos”<sup>259</sup>.

Por fim, vale mais uma vez destacar que, numa sociedade que se diz democrática e plural, o projeto majoritário de vida não deve significar o único projeto de vida aceitável. Se assim o fosse, o indivíduo seria digno de proteção somente quando se enquadrasse no papel social que lhe é designado pela tradição: “o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos”<sup>260</sup>, idéia que está diametralmente oposta com os objetivos da Carta ao posicionar o princípio da dignidade humana como vértice de todo o ordenamento jurídico.

Sendo ainda pálida e tímida a evolução da efetividade da dignidade, toma importante relevo a atividade do Judiciário, na construção de uma jurisprudência que reconheça plenamente os direitos e reais interesses da família.<sup>261</sup>

### 3.3.2. Igualdade

Um jurista cauteloso com a imprescindível valorização dos direitos fundamentais extraídos dos princípios constitucionais, deve priorizar, necessariamente, a conexão entre dignidade e igualdade<sup>262</sup>.

Roger Raupp RIOS, parafraseando Noberto Bobbio, define a igualdade e a desigualdade como a relação entre pessoas ou objetos de comparação, com relação a alguma ou algumas propriedades pertinentes aos entes que são comparados.<sup>263</sup>

---

<sup>257</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*. p. 108.

<sup>258</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 148.

<sup>259</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 27.

<sup>260</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 27.

<sup>261</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. p. 83.

<sup>262</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 170.

No meio jurídico, a igualdade representa um direito assegurado na maior parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos como um critério para a qualificação da justiça ou injustiça, e, no Brasil, compõe o rol dos princípios constitucionais, elencado na Carta Magna como um dos objetivos fundamentais da República<sup>264</sup>.

Além de estar elencado entre os objetivos da República, o princípio da igualdade é reafirmado em várias disposições do seu texto, como, por exemplo, no preâmbulo<sup>265</sup>, nos princípios regentes das relações internacionais<sup>266</sup>, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, preconizando a igualdade perante a lei, além da inviolabilidade do direito à igualdade<sup>267</sup>, ao dispor a igualdade entre sexos<sup>268</sup>, além dos artigos 7 XXX a XXXII e XXXIV da CF<sup>269</sup>, 201, § 1<sup>270</sup> e 206, I<sup>271</sup> também da CF.

---

<sup>263</sup> BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. p. 12. Citado por RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. p. 25.

<sup>264</sup> Art. 3 - 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.

<sup>265</sup> Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>266</sup> Art. 4 - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

V - igualdade entre os Estados;

<sup>267</sup> Art. 5 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

<sup>268</sup> Art. 5 - [...]:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

<sup>269</sup> Art. 7 - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

<sup>270</sup> Art. 201 - A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

Destes artigos, pode-se perceber que o direito brasileiro reconhece constitucionalmente a igualdade nos seus aspectos formal e material.<sup>272</sup> A igualdade formal – igualdade perante a lei – consiste na igualdade que impede a hierarquização das pessoas, proibindo a instituição legal de privilégios e vantagens não justificadas constitucionalmente; e a igualdade material – igualdade na lei – , que envolve a idéia de justiça distributiva e social: equiparar os sujeitos de direito, para além do direito positivado, no plano real, perante a vida, igualdade esta mais complexa de se implementar.<sup>273</sup>

A igualdade material é fruto de uma insuficiência da igualdade formal verificada historicamente na realidade de fato. É que a igualdade formal<sup>274</sup>, trunfo da Revolução Francesa, consistia apenas em impedir, através do Direito, uma sociedade estratificada, como a do *Ancien Régime*, que acabava de ser superada pela Revolução. Mas a igualdade formal não foi capaz de impedir as desigualdades sociais – como a admissão das perseguições contra judeus e homossexuais ou a desigualdade entre brancos e negros, homens e mulheres – tendo a noção de igualdade de evoluir mediante a proibição de certos critérios de diferenciação, como preconiza o artigo 3, IV, da CF de 1988 .<sup>275</sup> Somente desta maneira uma igualdade concreta seria possível.

Embora exista a proibição de certos critérios de diferenciação, alguns outros critérios de desequiparação podem e devem ser utilizados para obter-se a igualdade material, a fim de sanar a desigualdade de fato, desde que isso seja um meio para materializar os interesses prestigiados na Constituição. Isso porque, segundo Boaventura de Souza SANTOS, as pessoas têm direito de ser iguais quando a

---

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

<sup>271</sup> Art. 206 - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; [...]

<sup>272</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. p. 32.

<sup>273</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 17-18.

<sup>274</sup> “Ocorre que a afirmação da igualdade meramente formal, preconizada no quadro do Estado de Direito formal, corresponde a um princípio de racionalidade universalista que na acrescenta à questão da justiça ou da injustiça das equiparações ou diferenciações. Nada diz respeito de como devem ser tratados os indivíduos com tais ou quais características”. (RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. p. 42).

<sup>275</sup> RIOS, Roger Raupp. *Idem*. p.128.

diferença implica em inferiorização, e o direito de ser diferentes quando a igualdade desnatura suas características essenciais.<sup>276</sup>

São exemplos desses critérios de diferenciação a instituição de cotas e vagas de trabalho para mulheres, negros ou deficientes físicos, que são instituídos com o objetivo de proteger determinados sujeitos para que assim se igualem aos demais em condições de inserção no mercado de trabalho. Além disso, outras situações em que algum critério é essencial para se estabelecer um tratamento diferenciado, pode-se admitir a diferenciação, desde que fundamentada, como por exemplo na distinção de banheiros públicos por motivo de sexo.<sup>277</sup>

Como explica Roger Raupp RIOS, o raciocínio jurídico, ao se deparar com a interpretação do princípio da igualdade, deve sempre partir da máxima da igualdade como tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais *na proporção de sua desigualdade*.<sup>278</sup> E a igualdade na diferença relaciona-se, essencialmente, com a necessidade de ser respeitada a dignidade da alteridade, da liberdade da diferença<sup>279</sup>, o que implica dizer que são descabidas distinções arbitrárias, desarrazoadas, inadequadas em desfavor daqueles que não se encaixam no modelo padronizado.

Sob esta perspectiva, a tutela do reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo deve ser defendida. Isso porque a distinção com base na orientação sexual está dentre aquelas que não atendem aos objetivos de dignidade e igualdade do texto constitucional, mas revela um juízo de desvalor e exclusão social.

Somente quando existe uma razão suficiente para justificar o tratamento desigual é que ele pode ser operado sem a violação do princípio da igualdade. E a razão suficiente somente existe quando pode ser argumentativamente justificada, racionalmente fundamentada.<sup>280</sup> Além disso, a diferenciação somente é admitida quando expressamente prevista no texto constitucional. Se não há esta

---

<sup>276</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da modernidade*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html>.

<sup>277</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. p. 46.

<sup>278</sup> RIOS, Roger Raupp. *Idem*. p. 22.

<sup>279</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 17.

<sup>280</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. p. 53.

diferenciação na Constituição, o intérprete e o legislador infraconstitucional não podem fazê-lo.<sup>281</sup>

Quando se distingue heterossexuais dos homossexuais, garantindo direitos àqueles e excluindo estes da tutela jurídica, pratica-se um atentado contra a dignidade daqueles que possuem orientação sexual distinta da maioria.<sup>282</sup> Viola-se o princípio da igualdade, pois a orientação sexual não é razão suficiente para tratamento desigual, sendo descabida na racionalidade do sistema jurídico, tampouco é critério de diferenciação determinado pela Constituição, de forma que nem o intérprete nem o legislador podem se utilizar dele para discriminar.

Ao contrário disso, a Constituição, buscando uma igualdade material, inova em matéria de Direito de Família quando reconhece, em seu artigo 266, parágrafos 3 e 4, a pluralidade familiar, aproximando a norma à realidade fática da sociedade.<sup>283</sup>

Sobre o assunto, Viviane GIRARDI ressalta que o reconhecimento dos direitos dos homossexuais está muito mais ligado à busca pela igualdade do que pelo respeito à diferença<sup>284</sup>, pois essa coletividade reivindica, primeiramente, serem reconhecidos como “sujeitos de direitos”, para, em um tempo futuro, possam pleitear, oportunamente, o respeito à diferença.<sup>285</sup>

Assim, a igualdade na lei – ou material – significa um tratamento jurídico não diferenciado para as pessoas, sem a preliminar apreciação da orientação sexual para a concessão ou não de direitos, pois, antes de tudo, todos são igualmente sujeitos de direito.<sup>286</sup>

---

<sup>281</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 99.

<sup>282</sup> “A indagação fundamental, portanto, colocada pela igualdade material reside na determinação da característica a ser levada em conta no juízo de equiparação ou diferenciação, para os fins da instituição de um tratamento jurídico”. (RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 48).

<sup>283</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Família, Entidade Familiar e União de indivíduos do mesmo sexo*. p. 153.

<sup>284</sup> “Entretanto, dentro do paradigma da igualdade, deve-se levar em conta a preservação das diferenças. Não se intenciona um nivelamento sistemático das relações homoafetivas aos modelos já existentes. Guardando as especificidades, almeja-se um sistema paritário que não promova discriminações sob o critério da orientação sexual”. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 171).

<sup>285</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 59.

<sup>286</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 171.

Na Constituição Federal não há proibição expressa de discriminação por motivo de orientação sexual, embora haja proposta de emenda à CF neste sentido<sup>287</sup>. Mas segundo Roger Raupp RIOS, essa ausência de previsão explícita não impede a aplicação do princípio da igualdade formal (artigo 5, *caput* da CF) como proibição geral de diferenciação para o tema.<sup>288</sup>

Para José Afonso da SILVA, a proibição de discriminação por motivo de sexo inclui a hipótese de discriminação por orientação sexual, entendimento este, compartilhado pelas doutrinadoras Ana Carla Harmatiuk MATOS e Ana Paula Ariston Barion PERES<sup>289</sup>. Mas, como explica José Afonso da SILVA, mesmo que se assim não o fosse, quando a Constituição acrescenta a vedação de distinções de qualquer natureza e de qualquer forma de discriminação (artigo 5, *caput* e artigo 3, inciso IV da CF) também abrange o fator orientação sexual, na medida em que sirva de base para desequiparações preconceituosas.<sup>290</sup>

Infelizmente, na nossa sociedade, ainda a heterossexualidade é tida como um padrão legítimo e normal de conduta e a homossexualidade como um desvio de conduta e estigma de identidade marginal.<sup>291</sup> Mas, em fidelidade ao princípio da igualdade formal, exige-se que sejam todos reconhecidos, independentemente de manifestarem um padrão ou não de orientação sexual. Mais do que isso, o aspecto material do princípio da igualdade torna inconstitucional qualquer discriminação preconceituosa que lance mão de juízos mal fundamentados a respeito da homossexualidade.<sup>292</sup>

Como assevera Sérgio Resende de BARROS, a desigualdade oprime, suprime a liberdade.<sup>293</sup> E é sobre a liberdade, direito fundamental que também

---

<sup>287</sup> A proposta de emenda à CF é a de nº. 67/99, do Deputado Federal Marcos Rolim, que aguarda inclusão na pauta.

<sup>288</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. p. 139.

<sup>289</sup> “O fato de a Carta Magna ter expressamente vedado qualquer tipo de discriminação atinente à ‘opção’ sexual, ao erigir como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3, IV). Assim, mister é concluir que a proteção constitucional do direito à sexualidade compreende não só o sexo atribuído no registro de nascimento, mas, também, a orientação ou inclinação sexual do indivíduo, o que significa tutelar as diferentes formas de expressão da sexualidade humana”. (PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-modernidade*. p. 6).

<sup>290</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 323.

<sup>291</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. p. 94.

<sup>292</sup> RIOS, Roger Raupp. *Idem*. p. 136.

<sup>293</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *A tutela constitucional do afeto*. p. 882.

funciona como protetor da união entre pessoas do mesmo sexo, que este trabalho passa a tecer breves considerações.

### 3.3.3. Liberdade

A noção de liberdade para o Direito não é aquela que define a liberdade como ausência de coação. Segundo José Afonso da SILVA, a liberdade consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*. Isso quer dizer que a lei pode limitar a liberdade, desde que de forma consentida por aqueles que têm sua liberdade restringida e de forma coerentemente fundamentada.<sup>294</sup> A restrição da liberdade é necessária na medida em que determinada ação de um sujeito é capaz de prejudicar a liberdade e direitos de outrem ou da sociedade como um todo.

Portanto, a liberdade consiste na possibilidade de coordenação dos meios necessários à realização da felicidade pessoal, nos limites que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.<sup>295</sup> No campo do direito de família, mais precisamente, a liberdade corresponde “na possibilidade de autodeterminação da família, autonomia de escolha na constituição, forma e extinção da entidade familiar”<sup>296</sup>, como aponta Felipe Pastro KLEIN.

O sujeito deve ter liberdade para construir sua família segundo a própria escolha e de acordo com o que melhor lhe pareça conveniente para nela desenvolver sua personalidade.<sup>297</sup> Assim, é imperioso, a partir da leitura dos princípios constitucionais, em especial o da liberdade, que seja respeitada a possibilidade dos homossexuais definirem de que modo devem compor suas famílias. Isso porque é um direito personalíssimo, conforme já vimos anteriormente, a livre manifestação sexual e afetiva. Não pode o direito preterir, discriminar e distinguir dos demais cidadãos o sujeito homossexual<sup>298</sup>, excluindo do rol de proteção jurídica a sua união com outro parceiro e sua família, porque este sujeito, perante o direito protegido pela Constituição Federal, é livre para escolher.

---

<sup>294</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 232.

<sup>295</sup> SILVA, *Idem*. p. 233.

<sup>296</sup> KLEIN, Felipe Pastro. *Família, Entidade Familiar e União de indivíduos do mesmo sexo*. p. 151.

<sup>297</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. p. 94.

<sup>298</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. p. 64.

Mas o Direito não deve servir somente como mero vigia da liberdade. Os atuais princípios constitucionais deram ao ordenamento jurídico uma nova e emancipatória função: a de construir a liberdade.<sup>299</sup> Segundo Ana Carla Harmatiuk MATOS, o direito de hoje deve buscar, a partir dos princípios constitucionais, soluções para as questões latentes – como o tema abordado neste trabalho – aproximando-se das relações sociais.<sup>300</sup>

No espaço de intimidade, as pessoas devem ter a liberdade de expressar sua sexualidade, afetividade e construção familiar de acordo com as diversas orientações, suas necessidades e vontades.<sup>301</sup> Esse espaço íntimo não pode sofrer interferências e invasões externas, porque seria o mesmo que negar a liberdade de desenvolvimento da personalidade desse sujeito.

Mas também, no aspecto da autonomia privada, as pessoas têm liberdade para estabelecerem relações, no ditame de sua perspectiva pessoal.<sup>302</sup> Como argumenta Luís Roberto BARROSO, as restrições à autonomia privada podem ocorrer, desde que justificadas pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia, igualmente tutelador pela ordem jurídica.<sup>303</sup>

No caso da união homoafetiva, especificamente, por se tratar, segundo BARROSO, da dimensão existencial da autonomia privada, apenas razões de especial relevância, como a necessidade de conciliação com outro direito fundamental, poderia ensejar uma eventual limitação para sanar o conflito. No caso do reconhecimento da família homossexual isto não acontece, porque o que se perde em liberdade “não se reverte em favor de qualquer outro princípio constitucional, mas tão somente em favor de um moralismo preconceituoso”.<sup>304</sup>

A homossexualidade não afeta a vida de terceiros por si só. Isso só ocorre caso esses terceiros tenham a pretensão de submeter todos os demais aos seus padrões subjetivos de conduta, o que além de ferir profundamente o direito de liberdade conferido a todos os sujeitos de direito, torna a vida em sociedade impraticável, uma verdadeira guerra entre padrões morais.

---

<sup>299</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. p. 177.

<sup>300</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Idem*. p. 180.

<sup>301</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Idem*. p. 177.

<sup>302</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Idem*. p. 165.

<sup>303</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. p. 24.

<sup>304</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem*. p. 25.

Sobre a interpretação principiológica, que foi rasamente sintetizada neste capítulo, apresenta-se dois exemplos de decisões que caracterizam esta modalidade interpretativa, a primeira proferida pelo TRF da 4ª Região e a segunda pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Servidor público. Relação homoafetiva. Reconhecimento de companheira como beneficiária. A interpretação que vêm sendo consolidada pelos nossos Tribunais defende a ótica de que não se deve ignorar os princípios norteadores da Lei Maior, que consagram a igualdade em seu artigos 3.º, IV e 5.º em detrimento da discriminação preconceituosa. (TRF 4ª, AI 2006.04.00.011594-2-RS, rel. Desa. Vânia Hack De Almeida, j. 12.06.2006).<sup>305</sup>

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. A Constituição da República, especificamente em seu art. 226, consagra uma concepção aberta de família, a qual deve ser apurada mediante as peculiaridades de cada caso concreto. Nesse campo, adotando-se uma interpretação sistemática, não se pode olvidar que o conceito de família expresso na Constituição encontra-se atrelado aos direitos e garantias fundamentais e, claro, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, afigura-se inconcebível admitir que a Constituição tenha adotado determinados modelos familiares, em detrimento de outros, com base em determinados aspectos que não propriamente o afeto. Ademais, mormente por ser a concepção de família uma realidade sociológica, que transcende o Direito, não há como a restringir a formas pré-definidas ou modelos fechados, sendo, pois, absolutamente plural. Caracterizada a união estável há de ser concedido o benefício de pensão por morte pleiteado. (TJMG, Proc. nº 100240453158500011, Rel. Maria Elza, j. 03.12.2010).<sup>306</sup>

Esses Acórdãos são apenas uma pequena amostra das decisões que têm realmente defendido uma posição protetiva do Texto Constitucional. Decisões como essas transmitem a festejada idéia do início da sucumbência do *medievo jurídico*<sup>307</sup> - um mundo de um silêncio e opressão - em favor de uma superação de preconceitos e estigmas sociais em relação às famílias homossexuais.

---

<sup>305</sup> Acórdão disponível em [http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads\\_jurisprudencia/33.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/33.pdf).

<sup>306</sup> Acórdão disponível em [http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads\\_jurisprudencia/748.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/748.pdf).

<sup>307</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. p. 124.

## CONCLUSÃO

As conclusões obtidas ao longo do desenvolvimento desta pesquisa estão dispostas de maneira sistematizada, a partir das análises específicas de cada capítulo.

O capítulo 1 desenvolveu uma linha cronológica das mudanças ocorridas no conceito de família no Brasil e sua repercussão no Direito de Família pátrio, mudanças que culminaram na noção contemporânea de família como um núcleo em favor do desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

O capítulo 2 coletou dados da realidade que confirmam que a homossexualidade sempre esteve presente nas sociedades de forma homogênea, independentemente da aprovação ou proteção Estatal. Este capítulo apresentou o conceito atual da homossexualidade, que superou o estigma de doença, sintoma ou opção, e que consiste, na verdade, uma das possíveis variações normais da sexualidade humana.

A partir desses fatos, foi argumentado sobre a imperiosa necessidade de reconhecimento e proteção Estatal às famílias homossexuais, já que o Estado deve ser o provedor de bem estar e inclusão social. Mostrou-se ainda, as evoluções e retrocessos dos Três Poderes: Legislativo – com a apresentação de dois Projetos de Lei, um contrário e outro a favor do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo -, do Executivo – com a implementação das políticas públicas que ainda carecem de maior efetividade -, e do Poder Judiciário, que enfrenta, ainda, a questão do reconhecimento da união homossexual de forma não pacífica.

O capítulo 3 abordou de forma específica o artigo 226 da CF, ressaltando aspectos que embasam a necessidade de operar-se uma interpretação ampla desta norma, a fim de atingir também a família homossexual e outras que também não foram tuteladas expressamente. Este último capítulo também esmiuçou duas correntes que embasam de maneira diferente o reconhecimento da união homossexual pelo Poder Judiciário: a primeira corrente defende a aplicação da analogia com a união estável, pois se trata a família homossexual, segundo este entendimento, de situação que carece de norma específica. A segunda corrente defende que não há a necessidade da utilização da técnica da analogia para a concessão de efeitos jurídicos à união homoafetiva, pois a leitura principiológica da

questão, baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, dentre outros, protege juridicamente a família homossexual.

É importante salientar, ao final desse estudo, que considerar uma relação homossexual um núcleo familiar não significa a decadência da família. Pelo contrário. A família continuará a existir, e hoje toma contornos mais amplos, está mais viva do que nunca.

Conforme argumenta César FIÚZA, a grande verdade é que em se tratando de Direito de Família não há verdades. Segundo o doutrinador, o que há, são casos concretos, que devem merecer igual tutela jurídica, sob a mesma proteção dos valores consagrados na Constituição Federal.<sup>308</sup>

É fato, como restou demonstrado ao longo deste trabalho, que cada pessoa tem o direito de buscar o seu objetivo e ideal de vida, o que é inclusive tutelado pela Constituição Federal, que centralizou todo o ordenamento na pessoa humana, através dos direitos e garantias fundamentais. E a felicidade também é composta da liberdade do sujeito em escolher como pretende desenvolver a sua vida em conjunto com outra pessoa, sem ter de conviver com uma injusta discriminação, caso tenha a orientação sexual homossexual.

Cabe a todos nós o reaprendizado do significado de projeto de vida em comum.<sup>309</sup> O bem estar da comunidade homossexual depende desta evolução de toda a sociedade, e o Direito, através do reconhecimento da família homossexual, torna-se um forte aliado do ideal de Justiça e superação de preconceitos.

---

<sup>308</sup> FIÚZA, César. *Diretrizes hermenêuticas do Direito de Família*. p. 237.

<sup>309</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. p. 124.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales* (traducción Ernesto Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Ver e ampl. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

ANDRÉ, André Luiz Pedro. As ordenações e o direito privado brasileiro e sua evolução histórica. In. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Campos*. Disponível em [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18254/As\\_Ordena%C3%B5es\\_e\\_o\\_Direito\\_Privado\\_Brasileiro.pdf?sequence=](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18254/As_Ordena%C3%B5es_e_o_Direito_Privado_Brasileiro.pdf?sequence=).

BARBOZA, Heloisa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. In BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais\\_171109.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação *Brasil Sem Homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e Direitos Humanos. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e cidadania e o novo CCB e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. *União homossexual: O preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

\_\_\_\_\_. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Família, Direitos e uma nova Cidadania. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e cidadania e o novo CCB e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Renovar, 2001.

FIÚZA, César. Diretrizes hermenêuticas do Direito de Família. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo - Uma espécie de família*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Editora Progresso, 1958.

KLEIN, Felipe Pastro. Família, Entidade Familiar e União de indivíduos do mesmo sexo. In ARONNE, Ricardo (org.). *Estudos de Direito Civil – Constitucional volume 2*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LIMA, Carlos Alexandre Neves. *78 Direitos são negados aos homossexuais!* Disponível em <http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2009/07/450310.shtml>.

LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e cidadania e o novo CCB e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LOMANDO, Eduardo; WAGNER, Adriana. Reflexões sobre termos e conceitos das relações entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em [www.direitohomoafetivo.com.br /.../reflexes\\_sobre\\_termos\\_e\\_conceitos....pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/.../reflexes_sobre_termos_e_conceitos....pdf).

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares, in \_\_\_\_\_. (org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*, p.. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (dir.). *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Ano 1, vol. 1, janeiro a março de 2000. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (organizadores). *“Diálogos sobre o Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea”*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família: direito matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1990.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito, Amor e Sexualidade. In \_\_\_\_\_ (org.). *A família na travessia do milênio: anais do II congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. Uma principiologia para o Direito de Família. In \_\_\_\_\_ (org.). *“Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família”*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da Família na Pós-modernidade*. São Paulo: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2002.

PERROT, Michele. O nó e o ninho. In *Reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Família Constitucionalizada e pluralismo jurídico. In \_\_\_\_\_ (org.). *A família na travessia do milênio: anais do II congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Irineu Ramos. *A TV no armário: a identidade gay nos programas e telejornais brasileiros*. São Paulo: GLS, 2010.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação sexual: A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SAIGG, Mahomed. *O Congresso é muito homofóbico* - Jornal O Dia. Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br/EntrevistaView.php?idEntrevista=1>.

SANTARELO, Eduardo. *Mudanças em arco-íris: evolução da política pública para LGBT*. Disponível em [www.consulex.com.br](http://www.consulex.com.br)

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de família e do menor: inovações e tendências*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_, O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In TEPEDINO, Gustavo (coordenador). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso*. São Paulo/Rio de Janeiro: Editora Record, 2000.

VILLELA, João Baptista. Família Hoje (entrevista realizada por Leonardo de Andrade Mattietto). In BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos Psicológicos da Atividade Jurídica*. Campinas: Millennium Editora, 2002.