

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.667 - MT (2010/0115463-7)**

RECORRENTE : C E F DA S (MENOR)  
REPR. POR : M A S - CURADOR ESPECIAL  
ADVOGADO : FÁBIO ROGÉRIO DEL ARCO MACAGNAN E OUTRO(S)  
RECORRIDO : C P DA S  
ADVOGADO : ANA LYA FERRAZ DA GAMA FERREIRA  
**Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

**RELATÓRIO**

Cuida-se de recurso especial interposto por C. E. F. DA S., menor nascido em 1º.11.1999, representado por sua curadora especial, M. A. S., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJ/MT.

**Ação (inicial às e-STJ fls. 16/62):** “declaratória de reconhecimento de união estável homoafetiva e entidade familiar”, ajuizada por C. P. DA S. em face de C. E. F. DA S.

O autor sustenta, como causa de pedir, que conviveu em alegada “união estável” com G. F. DA S., durante 18 anos – de 1988 até a data do óbito de G., ocorrido em 3.11.2006. Relata que na constância da aludida união foram adquiridos, a título oneroso, diversos bens, pugnando, por consequência, para que seja reservada a sua meação em virtude de sua condição de companheiro sobrevivente, bem assim de herdeiro, em concorrência com C. E. F. DA S., filho adotivo de G. F. DA S.

Alega que no início da união o casal possuía poucos bens, mas que ao longo da convivência foram acumulando patrimônio construído com o esforço de ambos, exercendo G. a profissão de bibliotecário e C. P. de cabeleireiro, o qual também cuidava dos trabalhos domésticos.

Afirma que a adoção de C. E. foi formalizada somente em nome de G., mas que o menino sempre foi criado e educado por ambos, figurando os três

# Superior Tribunal de Justiça

como verdadeira família, composta, portanto, pelo casal homoafetivo – G. F. e C. P. – e pela criança – C. E.

Destaca, ainda, que C. E. foi abandonado pelos genitores, dos quais recebeu como legado tão somente o vírus HIV, tendo nascido soropositivo e necessitando, portanto, de cuidados médicos especiais para toda a vida. Salienta que o menor foi adotado com quase 2 anos de idade, mediante procedimento que observou todas as formalidades legais, ocasião em que foi retirado de um abrigo de menores, para ser acolhido no lar do casal.

Relata que G. foi acometido de grave enfermidade – Doença de Chagas e decorrente comprometimento de vários órgãos –, necessitando de sucessivas internações hospitalares, momento a partir do qual C. P. “cessou suas atividades profissionais, para dedicar-se integralmente a ele [G.], bem como na educação e criação do menor **C. E.**” Prossegue asseverando que

isso vem demonstrar o afeto e vida homoafetiva harmônica entre ambos, o Requerente, renunciando ao seu trabalho para dedicar-se exclusivamente ao seu companheiro, sem, contudo, jamais (*sic*) de dar toda assistência como sempre fez ao menor **C. E.**” (e-STJ fl. 23 – com destaques conforme original e com adaptações).

Aduz que com a morte de G., “de forma inesperada e dolorosa, findou-se a união homoafetiva”, inexistindo alternativa “para garantia de seus direitos nos bens deixados pelo falecido, bem como a criação e educação do menor **C. E. F. DA S.** (...) a não ser socorrer-se ao Poder Judiciário” (fls. 23/24 – com destaques no original e com adaptações).

Destaca que já lhe foi deferida a guarda provisória de C. E., bem como foi nomeado inventariante nos autos do inventário de G.

Por fim, deduz o seguinte:

(...) conquanto tratar-se de questão de Justiça, caso Vossa Excelência entenda incabível o reconhecimento da união estável entre o Autor e o requerido, que, ao menos, (*sic*) reconhecida a sociedade de fato entre o Autor e

G. F. da S., e desta forma, seja reservada quota-parte correspondente a 50% (cinquenta por cento) do patrimônio inventariado nos autos do processo 1.006-2006, em trâmite perante a 5ª Vara Cível da Comarca de Cuiabá-MT” (e-STJ fl. 60 – com adaptações).

**Petição de M. A. S. (e-STJ fls. 231/234):** na condição de irmã do falecido, alega que C. P. DA S. não contribuiu para a formação do patrimônio de G. F. DA S., não fazendo jus ao acervo por ele deixado e que ao menor C. E. F. DA S. deve ser conferida a condição de único sucessor de G. Assevera que desde a morte de G., C. P. não tem permitido que os familiares daquele tivessem acesso à criança, quando na verdade a própria M. é quem a “vinha criando assumindo a figura de mãe” (e-STJ fl. 233), visto que, segundo alega, G. e a criança residiam com ela desde a adoção. Postula, dessa forma, o ingresso nos autos, com o objetivo de proteger os interesses da criança.

**Decisão interlocutória (e-STJ fl. 289):** nomeou M. A. S. curadora especial de C. E. F. DA S.

**Contestação (e-STJ fls. 306/312):** sustenta C. E., representado por M. A. S., que “o falecido [G.], o réu [C. E.] e o Autor [C. P.] residiram nos últimos anos na residência de propriedade da Curadora Especial e era esta que cuidava pessoalmente da criança”. Prossegue afirmando que a relação entre G. e C. P. era semelhante ao relacionamento entre irmãos e que

Nos últimos tempos quando se agravou o quadro de saúde do 'de cujus', a Curadora Especial do Réu ficava ao lado do irmão por todo o tempo no internamento e a criança foi levada para uma sua parenta tomar conta, pois o Autor já estava atrás de providências para se apossar de parte do patrimônio.

(...) o autor teve sim uma convivência familiar com o 'de cujus', o réu e a Curadora Especial, pois morava com a família, MAS NÃO COMO COMPANHEIRO OU PARCEIRO DO SR. G., era sim, alguém que se aproveitava da generosidade e do amor de alguém de alma pura, que jamais imaginou que seu filho pudesse enfrentar esta situação (*sic* e-STJ fl. 310 – com destaques conforme original e com adaptações).

**Impugnação à contestação (e-STJ fls. 315/323):** C. P. assinala que a real intenção de M. A. S. ao ingressar no processo é a de ter acesso à parcela do

patrimônio deixado pelo falecido, notadamente no que se refere a considerável numerário depositado em conta bancária, pois G. “emprestava dinheiro a juros”, com o que teria formado fortuna.

Aduz, ainda, que

Se o trabalho desenvolvido pelo falecido foi mais parceiro da sorte com conseqüente formação de patrimônio, não se pode duvidar que ele só possa (*sic*) ser desenvolvido tal como o foi, porque o autor cuidava mais de assuntos domésticos e familiares, exatamente como ocorre nas relações entre homens e mulheres, nas quais, esta em tese, cuida de assuntos domésticos, e no dia de eventual separação, ignorado pelo homem quão difícil é esse trabalho, tenta-se em relação à mulher também prejudicá-la na divisão patrimonial (e-STJ fl. 319).

(...)

Se não houve preocupação do falecido em redigir testamento e deixar tudo resolvido, isso se deu em face de sua morte prematura, e apesar de ter conhecimento da gravidade de sua doença, cuidava-se de pessoa com impressionante capacidade de vencer obstáculos e de acreditar na vida (e-STJ fl. 320).

(...)

Quando o réu afirma que o falecido ajudava o autor quando ele precisava, nada mais faz do que admitir a relação existente. Ajudavam-se sim, conforme quais (*sic*) conviventes em relação afetiva se ajudam, sejam do mesmo sexo ou não.

Quando afirma o réu, que residiram com a curadora nos últimos anos, a criança, o autor e o falecido, mais claro fica que a relação era estável, e o porquê (*sic*) conviviam. **Omite a Curadora, todavia, que a própria casa em que viviam foi adquirida pelo falecido enquanto vivo, à curadora, por ser sua irmã (...)**

Não se discute então a alma boa que tinha G., mas muito menos que a união foi estável, duradoura, com altos e baixos conforme qualquer outra, mas, sobretudo, com participação afetiva (*sic*) de ambos na formação do patrimônio (e-STJ fl. 323 – com destaques conforme original e com adaptações).

**Relatório de estudo psicossocial:** às e-STJ fls. 354/361.

**Audiência (e-STJ fls. 379/393):** com termo de depoimentos do autor, da curadora especial, bem como oitiva de testemunhas.

**Sentença (e-STJ fls. 442/453):** em contraposição ao parecer emitido pelo MP/MT (e-STJ fls. 427/440) e com base nos princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana, o pedido foi julgado procedente para:

Reconhecer a união homoafetiva existente entre C. P. DA S. e G. F. DA S., de 1988 até 03/11/2006, data do falecimento do “de cujus” e assegurar ao autor 50% (cinquenta por cento) do patrimônio adquirido a título oneroso, durante a convivência, objeto do Inventário nº 1006-2006, em curso nesta Vara (e-STJ fl. 453 – com adaptações).

**Acórdão (fls. 405/425):** mais uma vez em contraposição ao parecer exarado pelo MP/MT (e-STJ fls. 534/539), o TJ/MT negou provimento aos recursos de apelação interpostos pelo menor representado pela curadora especial e pelo Ministério Público, nos termos da seguinte ementa:

**APELAÇÃO CÍVEL – RELAÇÃO HOMOAFETIVA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA – PARTILHA DE BENS – PROCEDÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – ARTIGOS 1º DA LEI NºS 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL – ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO – COMPETÊNCIA – VARA DE FAMÍLIA – UNIÃO ESTÁVEL – COMPROVAÇÃO – RECONHECIMENTO – PARTILHA DE BENS – APLICAÇÃO DA ANALOGIA PARA INTEGRAÇÃO DA LEGISLAÇÃO – ART. 5º DA LEI Nº 9.278/96 – RECURSOS DESPROVIDOS.**

Inexistente vedação explícita no ordenamento jurídico para o reconhecimento da relação homoafetiva, não há falar em impossibilidade jurídica do pedido.

Ainda que especializada em assuntos de família, considerada em si mesmo, a matéria tratada na Vara de Família é de natureza cível. Se não há, na organização judiciária matogrossense, juízo especializado para as questões homoafetivas, nada obsta às varas de família a competência para apreciar e julgar lides de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, em se tratando de situações que envolvem relações de afeto.

Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável formada por pessoas do mesmo sexo e adquiridos a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito (e-STJ fls. 553/554).

**Recurso especial (e-STJ fls. 576/586):** interposto sob alegação de ofensa aos arts. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei n.º 8.971, de 1994, 1º da Lei n.º 9.278, de 1996; e 1.723 do CC/02; além de dissídio jurisprudencial.

**Contrarrrazões:** apresentadas às e-STJ fls. 602/663.

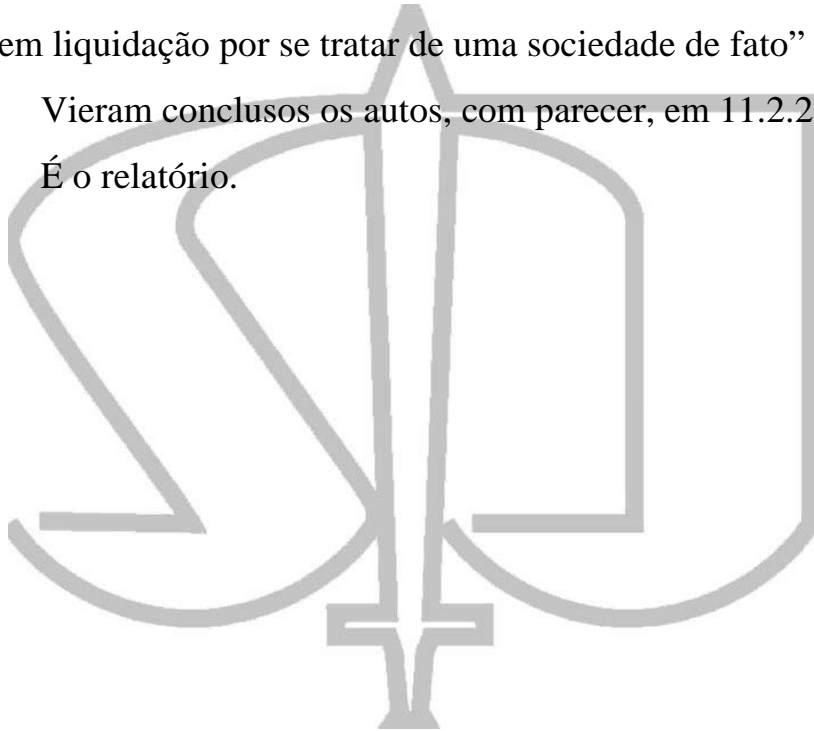
# *Superior Tribunal de Justiça*

**Decisão (e-STJ fl. 683):** o agravo de instrumento (Ag 1.277.545/MT), interposto pelo recorrente contra a decisão que inadmitiu o recurso especial (e-STJ fls. 673/676), foi provido.

**Parecer do MPF (fls. 494/502):** da lavra do i. Subprocurador-Geral da República José Bonifácio Borges de Andrada, pelo provimento do recurso especial, “para afastar a hipótese de união estável por ilegal e inconstitucional, permitindo-se a divisão patrimonial com base no direito das obrigações conforme se apurar em liquidação por se tratar de uma sociedade de fato” (e-STJ fl. 712).

Vieram conclusos os autos, com parecer, em 11.2.2011.

É o relatório.



**RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.667 - MT (2010/0115463-7)**

**RELATORA** : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**  
**RECORRENTE** : **C E F D A S (MENOR)**  
**REPR. POR** : **M A S - CURADOR ESPECIAL**  
**ADVOGADO** : **FÁBIO ROGÉRIO DEL ARCO MACAGNAN E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **C P D A S**  
**ADVOGADO** : **ANA LYA FERRAZ DA GAMA FERREIRA**  
**Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

**VOTO**

**I. Da delimitação da lide e de seus contornos fáticos.**

A matéria controvertida refere-se à possibilidade ou não de que sejam conferidos efeitos – marcadamente patrimoniais – idênticos aos do reconhecimento e dissolução de união estável às parcerias afetivas entre pessoas do mesmo sexo, com a peculiaridade de que o desenlace desta lide envolve direito de criança que foi adotada pelo falecido e que pretende por meio de sua curadora especial e também irmã do falecido, figurar como única herdeira do pai.

Ao reconhecer a existência de “união estável” entre G. F. e C. P., o TJ/MT ressaltou que “se está na seara da analogia e não na da aplicação da lei para os casos estritos por ela regulados” (e-STJ fl. 569) e que “proceder (ou pensar) de outra maneira seria consagrar uma espécie de sectarismo, ou mesmo de exclusão” (e-STJ fl. 570). Para assim concluir, utilizou-se da seguinte base fática:

No mérito, a alegação é de que a relação homoafetiva não está comprovada. Contudo, para concluir pelo reconhecimento, o MM. Juiz analisou com cuidado as provas dos autos.

É o que revelam os excertos:

*“Desta forma, em busca da verdade real dos fatos alegados, em fase instrutória, pode-se extrair da oitiva da testemunha I. L. C., às fls. 327/328, a seguinte declaração:*

*(...) Que o autor frequentava o local de trabalho de G., que sempre fizeram reuniões de Natal e aniversário e o autor sempre (sic) fazia presente, que G. falava que tinha amor por C., que o relacionamento entre eles era bom, que o relacionamento entre os dois era sério, público mas discreto e duradouro, que durou de 1991 a 2006 (...) que na época da doença foi C. que*

# Superior Tribunal de Justiça

*acompanhava o falecido no hospital'.*

*Ainda confirmando as alegações contidas na inicial, a testemunha J. C. M. DOS S. (fls. 330/331), afirmou que:*

*'Que o relacionamento entre C. e o falecido era de convivência, moravam juntos, que não tinha como não perceber que os dois tinham uma relação homoafetiva, (...) que desde quando os conheceu, o relacionamento deles era público, contínuo e durou de 1995 quando o depoente os conheceu até a morte do G., no final de 2006 (...).'*  
*(...)"*

Em outro ponto, assinalou o MM. Juiz:

*"... o acompanhamento psicológico (fls. 305) feito com o autor e com a criança sob sua tutela demonstra a necessidade da proteção judicial, a fim de garantir a manutenção da vida familiar que lutam para manter, assim concluindo:*

*'O menor C. E. F. da S. vem sendo atendido por mim desde novembro de 2006, quem sempre o traz as sessões é o seu tutor C., são pontuais e raramente faltam.*

*C. era companheiro do pai adotivo de C. E., o trouxe a terapia porque estava preocupado com o menor, pois recentemente havia falecido seu pai adotivo G.*

*C. E. é soro positivo para HIV e filho adotivo, porém não sabia disso até vir à terapia. C. foi orientado a falar a verdade para o menor sobre sua história familiar e saúde.*

*Atualmente, o menor já sabe que é filho adotivo e reagiu bem a notícia. Sabe que vai ter que tomar remédio por toda a sua vida provavelmente. Estamos trabalhando no sentido de que primeiro tenha consciência da importância da medicação para sua saúde, para posteriormente informá-lo sobre o seu diagnóstico, porém ainda não possui maturidade e compreensão suficientes neste momento para tal.*

*C. E. demonstra ter afeto, respeito e um bom relacionamento com C., diz que o tutor sempre brinca com ele, mesmo quando G. era vivo.*

*Pouco fala da tia, não demonstra sentimentos de afeto por ela, apenas comenta as vezes quando passa o final de semana com a mesma, porém deixa claro que vai porque tem que ir, ou seja, não é por vontade própria.*

*O paciente apresenta relacionamento interpessoal adequado, possui boa adaptação à mudança, tem noção dos limites que são impostos, é educado, alegre, carinhoso e comunicativo'.*

*Frente às declarações consubstanciadas nos autos, forçoso é reconhecer que o relacionamento homoafetivo se perpetuou através dos anos, atingindo o status de união estável entre os conviventes, assumindo feição de família, não podendo o Judiciário se olvidar em prestar a tutela jurisdicional provocada." (fls. 389/390).*

Assim, quanto ao reconhecimento da união estável, não merece reforma a sentença que entendo deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. A união estável existiu, restou comprovada e realmente tinha feição de família.

Quanto à alegação de inexistência de direito à meação por falta de comprovação pelo autor de sua contribuição individual para construção do patrimônio comum, a sentença também não merece reparo, já que demonstrado o esforço comum e a existência da relação de 1995 a 2006 (e-STJ fls. 563-566 – com adaptações).

Pela relevância da problemática, na qual se encontram embutidos os interesses de uma criança, sobreleva considerar os principais trechos das



anotações contidas no relatório do estudo psicossocial determinado pelo i. Juiz, que seguem reproduzidos:

**Infere-se que realmente o sr. C. é quem cuida de C.E. afetiva e efetivamente. Tal realidade foi atestada tanto por esta profissional da psicologia como pela funcionária da escola em que a criança estuda.**

(...)

O menor C. E. possui aparência saudável, desenvolvimento físico e mental compatível com a idade. O mesmo é soropositivo, fazendo uso do Coquetel duas vezes ao dia. Não possui plano de saúde, fazendo acompanhamento ambulatorial no Ambulatório DST Aids (SUS).

Relata que ele e sr. C. sempre foram muito próximos e que se acha muito parecido com o mesmo, deixando evidenciado tanto a sua admiração como também a confiança que deposita nele. Em relação ao cotidiano, afirma que estuda no período vespertino, e no período da manhã faz as tarefas e assiste televisão “eu tenho vários DVD'S que C. me deu” (*sic*).

Ao mencionar a respeito da tia M. A., informa que a mesma no momento está residindo em Jauru, e que neste final de ano que passou esteve lá, mas não se sentiu à vontade, pois praticamente não teve contato com a família paterna. Acrescenta que o contato maior é com a irmã do C. “eu sempre vou passear na casa dela” (*sic*).

(...)

Durante a entrevista a criança apresentou-se orientada, tranqüila e segura em suas colocações. Expressando verbalmente a afinidade e carinho que sente pelo C., não deixando dúvidas de que a relação entre ambos é muito positiva.

Em relação ao C. observamos que este tem procurado proporcionar boa qualidade de vida para o menor, atendendo as necessidades de educação, alimentação, saúde e lazer. No momento a criança está cursando o 2º ano do ensino fundamental, e conforme relatos, tem apresentado bom desempenho escolar, e em relação à saúde, apesar de ser soropositivo, no momento está saudável, fazendo uso de medicações específicas. (...)

O sr. C. transparece absoluta disposição para cuidar das necessidades de C.E., dizendo que hoje ele está em seu primeiro plano na sua vida. Observou-se que financeiramente hoje eles dependem da pensão que o sr. G. lhes deixou, que, apesar de ele demonstrar saber administrar bem o dinheiro, suas contas estão exatas, ou seja, pelos seus relatos evidencia que hoje eles estão precisando viver bastante dentro dos limites deste orçamento (e-STJ fls. 357/359 – com destaques conforme original e com adaptações).

Delimitado o debate – considerada a imutabilidade da base fática descrita no acórdão impugnado –, cabe adentrar na análise do tema em foco, com vistas a impedir que a insegurança a que já foi submetido o casal quando da adoção do pequeno C. E., diante do vazio legal e que por isso mesmo adotou a

criança em nome de apenas um deles – exatamente o que veio a falecer –, seja mais uma vez perpetuada.

**II. Dos princípios fundamentais e do emprego da analogia como método integrativo para que se produzam os idênticos efeitos do reconhecimento de união estável a relação de afeto entre pessoas do mesmo sexo.**

Por se tratar de questão jurídica símil, utilizo como fundamentos aqueles já expendidos quando proferi voto no REsp 930.460/PR, nesta Terceira Turma, que seguem reproduzidos:

Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

Sob essa ótica, a proteção do Estado ao ser humano deve ser conferida com os olhos fitos no respeito às diferenças interpessoais, no sentido de vedar condutas preconceituosas, discriminatórias e estigmatizantes, sob a firme escolta dos princípios fundamentais da igualdade, da dignidade e da liberdade do ser humano.

De fato, só teria sentido identificar uma pessoa em função de sua orientação sexual se a atração pelo mesmo sexo fosse relevante a ponto de impor diferenças de tratamento, como se de “desvio de comportamento” se tratasse, quando na verdade as uniões homossexuais constituem um fato social incontestável, que remonta a períodos longínquos da história da humanidade.

A inegável superação de antigos modelos do direito de família tem se operado pela gradativa evanescência da função “procriacional” a definir a entidade familiar, bem como, pela dissipação do conteúdo de cunho marcadamente patrimonialista, para dar lugar à comunhão de vida e de interesses pautada no cuidado e na afetividade, tendo como suporte a busca da realização pessoal de seus integrantes.

É certo que o direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a segregação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

# Superior Tribunal de Justiça

Assim, relações fundadas no afeto e na mútua assistência, consolidadas entre pessoas do mesmo sexo, têm sido, gradativamente, inseridas no âmbito do direito de família, especialmente pela doutrina e pela jurisprudência, o que deve conduzir a uma inevitável normatização do tema.

Contudo, enquanto a norma não se amolda à realidade, considerando os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional a respeito do tema (Projetos de Lei n.ºs 1.151/95, 52/99, 580/07, 674/07 e 2.285/07. Disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/sileg/default.asp>. Acesso em janeiro de 2011), é dever do Juiz emprestar efeitos jurídicos adequados às relações já existentes e que estão a reclamar a manifestação do Poder Judiciário, a fim de evitar a velada permissão conferida pelo silêncio da lei para práticas discriminatórias, em face do exercício do direito personalíssimo à orientação sexual.

Significa dizer: a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa humana.

A União Europeia, por meio de seus órgãos institucionais, como o Parlamento Europeu e a Corte Europeia de Direitos Humanos, tem exortado os países integrantes no sentido de coibir práticas discriminatórias relativas aos homossexuais, bem como de legalizar uniões entre pessoas do mesmo sexo. Entre as várias iniciativas europeias, destacam-se as seguintes:

A Resolução do Parlamento Europeu relativa às discriminações no local de trabalho, de 13 de março de 1984; Resolução do Parlamento Europeu (A3-0028/94), de 8 de fevereiro de 1994, referente à igualdade dos direitos das pessoas homossexuais e lésbicas na Comunidade Europeia; Resolução B4-824 e 0852/98, de 17 de dezembro de 1998, referente à igualdade de direitos para as pessoas homossexuais e lésbicas na União Europeia; Art. 13 do Tratado de Roma, modificado pelo Tratado de Amsterdam; Diretiva 2000/78/CE, relativa à criação de uma estrutura geral favorável à igualdade em matéria de emprego e trabalho; Parecer n.º 216 (2000): Projeto de protocolo n.º 12 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, com proposição de proteção das pessoas homossexuais e lésbicas contra as discriminações baseadas na sua orientação sexual; Art. 21 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (retomada pelo Projeto da Constituição Europeia). Todos os textos podem ser acessados em [http://europa.eu/documentation/index\\_pt.htm](http://europa.eu/documentation/index_pt.htm).

Nessa perspectiva, são diversos os países europeus que possuem legislação reconhecendo os direitos oriundos de uniões entre pessoas do mesmo sexo. Entre eles, destacam-se a Dinamarca, a Holanda, a Noruega, a Suécia, a Finlândia, a Islândia, a França, a Espanha, a Bélgica, a Alemanha, a Croácia, a Grã-Bretanha, a Suíça e Portugal.

Na América, parceiros de idêntico sexo têm seus direitos tutelados no Canadá, nos estados americanos de *Vermont*, *Connecticut*, *Massachusetts*, *New Jersey*, *New York* e Distrito de Columbia, entre outros, na cidade do México, na Argentina e no Uruguai.

O contexto sociocultural mundial, portanto, vem acenando no sentido de que seja conferido tratamento paritário aos casais, sejam eles homo ou heterossexuais.

O Brasil aderiu à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, e à Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que serviram de inspiração para o **Decreto** que instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH, o qual se encontra em sua terceira versão, editado sob o **n.º 7.037, de 2009**.

Um dos eixos orientadores desse Decreto consiste em “**universalizar direitos em um contexto de desigualdades**” (Eixo Orientador III), figurando como diretriz de n.º 10, a “**garantia da igualdade na diversidade**”, pontuada por 5 (cinco) objetivos estratégicos. O objetivo estratégico I trata da “**afirmação da diversidade para construção de uma sociedade igualitária**” e tem como uma de suas ações programáticas, “realizar campanhas e ações educativas **para desconstrução de estereótipos relacionados com diferenças étnico-raciais, etárias, de identidade e orientação sexual**, de pessoas com deficiência, ou segmentos profissionais socialmente discriminados”. O objetivo estratégico V, explicitado no Anexo do referido Decreto, prima pela “**garantia do respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero**” (frisa-se que os destaques não constam dos originais), por meio das seguintes ações programáticas:

- a) Desenvolver políticas afirmativas e de promoção de cultura de respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero, favorecendo a visibilidade e o reconhecimento social.
- b) Apoiar projeto de lei que disponha sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo.
- c) Promover ações voltadas à garantia do direito de adoção por casais homoafetivos.
- d) **Reconhecer** e incluir nos sistemas de informação do serviço público **todas as configurações familiares constituídas por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, com base na desconstrução da heteronormatividade**.
- e) Desenvolver meios para garantir o uso do nome social de travestis e transexuais.
- f) Acrescentar campo para informações sobre a identidade de gênero dos pacientes nos prontuários do sistema de saúde.
- g) Fomentar a criação de redes de proteção dos Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT), principalmente a partir do apoio à implementação de Centros de Referência em Direitos Humanos de Prevenção e Combate à Homofobia e de núcleos de pesquisa e promoção da cidadania daquele segmento em universidades públicas.
- h) Realizar relatório periódico de acompanhamento das políticas contra discriminação à população LGBT, que contenha, entre outras, informações sobre inclusão no mercado de trabalho, assistência à saúde integral, número de violações registradas e apuradas, recorrências de violações, dados populacionais, de renda e conjugais (Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7). Acesso em janeiro de 2011 – sem destaques no original).

Extrai-se, ainda, do Anexo do Dec. 7.037, de 2009, quanto ao tema ora em debate, as seguintes e relevantes considerações:

À luz da história dos movimentos sociais e de programas de governo, o PNDH-3 orienta-se pela transversalidade, para que a implementação dos direitos civis e políticos transitem pelas diversas dimensões dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Caso contrário, **grupos sociais afetados** pela pobreza, pelo racismo estrutural e **pela discriminação** dificilmente terão acesso a tais direitos.

As ações programáticas formuladas visam enfrentar o desafio de eliminar as desigualdades, levando em conta as dimensões de gênero e raça nas políticas públicas, desde o planejamento até a sua concretização e avaliação. Há, neste sentido, propostas de criação de indicadores que possam mensurar a efetivação progressiva dos direitos.

Às desigualdades soma-se a persistência da discriminação, que muitas vezes se manifesta sob a forma de violência contra sujeitos que são histórica e estruturalmente vulnerabilizados.

O combate à discriminação mostra-se necessário, mas insuficiente enquanto medida isolada. Os pactos e convenções que integram o sistema regional e internacional de proteção dos Direitos Humanos apontam para a necessidade de combinar estas medidas com **políticas compensatórias que acelerem a construção da igualdade, como forma capaz de estimular a inclusão de grupos socialmente vulneráveis**. Além disso, **as ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que buscam remediar um passado discriminatório**. No **rol de movimentos e grupos sociais que demandam políticas de inclusão social** encontram-se crianças, adolescentes, mulheres, pessoas idosas, **lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais**, pessoas com deficiência, pessoas moradoras de rua, povos indígenas, populações negras e quilombolas, ciganos, ribeirinhos, varzanteiros e pescadores, entre outros.

Definem-se, neste capítulo, medidas e políticas que devem ser efetivadas para **reconhecer e proteger os indivíduos como iguais na diferença**, ou seja, para **valorizar a diversidade presente na população brasileira para estabelecer acesso igualitário aos direitos fundamentais**. Trata-se de reforçar os programas de governo e as resoluções pactuadas nas diversas conferências nacionais temáticas, sempre sob o foco dos Direitos Humanos, com a preocupação de **assegurar o respeito às diferenças e o combate às desigualdades, para o efetivo acesso aos direitos** (Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7). Acesso em janeiro de 2011 – sem destaques no original).

Conquanto a existência unicamente de normas de conteúdo programático, certo é que o cenário normativo brasileiro assinala no sentido de se ajustar à tendência mundial – pelo menos a dos países ocidentais –, de eliminar comportamentos segregatícios e acolher, dessa forma, sob as asas da proteção legal, os relacionamentos humanos afetivos, sejam eles entre homo ou heterossexuais.

São muitas as facetas com as quais podem se revestir as entidades familiares pós-modernas: além da tradicional, fundada no casamento, ou da representada pela união estável – ambas formadas pelos genitores e sua eventual prole –, bem como a da família monoparental, constituída por apenas um dos genitores e seus filhos, não se pode deixar de mencionar aquela que se faz representar por duas pessoas unidas pelo amor que nutrem entre si e que

optaram por não ter filhos. Todas elas, caracterizadas pela ligação afetiva entre seus componentes, fazem jus ao *status* de família, como entidade a receber a devida proteção do Estado. Todavia, acaso essa última modalidade seja composta por duas pessoas do mesmo sexo, instala-se a celeuma jurídica, sustentada pela **heteronormatividade** dominante.

Da recente obra de Adilson José Moreira, que consiste na versão ampliada da tese de doutorado por ele defendida em 2007, extrai-se que ao abandonar a ideia de que a procriação é a função principal do grupo familiar, adota-se uma “**compreensão funcionalista da família**”, que significa reconhecer a entidade familiar não mais como um lugar de reprodução social, mas sim como “**um espaço de trocas de afetos e suporte mútuo**” (*União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 355 – sem destaques no original).

Anote-se que, apesar do fato de a maioria dos nascimentos ocorrerem dentro dos relacionamentos heterossexuais, é também verdade que muitos casais heterossexuais têm exercido a opção de não ter filhos, bem como há casais homossexuais que têm filhos por meio de reprodução assistida ou pela adoção. Dessa forma, excluir os casais homossexuais da tutela jurídica significa excluir, em igual medida, seus filhos da proteção legal.

Além do mais, a possibilidade de viver um relacionamento depende de uma série de liberdades atualmente limitadas aos casais heterossexuais, tendo em vista a pontuada presença do preconceito contra homossexuais em nossa sociedade. No entanto, quando duas pessoas – hetero ou homossexuais – resolvem construir uma vida em comum, são movidas pela mesma força que motiva todos os seres humanos a estabelecer relações íntimas. Essas relações estão fundamentadas em diversos fatores, como conhecimento, confiança, comprometimento, interdependência, cuidado e afeto. Como os parceiros estabelecem planos a fim de estreitar os laços existentes, eles consideram a si mesmos como um casal e não como dois indivíduos. Essa unidade baseada na confiança recíproca permite a construção de um projeto de vida direcionado ao bem-estar comum, sob o espeque da honradez e da equidade, o que confere ao casal uma expectativa de estabilidade.

A respeito do tema Adilson José Moreira refere o seguinte:

Vários estudos realizados por pesquisadores norte-americanos com casais heterossexuais e homossexuais demonstram que os relacionamentos homossexuais são capazes de produzir os mesmos níveis de satisfação pessoal alcançados pelos casais heterossexuais. Os resultados dessas pesquisas comprovam que casais homossexuais e heterossexuais experienciam o mesmo nível de satisfação nos seus relacionamentos. Ao comparar as respostas do mesmo número de indivíduos de ambos os sexos e de diferentes orientações sexuais, essas pesquisas revelam que homens e mulheres homossexuais possuem o mesmo nível de compatibilidade, intimidade, satisfação e crescimento pessoal nos seus relacionamentos. O mesmo resultado foi observado em estudos comparando a qualidade do relacionamento de casais heterossexuais e homossexuais monogâmicos com e sem filhos. Casais heterossexuais e homossexuais possuem o mesmo nível de amor pelo parceiro, o mesmo nível de ajustamento psicológico e de satisfação com o relacionamento. Vemos então que **as uniões homossexuais nascem da**

**procura de se satisfazer uma necessidade humana básica e que as uniões homossexuais proporcionam a satisfação dessa necessidade da mesma forma que as uniões heterossexuais.**

**As evidências científicas de que os seres humanos possuem uma necessidade inata de formar relações íntimas e que essa possibilidade está diretamente relacionada com o nosso bem-estar físico e psicológico serve como outra forte indicação da irracionalidade da exclusão dos casais homossexuais da proteção jurídica oferecida pela instituição da união estável. (op. cit. p. 359/360 – sem destaques no original).**

A família, com efeito, deixou de ser vista apenas como uma unidade de reprodução biológica para traduzir a necessidade humana de pertencimento que leva as pessoas a estabelecer relações íntimas, a fim de satisfazer desejos de aceitação e afeto. Dessa nova percepção intui-se uma forte correlação entre os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana, no sentido de que a troca de afetos gerada pela formação de laços íntimos é condição *sine qua non* para uma vida digna e feliz.

A existência de discriminação perversiva contra homossexuais ao longo dos tempos tem sido uma causa impeditiva para a construção de relacionamentos estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Não raras vezes, o preconceito social contra homossexuais faz com que eles adotem um comportamento heterossexual, levando uma vida sexual paralela e clandestina, que traz consequências invariavelmente nefastas para eles e para aqueles com os quais se relacionam. Ou, ainda, ao se verem emparedados pelo preconceito, desistem de seus sonhos e passam a adotar um estilo de vida contrário às suas disposições psicológicas.

Ainda, os casais homossexuais, em sua maioria, acabam organizando suas vidas com uma rígida separação entre a vida pública e a privada, cerceados pelo medo das possíveis consequências da homofobia ou de outras manifestações de matiz discriminatório a que sejam expostos. Mantêm, assim, o relacionamento em segredo, ou, então, restrito ao círculo familiar e de amigos mais íntimos.

Sob esse panorama, a construção da ideia de uma **heterossexualidade compulsória**, por meio da qual os homossexuais têm sido historicamente colocados à margem do sistema de direitos, serviu, ao longo dos tempos, como pano de fundo para manter esse grupo social estigmatizado. Em outras palavras, a **heteronormatividade** que impera na nossa cultura tem imposto severas limitações aos direitos de homens e mulheres homossexuais, com igualmente severas sequelas sociais. Desse modo, a restrição ao exercício de diversas formas de capacidades humanas tem provocado uma consequente limitação de emprego das mais variadas potencialidades dos homossexuais em áreas específicas de sua vida pessoal, comprometendo, em igual medida, o direito a uma existência digna e plena.

Assim o é porque a negação de direitos que têm o condão de satisfazer a necessidade humana básica de se inter-relacionar é um elemento que viola o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, III, da CF/88.

Da mesma forma, a negação aos casais homossexuais dos efeitos inerentes ao reconhecimento da união estável impossibilita a realização de dois

dos objetivos fundamentais de nossa ordem jurídica, que é a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme disposto no art. 3º, III e IV, da CF/88.

Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam, portanto, o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar.

O princípio da dignidade da pessoa humana, de sua parte, procura tutelar a autonomia dos seres humanos, tornando-os aptos a alcançar a liberdade para que façam suas escolhas pessoais. Nesse sentido, nas palavras de Adilson José Moreira, “o princípio da dignidade humana protege a autonomia de todos os membros da entidade familiar como também **todas as formas de entidade familiar**” (*op. cit.* p. 382 – sem destaques no original).

O princípio da igualdade, por sua vez, entendido como capacidade, reafirma o comprometimento de índole constitucional com o reconhecimento, a proteção e a aceitação de uma pluralidade de entidades familiares. Esse princípio apresenta em seu bojo uma natureza transformadora, ao aniquilar as formas de discriminação responsáveis pela marginalização de grupos sociais historicamente vulneráveis, tornando acessível a todos a paridade de participação, por meio da construção de uma sociedade igualitária a partir de um projeto que promova verdadeira inclusão social.

Por tudo isso, e considerada a constitucionalização do direito de família, a legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva, para que o sistema jurídico possa oferecer a devida proteção às uniões homossexuais, o que consistirá em um resultado natural da evolução concebida no imaginário social, como necessária, útil e desejada pelas pessoas e comunidades.

A limitação da incidência das regras atinentes à união estável ao âmbito dos casais heterossexuais viola inúmeros princípios constitucionais, que representam fundamental significância para a promoção das capacidades humanas, comprometendo tanto a liberdade do homossexual de alcançar o seu bem-estar, como também a sua liberdade de atuação como agente.

Se ao contemplar o afeto e invocá-lo como elemento identificador da natureza familiar das uniões estáveis, por qual razão haveria de se apartar da tutela jurídica os parceiros de uniões homossexuais?

Segundo lição de Dionizio Jenczak, em sua dissertação acadêmica de conclusão de mestrado publicada após a sua morte, a ausência de qualquer amparo normativo-positivo às uniões homossexuais impõe uma meta que extrapola a mera lógica racional para incluir a “**igualação de oportunidades e a busca da felicidade**”, visando o **bem** de todos, que é denominado por Miguel Reale como a “**força ordenadora da Ética**” (*Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 104 – sem destaques no original).

O professor Luiz Edson Fachin prossegue no mesmo sentido, “**rente à história e preso à vida mutante**”, considerando que



**não pode a Justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas**, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo, para deixar de dizer o direito.

(...)

Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma “**comunidade de sangue**” e celebra (...) a possibilidade de uma “**comunidade de afeto**”. (...)

Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica. Diversidade cuja existência do outro torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que respeitando o “outro” edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões.

Eis, então, o **direito ao refúgio afetivo** (*Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123, 317/318. Sem destaques no original).

Para o STF, o convívio entre pessoas do mesmo sexo, fundado no afeto e no companheirismo, também caracteriza uma entidade familiar (ADI 3.300, MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.2.2006).

Em termos estritamente jurídicos, a problemática em torno da pretensa incompatibilidade da aplicação do regime de partilha de bens para a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo provém do contraste existente entre as disposições do CC/02 e da CF/88. A contraposição faz com que as regras constitucionais relativas à erradicação da marginalização, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, III e IV, da CF/88) e as normas pertinentes à união estável (art. 1.723 e seguintes do CC/02) pareçam instintivamente incompatíveis.

Essa suposta incongruência, no entanto, deve ser analisada também neste grau de jurisdição. É necessário explicitar o sentido das normas constitucionais que orientam o Direito de Família, sob pena de postergar o exercício e o alcance da garantia institucional contida no art. 5º, XXXV, da CF/88 (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Nesse sentido, não seria razoável admitir que, após o conhecimento do recurso especial, o STJ possa aplicar apenas normas infraconstitucionais à espécie. A própria competência desta Corte para o exame do recurso especial encontra fundamento em um dispositivo constitucional (art. 105 da CF/88). A realização de qualquer julgamento, em qualquer grau de jurisdição, depende sempre do cotejo analítico de todo o ordenamento jurídico, o que necessariamente pressupõe o exame, ainda que implícito, dos comandos normativos contidos na CF/88, fundamento de validade de toda a legislação federal.

Ultrapassadas as considerações sobre a viabilidade do exame da matéria nesta sede, retorno ao cerne da controvérsia, destacando que o tema é bastante sensível e mereceu muita atenção no decorrer das últimas décadas. A união

homoafetiva já foi objeto de análise e sistematização por diversos sistemas jurídicos estrangeiros, entre os quais o da Alemanha, que em agosto de 2001 editou a “Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG” (Lei para a erradicação da discriminação das parcerias homossexuais – Lei da União Homoafetiva). Essa norma passou por duas grandes reformulações em 2005 e 2007, nas quais foram conferidas à parceria homoafetiva cada vez mais direitos, em tudo equiparáveis aos desfrutados pelos casais heterossexuais – inclusive no que se refere a alimentos, à meação em caso de separação ou divórcio e aos direitos sucessórios.

A Alemanha acabou por adotar um regime diferenciado para a tutela jurídica das uniões homoafetivas, deixando de consagrar legalmente a possibilidade do casamento das pessoas do mesmo sexo. Outros países como a Holanda, a Espanha e Portugal acabaram por redefinir o conceito de casamento, que passou a compreender também as uniões homossexuais.

A LPartG foi submetida ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht - BVerfG), pois os Estados da Saxônia e da Bavária alegaram que a regulamentação da união homoafetiva violaria o art. 6º da Constituição alemã (Grundgesetz – GG). Esse artigo estabelece, em seu parágrafo primeiro, que “o casamento e a família encontram-se sob a especial proteção da ordem estatal”, razão pela qual os Estados autores consideraram temerária a edição da lei que pretendia “nivelar o casamento a outras formas de parceria afetiva, por meio da criação de institutos jurídicos paralelos iguais ao casamento civil, acabando por subtrair a especial proteção que a constituição lhe conferiu” (BVerfG, 1 BvF 1/01 de 17/7/2002, Absatz-Nr. 1 - 147, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20020717\\_1bvf000101.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20020717_1bvf000101.html) - acesso em 3 de fevereiro de 2011, tradução livre). A controvérsia restringia-se a averiguar se o tratamento igualitário de realidades substancialmente desiguais violaria a obrigação de diferenciação do casamento, imposta pela Lei Fundamental alemã.

O acórdão proferido pelo BVerfG (Supremo Tribunal Constitucional alemão) assinalou que “a constituição não garante o instituto do casamento abstratamente, mas na concepção que corresponde à visão dominante, expressa pelas regras jurídicas vigentes.” Segundo o BVerfG, não há absoluta equivalência entre as figuras jurídicas do casamento e da união homoafetiva, porque “da relação entre um homem e uma mulher unidos por muito tempo podem resultar filhos em comum, o que não pode acontecer numa união de pessoas do mesmo sexo.” Assim, é plenamente justificável e não ofende o princípio da igualdade o fato de que “os casais formados por pessoas de sexo diferente sejam remetidos para o casamento, quando queiram dar à sua comunhão de vida um vínculo jurídico duradouro”, e aos parceiros homossexuais seja reservado um instituto jurídico distinto.

A existência de regimes legais distintos para as uniões homossexuais e heterossexuais, contudo, não impede o reconhecimento dos direitos patrimoniais decorrentes das parcerias homoafetivas, especialmente no que diz respeito à partilha dos bens após a dissolução do vínculo afetivo ou ao direito das sucessões. Recentes decisões do mesmo BVerfG assinalaram que é

inconstitucional a diferenciação entre casais heterossexuais e homossexuais no que se refere à pensão por morte e à partilha da herança. Nesse contexto, “a discriminação dos casais homossexuais em relação aos casais heterossexuais sem filhos não pode ser justificada pelo fato de que os casamentos são geralmente caracterizados pela existência de filhos em comum. (...) As disposições relativas à Lei para a erradicação da discriminação das parcerias homossexuais regulam as uniões homossexuais, ao passo que as regras aplicáveis ao casamento disciplinam as parcerias heterossexuais. Se as parcerias homossexuais e o casamento heterossexual forem tratados diferentemente no que diz respeito aos direitos hereditários, será constatada uma injusta discriminação em razão da orientação sexual. (...) O tratamento privilegiado do casamento em detrimento de outras parcerias não permite afirmar que o art. 6º da Lei Fundamental determine a discriminação das outras uniões familiares. Esse privilégio constitucional conferido à instituição do casamento pela lei fundamental não justifica que outras formas de união sejam diferentemente estruturadas, de modo que a elas sejam outorgados menos direitos” (BVerfG, 1 BvR 1164/07 de 7/7/2009, Absatz Nr. 1 – 127 - [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20090707\\_1bvr116407.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20090707_1bvr116407.html) - acesso em 3 de fevereiro de 2011, tradução livre).

De fato, entre os objetivos que as pessoas geralmente perseguem com o casamento está a realização pessoal no plano emocional e afetivo, por meio da comunhão íntima de vida. Desde sempre os indivíduos procuram a estabilidade em seus vínculos emocionais, sendo que o simbolismo que cerca o casamento atende não somente a esse anseio, mas também aos demais efeitos decorrentes de um verdadeiro consórcio amoroso, nos quais igualmente estão contidas disposições patrimoniais. Por essa razão, o BVerfG afirmou que qualquer medida legislativa discriminatória jamais encontraria suporte constitucional para justificar diferenças de tratamento entre pares do mesmo sexo e pares de sexo diferente que pretendessem viver juntos, especialmente no que se refere aos direitos sucessórios e patrimoniais decorrentes dos vínculos estabelecidos.

Voltando ao Judiciário brasileiro, igualmente o TSE reconheceu um casal homossexual como uma entidade familiar, em decisão que confirmou a sentença de impugnação de candidatura de uma mulher que vivia em relação estável com a prefeita de uma cidade localizada na região norte do país (Tribunal Pleno, ED no RESPE 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2.10.2004).

Muito embora inicialmente o STJ tenha assentado entendimento idêntico ao conferido pelo acórdão recorrido, de que as uniões entre pessoas do mesmo sexo deveriam ser compreendidas como sociedades de fato e não propriamente como entidades familiares (REsp 148.897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 6.4.1998; REsp 502.995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16.5.2005; REsp 773.136/RJ, de minha relatoria, DJ 13.11.2006; REsp 648.763/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 16.4.2007), tem esta Corte evoluído em sintonia com o dinamismo inerente à vida em sociedade. Dessa forma, na ausência de disposição legal a respeito do tema e, empregando-se a analogia como método integrativo da lei, os mais recentes precedentes do STJ acenam no sentido de que a parceria afetiva entre pessoas do mesmo sexo é capaz de gerar direitos e deveres, bem assim de produzir efeitos no universo jurídico, em identidade àqueles oriundos de diversa entidade familiar: a união

# Superior Tribunal de Justiça

estável (REsp 238.715/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 2.10.2006; REsp 820.475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Ac. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 6.10.2008; REsp 971.466/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 5.11.2008).

Assinale-se, ainda, em convergência com a evolução do entendimento desta Corte, precedente de minha lavra, no qual foi reconhecido, com base em idêntica fundamentação da acima declinada, o direito de companheiro homossexual sobrevivente à pensão *post mortem* deixada por integrante de previdência privada complementar (REsp 1.026.981/RJ, DJe 23.2.2010).

Ressalte-se, todavia, que em algumas hipóteses, as particularidades inerentes a determinadas lides poderão conduzir a interpretações em sentido diverso daquele em relação ao qual acena a evolução jurisprudencial, sem, necessariamente, significar retrocesso ou reversão a posicionamentos ultrapassados. Assim ocorreu quando do julgamento do REsp 633.713/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 2.2.2011, que definiu apenas como sociedade de fato a união homossexual havida entre as partes, consideradas as especificidades intrínsecas àquele processo.

De qualquer forma, enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis vigentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional brasileiro, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, a busca de uma solução jurídica deve primar pelo extermínio da histórica supressão de direitos fundamentais – sob a batuta cacofônica do preconceito – a que submetidas as pessoas envolvidas em lides desse jaez.

O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal – a de união estável – com a evidente exceção da diversidade de sexos.

Assim sendo, as uniões entre pessoas do mesmo sexo podem ser consideradas como entidades familiares desde que preencham os requisitos da afetividade, da estabilidade e da ostensibilidade.

Demonstrada, portanto, a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa união como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos.

Como se pode notar, as novas bandeiras do direito de família têm como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas,

sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

E nessa evolução de mentalidade, deve o juiz permanecer atento às manifestações de farisaísmo, de intolerância ou de repulsa porventura reveladas em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e desarmamento de possíveis espíritos em conflito.

A defesa dos direitos em sua plenitude deve, portanto, fundar suas bases nos ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando inseriu no mundo jurídico os relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável, hoje com expressa previsão legal. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

Dessa forma, o uso da analogia para acolher as relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no berço do direito de família, suprindo, assim, a lacuna normativa, com o conseqüente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhado da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

Sob essa ótica, intui-se o caráter de eticidade e de utilidade de uma normatização direcionada a responder aos anseios sociais de um novo tempo.

(...)

Para finalizar, ao afirmar que **o afeto homossexual saiu da clausura, passando por guetos jurídicos, onde uma igualdade menos igual que a dos relacionamentos heterossexuais impera**, o Professor Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros encerra sua obra, com as seguintes considerações:

**Família é afeto e sentimento.**

**Independentemente da orientação sexual.**

**Sentimento e direito**, no atual estágio da travessia, **saem do armário**, reconhecendo, por força constitucional, que, de maneira livre, igual e digna, **qualquer maneira de amor vale a pena, qualquer maneira de amor valerá** (*A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008. p. 145. Sem destaques no original).

### **III. Da solução da lide.**

# *Superior Tribunal de Justiça*

No processo em apreciação, da situação fática descrita no acórdão impugnado, insuscetível, portanto, de reexame, ressaí, incontroversa, a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, havida entre o recorrido e o falecido, pai adotivo do recorrente. O casal e a criança formavam, portanto, um núcleo familiar, marcado pelo afeto e cuidado recíprocos.

A integração da lacuna legislativa por meio do uso da analogia, a permitir que os efeitos do instituto da união estável abarquem esta outra forma de entidade familiar e carente de normatização – a relação de afeto entre pessoas do mesmo sexo –, desde que preenchidas as características definidas em lei para aquela modalidade de família, conduz à assertiva de que não se exige a prova do esforço comum para a partilha do patrimônio adquirido a título oneroso na constância da relação.

De toda forma, mesmo que fosse aplicado entendimento em sentido contrário, o recorrido faria jus, ainda assim, a metade do patrimônio deixado pelo companheiro falecido, eis que expresso no acórdão impugnado, a cujo reexame fático esta Corte é infensa, que houve a demonstração do esforço comum (conforme e-STJ fl. 566).

Desse modo, comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, em nome de apenas um ou de ambos, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida.

Assim como já o fazem os casais heterossexuais, quando regulados pelo instituto da união estável, na hipótese de os companheiros pretenderem dispor de forma diversa acerca do patrimônio construído pelo esforço comum ao longo da união, deverão formular estipulação escrita em sentido contrário, com as especificações que reputarem convenientes.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Por fim, destaco da sentença que julgou procedente o pedido de adoção de C. E., porquanto elucidativo para espancar qualquer dúvida acerca da solução da lide, o seguinte trecho:

(...) a criança estava crescendo abandonada na instituição. Ao que tudo indicava o futuro de E. seria crescer institucionalizado, uma vez que como bem salientou o Douto Promotor de Justiça recebeu um imenso legado de sua mãe, o vírus HIV. Por sorte a criança conseguiu uma família substituta e hoje está recebendo o que lhe é de direito, amor, carinho, atenção, saúde, escola e tudo o mais que toda criança deve ter.

(...) E. encontra-se sob a guarda e responsabilidade do Sr. G. F. da S. desde 21/03/2002, e os laudos do Setor Interprofissional comprovam a perfeita adaptação da criança com o adotante, bem como comprovam ainda a real vantagem da adoção em prol do pequeno E., pois este enfim, encontrou um pai que o ama e garante a ele a segurança do apoio moral e material que lhe é necessário (e-STJ fl. 273 – com adaptações).

A dor gerada pela perda prematura do pai adotivo, consideradas as circunstâncias de abandono e sofrimento em que essa criança veio ao mundo, poderá ser minimizada com a manutenção de seus referenciais afetivos, que hoje, conforme atesta o acórdão recorrido, estão firmemente consolidados na figura de C. P. (conforme e-STJ fls. 564/565).

Forte nessas razões, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial.