

Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações ...

Autor(a): Luís Roberto Barroso

Publicado em: 13 de junho de 2007

Publicação: migalhas_import

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/luis-roberto-barroso/diferentes-mas-iguais-o-reconhecimento-juridico-das-relacoes-2>

Fonte original: <https://www.migalhas.com.br/depeso/40507/diferentes--mas-iguais--o-reconhecimento-juridico-das-relacoes-homoafetivas-no-brasil>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/luis-roberto-barroso/diferentes-mas-iguais-o-reconhecimento-juridico-das-relacoes-2#ep-f5d10990

Resumo

Por Luís Roberto Barroso. Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como ...

Texto integral

Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil 1 Luís Roberto Barroso* I. Apresentação do problema Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente suas relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema. No direito positivo brasileiro, inexistente regra específica sobre a matéria. A Constituição de 1988 (clique aqui), que procurou organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual. Como consequência natural, também não faz menção às uniões homoafetivas. Faz referência, no entanto, às uniões heterossexuais, reconhecendo como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher 2 . O Código Civil (clique aqui), por sua vez, ao disciplinar o tema da união estável, seguiu a mesma linha 3 . Diante da ausência de disciplina própria para essas questões, impõem-se algumas indagações e linhas de investigação, dentre as quais: a) a Constituição considera legítima a discriminação das pessoas em função de sua orientação sexual? b) a referência feita à união estável entre homem e mulher significa uma proibição da extensão de tal regime jurídico às uniões homoafetivas? c) inexistindo a vedação constitucional referida na alínea anterior, cumpre determinar, ainda assim, qual regime jurídico deve ser aplicado às uniões homoafetivas: (i) o das sociedades de fato; ou (ii) o da união estável. O presente estudo desenvolve uma tese central e uma tese acessória. A tese principal é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A tese acessória é a de que, ainda quando não fosse uma imposição do texto constitucional,

a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo. II. A progressiva superação do preconceito Na década de 70, nos Estados Unidos, um soldado que havia sido condecorado por bravura na Guerra do Vietnã escreveu ao Secretário da Força Aérea declinando sua condição de homossexual. Foi imediatamente expulso da corporação, com desonra. Ao comentar o episódio, o militar produziu uma frase antológica: “Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro” 4 . Na década de 90, no Brasil, quando se debatia a questão das relações homoafetivas, uma elevada autoridade religiosa declarou: “Os cachorros que me desculpem, mas o projeto de casamento gay é uma cachorrada” 5 . Vem de longe essa visão depreciativa. Antiguidade, medievo, iluminismo, modernidade: em épocas sucessivas da evolução do pensamento humano, a condição homossexual foi tratada com intolerância, truculência e desprezo. Os tempos, no entanto, estão mudando. Progressivamente, as relações homoafetivas vêm conquistando aceitação e respeito. Na esfera privada, é crescente o número de pessoas que assumem publicamente e sem temor a sua orientação homossexual. No espaço público, concorridas passeatas e manifestações, em diferentes capitais do país, simbolizam a vitória pessoal de homens e mulheres que derrotaram séculos de opressão para poderem ostentar sua identidade sexual, desfrutar seus afetos e buscar a própria felicidade. É certo que ainda ocorrem manifestações ocasionais de homofobia, inclusive com o emprego de violência. Mas já não contam com a cumplicidade silenciosa da opinião pública. Aos poucos se consolida uma cultura capaz de aceitar e de apreciar a diversidade. Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. A despeito da ausência de normatização expressa, a postura do Estado em relação ao assunto tem sido de crescente reconhecimento. Certas manifestações do Poder Público já atribuem às uniões entre pessoas do mesmo sexo, para determinados fins 6 , status semelhante ao das uniões entre homem e mulher. Não se pode dizer, contudo, que esta seja uma posição dominante ou incontroversa. Pelo contrário, um lance de olhos pela jurisprudência dos diversos tribunais revela a existência de pronunciamentos judiciais divergentes sobre o tema. A título de exemplo, confirmam-se duas decisões recentes, uma em cada sentido: “Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas” 7 . “Apelação Cível. Ação declaratória. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença mantida. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida; Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, §3º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher; revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo” 8 . As uniões estáveis heterossexuais também percorreram caminhos feitos de idas e vindas, acolhimentos e rejeições. Com a Constituição de 1988, no entanto, obtiveram reconhecimento institucional pleno, passando a ser caracterizadas como verdadeiras entidades familiares. Na

presente investigação sustenta-se a tese de que o mesmo regime deve ser reconhecido às uniões entre pessoas do mesmo sexo, seja por aplicação direta dos princípios constitucionais, seja por integração de lacuna legal existente. Parte I PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA E PANORAMA DO DIREITO COMPARADO III. Orientação sexual, relações homoafetivas e o papel do Direito e do Estado A interpretação constitucional, como a interpretação jurídica em geral, não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de pré-compreensão ⁹. É hoje pacífico que o papel do intérprete não é – porque não pode ser – apenas o de descobrir e revelar a solução que estaria abstratamente contida na norma. Diversamente, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, a ele caberá fazer, com frequência, valorações in concreto e escolhas fundamentadas. Porque assim é, há um dever ético do intérprete de declinar a sua pré-concepção a propósito da matéria que está sendo interpretada, o que significa dizer, explicitar o seu ponto de observação e os valores e fatores que influenciam sua argumentação ¹⁰. Tal atitude de honestidade intelectual e transparência permite a compreensão correta da fundamentação adotada, bem como o controle e a crítica do processo interpretativo. Nessa linha, cabe declinar, ao início, que o presente estudo se funda nas seguintes visões de mundo: a) a homossexualidade é um fato da vida; b) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um; c) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais; d) o papel do Estado e do Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância. Não há consenso acerca das razões que determinam a orientação sexual dos indivíduos. Existem estudos dotados de seriedade científica que certificam que a orientação sexual é decorrente de fatores genéticos ¹¹. Segundo outros estudos, igualmente sérios, os fatores determinantes seriam sociais. Não é importante tomar partido nesse debate, salvo para deixar claro que a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida. Deve-se destacar, ademais, que o fato do homossexualismo não viola qualquer norma jurídica ¹², nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos. As concepções religiosas dogmáticas, as ideologias cerradas e as doutrinas abrangentes em geral fazem parte da vida contemporânea. E, nos limites da Constituição e das leis, têm o direito de participar do debate público e de expressar os seus pontos de vista, que, em alguns casos, traduzem intolerância ou dificuldade de compreender o outro, o diferente, o homossexual. Mas a ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais. Como assinalado, o intérprete constitucional deve ser consciente de suas pré-concepções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e auto-conhecimento no tocante a seus desejos e frustrações ¹³. Seus sentimentos e escolhas pessoais não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela razão pública ¹⁴. As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma consequência direta e inevitável da existência de uma orientação homossexual. Por isso mesmo, também são um fato da vida, que não é interditado pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um. As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejada situação de insegurança. O assunto será aprofundado mais adiante. Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas

aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional, pelos motivos que serão apresentados ao longo do presente estudo. A história dos diferentes países registra exemplos trágicos de discriminação fundada em fatores inatos ou inelutáveis, como raça, deficiência física ou homossexualidade. Foi assim na Alemanha nazista ¹⁵, na África do Sul do apartheid ¹⁶ e nos Estados Unidos até o final dos anos 60 ¹⁷. Todas essas diferenciações, que vigoraram no século passado – há poucas décadas, portanto – são hoje em dia consideradas odiosas. Na verdade, sequer é preciso citar exemplos tão extremos. Poucas matérias têm sofrido mutação tão acelerada quanto as relações familiares. Até pouco tempo, aceitava-se como normal a superioridade jurídica dos homens sobre as mulheres. Esse entendimento era consagrado, e.g., no Código Civil brasileiro de 1916, em dispositivos que atribuíam ao homem a chefia da família e a primazia na educação dos filhos. O avanço do processo civilizatório se encarregou de condenar essas manifestações autoritárias e assentar a igual dignidade das diferentes etnias e confissões religiosas, assim como a paridade jurídica entre homem e mulher. O mesmo processo tem atuado para repelir a discriminação dos homossexuais, no que se inclui naturalmente o reconhecimento jurídico de suas uniões afetivas. O Estado inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, tem cedido passo, historicamente, ao Estado solidário, agente da tolerância e da inclusão social. Alguns exemplos da experiência internacional ilustram o ponto.

IV. A união estável entre pessoas do mesmo sexo no direito comparado

A discussão sobre o tratamento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem lugar não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, observando-se uma tendência ao reconhecimento, tanto por meio de atos normativos, quanto por decisões judiciais ¹⁸. Em muitos casos, observa-se nítida superposição entre essas duas esferas, de modo que manifestações judiciais disseminam o debate e atribuem direitos que acabam sendo formalmente incorporados pelo legislador. Observe-se, por exemplo, o caso europeu. Na década de 1990, vários países concederam proteção jurídica às uniões homoafetivas, ganhando destaque o regime de parceria registrada. A vanguarda foi assumida pela Dinamarca, que promulgou a lei de regência em 1989 ¹⁹. Noruega ²⁰, Suécia ²¹ e Islândia ²² seguiram o exemplo dinamarquês, aprovando leis referentes à convivência registrada, reconhecendo direitos e obrigações mútuas entre pessoas do mesmo sexo. Na Holanda ²³, a convivência registrada não se dirige somente aos homossexuais, mas a todos os que não querem ou não podem se casar ²⁴. Em 2001, o legislador holandês foi o primeiro a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com iguais direitos e deveres, bem como consequências jurídicas idênticas às do casamento heterossexual ²⁵. A Bélgica seguiu o caminho, permitindo igualmente, em 2003, o casamento entre pessoas do mesmo sexo ²⁶. A legislação catalã ²⁷ também é bastante avançada no que diz respeito à paridade de direitos entre casais homossexuais e heterossexuais. Há uma única lei, de 1998, para regular as uniões estáveis, independente da orientação sexual dos pares. Na França, em outubro de 1999, foi aprovado o Projeto de Lei nº 207 sobre o Pacte Civil de Solidarité, conhecido como PaCS, possibilitando a união entre casais não ligados pelo matrimônio e atribuindo-lhes um conjunto abrangente de direitos e deveres recíprocos. Este pacto pode ser estabelecido por duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, com o objetivo de organizar a sua vida em comum. Em 15 de março de 2001, o Parlamento português aprovou o Decreto nº 56/VIII ²⁸, adotando medidas de proteção às uniões de fato. A lei regula as situações jurídicas de duas pessoas, independente do sexo, que vivem em união de fato há mais de dois anos. Na Alemanha, também em 2001, entrou em vigor lei

reconhecendo as uniões homoafetivas, permitindo que os envolvidos regulem sua vida em comum por meio de um contrato. Essa tendência de reconhecimento das relações homoafetivas caracteriza não só os Estados europeus, separadamente, mas também a União Européia, em seu conjunto. É importante mencionar a Resolução do Parlamento Europeu 29 , de 8 de fevereiro de 1994, sobre a paridade de direitos dos homossexuais da Comunidade Européia, estabelecendo o dever de se respeitar o princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independente de sua orientação sexual. Nas Américas, destacam-se Canadá, Argentina e Estados Unidos. O Canadá protege o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base no Civil Marriage Act 30 , de 2005. Antes que a lei entrasse em vigor, houve consulta à Suprema Corte acerca da sua constitucionalidade, possibilidade admitida na ordem jurídica canadense. O Tribunal não apenas declarou que a lei não violava dispositivos constitucionais, como afirmou que a medida realizava o princípio da igualdade 31 . Tal resposta era até previsível, considerando que a edição da referida lei ocorreu após um conjunto de decisões judiciais que reconheciam às uniões homoafetivas proteção similar à conferida aos casais heterossexuais. A principal decisão partira justamente da Suprema Corte, que declarou inconstitucional lei que permitia a concessão de alimentos em razão de união estável apenas no caso de casais do sexo oposto, excluindo os homossexuais 32 . Em relação à Argentina, a legislação da Cidade Autônoma de Buenos Aires reconhece, desde 2002, a união civil entre pessoas do mesmo sexo. A ordem jurídica daquela província considera união civil aquela formada livremente por duas pessoas, independentemente do gênero ou orientação sexual 33 . Nos Estados Unidos, alguns tribunais estaduais já decidiram, com base na cláusula da equal protection, não ser possível excluir uniões homoafetivas dos benefícios e das proteções previstas pela legislação aos cônjuges heterossexuais 34 . Vale também mencionar o julgamento, pela Suprema Corte, do caso Romer v. Evans 35 , que declarou inconstitucional uma emenda à Constituição do Estado do Colorado, aprovada em referendo estadual, que impedia toda e qualquer autoridade estadual de praticar atos que resultassem em proteção às pessoas de orientação homossexual em face de qualquer tipo de discriminação. Na ocasião, a Corte afirmou que desequiparações até seriam possíveis, desde que tivessem fundamento razoável, diferente do mero propósito de demonstrar animosidade contra aquelas pessoas 36 . Na mesma linha foi a decisão da Suprema Corte no caso Lawrence et. al. v. Texas 37 , no qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que criminalizava a sodomia 38 . Embora não diga respeito ao tratamento jurídico das uniões homossexuais, tal decisão afastou qualquer dúvida sobre a licitude das relações homossexuais naquele país. Feitas essas notas sobre a pré-compreensão do tema e sobre o direito comparado, passa-se à exposição dos fundamentos extraídos da Constituição de 1988 que impõem a extensão do regime da união estável às relações homoafetivas.

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

V. Uniões homoafetivas e princípios constitucionais

O ambiente filosófico do direito constitucional contemporâneo é o do pós-positivismo, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se (i) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, (ii) o reconhecimento de normatividade aos princípios e (iii) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito. Em meio a esses princípios e direitos fundamentais encontram-se alguns que são decisivos para o enquadramento ético e jurídico da questão aqui enfrentada. Em primeiro lugar, o mandamento

magno da igualdade, a virtude soberana, manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da liberdade, que se colhe nos princípios da livre-iniciativa (cuja dimensão, relembre-se, não é apenas a de liberdade econômica) e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional 40. Acrescente-se, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, que ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na sua versão de integridade física como moral 41. E, por fim, o princípio da segurança jurídica, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos 42. Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno 43.

1. Princípio da igualdade “As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”. Boaventura de Souza Santos 44

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O art. 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O caput do art. 5º reafirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O constituinte incluiu, ainda, menções expressas de rejeição ao racismo⁴⁵ e à discriminação contras as mulheres 46. Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição é refratária a todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas 47. O desenvolvimento do tema, para os fins aqui visados, remete a algumas categorias conceituais tradicionais no estudo dessa matéria.

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

A igualdade formal, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicanamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade material, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, de vez que é associada à idéia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente 48. Pois bem: a questão aqui estudada resolve-se no plano da igualdade puramente formal, sem envolver quaisquer das dificuldades teóricas e práticas presentes na concretização da igualdade material. A não desequiparação onde não exista um motivo relevante e legítimo que a justifique deve ser a conduta de todos os órgãos e agentes públicos e, dentro de certa medida, deve ser imposta até mesmo aos

particulares 49 . Há precedentes, inclusive, sancionando a discriminação contra homossexuais 50 . A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da igualdade na lei – comando dirigido ao legislador – quanto para a igualdade perante a lei, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes – doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inequalitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma corretiva, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição. É certo que, apesar da linguagem peremptória dos diversos dispositivos constitucionais, não é fato que toda e qualquer desigualdade seja inválida. Pelo contrário, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios 51 . Aliás, a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional e nacionalidade, dentre outros. O que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desigualdade seja razoável e o fim por ela visado seja legítimo 52 . No caso concreto, cuida-se de saber se a orientação sexual é um fator aceitável de discriminação para se negar às relações homoafetivas regime jurídico equiparável ao das uniões estáveis. Cumpre investigar, assim, a razoabilidade e a legitimidade da negação de direitos que tem por fator de diferenciação a homossexualidade das partes. Note-se que a Constituição é expressa ao considerar suspeitas desigualdades baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (art. 3º, IV). No item gênero, por certo, está implícita a orientação sexual. No caso de uma classificação suspeita, agrava-se o ônus argumentativo de quem vai sustentá-la. A este propósito, os autores que defendem a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável procuram justificar sua posição com base em três fundamentos, a seguir analisados: a impossibilidade de procriação, a violação dos padrões de “normalidade moral” e a incompatibilidade com os valores cristãos. Nenhum deles resiste ao crivo da razão pública.

1.2. Fundamentos invocados para a desigualdade

A impossibilidade de procriação não é uma justificativa razoável para o tratamento desigual. Em primeiro lugar porque esta não é, obviamente, a única função da família. No cerne da noção contemporânea de família está a afetividade, o projeto de comunhão de vidas, independentemente da sexualidade 53 . O próprio Código Civil impõe como requisito para a caracterização de união estável apenas a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Não há qualquer referência à procriação. Além disso, o reconhecimento constitucional da família monoparental 54 afasta definitivamente o argumento de que a impossibilidade de procriação seja um óbice à atribuição do status familiar 55 . À vista de tais elementos, não se legitima a exclusão de pessoas do mesmo sexo da categoria entidade familiar nem do regime jurídico da união estável, se o que as une é a mesma afetividade e o mesmo projeto de vida comum que ligam as pessoas de sexos opostos. Outro argumento encontrado na doutrina é o de que as relações entre pessoas do mesmo sexo não podem ser reconhecidas como familiares porque escapariam aos padrões de “normalidade moral”. Não é o caso de se enveredar aqui pela discussão acerca do que é normal, lembrando apenas que em épocas e lugares diferentes já foram ou são normais a tortura, a escravidão e a mutilação. O que cabe discutir aqui – e rejeitar – é a imposição autoritária da moral dominante à minoria, sobretudo quando a conduta desta não afeta terceiros. Em uma sociedade democrática e pluralista, deve-se reconhecer a legitimidade de identidades alternativas ao padrão majoritário. O estabelecimento de standards de moralidade já justificou, ao longo da história, variadas formas de exclusão social e política, valendo-se do discurso médico, religioso ou da repressão direta do poder . Não há razão para se reproduzir o erro. Uma terceira e última corrente que procura justificar a discriminação em

relação às uniões homoafetivas baseia-se na seguinte linha: a de não ser possível atribuir status familiar a tais relações, por serem elas contrárias aos valores cristãos 57 . Este argumento pode ter importância no debate que se instaure no interior das confissões religiosas. Mas, como intuitivo, não pode prevalecer no espaço público de um Estado laico 58 . Evita-se aqui o desvio – apesar do seu fascínio – de discutir se os valores cristãos não seriam realizados de forma melhor pela compreensão, pela tolerância e pelo amparo, em lugar da negação. Um último comentário. O conteúdo do princípio da igualdade sofreu uma importante expansão nas últimas décadas. No contexto do embate entre capitalismo e socialismo, os temas centrais de discussão gravitavam em torno da promoção de igualdade material e da redistribuição de riquezas. Com o fim da guerra fria, entraram na agenda pública outros temas, sobretudo os que envolvem as denominadas políticas de reconhecimento, designação sob a qual se travam as discussões acerca de etnia, gênero e orientação sexual. Sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, passou-se a enfatizar a idéia de que devem ser respeitados todos os projetos pessoais de vida e todas as identidades culturais, ainda quando não sejam majoritários.

2. Princípio da liberdade pessoal, do qual decorre a autonomia privada “Se nascemos numa sociedade que nos ensina certos valores morais – justiça, igualdade, veracidade, generosidade, coragem, amizade, direito à felicidade – e, no entanto, impede a concretização deles porque está organizada e estruturada de modo a impedi-los, o reconhecimento da contradição entre o ideal e a realidade é o primeiro momento da liberdade e da vida ética como recusa da violência. O segundo momento é a busca das brechas pelas quais possa passar o possível, isto é, uma outra sociedade que concretize no real aquilo que a nossa propõe no ideal”. Marilena Chauí 59

Duas concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de auto-determinação, de deliberação sem interferências externas. Liberdade, assim, é um ato de decisão e escolha entre várias alternativas possíveis. Na concepção oposta, a liberdade não é um ato de escolha do indivíduo, mas o produto de um contexto externo a ele, seja a natureza ou uma infra-estrutura econômica. É preciso que a realidade concreta lhe dê condições para ser livre. Modernamente, uma terceira concepção tem prevalecido, reunindo elementos de uma e de outra. A liberdade, efetivamente, tem um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade objetiva de decidir 60 .

Passando da filosofia para a teoria do Direito e para a teoria democrática, é de se consignar que um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar 61 . As pessoas devem ter o direito de desenvolver a sua personalidade e as instituições políticas e jurídicas devem promover esse desenvolvimento, e não dificultá-lo. Certas manifestações da liberdade guardam conexão ainda mais estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade, merecendo proteção redobrada 62 . É o caso, por exemplo, da liberdade religiosa, de pensamento e de expressão. E também da liberdade de escolher as pessoas com quem manter relações de afeto e companheirismo. De maneira plena, com todas as consequências normalmente atribuídas a esse status 63 . E não de forma clandestina. Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não-regulado pelo Direito. Esta seria, na verdade, uma forma comissiva de embaraçar o

exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas. A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. A imposição de restrições deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. Essa é uma exigência do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, mais especificamente do sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito ⁶⁴. No caso, por se tratar da dimensão existencial da autonomia privada, apenas razões de especial relevância – como a necessidade de conciliação com o núcleo de outro direito fundamental – poderiam justificar uma ponderação para o fim de compatibilizar os interesses em conflito. Ocorre, porém, que o não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a uma determinada concepção moral, que pode até contar com muitos adeptos, mas que não se impõe como juridicamente vinculante em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de perfeccionismo ou autoritarismo moral ⁶⁵, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar indivíduos adequados ⁶⁶. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

3. Princípio da dignidade da pessoa humana O princípio da dignidade da pessoa humana migrou da religião e da filosofia para o Direito nas últimas décadas, tendo sido incluído em documentos internacionais e em Constituições democráticas. A Constituição brasileira de 1988 abrigou-o expressamente, dando início a uma fecunda produção doutrinária que procura dar-lhe densidade jurídica e objetividade ⁶⁷. A dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. Expressão nuclear dos direitos fundamentais, a dignidade abriga conteúdos diversos, que incluem condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade ⁶⁸. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter. É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana ⁶⁹. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo ⁷⁰; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento” ⁷¹. A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana. Em primeiro lugar, tal exclusão funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório. As relações afetivas são vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares. O indivíduo é tratado, então, como meio para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos. Em segundo lugar, a discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A idéia de igual respeito e consideração se traduz no conceito de “reconhecimento”. As identidades particulares, ainda que minoritárias, são dignas de reconhecimento. Atualmente já se

sabe que o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (do self 72) e no desenvolvimento de auto-estima. A formação dessa identidade, do modo como cada um se autocompreende, depende do olhar do outro; é um processo dialógico. O não reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal. A distinção ora em exame, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos no ocidente. Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana.

4. Princípio da segurança jurídica A segurança jurídica constitui um elemento importante para a paz de espírito e para a paz social. Ao contrário dos princípios anteriores, este não incide diretamente para reger a hipótese, mas sim como vetor interpretativo do quadro normativo existente. O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança. Para promovê-los, o Estado e o Direito são dotados de instituições e de institutos que incluem o próprio Poder Judiciário – que tem por fim precípua assegurar o primado da Constituição e das leis – e categorias como a anterioridade, a continuidade e a irretroatividade das leis, assim como mecanismos de tutela das expectativas legítimas e da preservação de efeitos de atos que venham a ser invalidados 73 . A exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um outro regime específico aplicável, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica. As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu enquadramento jurídico. Esse quadro de incerteza – alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes – afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros. Vale dizer: criam-se problemas para as pessoas diretamente envolvidas e para a sociedade. Os primeiros afetados são, por certo, os partícipes das relações homoafetivas. O desenvolvimento de um projeto de vida comum tende a produzir reflexos existenciais e patrimoniais. Diante disso, é natural que as partes queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, dentre outros. Todos esses aspectos encontram-se equacionados no tratamento que o Código Civil dá às uniões estáveis 74 . Sua extensão às relações homoafetivas teria o condão de superar a insegurança jurídica na matéria. De fora parte isto, a indefinição sobre o regime aplicável pode afetar, igualmente, terceiros que venham a estabelecer relações negociais com algum dos envolvidos na parceria homoafetiva 75 . É que, como regra, pessoas que vivem em união estável necessitam de anuência do companheiro, por exemplo, para alienar bens e conceder garantia. Dúvida haverá, também, sobre a responsabilidade patrimonial por dívidas individuais ou dívidas comuns aos companheiros. Há incertezas jurídicas, portanto, quanto a formalidades e quanto a aspectos de direito material envolvendo as relações entre parceiros homoafetivos e terceiros. Dessa forma, se é possível interpretar o direito posto de modo a prestigiar o princípio da segurança jurídica, e inexistindo outro valor de estatura constitucional que a ele se oponha, será contrária à Constituição a interpretação que frustre a concretização de tal bem jurídico.

VI. O primado da afetividade: a união homoafetiva como entidade familiar Uma das principais consequências da extensão do regime da união estável às relações compromissadas entre pessoas do mesmo sexo reside na sua caracterização como entidade familiar. Longe de configurar uma aproximação artificial, parece possível identificar nas uniões homoafetivas todos os elementos que têm sido considerados determinantes para o reconhecimento de entidades familiares. Como já foi adiantado, o conceito de família tem sofrido importantes mudanças. A constitucionalização do direito deslocou a ênfase do instituto para os aspectos existenciais, em substituição às questões

patrimoniais. Mais importante ainda é a caracterização que tem sido feita da família como meio de promoção – ambiente privilegiado – para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, e não mais como um fim em si mesmo ou um mero símbolo de tradição ⁷⁶. A família é um fenômeno sócio-cultural institucionalizado pelo Direito. Refletindo fatores psíquicos, materializados no âmbito da afetividade e da sexualidade, o tratamento dispensado pelo direito à família precisa acompanhar as transformações que têm lugar na sociedade. Para além da família formada pelo casamento, reunindo homem, mulher e filhos, o direito vem progressivamente reconhecendo novas modalidades de entidade familiar. O desafio hoje apresentado ao direito de família é incorporar o pluralismo e corresponder aos objetivos que lhe são confiados ⁷⁷. No cerne da concepção contemporânea de família, situa-se a mútua assistência afetiva, a chamada *affectio maritalis*, conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, entrelaçando as vidas e gerenciando em parceria os aspectos práticos da existência ⁷⁸. A afetividade é o elemento central desse novo paradigma, substituindo a consangüinidade ⁷⁹ e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos. A nova família, entendida como “comunidade de afeto”, foi consagrada pelo texto constitucional de 1988 ⁸⁰. Essa nova família foi resultado de um importante processo de evolução, impulsionado pela jurisprudência. Na vigência da Constituição de 1967, considerava-se que apenas através do casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (art. 167 ⁸¹). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida em que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família ⁸², que seguiu as seguintes etapas principais ⁸³: a) Primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção; b) Em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par; c) Em seguida, insere-se este tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato ⁸⁴; d) Num momento posterior, passou-se a reconhecer verdadeira união-de-fato entre companheiros ⁸⁵, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc. ⁸⁶; e) Por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento. É certo que a Constituição de 1988 faz menção apenas à união estável entre homem e mulher, no que foi seguida pela legislação ordinária. Em capítulo subsequente será examinado este ponto, onde se procurará demonstrar que o constituinte não exercitou um silêncio eloqüente, mas deixou o tema aberto à evolução dos costumes e do Direito. Por ora cuidou-se apenas de destacar que as relações entre pessoas do mesmo sexo apresentam os requisitos apontados por toda a doutrina contemporânea como essenciais para a caracterização de entidade familiar, que consistem na afetividade e na comunhão de vida. Por fim, vale a ressalva de que a defesa do modelo tradicional de família não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar. Não há incompatibilidade entre a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a união estável entre pessoas de sexos diferentes, ou entre estas e o casamento. O não-reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas não beneficia, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor constitucionalmente protegido.

Parte III EXTENSÃO DO REGIME JURÍDICO DAS UNIÕES ESTÁVEIS ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS VII. Uniões homoafetivas e a regra

constitucional do art. 226, § 3º No capítulo anterior procurou-se deixar assentado que os princípios constitucionais e a nova concepção de família delineada na Constituição impunham uma conclusão: a de que o regime jurídico das uniões estáveis deve ser aplicado também às relações homoafetivas. Essa extensão deve ser imediata, sem que isso importe em violação do art. 226, § 3º, como se demonstra a seguir. No próximo tópico será explorada uma via alternativa de argumentação, geradora das mesmas consequências. Como já visto anteriormente, não há regra constitucional expressa prescrevendo a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas. Em sua textualidade, assim dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição Federal: Art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. É certo, por outro lado, que a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram. Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, a contrario sensu, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional. Admita-se, assim, para argumentar, que a Constituição não imponha nem proíba a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. O Código Civil, por sua vez, tampouco provê a respeito. Sendo assim, na ausência de um regime jurídico específico, ditado pelo constituinte ou pelo legislador, como deve agir o intérprete? VIII. Lacuna normativa e mecanismos de integração da ordem jurídica Divulga o conhecimento convencional que não existem lacunas no Direito, mas apenas na lei. A omissão, lacuna ou silêncio da lei consiste na falta de regra jurídica positiva para regular determinado caso. A ordem jurídica, todavia, tem uma pretensão de completude, e não se concebe a existência de nenhuma situação juridicamente relevante que não encontre uma solução dentro do sistema. O processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de integração. Nela não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador. A Constituição de 1934 impunha ao intérprete e aplicador do Direito o dever de integrar a ordem jurídica, na letra expressa do art. 113, inciso 37: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei”. As Constituições subsequentes não reeditaram a regra, que, todavia, ganhou assento na Lei de Introdução ao Código Civil 87 e no Código de Processo Civil 88 . Na omissão ou lacuna da lei, deve o juiz recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito. Para os fins aqui relevantes, abre-se uma nota acerca dos princípios e da analogia como mecanismos de integração da ordem jurídica. 1. Os princípios constitucionais na interpretação e na integração da ordem jurídica Nas últimas décadas houve profunda mutação no papel dos princípios jurídicos, como já assinalado em outra parte deste estudo. Os princípios, notadamente os princípios constitucionais,

passaram a funcionar como a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral, permitindo a leitura moral do Direito 89 . Ora bem: em parte anterior do presente trabalho sustentou-se que sequer existe lacuna normativa, de vez que os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e segurança jurídica impunham a extensão do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Considerando-se, para argumentar, que exista de fato omissão normativa na matéria, hipótese é de se aplicar os mesmos princípios para saná-la, produzindo-se como resultado a equiparação, em tudo que couber, das uniões estáveis entre homem e mulher e as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

2. O recurso à analogia na integração da ordem jurídica A analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para uma dada situação de fato a uma outra situação semelhante, mas que não fora prevista pelo legislador. Diz-se tratar-se de analogia legis quando é possível recorrer a uma regra específica apta a incidir sobre a hipótese, e de analogia iuris quando a solução precisa ser buscada no sistema como um todo, por não haver nenhuma regra diretamente pertinente. A hipótese em exame é, como intuitivo, de analogia legis. De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil – convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família – estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar – afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática – são igualmente encontrados nas duas situações. Diante disso, nada mais natural do que o regime jurídico de uma ser estendido à outra. Admitida a analogia, chegar-se-ia à seguinte conclusão: a Constituição teria reconhecido expressamente três tipos de família: a decorrente de casamento (art. 226, §§ 1º e 2º); a decorrente de união estável entre pessoas de sexos diferentes (art. 226, §3º); e a família monoparental, ou seja, aquela formada por apenas um dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Haveria, contudo, um tipo comum de família não expressamente reconhecido: a união homoafetiva. Apesar da falta de norma específica, o reconhecimento dessa quarta modalidade seria imposto pelo conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares 90 . Não bastaria, portanto, o reconhecimento de meras sociedades de fato, tal como tem prevalecido na jurisprudência brasileira 91 . Embora esta seja uma forma de reconhecimento, ainda precário, é preciso destacar que a sociedade de fato é um instituto jurídico do direito das obrigações, ao contrário da união estável, que se insere no direito de família. A fórmula da sociedade de fato já marca uma evolução da jurisprudência – lembrando o caminho percorrido em relação às uniões estáveis entre homem e mulher – mas ainda equivale à negação de natureza familiar às relações homoafetivas: para o direito, os homossexuais estariam impedidos de, mantendo sua identidade, constituírem famílias. Disso resulta negar a um grande conjunto de pessoas uma das dimensões básicas da afetividade, caracterizando manifesto preconceito e sendo incompatível com a tábua de valores da Constituição. A solução descrita neste tópico já foi acolhida em diversas decisões judiciais. Abaixo se destaca uma delas, pela precisão com que enfrentou os pontos relevantes, justificando-se a longa transcrição: “A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a

orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão” 92 . Por todo o conjunto de fundamentos expostos nas Partes II e III, afigura-se fora de dúvida que as uniões estáveis homoafetivas constituem entidade familiar e, à falta de disciplina específica, devem reger-se pelas mesmas regras da união estável entre homem e mulher.

CONCLUSÃO É possível compendiar as principais idéias desenvolvidas ao longo do presente estudo nas seguintes proposições: A. As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação. B. A Constituição de 1988 não contém regra expressa acerca de orientação sexual ou de relações homoafetivas. C. A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas. D. Justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. Igualdade importa em política de reconhecimento; dignidade em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e liberdade no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da segurança jurídica, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações. E. Admitindo-se para argumentar, sem conceder, que a conclusão anterior não devesse prevalecer – isto é, que os princípios enunciados não incidissem diretamente, produzindo a solução indicada – ter-se-ia como consequência a existência de lacuna normativa, à vista do fato de que tampouco existe regra expressa sobre o ponto. F. Nesse caso, a forma adequada de integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum. A figura da sociedade de fato não contém esses elementos e a opção por uma analogia mais remota seria contrária ao Direito. É como me parece. _____ 1

Trabalho desenvolvido com a colaboração de Cláudio Pereira de Souza Neto, Eduardo Mendonça e

Nelson Nascimento Diz, que participaram da pesquisa e da discussão de idéias e de teses. 2 CF/88, art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. 3 Código Civil, art. 1723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. 4 In: <https://www.rainbowuniverse.com/newenglandGLBTVets/pressreleases/2003/pr02.htm>. Acesso em: 6 nov. 2006. O fato foi amplamente divulgado na ocasião e a frase citada pode ser encontrada em diversos outros sítios. 5 In: . Acesso em: 6 nov. 2006. 6 De que é exemplo a matéria previdenciária. No âmbito federal, destaca-se a Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 7 jun. 2000, editada por força de decisão judicial ainda não transitada em julgado (Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0), que estipula procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. 7 TJ/RS, j. 25 jun. 2003, AC 70005488812, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. No mesmo sentido: TJ/RS, j. 17 nov. 2004, AC 70009550070, Rel. Des. Maria Berenice Dias; TJ/RJ, j. 21 mar. 2006, AC 2005.001.34933, Rel. Des. Letícia Sardas. 8 TJ/MG, j. 24 mai. 2006, AC 1.0024.04.537121-8/002, Rel. Des. Domingos Coelho. No mesmo sentido: TJ/RJ, j. 7 fev. 2006, AC 2006.001.00660, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto; TJ/SP, j. 7 jun. 2005, AI 388.800-4/7, Rel. Des. José Joaquim dos Santos. 9 V. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 1997, p. 320 e ss.; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 285 e ss.; Luís Roberto Barroso, “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro”. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 3 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucio*

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações migalhas_import, 13 jun. 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/40507/diferentes--mas-iguais--o-reconhecimento-juridico-das-relacoes-homoafetivas-no-brasil>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/luis-roberto-barroso/diferentes-mas-iguais-o-reconhecimento-juridico-das-relacoes-2>. Acesso em: 26 set. 2026.

APA 7ª edição

Barroso, L. R. (2007, June 13). Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações *migalhas_import*. <https://www.migalhas.com.br/depeso/40507/diferentes--mas-iguais--o-reconhecimento-juridico-das-relacoes-homoafetivas-no-brasil>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

BARROSO, Luís Roberto. 2007. "Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações" *migalhas_import*, June 13. <https://www.migalhas.com.br/depeso/40507/diferentes--mas-iguais--o-reconhecimento-juridico-das-relacoes-homoafetivas-no-brasil>

BibTeX

```
@article{lu-s-roberto-barroso-diferentes-mas-iguais-o-reconhecimento-j-2007,
author = {Barroso, Luís Roberto},
title = {Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações ...},
journal = {migalhas_import},
year = {2007},
url = {https://www.migalhas.com.br/depeso/40507/diferentes--mas-iguais--o-reconhecimento-juridico-das-relacoes-homoafetivas-no-brasil},
urldate = {2007-06-13}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/luis-roberto-barroso/diferentes-mas-iguais-o-reconhecimento-juridico-das-relacoes-2>

PDF gerado em 2026-09-26 16:12 UTC