

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo

Gustavo Tepedino*

Honra-nos o Grupo de Trabalho sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos, instaurado no âmbito da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, por meio do ilustre Procurador Regional da República, professor Daniel Sarmiento, ao solicitar Opinião Doutrinária do Instituto de Direito Civil, no âmbito de procedimento administrativo instaurado por representação de entidades civis, acerca da interpretação constitucionalmente legítima do art. 1.793 do Código Civil brasileiro.

A presente Opinião Doutrinária foi dividida em 3 (três) eixos temáticos, abaixo desenvolvidos, ao fim dos quais se segue uma síntese das conclusões alcançadas.

1. Relações familiares na legalidade constitucional. Pluralidade de modelos e pressupostos para sua configuração. A interpretação do art. 226 da Constituição da República. A indicação meramente exemplificativa das entidades familiares. Inconstitucionalidade da interpretação redutiva do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro.

* Gustavo Tepedino é Presidente do IDC, Professor Titular de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ, Doutor em Direito Civil na Università degli Studi di Camerino, Itália, Professor do Programa de Doutorado em Direito Privado Comparado na Università degli Studi del Molise, Itália, Professor Visitante na University of San Francisco, Califórnia, e na Université de Poitiers, França, e Diretor da *Revista Trimestral de Direito Civil*.

2. A funcionalização das entidades familiares aos princípios constitucionais da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Entidades familiares de fato e critérios para o seu merecimento de tutela. Liberdade para a constituição de entidades familiares e liberdade de orientação sexual. Uniões de pessoas do mesmo sexo.

3. A interpretação necessária do art. 1.723 à luz da ordem pública constitucional. Estatuto jurídico da entidade formada por pessoas do mesmo sexo: igualdade da união estável no que concerne às relações existenciais e patrimoniais entre os companheiros, bem como ao seu regime sucessório.

1 Relações familiares na legalidade constitucional. A pluralidade de modelos e pressupostos para sua configuração. A interpretação do art. 226 da Constituição da República. A indicação meramente exemplificativa das entidades familiares. Inconstitucionalidade da interpretação redutiva do art. 1.723 do Código Civil brasileiro

No âmbito da extraordinária transformação do direito de família na experiência brasileira dos últimos cinquenta anos, adquire proeminência a alteração dos valores que fundamentam as relações existenciais e as comunidades intermediárias, capazes de redefinir os pressupostos de configuração e as finalidades das entidades familiares¹.

¹ Conforme se observou em outra sede: “À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes” (TEPEDINO, Gustavo. *Novas*

Tal processo evolutivo tem seu divisor de águas impresso na Constituição da República de 5 de outubro de 1988. Até então, assistiu-se à ampliação gradual dos direitos da mulher casada, que se emancipa com a Lei n. 4.121, de 22 de setembro de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, bem como à redução da abjeta desigualdade dos filhos, especialmente após a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a Lei do Divórcio, a qual, como se sabe, regulamentou a dissolução do casamento, o divórcio e a constituição de novo vínculo matrimonial, com fulcro na Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977. Ao mesmo tempo, a família não fundada no casamento passou a ser admitida, por obra de corajosa jurisprudência, legitimando-se pouco a pouco as uniões estáveis, não só no âmbito do direito das obrigações, mas no seio do direito de família².

As sucessivas intervenções legislativas, contudo, que refletiam a mudança no pensamento e na identidade cultural da sociedade brasileira, só em 1988 encontrariam fundamento axiológico para a plena consecução de suas finalidades sociais. A Constituição da República traduziu a nova tábua de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundantes do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família.

formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372-373). Confira-se também PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243-245.

² A evolução jurisprudencial em matéria de união estável é passada em revista por Edgar de Moura Bittencourt (*Concubinato*. 2. ed. rev. São Paulo: LEUD, 1980, p. 61 e ss.).

A partir da Constituição da República de 1988, as inúmeras alterações impostas ao direito de família não podem ser examinadas de forma isolada ou casuística, senão no quadro dos princípios constitucionais, que desenharam novo conceito de *unidade familiar*, em torno do qual se estrutura todo o sistema das relações existenciais. A *unidade familiar*, antes vinculada ao casamento – a partir do qual, no qual e para o qual se desenvolvia –, adquire contornos funcionais, associada à idéia de *formação comunitária apta ao desenvolvimento dos seus integrantes*. O centro da tutela constitucional se desloca, em conseqüência, da exclusividade do casamento para a pluralidade das entidades que, fundadas ou não no vínculo conjugal, livre e responsabilmente constituídas, contenham os pressupostos para a tutela da dignidade da pessoa humana³.

No sistema pré-constitucional, a concepção de *unidade familiar* se confundia com a *união formal do matrimônio*, justificando-se, assim, segundo a lógica do sistema, a atribuição da chefia da sociedade conjugal ao marido, o sacrifício da liberdade da mulher, a submissão dos filhos ao arbítrio do pai e a preservação, a todo custo, do vínculo conjugal, modelo único admitido pelo ordenamento para a constituição da família. Fora do casamento, não havia família, não havia direito de família, não havia direito.

Na legalidade constitucional, ao reverso, não se reconhece a proteção do casamento ou de qualquer núcleo de convivência em

³ Seja consentido, mais uma vez, remeter a Gustavo Tepedino: “Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos” (A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 397).

si mesmo considerado. Tampouco se admite valor institucional a modelo de família que justifique a tutela de interesse supra-individual, em favor de concepções pré-legislativas, estatais ou religiosas, a prescindir da concreta realização da pessoa na comunidade familiar. Asseguram-se a liberdade privada na constituição e preservação da família, a redução das desigualdades dos vulneráveis no seio familiar em busca da verdadeira igualdade, o respeito à intimidade e às opções individuais e a responsabilidade de cada membro da família para com a promoção dos demais. Tais são os elementos essenciais de legitimação funcional do núcleo familiar na ordem pública constitucional.

Tais premissas metodológicas para a compreensão do direito de família contemporâneo encontram-se insculpidas nos princípios fundamentais da Constituição da República, valendo ressaltar a dignidade da pessoa humana, inserida pelo art. 1º, III, como fundamento da República, e a solidariedade e a isonomia substancial, estabelecidas como objetivos fundamentais. É ver-se:

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; [...].

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

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

Ao lado de tais princípios, deliberadamente introduzidos pelo constituinte como fundamento e objetivos da República, registre-se, especificamente no que tange ao direito de família, o teor do art. 226, que assim dispõe:

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

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

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

§ 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.

A leitura dos preceitos transcritos indica, de imediato, três opções valorativas bem definidas, que associam direitos e deveres:

- a) *o caráter instrumental da família*, como comunidade intermediária concebida para a realização da pessoa humana e de sua dignidade, na solidariedade constitucional;
- b) *a pluralidade das entidades familiares*, garantidora do respeito à liberdade e às diferenças individuais, mediante indicação não taxativa do rol das entidades familiares dignas de tutela;
- c) *a liberdade (de forma) para a constituição da família*, vinculada à funcionalização (desta mesma liberdade individual de pla-

nejar a convivência familiar) ao princípio da dignidade da pessoa humana e à paternidade responsável.

A compreensão da primeira opção indicada mostra-se indispensável para a exegese de toda a disciplina normativa do direito de família. De fato, a pessoa humana foi elevada a valor máximo pelo constituinte e o princípio da solidariedade, que lhe é correlato, torna as comunidades intermediárias, e notadamente as entidades familiares, formações sociais funcionalizadas à promoção de seus integrantes.

As entidades familiares encontram-se constitucionalmente tuteladas, portanto, não em razão de algum pretensão valor intrínseco que lhes seja reconhecido, mas como instrumento para a realização da personalidade humana na solidariedade constitucional. Vale dizer, o constituinte protege o casamento (somente) na medida em que o núcleo conjugal serve de lócus ideal para a tutela da pessoa. No momento em que deixa de sê-lo, é o próprio constituinte quem prevê o divórcio (CF, art. 227, § 6º), a garantir, assim, a liberdade de escolhas individuais e a confirmar o caráter instrumental das entidades familiares⁴. Na mesma esteira, o art. 1.511 do Código Civil de 2002 determina que “o casamento estabelece uma comunhão plena de vida”, de tal modo que a preservação do vínculo conjugal somente se justifica na medida em que a entidade familiar por ele constituída se mostre apta à realização de projeto de vida em comum digno de tutela segundo a ordem constitucional.

⁴ “A família inscrita na Constituição de 1988 é a família-instrumento, funcionalizada à promoção da personalidade de seus membros. Não mais subsiste a família-instituição, a qual deveria ser protegida a todo custo, pois valia por si só. Não importava a liberdade e realização de seus integrantes, mas sua preservação irrestrita, inclusive com uma hipócrita paz doméstica” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29).

A segunda opção constitucional mencionada decorre, novamente, da tutela da liberdade individual, contida na dignidade humana, a qual se associa à solidariedade e à igualdade constitucionais, encontrando-se visceralmente embutida no Estado Democrático de Direito, que é incompatível com a discriminação de qualquer natureza. A admissão de uma multiplicidade de espécies de constituição da família permite que o núcleo de convivência familiar possa refletir as escolhas individuais indispensáveis à realização da pessoa como ser único. Além disso, traduz a solidariedade do grupo social para com cada uma dessas escolhas, que tornam igualmente protegidas as pessoas em sua singularidade, reduzindo-se as desigualdades advindas das circunstâncias econômicas, sociais e culturais em que vivem.

Se a tutela da personalidade deflui da cláusula geral de proteção da dignidade humana, e se o respeito à intimidade afigura expressão essencial da personalidade, mostra-se imperativa a obediência às escolhas individuais quanto à constituição do núcleo familiar, excluindo-se a definição apriorística de padrões preconceituosos para a convivência em família.

Aludidas definições íntimas e recônditas expressam não somente a liberdade de viver em família como *o direito fundamental a ter família*⁵, daí decorrendo a inconstitucionalidade de qualquer ato estatal – praticado pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo – que limitasse tais escolhas pessoais, circunscrevendo o rol de entidades familiares segundo entendimentos preconcebidos, as mais das vezes

⁵ Sobre o ponto, v. Luiz Edson Fachin: “No domínio juscivilístico não estão tão-só as regras tradicionalmente aplicáveis às relações de Direito Civil. Chamadas à colação estão as normas constitucionais e nelas encartados os princípios constitucionais, vinculantes e de caráter normativo. O acervo, entretanto, aí não acaba. Respeito aos direitos fundamentais, ao princípio da igualdade, ao direito de constituir família e de protegê-la, entre outros, são garantias desse rol” (*Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37).

arraigados a preconceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica.

Em conseqüência da pluralidade de entidades familiares – decorrente sempre da liberdade fundamental à constituição do núcleo familiar –, deriva necessariamente a terceira opção constitucional acima apontada, qual seja, a possibilidade para o estabelecimento da forma constitutiva da própria família⁶. O constituinte a um só tempo assegura a autonomia individual para o planejamento da convivência familiar e vincula tal liberdade à responsabilidade para com a promoção da pessoa humana, a igualdade e a solidariedade que devem nortear a convivência familiar.

Em tal cenário, aos critérios para a legitimidade constitucional de uma determinada entidade familiar associam-se a seriedade de propósitos e a aptidão para a função promocional da pessoa humana. Por isso mesmo, não se pode admitir qualquer interferência legislativa ou interpretativa restritiva de tais opções constitucionais, sob pena de se aniquilar a finalidade axiológica atribuída pelo constituinte às entidades familiares.

Nessa esteira, torna-se manifestamente inconstitucional a restrição de modelos familiares por conta da orientação sexual dos conviventes, com a admissão somente de famílias constituídas por casais heterossexuais, em desapareço dos princípios constitucio-

⁶ Conforme assinala Heloisa Helena Barboza, “a liberdade é garantida em vários incisos do art. 5º, que assegura aos indivíduos a livre manifestação de pensamento, de crença, de exercício de qualquer trabalho, de locomoção, de reunião, de associação. Não seria razoável limitar a liberdade no que se refere ‘às relações mais íntimas e mais intensas do indivíduo no social’, na constituição de família ou à forma de fazê-lo, no momento em que se atribui à família o ‘importantíssimo papel na promoção da dignidade humana’” (Direitos sucessórios dos companheiros. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 898).

nais acima aludidos. Daqui decorre, igualmente, a necessidade de interpretação do art. 1.723 do Código Civil consoante os mesmos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da solidariedade, impondo-se o cumprimento de tais preceitos fundamentais. Nessa direção, confira-se o teor do dispositivo codificado: “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”.

Duas interpretações poderiam aflorar do dispositivo transcrito: uma restritiva e, portanto, violadora dos princípios constitucionais invocados, e por isso mesmo aqui repudiada, que limitaria o reconhecimento de entidades familiares – fora do vínculo matrimonial – à união estável heterossexual ali expressamente veiculada; a outra, ao contrário, compatível com o Texto Maior, e, desse modo, mandatária, pela qual são reconhecidas, no âmbito de incidência do art. 1.723 do Código Civil, ao lado da união estável formada entre o homem e a mulher, outras entidades familiares capazes de promover a pessoa humana, como o são, exemplificativamente, as entidades monoparentais, formadas por um dos genitores com os seus filhos, e igualmente as entidades familiares formadas por duas pessoas do mesmo sexo, em união afetiva e comunhão de vida, com objetivo de realização plena da personalidade de seus integrantes⁷.

⁷ “Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 12, p. 55, 2002).

2 A funcionalização das entidades familiares aos princípios constitucionais da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Entidades familiares de fato e critérios para o seu merecimento de tutela: liberdade para a constituição de entidades familiares e liberdade de orientação sexual. A tutela da intimidade e das escolhas individuais como elementos indispensáveis para a realização da pessoa humana. Uniões de pessoas do mesmo sexo

Inúmeros critérios foram estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência para a definição das entidades familiares merecedoras de tutela jurídica, designadas, ao longo do tempo, como concubinato puro, companheirato, união estável. De maneira geral, afirma-se que a caracterização de uma entidade familiar depende da presença dos requisitos da seriedade, estabilidade e propósito de constituição de família⁸.

Na perspectiva civil-constitucional, tais critérios devem ser lidos funcionalmente, à luz dos princípios constitucionais acima transcritos, de molde que signifique a adequação dos núcleos de convivência aos pressupostos para que possam promover a pessoa humana em suas aspirações de realização existencial na sociedade. Em outras palavras, o atendimento dos preceitos fundamentais antes expostos, além de imperativo, serve de parâmetro valorativo para o merecimento de tutela jurídica dos núcleos familiares.

⁸ Confira-se na jurisprudência: “É cediço que, para fins de caracterização da união estável, não somente em vista da legislação extravagante que veio a disciplinar o art. 226 da Constituição Federal, Lei n. 9.278/96, assim como do art. 1.723 do novo Código Civil, necessário se faz que esta união, para ser reconhecida como entidade familiar, venha a possuir configuração de convivência pública, contínua, duradoura e que tenha como objetivo a constituição de uma família” (TJRS, Ap. Civ. 70005730288, 2ª CC, rel. des. Marta Borges Ortiz, julg. 19.9.2003).

Os requisitos para sua admissibilidade, portanto – seriedade, estabilidade e propósito de constituição de família –, não podem ser reduzidos ao entendimento convencional da autoridade pública ou religiosa, mas valorados segundo a tábua de valores constitucionais que, de maneira objetiva e democrática, fixa na realização da pessoa humana e de sua dignidade o parâmetro para o reconhecimento da entidade familiar.

Se assim é, os critérios para a admissão de um núcleo familiar devem ser suficientemente rígidos para excluir as formações incompatíveis com tais finalidades e necessariamente flexíveis, de modo que atendam à multiplicidade de escolhas legítimas que retratam as aspirações da pessoa no que concerne à própria vida em família, expurgando-se paradigmas preconceituosos ou atentatórios à liberdade e à personalidade individuais.

Tais opções exprimem a personalidade de cada indivíduo e sua tutela, portanto, se mostra indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) no Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), cujo objetivo é a solidariedade social (CF, art. 3º, I) – que pressupõe a convivência com a diversidade – e a ablação de todo e qualquer preconceito (CF, art. 3º, IV).

A questão foi enfrentada de forma pioneira por Luiz Edson Fachin, em 1996:

Principiando desse modo, pode ser localizada, a partir do texto constitucional brasileiro, que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º da Constituição Federal de 1988), a inviolabilidade da intimidade e a vida privada (art. 5º, inciso X), a base jurídica para a construção do *direito à orientação sexual como direito personalíssimo*, atributo inerente e inegável da pessoa humana. Assim, como direito fundamental, surge um pro-

longamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária⁹.

Em direção semelhante, Maria Celina Bodin de Moraes observa:

Os direitos de igualdade, de liberdade, de intimidade, direitos fundamentais, consubstanciadores da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, e a proibição a qualquer forma de discriminação impõem limites bastante demarcados no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do lícito, e que merece, por todas estas razões, proteção jurídica concreta e eficaz¹⁰.

Tal fundamentação constitucional legitima a orientação sexual como expressão da personalidade e exclui que preconceito de qualquer natureza possa servir de parâmetro ou critério juridicamente aceitável de discriminação entre formações sociais ou pessoas. Conseqüentemente, na definição das entidades familiares dignas de tutela, há de se admitir, necessariamente, a união de pessoas do mesmo sexo com o propósito de constituir família. Ao propósito, acentuou-se novamente em doutrina:

Estabelecidos esses critérios hermenêuticos, não parece difícil encontrar resposta à questão de se relacionamentos estáveis, potencialmente duradouros, nos quais se reconheça a participação em interesses e finalidades comuns, entre pessoas do mesmo sexo serão

⁹ FACHIN, Luiz Edson. In: BARRETTO, Vicente (Coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1977, p. 114.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, p. 108, jan./mar. 2000.

capazes, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garantindo-se-lhes direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes¹¹.

Por outro ângulo, registra Maria Berenice Dias:

Passando, duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo, a manter uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência do objetivo de gerar filhos. Tal circunstância, por óbvio, não serve de fundamento para a diferenciação levada a efeito. Como a capacidade procriativa ou a vontade de ter prole não são elementos essenciais para que se empreste proteção legal a um par, é de reconhecer-se a incompatibilidade da regra com o preceito igualitário, que dispõe de maior espectro¹².

E, ainda, na arguta perspectiva de Ana Carla Harmatiuk Matos:

Com a tutela principal das relações familiares voltada para a realização personalística de seus membros, a pluralidade de entidades familiares se impõe. Respeitando-se tal clamor, as pessoas poderão conviver familiarmente conforme o modelo que melhor represente seus anseios pessoais. Nesse contexto, a relação entre pessoas do mesmo sexo deve ser apreendida pelo jurídico como mais um modelo de entidade familiar, pois nada mais é que outro exemplo

¹¹ MORAES, A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional, cit., p. 108.

¹² DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 70-71.

entre os “amores possíveis”, com os caracteres que comumente a sociedade tem conferido à família¹³.

Copiosa jurisprudência, por sua vez, tem reconhecido como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi pioneiro a determinar que os conflitos decorrentes de relações homoafetivas fossem submetidos à Vara de Família:

Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido (TJRS, Agr. Inst. 599075496, 8ª CC, rel. des. Breno Moreira Mussi, julg. 17.6.1999).

Em seguida, sempre de forma inovadora, o TJRS admitiu a possibilidade jurídica da declaração da família designada como união estável homoafetiva¹⁴, estabelecendo posição de vanguarda, mediante a invocação expressa dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, contra a injustificada discriminação com base na orientação sexual:

¹³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 161.

¹⁴ Na esteira de tal tendência, o TJRS publicou o Provimento n. 06/2004, que alterou a Consolidação Normativa Notarial Registral do Estado, facultando às pessoas de mesmo sexo o registro em cartório de seus pactos de convivência. Confira-se a nova redação do parágrafo único do art. 215 da referida Consolidação Normativa Notarial Registral: “Art. 215. [...] Parágrafo único. As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito”.

Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais esculpido na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto a união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida (TJRS, Ap. Cív. 598362655, 8ª CC, rel. des. José Ataídes Siqueira Trindade, julg. 1º.3.2000).

União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros (TJRS, Ap. Cív. 70001388982, 7ª CC, rel. des. José Carlos Teixeira Giorgis, julg. 14.3.2001).

Apelação. União homossexual. Reconhecimento de união estável. Partilha. Embora reconhecida na parte dispositiva da sentença a existência de sociedade de fato, os elementos probatórios dos autos

indicam a existência de união estável. Partilha. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Caracterizada a união estável, impõe-se a partilha igualitária dos bens adquiridos na constância da união, prescindindo da demonstração de colaboração efetiva de um dos conviventes, somente exigidos nas hipóteses de sociedade de fato. Negaram Provitimento (Segredo de Justiça) (TJRS, Ap. Cív. 70006542377, 8ª CC, rel. des. Rui Portanova, julg. 11.9.2003).

Tal reconhecimento de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo, por vezes admitindo-a como entidade familiar, espalhou-se posteriormente na Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, especialmente em matéria previdenciária. Confira-se:

Previdenciário. Pensão por morte ao companheiro homossexual. 1. A sociedade, hoje, não aceita mais a discriminação aos homossexuais. 2. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo para efeitos sucessórios. Logo, não há por que não se estender essa união para efeito previdenciário. 3. “O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica ...” (Pontes de Miranda). 4. “O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma popular, outra técnica: como as palavras da língua vulgar têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia, as regras de direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos” (Jean Cruet). 5. O direito é fruto da sociedade, não a cria nem a domina, apenas a exprime e modela. 6. O juiz não deve abafar a revolta dos fatos contra a lei (TRF 1ª Região, Agr. Inst. 2003.01.00.000697, 2ª T., rel. des. Tourinho Neto, julg. 29.4.2003).

Previdenciário. Pensão. Companheiro homossexual. I. O autor comprovou uma vida em comum com o falecido segurado, man-

tendo conta bancária conjunta, além da aquisição de bens, tais como veículo e imóveis em seus nomes, por mais de vinte anos. II. Os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformação por que passa a sociedade. III. Compete ao juiz o preenchimento das lacunas da lei, para adequá-la à realidade social, descabendo, na concessão da pensão por morte a companheiro ou companheira homossexual qualquer discriminação em virtude da opção sexual do indivíduo, sob pena de violação dos artigos 3º, inciso IV, e 5º, inciso I, da Constituição Federal. IV. Tutela antecipada concedida. V. O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal não regula pensão previdenciária inserindo-se no capítulo da Família. VI. Apelação e remessa necessária improvidas (TRF 2ª Região, Ap. Cív. 2002.51.01.000777, 3ª T., rel. juíza Tânia Heine, julg. 3.6.2003).

Agravo interno. Companheiro homossexual. União estável. Pensão por morte. Deferimento. I. A união estável é prevista entre homem e mulher e não entre união homossexual. II. Porém, as consequências patrimoniais da união homossexual devem ser preservadas, sob pena de ferirmos o princípio do enriquecimento ilícito. III. Jurisprudência neste sentido. IV. Agravo interno improvido (TRF 2ª Região, Agravo Interno 2001.51.01.524346-3, 2ª T., rel. juiz Messod Azulay Neto, julg. 17.1.2006).

Constitucional. Previdenciário. Pensão por morte. Concessão. Companheiro. União homossexual. Realidade fática. Transformações sociais. Evolução do direito. Princípios constitucionais de igualdade. Artigos 3º, IV, e 5º. Dependência econômica presumida. Correção monetária. Juros de mora. Honorários advocatícios. 1. A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem. 2. O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório. 3. O princípio da igualdade

consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV, e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação. 4. A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais. 5. A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/91. 6. Estando comprovada a qualidade de segurado do *de cujus* na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei n. 9.528/97 [...] (TRF 4ª Região, Ap. Cív. 2000.04.01.073643-8, 6ª T., rel. juiz Nylson Paim de Abreu, julg. 21.11.2000).

Administrativo. Servidor público. União estável. Homossexual. Art. 217, I, *c*, da Lei n. 8.112/90. Designação. Ausência. Dependência econômica comprovada. 1. Entender que os homossexuais estariam excluídos da “união estável”, vez que esta se verificaria somente entre um homem e uma mulher, significaria a exclusão do reconhecimento da convivência entre homossexuais em ótica evidentemente divorciada da realidade e em dissonância com os preceitos constitucionais. 2. À míngua do ato formal de designação de dependente, prevista no art. 217, I, *c*, Lei n. 8.112/90, não pode a Administração Pública rejeitar pleito de concessão de pensão temporária fundado apenas na dependência econômica do servidor falecido devidamente comprovada. Isto porque a designação constitui mera formalidade em que o designante dá notícia à Administração da eleição do designando como seu dependente, passando ele a auferir, desde já, os direitos e vantagens atinentes a esta qualidade. Precedentes do STJ (TRF 4ª Região, Ap. Cív. 2001.72.00.006119-0, 3ª T., rel. juiz Luiz Carlos de Castro Lugon, julg. 21.9.2004).

Administrativo. Constitucional. Pensão por morte. União homossexual. Reconhecimento da sociedade de fato. Aplicação do previsto no art. 217, I, *c*, da Lei n. 8.112/90 por analogia à união está-

vel. Princípios constitucionais. Juros moratórios de 1% ao mês. Verba alimentar. A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação. O reconhecimento da sociedade de fato permite a aplicação do art. 217, I, *c*, como pedido na inicial destes autos, embora não caracterizada a união estável, sob pena de discriminação sexual, interpretando-o de forma analógica e sistemática. Fixação dos juros moratórios à razão de 1% ao mês, pois a jurisprudência dos Tribunais pátrios é massiva em relação à incidência dos juros fixados na taxa prevista por se tratar de dívida de natureza alimentar. Precedentes (TRF 4ª Região, Ap. Cív. 2001.04.01.027372-8, 4ª T., rel. juiz Edgard Antônio Lippmann Júnior, julg. 17.10.2002).

Recentemente, também os Tribunais Superiores brasileiros se manifestaram favoravelmente ao reconhecimento de efeitos jurídicos oriundos da união entre pessoas do mesmo sexo. O Superior Tribunal de Justiça o fez de maneira expressa, embora sem reconhecer a existência de entidade familiar¹⁵, em acórdão conduzido pelo ministro Hélio Quaglia Barbosa, do qual se destacam os seguintes trechos:

¹⁵ Não obstante o reconhecimento de direitos para companheiros do mesmo sexo, especialmente no que diz respeito à questão previdenciária, o Superior Tribunal de Justiça não considera as uniões homoafetivas como entidades familiares, conforme entendimento recente da Corte. Nas palavras da ministra Nancy Andrighi, o raciocínio “adotado pela jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que em sociedades de fato, como a relatada neste processo, há necessidade de prova da efetiva demonstração do esforço comum para a aquisição do patrimônio a ser partilhado, portanto, evidencia que o acórdão impugnado violou o artigo 1º da Lei n. 9.278/96, ao conceder os efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante” (notícia publicada no *site* <www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2006).

Recurso especial. Direito previdenciário. Pensão por morte. Relacionamento homoafetivo. Possibilidade de concessão do benefício. [...] Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6 – Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 [...] Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 – [...] Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento. 9 – Recurso Especial não provido (STJ, REsp. 395904/RS, 6ª T., rel. min. Hélio Quaglia Barbosa, julg. 13.12.2005).

Finalmente, dois votos do Egrégio Supremo Tribunal Federal, da lavra dos eminentes ministros Marco Aurélio (2003) e Celso de Mello (2006), e um voto do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, conduzido pelo professor e ministro Gilmar Mendes (2004), tiveram ocasião de reconhecer, de forma eloquente, a união homoafetiva como entidade familiar. Vale transcrever trechos assim ementados:

Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucio-

nal vedado. O tema foi bem explorado na sentença, ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes – inciso V do artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (STF, Pet. 1984/RS, rel. min. Marco Aurélio, julg. 10.2.2003).

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental –, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais (STF,

Informativo 414 [ADIn n. 3.300], rel. min. Celso de Mello, julg. 3.2.2006).

Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal (TSE, Recurso Especial Eleitoral n. 24.564, rel. Gilmar Ferreira Mendes, publ. 1º out. 2004).

Como se vê, doutrina e jurisprudência brasileiras, com fulcro nos princípios constitucionais acima invocados, ampliam cada vez mais o reconhecimento das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo como entidades familiares¹⁶, em igualdade de condições com aquelas estabelecidas entre homem e mulher, o que importa na interpretação não restritiva da legislação codificada, especialmente do art. 1.723 do Código Civil, de modo que alcance as entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo em seu âmbito de incidência normativa.

¹⁶ Tal tendência de reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar tem reflexos na esfera administrativa, como demonstra o art. 1º da Resolução Administrativa n. 5, de 3 de dezembro de 2003, do Conselho Nacional de Imigração, ao dispor sobre critérios para a concessão de visto ao companheiro ou companheira, sem distinção de sexo, *in verbis*: “Art. 1º As solicitações de visto temporário ou permanente, ou permanência definitiva, para companheiro ou companheira, *sem distinção de sexo*, deverão ser examinadas ao amparo da Resolução Normativa n. 27, de 25 de novembro de 1998, relativa às situações especiais ou casos omissos, e da Resolução Normativa n. 36, de 28 de setembro de 1999, sobre reunião familiar, caso a caso, e tendo em vista a capacidade de comprovação da união estável, por meio de um ou mais dos seguintes itens: [...]”. Esse procedimento, como se vê, consiste em confirmação, também no âmbito administrativo, do respeito à família homossexual então constituída, de modo a possibilitar a permanência, em definitivo, do companheiro de mesmo sexo no Brasil.

3 A experiência estrangeira: direitos humanos e tutela da personalidade na ordem internacional. A interpretação necessária do art. 1.723 à luz da ordem pública constitucional. Estatuto jurídico da entidade formada por pessoas do mesmo sexo: aplicação da disciplina das relações existenciais e patrimoniais entre os companheiros, bem como do regime sucessório destes

Legislação e jurisprudência de inúmeros países reconhecem a união afetiva de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. No direito português, por exemplo, a Lei n. 7/2001 regulamenta as uniões homoafetivas, dispondo sobre os direitos do casal homossexual em igualdade de condições com as entidades familiares estabelecidas entre homem e mulher. Vejam-se os dispositivos:

Artigo 1º

Objecto

1 – A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos. [...]

Artigo 3º

Efeitos

As pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas na presente lei têm direito a:

- a) Protecção da casa de morada de família, nos termos da presente lei;
- b) Beneficiar de regime jurídico de férias, faltas, licenças e preferência na colocação dos funcionários da Administração Pública, equiparado ao dos cônjuges, nos termos da presente lei;
- c) Beneficiar de regime jurídico de férias, feriados e faltas, aplicado por efeito de contrato individual de trabalho, equiparado ao dos cônjuges, nos termos da presente lei;

- d) Aplicação do regime do imposto de rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições dos sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens;
- e) Protecção na eventualidade de morte do beneficiário, pela aplicação do regime geral da segurança social e da lei;
- f) Prestação por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, nos termos da lei;
- g) Pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao país, nos termos da lei.

O direito holandês, por sua vez, determina no preâmbulo do Código Civil:

Preamble: considering that it is desirable to open up marriage for persons of the same sex and amend Book of the Civil Code accordingly; [...] E – Article 30 – 1. A marriage can be contracted by two persons of different sex or of the same sex. 2. The law only considers marriage in its civil relations.

Na mesma esteira, o direito argentino reconheceu, na Lei n. 1.004/2002, a união de pessoas do mesmo sexo, equiparando seus direitos e deveres aos dos cônjuges:

Artículo 1º – Unión Civil: A los efectos de esta ley, se entiende por Unión Civil: a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. [...]. Artículo 4º – Derechos: Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges.

Por outro lado, o ordenamento francês introduziu, nos arts. 515 e ss. do Código Civil, o Pacto Civil de Solidariedade (*PACS – Pacte Civil de Solidarité*), por meio da Lei n. 99-944, de 15 de novembro de 1999, o qual disciplina a união civil entre pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo. Confirma-se a definição do referido instituto:

Art. 515-1. Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.

Na jurisprudência estrangeira, por sua vez, registre-se a recente decisão sul-africana, de 1º de dezembro de 2005, que reconheceu a união homossexual como entidade familiar. Decidiu-se, entre outras coisas, que:

The capacity to choose to get married enhances the liberty, the autonomy and the dignity of a couple committed for life to each other. It offers them the option of entering an honourable and profound estate that is adorned with legal and social recognition, rewarded with many privileges and secured by many automatic obligations. [...] The current common law definition of marriage deprives committed same-sex couples of this choice. [...] More deeply, the exclusionary definition of marriage injures gays and lesbians because it implies a judgment on them. It suggests not only that their relationships and commitments and loving bonds are inferior, but that they themselves can never be fully part of the community of moral equals that the Constitution promises to create for all. [...] In this case, the question is whether the capacity for commitment, and the ability to love and nurture and honour and sustain, transcends the incidental fact of sexual orientation. The answer suggested by the Constitution itself and by ten years of development under it is Yes (Supreme Court of Appeal of South Africa, Case n. 232/2003, Cameron JA, Judgment 30.11.2004).

Ao comentar essa decisão, a professora Francesca Romana Dau afirma:

[...] o casamento é uma fonte de benefícios econômicos e sociais em favor dos cônjuges, e de deveres recíprocos. A exclusão para os casais do mesmo sexo das vantagens e das responsabilidades de tal união não é somente um inconveniente tangencial e residual de um preconceito enraizado, mas reforça a idéia de que devam ser tratados como híbridos biológicos, ou seja, seres humanos “mal vindos” que não encontram lugar na sociedade normal e portanto não têm direito de gozar de todos os benefícios arrolados pela Constituição. Significa ainda afirmar que a sua capacidade de amar, de assumir obrigações e responsabilidades é por definição menos digna de respeito do que a dos casais heterossexuais, sendo-lhes destinado, portanto, viver em um limbo jurídico¹⁷.

Confira-se, ainda, o eloqüente julgado proferido pela Corte do Alaska:

The Fundamental Right to Choose One’s Life Partner: there is no dispute that the right to marry is recognized as fundamental. Today the court has recognized that the personal choice of a life partner is fundamental and that such a choice may include persons of the same sex. [...] It is the decision itself that is fundamental, whether the decision results in a traditional choice or the nontraditional choice [...]. The same constitution protects both. Thus, today’s decision finds a person’s choice of life partner to be a fundamental right. The consequence of this decision is that any limitations on this right are the strict scrutiny standard established by the Alaska Supreme Court (Alaska Supreme Court, caso *Brause vs. Bureau of Vital Statistics*, julgado em fevereiro de 1997).

¹⁷ DAU, Francesca Romana. La Corte Costituzionale del Sudafrica si esprime in modo favorevole all’estensione del matrimonio alle coppie omosessuali. Disponível em: <www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/esteromatrimonio_omoses-suali/index.html>. Acesso em: 24 maio 2006.

O panorama do direito alienígena confirma a tendência amplamente perceptível, na realidade interna, de admissão da união de pessoas do mesmo sexo como uma das modalidades de família presentes na sociedade contemporânea.

Entretanto, seu reconhecimento pelo direito brasileiro depende da interpretação do art. 1.723 do Código Civil, podendo mesmo ser paralisado o processo evolutivo de otimização da normatividade constitucional caso se entenda, ao arrepio dos preceitos fundamentais antes invocados, que a menção expressa a homem e mulher, contida no preceito codificado, restringe as espécies de entidades familiares legítimas, circunscrevendo sua admissibilidade às uniões estáveis formadas por homem e mulher.

Por isso mesmo, para que se possa preservar a ordem pública constitucional – democrática, tolerante, igualitária, solidária e personalista –, há de se consagrar a dicção não restritiva do art. 1.723, atribuindo-se-lhe sentido hábil a admitir, necessariamente, em seu espectro normativo, as entidades formadas por pessoas do mesmo sexo, considerando-se, assim, inconstitucional a atuação das autoridades públicas ablativa desses núcleos familiares.

Em conseqüência, a regulamentação das entidades familiares assim constituídas, formadas por casais do mesmo sexo, se submeterá à igualdade de tratamento em face da união estável entre homem e mulher, especificamente no que concerne às relações entre os conviventes – existenciais, patrimoniais e sucessórias –, já que seu reconhecimento decorre da isonomia constitucional.

Rio de Janeiro, 28 de novembro de 2006.

Professor Gustavo Tepedino