

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES –
URI – *CAMPUS* DE SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA
IGUALDADE NAS RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS

LIRIS TEREZINHA LUNKES MOREIRA RODRIGUES

SANTO ÂNGELO

2008

LIRIS TEREZINHA LUNKES MOREIRA RODRIGUES

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA
IGUALDADE NAS RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS

Dissertação de Mestrado em Direito para
obtenção do título de Mestra em Direito,
Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões – URI – *Campus* de
Santo Ângelo, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas, Programa de Pós-
Graduação em Direito – Mestrado.

Orientador: Dr. Lívio Osvaldo Arenhart

Co-orientador: João Martins Bertaso

SANTO ÂNGELO

2008

LIRIS TEREZINHA LUNKES MOREIRA RODRIGUES

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA
IGUALDADE NAS RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS

Dissertação de Mestrado submetido à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: I – Direito e Multiculturalismo.

Comissão Julgadora:

Prof. Dr. Lívio Osvaldo Arenhart, Doutor em Filosofia
Orientador

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos, Doutor em Direito
Examinador

Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin, Doutor em Direito
Examinador

Prof. Dr. Noli Bernardo Hahn, Doutor em Ciência da Religião
Examinador

Santo Ângelo, 3 de dezembro de 2008.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Lívio Arenhart, pelo incentivo, pela segurança que me conduziu na realização do trabalho e, especialmente, pela paciência e pela forma carinhosa com que sempre me acolheu quando o procurava para relatar minhas angústias e inseguranças atinentes à dissertação.

Agradeço, também, a todos os professores do curso, em especial ao Prof. Dr. João Martins Bertaso, pelo encaminhamento e pelos conhecimentos transmitidos.

Por fim, agradeço aos colegas, pelo estímulo e pela amizade demonstradas ao longo de nossa convivência tanto na sala de aula quanto fora dela.

RESUMO

Este trabalho trata das relações entre pessoas do mesmo sexo. Faz-se uma análise do homossexualismo ao longo do tempo, partindo-se da homogenitalidade das civilizações greco-romanas até chegar-se aos dias atuais, quando estas relações passam a constituírem-se em vínculos de afeto. Estudam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, buscando-se demonstrar a sua aplicabilidade aos homossexuais e a conseqüente necessidade de equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis entre heterossexuais, para fins de proteção do Estado. Diante da ausência de regulamentação dessas relações pela legislação infra-constitucional, prega-se que o Judiciário, até que isso ocorra, quando chamado a manifestar-se sobre tais questões, o faça com base na analogia e nos princípios gerais do direito, concedendo aos parceiros homossexuais os mesmo direitos aplicados aos parceiros heterossexuais. Demonstra-se, com fundamento em acórdãos recentes de Tribunais brasileiros, em especial o do Estado do Rio Grande do Sul, que as decisões judiciais se encaminham nesse sentido. No entanto, para evitar decisões divergentes, clama-se pela regulamentação legislativa, a exemplo do que ocorre já em diversos países do mundo chamado civilizado.

Palavras chave: homossexualismo, dignidade, igualdade, analogia.

ABSTRACT

This work the same deals with the relations between people of sex. An analysis of the homossexualismo throughout the time, breaking itself of the homogenitalidade of the greco-roman civilizations becomes until arriving it the current days, when these relations will consist pass it in bonds of affection. The principles constitutional of the dignity of the person human being, the equality and the freedom are studied, searching to demonstrate to its applicability to the homosexuals and the consequent necessity of equalization of the homoafetivas relations to the steady unions between heterosexuals, for ends of protection of the State. Ahead of the absence of regulation of these relations for the infra-constitutional legislation, it is nailed that the Judiciary one, until this occurs, when called to disclose itself on such questions, on the basis of makes it the analogy and in the general principles of the right, granting to the partners homosexuals same the rights applied to the partners heterosexuals. It is demonstrated, with bedding in recent sentences of Brazilian Courts, in special of the State of the Rio Grande do Sul, that the sentences if direct in this direction, however, to prevent divergent decisions, clama for the legislative regulation, the example of what it occurs already in diverse countries of the called world civilized.

Words key: homossexualismo, dignity, equality, analogy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONTEXTUALIZAÇÃO SÓCIO-HISTÓRICA DA HOMOSSEXUALIDADE	13
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA HOMOSSEXUALIDADE	18
1.3 DO TEMA DO RACISMO AO DA HOMOFOBIA: ESFORÇOS PARA COMPREENDER A DISCRIMINAÇÃO	28
1.3.1 Homofobia	29
1.3.2 A homofobia e a relação com o anti-semitismo, o racismo e o sexismo	32
1.4 A HOMOSSEXUALIDADE COMO CONSTRUÇÃO SOCIAL E O PROBLEMA DA DIFERENÇA.....	36
1.4.1 Diferença e identidade.....	37
1.5 MOVIMENTOS DE HOMOSSEXUAIS – CEM ANOS DE LUTAS.....	40
1.5.1 História do movimento homossexual no Brasil	42
1.5.2 Dispersão e o momento atual.....	45
1.5.3 Reivindicação de regulamentação das uniões homossexuais.....	50
1.6 A FAMÍLIA NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS.....	56
1.7 A INSUSTENTABILIDADE DA VISÃO HOMOFÓBICA	57
2 O OLHAR CONSTITUCIONAL SOBRE A UNIÃO HOMOSSEXUAL	59
2.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	59
2.2 DA IGUALDADE	66
2.2.1 Igualdade perante a lei.....	69
2.2.2 A Igualdade na Lei	73
2.2.3 A igualdade como referencial axiológico-normativo e o discurso da diferença.....	77
2.3 DA LIBERDADE.....	82
2.3.1 Conceito de Liberdade	82
2.3.2 Previsões constitucionais da tutela da liberdade	84
2.3.3 Limites ao exercício absoluto da liberdade	86
2.3.4 Liberdade Sexual	87
2.3.5 Conceito de Liberdade Sexual.....	88
2.3.6 Orientação sexual – o direito de escolha e o direito de ser diferente	89
3 O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS NO DIREITO BRASILEIRO	94
3.1 A ANALOGIA QUE SE IMPÕE – EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL À UNIÃO ESTÁVEL	95
3.2 PROBLEMAS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL	104

3.2.1 Violação da Constituição Federal	105
3.2.2 Prisão domiciliar afetiva (Isolacionismo)	107
3.2.3 Direito Sucessório	109
3.2.4 Direito Previdenciário	112
3.2.5 Direito Patrimonial.....	115
3.3 A UNIÃO SEXUAL NA ÓTICA DOS TRIBUNAIS	116
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	126
REFERÊNCIAS	129
ANEXOS	136

INTRODUÇÃO

Este trabalho ocupa-se das uniões amorosas entre pessoas do mesmo sexo, pressupondo que desta modalidade de amor, tanto quanto de outras, pode decorrer a felicidade genuína. A partir de uma posição favorável ao diálogo intercultural, em coerência com o modelo político do Estado democrático de Direito, trata-se de interpretar as uniões estáveis homossexuais com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

No campo teórico e profissional do Direito, o pensamento costuma ser fertilizado e exigido ao trabalho pela evocação de complexas e dramáticas trajetórias de vida, como a que se relata:

Duas pessoas do mesmo sexo conviveram publicamente por quinze anos, constituíram conjuntamente patrimônio considerável e a união foi interrompida com a morte de um dos parceiros, em nome do qual foi registrado o patrimônio amealhado. O parceiro supérstite, então, buscou a justiça para ser reconhecido como meeiro e herdeiro do falecido e, também, para receber a pensão como companheiro daquele, porque não logrou êxito em tal intento administrativamente. Obteve pronunciamento judicial, no primeiro caso, que o reconheceu como sócio de fato do falecido na constituição do patrimônio, sendo aquinhado com metade do patrimônio constituído na vigência da união e após demorados recursos, veio a ser reconhecido como companheiro do falecido, tendo *jus* a pensão por morte paga pela previdência social.

Caso se tratasse de uma união estável (ou casamento) entre heterossexuais, a companheira ou o companheiro supérstite, além de meeira(o) quanto ao patrimônio conjuntamente formado, seria considerada(o), também, herdeira(o), circunstância que lhe atribuiria, então, setenta e cinco por cento do patrimônio inventariado. Na previdência, seria considerada(o) dependente do parceiro falecido sem qualquer objeção.

A circunstância relatada permite as seguintes indagações: os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, ao prescreverem que todos são iguais perante a lei, sem distinção e discriminação de qualquer natureza, facultam a constituição de relações familiares homossexuais? Caso afirmativo, em que se sustenta juridicamente a resistência à equiparação das uniões homossexuais estáveis e públicas às uniões estáveis entre homens e mulheres?

Na realidade, embora constem expressamente do texto constitucional brasileiro, notoriamente, os princípios mencionados ainda não se aplicam plenamente às relações amorosas estáveis entre homossexuais, cuja condição e existência no âmbito social, no mundo dos fatos, não pode ser negada nem ignorada.

A legislação infraconstitucional brasileira é omissa no tocante às uniões entre pessoas do mesmo sexo e aos direitos e deveres delas decorrentes. Os juristas, ainda em sua maioria, hesitam em estender os dispositivos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade de todos, sem distinção e discriminação de qualquer natureza, aos cidadãos e cidadãs que diferem da maioria pelo simples fato de amarem cidadãos e cidadãs do mesmo sexo.

Como as uniões homossexuais perfazem um conjunto de questões ainda sem cobertura legal, a jurisprudência é levada a se antecipar à lei, dado que, por expressa determinação legal, o juiz não pode se eximir de julgar alegando inexistência ou lacuna na lei. Na falta desta, ele deve julgar com base na analogia, nos costumes e princípios gerais do direito. Os tribunais brasileiros, especialmente o do Rio Grande do Sul, em algumas decisões vêm equiparando as uniões homossexuais às uniões estáveis, garantindo assim àqueles, por via oblíqua, a igualdade de direitos. Porém, de modo geral, o Poder Judiciário ainda encontra dificuldades em reconhecer as uniões homossexuais como sociedades de afeto, afeto que, pela Constituição Federal de 1988, é a base principal da família. Grande parte das decisões ainda trata uniões homossexuais como meras sociedades de fato, o que as insere no Direito das Obrigações e não no Direito de Família, como seria desejável. Assim, os conflitos de interesses, em se tratando de uniões entre homossexuais, são geralmente julgadas pelas varas cíveis e não pelas varas de família.

Os que se opõem à equiparação entre as uniões de pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre heterossexuais adotam o argumento da inexistência de disposição expressa em lei nesse sentido, sustentando ainda, que a Constituição Federal vigente insere expressamente em seu art. 226, parágrafo 3º, ao reconhecer a união estável como entidade familiar merecedora de proteção do Estado, a expressão “entre homens e mulheres”, o que repeliria assim, as uniões homossexuais. Por tal razão, muitos dos processos promovidos por casais homossexuais, objetivando o reconhecimento de direitos próprios do Direito de Família, ou são arquivados sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido, ou suas decisões reconhecem apenas a existência de sociedade de fato, como se a relação se tratasse apenas de um negócio e não de uma relação afetiva.

Este trabalho tem como objetivo justificar as uniões de pessoas do mesmo sexo, assim consideradas as uniões qualificadas por vínculos afetivos duradouros e públicos, em face dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, esta em seus aspectos formais e factuais, refutando os argumentos daqueles que se opõem à equiparação das uniões homossexuais afetivas às uniões estáveis.

Ao longo do trabalho, para melhor compreensão da matéria, examina-se o homossexualismo desde os primórdios da civilização ocidental e a sua evolução histórica, até chegar à homossexualidade como vínculo amoroso, para o qual se busca a tutela jurisdicional do Estado Democrático de Direito. A homossexualidade com base no afeto – homoafetividade – não deverá ser confundida com outras formas de homogenitalidade, como por exemplo, a pederastia, o intercurso sexual forçado, a sodomia e outras formas de homossexualidade sem vínculo de afeto.

São, também, estudadas as modificações recentes da família, buscando-se contextualizá-las sob a perspectiva do direito constitucional, centrada, principalmente, nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que, não obstante constarem de forma expressa no texto constitucional, não impedem que persistam no Brasil as discriminações por orientação sexual. Os parceiros envolvidos nessa forma de relação, fato que é real e inocultável, diante da omissão legislativa infraconstitucional (não foram ainda regulamentadas), sofrem as agruras dessa falta, principalmente quando da separação ou da morte de um dos parceiros. Este estudo busca, então, com base nos princípios gerais do direito e na analogia, que se estenda às uniões homossexuais direitos conjugais, ou seja, buscam-se argumentos favoráveis a que se reconheça o caráter familiar das uniões homossexuais pelo critério da afetividade.

Mostra-se, ademais, que a jurisprudência de nossos tribunais, ainda que de forma tímida, vem evoluindo, a ponto de, a cada dia, surgirem decisões em diversos Estados do País que reconhecem as uniões entre homossexuais, equiparando-as, pelo uso da analogia e dos princípios constitucionais, às uniões estáveis entre homens e mulheres. Esta é a posição defendida neste trabalho. Infelizmente, porém, essas decisões ainda não são uniformes, e as disparidades nas soluções dadas pelos Tribunais a casos semelhantes demonstram a necessidade urgente de regulamentação das relações entre homossexuais.

Procura-se demonstrar, ainda, que as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, caracterizadas pela convivência pública prolongada, não devem ser excluídas da proteção estatal e alijadas do direito, de forma a receberem em face disso, tratamento preconceituoso, discriminatório e excludente. A sociedade é dinâmica e novas identidades coletivas vão se

formando e, por princípio de justiça, devem elas ser reconhecidas, incluídas e respeitadas, assinalando-se que tais identidades não buscam apenas a isonomia legal, mas, principalmente, a aceitação e o respeito à diferença e à diversidade cultural.

O tema em estudo “os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade nas relações homossexuais: de uma posição monocultural para uma posição intercultural”, se insere na linha de pesquisa do curso - direito e multiculturalismo - pretendendo constituir-se em contribuição teórica para a elucidação da questão das uniões homossexuais, fornecendo subsídios aos operadores do direito que se defrontam com o problema. Focado nos princípios jurídicos e filosóficos da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, poderá este trabalho contribuir para que se abandone a visão monocultural estabelecida, que se opõe à ampliação e aplicação do Direito de Família às uniões entre homossexuais. Sustenta-se que o amparo legal às uniões homossexuais é uma questão de cidadania e de direitos humanos, com vistas a assegurar o direito à liberdade de orientação sexual vigente no Brasil e a garantir direitos civis em decorrência do estabelecimento de uniões afetivo-sexuais entre homossexuais.

Em atenção à natureza do objeto de pesquisa, a *concepção metodológica* pela qual foi conduzida a elaboração deste trabalho focaliza especialmente a articulação progressiva e inclusiva entre a investigação sócio-analítica e a interpretação jurídica. Por essa orientação metodológica, parte-se do reconhecimento de que as uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo são um fato social. Por conseguinte, devem ser compreendidas como tais, pela mediação das ciências sociais (história, sociologia, economia, estudos culturais, psicologia social etc). Na caracterização dessas uniões, atenta-se especialmente para as suas semelhanças com as uniões estáveis entre heterossexuais. A partir daí, a tarefa principal consiste em contextualizar o fato social das uniões homoafetivas estáveis como uma modalidade, entre muitas outras, de arranjo familiar. Nessa análise, destacam-se os pleitos do movimento social dos homossexuais.

No segundo momento metodológico, procede-se à mediação interpretativa hermenêutica. Ou seja, de posse dos resultados da análise contextualizada do fato social, particularmente das demandas coletivas dos homossexuais, passa-se a interpretá-los à luz da Constituição Federal, tomada como um sistema axiológico-normativo. Em função da demanda social pela equiparação jurídica das uniões estáveis dos homossexuais com as uniões estáveis dos heterossexuais, investiga-se se, à luz da integralidade sistêmica dos princípios constitucionais, se o art. 226 da Carta Constitucional possibilita incluir como destinatárias da proteção estatal, outras entidades familiares além da constituída pelo casamento, da união

estável entre homem e mulher e da família monoparental, considerando que a proteção jurídica é devida não à família por ela mesma, e menos ainda a um determinado modelo de família, mas aos arranjos de relações afetivas que constituem os lugares indispensáveis de realização e desenvolvimento das pessoas humanas. Está-se, aqui, diante de uma tarefa eminentemente exegética, que produz argumentos a favor da hipótese previamente aventada.

No terceiro momento realiza-se a mediação prático-operacional, ou seja, com base na interpretação extensiva ou ampliativa do art. 226 da Constituição Federal, de modo a possibilitar a inclusão de outros arranjos familiares além daqueles expressamente mencionados pelo referido artigo (a menção constitucional não seria exaustiva, mas meramente exemplificativa), cabendo assim elaborar os desdobramentos operacionais da questão em termos de direitos patrimoniais, sucessórios, previdenciários etc. Responde-se, então, à questão das implicações concretas dessa interpretação do dispositivo do art. 226 da Constituição Federal. Para reflexão, trazem-se alguns acórdãos pertinentes dos tribunais.

Em síntese, o terceiro momento do método consiste no desdobramento operacional do entendimento jurídico produzido no segundo momento sobre o fato social analisado e contextualizado no primeiro. Para a construção dos três momentos, as informações foram coletadas pela técnica de pesquisa bibliográfica.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO SÓCIO-HISTÓRICA DA HOMOSSEXUALIDADE

Em consonância com a formulação do problema teórico e o plano para resolvê-lo ao longo deste trabalho, cabe, inicialmente, tematizar as determinações que pertencem ao conceito de homossexualidade amorosa, historicizá-lo minimamente e contextualizá-lo na sociedade contemporânea.

1.1 CONCEITO DE HOMOSSEXUALIDADE: A DISTINÇÃO ENTRE HOMOSSEXUALIDADE AMOROSA E OUTRAS FORMAS DE HOMOGENITALIDADE

O vocábulo “homossexualidade” foi criado pelo médico húngaro Karoly Benkert e introduzido na literatura técnica no ano de 1869. É formado pela raiz da palavra grega *homo*, que quer dizer “semelhante”, e pela palavra latina *sexus*, passando a significar “sexualidade semelhante”. Exprime tanto a idéia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter, como também significa a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo.¹ De acordo com Anna Paula Uziel, o significado do termo *homossexual* vem se deslocando: da criação do termo como sinônimo de pederastia masculina, em meados do século XIX, passando por sua identificação como veículo de doença, na versão do câncer *gay* nos anos 80, e chegando a objeto de consumo de um recente mercado promissor. O fim da década de 90 traz um mapa alterado da percepção sobre o homoerotismo.²

O termo “homossexualismo” ganhou uma conotação pejorativa, o que levou Jurandir Freire da Costa a utilizar o termo “homoerotismo”, cunhado em 1911 por E. Harsh-Haak. Na tentativa de desmontar o preconceito, introduziu o novo vocábulo para indicar que existe, no repertório da sexualidade humana, a possibilidade de pessoas do mesmo sexo se sentirem atraídas, sem que isso implique doença, anormalidade ou perversão. Justifica o psicanalista carioca: “com ele pretendo revalorizar, dar um outro peso moral às experiências afetivo-sexuais”.³ O conceito “homoerotismo” seria uma noção mais flexível e que descreveria

¹ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**. O Preconceito & a Justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 33.

² UZIEL, Anna Paula. Reflexões sobre a parceria civil registrada no Brasil. In: **Sexualidade, gênero e sociedade**. n. 11, julho de 1999. p. 8-11.

³ COSTA, Jurandir Freire da. Politicamente correto. **Teoria & Debate**. n. 18, 2. trim. São Paulo: [s.ed.], 1992. p.24-7.

melhor a pluralidade das práticas ou desejos de determinados sujeitos. Assim sendo, excluiria alusões a desvios, anormalidades ou perversão.⁴

Segundo Taísa Ribeiro Fernandes, homossexual é o indivíduo cuja inclinação sexual é voltada para uma pessoa do mesmo gênero, o homem que se sente atraído por outro homem e a mulher que se sente atraída por outra mulher. É alguém que não nega sua formação morfológica, entretanto, seu interesse e sua atividade sexual são voltados, direcionados, exclusivamente para quem tem o mesmo sexo que o seu.⁵ Ainda, de acordo com a referida autora, na bissexualidade, diferentemente, não há o caráter de exclusividade, mas, sim, da pluralidade, ou seja, a pessoa se interessa por ambos os sexos. Afirmam os especialistas que a bissexualidade é inerente a todo o indivíduo no início da vida e, com o passar do tempo, há a fixação na heterossexualidade ou na homossexualidade. Alguns, todavia, dirigem seus desejos para os dois sexos, num trans-comportamento erótico, e esses são os bissexuais.⁶

Para Débora Vanessa Caús Brandão, “[...] pode-se afirmar que homossexual é a pessoa que se relaciona quer de fato, quer de forma fantasiosa, imaginária, com parceiros pertencentes ao mesmo sexo que o seu, mantendo-se, todavia, satisfeita com o seu sexo biológico”.⁷

A homossexualidade é tanto masculina como feminina. A masculina é também conhecida como *sodomia*, termo proveniente de Sodoma, cidade bíblica da planície do Jordão, nas proximidades do Mar Morto, que segundo Gn 19, teria sido destruída por Deus juntamente com Gomorra, em função dos pecados cometidos pelos que ali habitavam. Outra denominação à homossexualidade masculina é *uranismo* – nome devido à Urânia, epíteto de Vênus, nome latino de Afrodite, a deusa do amor e da beleza. Em se tratando de homossexualidade feminina, tem sido chamada de *safismo*, *lesbianismo* ou *tribadismo*. *Safismo* é um termo que tem por origem a palavra *Sappho*, poetisa grega natural de Lesbos, uma ilha do Mar Egeu, região da qual se extraiu a segunda denominação, qual seja, *lesbianismo*. Presume-se que tal poetisa mantivesse uma vida sexual considerada irregular, dando origem, dessa forma, a essas duas denominações da identidade sexual feminina. A terceira denominação, *tribadismo*, provém do grego tribá, de tribo, que significa esfregar, friccionar. Logo, representa a prática sexual pela fricção mútua dos órgãos genitais.⁸

⁴ NUAN, Adriana. **Homossexualidade**: do preconceito aos padrões de consumo. Rio de Janeiro: Caravansarai, 2003. p.26.

⁵ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais**. Efeitos jurídicos. São Paulo: Método, 2004. p. 21-2.

⁶ Idem, p.22.

⁷ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais**: aspectos jurídicos. São Paulo: RT, 2002. p.17.

⁸ FERNANDES, op. cit., p. 22-3.

Pode-se definir o sentimento homossexual como a sensação de estar apaixonado, de se envolver amorosamente, ou sentir atração erótica por pessoa de sexo semelhante. É uma forma distinta de ser da maioria, somente no que diz respeito à orientação sexual, pois nos demais aspectos não há diferença. É a troca de afetos, é o envolvimento íntimo entre duas pessoas pertencentes ao mesmo sexo.⁹

Muitas são as definições dadas e, até hoje, existem aqueles que veem na homossexualidade uma perversão, pois foge aos ditos padrões de “normalidade”, de heterossexualidade. E o que é ser normal? Quem disse que ser heterossexual é que é ser normal? De acordo com Jurandir Freire da Costa, “a perversão está no comportamento preconceituoso e não na expressão da sexualidade minoritária. Perversa é a imposição pela violência do modo de satisfação de um indivíduo sobre o outro”.¹⁰

A homossexualidade como a compreendemos a partir do movimento social e da construção da identidade político cultural dos homossexuais a partir da metade do século XX, ou seja, a homossexualidade com base no vínculo afetivo entre parceiros/parceiras iguais, não deve ser confundida com outras formas de homogenitalidade.

A homossexualidade por amor deve ser distinguida do coito anal praticado pelos vencedores com os vencidos de guerra, junto com o estupro das mulheres. Informa Yvette Dubbe “que no antigo mundo patriarcal do Oriente Médio, uma prática comum, em caso de alguém ser derrotado e feito prisioneiro em uma batalha, era o intercurso sexual anal forçado. Como uma maneira de humilhar seus prisioneiros os vencedores os violentavam”.¹¹

No mesmo sentido Helminiak: “Forçar um homem a fazer sexo era uma forma de humilhá-lo. Por exemplo, durante a guerra, além de estuprar as mulheres e assassinar as crianças, os vitoriosos freqüentemente ‘sodomizavam’ os soldados derrotados. A idéia era de insultar os homens tratando-os como mulheres”.¹²

Naquela época, sexo geralmente não tinha muito a ver com amor e muito menos com carinho. Sexo era meio de procriação e de prazer para os homens, mas sexo era também sinal de dominação. Após as batalhas, era comum que os vitoriosos praticassem sexo forçado com os derrotados para humilhá-los. Proprietários de escravos podiam normalmente praticar sexo forçado com estes como uma atitude de dominação, ou para seu prazer. Para um homem livre da mesma tribo ou comunidade, significaria uma dominação, seria comparável a reduzi-lo ao *status* de

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ COSTA, op. cit., p.24-7.

¹¹ DUBE, Revda. Yvette. Homossexualidade e a Bíblia. Tradução livre de José Luiz V. Silva. In: **Apostila II**. Disponível em: <<http://ww.icmbrasil.org>>. Acesso em: 29 mar. 2008.

¹² HELMINIAK, Daniel A. **O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade**. Traduzido por Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998. p.42.

uma mulher, isso o desonraria. Por isso era proibido, ou expressamente desaconselhável.¹³

O estupro e o abuso sexual tem sempre a ver com violência e não com sexo consentido e, definitivamente, nada a ver com amor, amor que acontece entre duas pessoas que por acaso são do mesmo sexo, nada mais.¹⁴

A homossexualidade com base no afeto também deve ser distinguida da atividade sexual de prostitutas e prostitutas de santuários de certas religiões antigas, como a religião dos moradores de Canaã, terra conquistada pelo povo hebreu no século XIII a.C.

A religião cananéia gravitava em torno da fertilidade da terra e das pessoas. E expressão dessa fertilidade inserida na religião era demonstrada através das visitas aos templos dos deuses ou deusas e envolvimento em relações sexuais, geralmente do mesmo sexo, com os sacerdotes ou sacerdotisas disponíveis no templo.¹⁵

Os canaanitas acreditavam que esses ritos de fertilidade “traziam a benção sobre as estações, as colheitas e os rebanhos”.¹⁶ Tanto os livros do Testamento Hebreu quanto os textos caananeus encontrados em Ugarit usam as palavras qadesh (“o sagrado”) e qadesha (“a sagrada”). Em Ugarit, esses “sagrados” eram sacerdotes e sacerdotisas homossexuais que agiam como prostitutas.¹⁷

Diversas passagens do Testamento Hebraico, citando-se Lv 19.29 e Dt 23, 17-18, registram uma forte reação dos hebreus contra esta prostituição ritualística.¹⁸

Também no Testamento Cristão as condenações de Rom 1, 18-29 se dirigem a essas ações “pagãs” feitas “[...] pelas prostitutas ou prostitutos do templo, que se envolviam em relações sexuais com pessoas do mesmo sexo, como parte dos rituais de adoração dos ídolos (rituais de fertilidade)”.¹⁹

A sociedade hebraica não foi a única a repudiar os homens que se engajavam profissionalmente no sexo do mesmo gênero para o culto aos deuses. Yvette Dube informa que na Grécia clássica, esses homens eram menosprezados devido a seu aspecto efeminado, que representava exatamente o oposto do tipo heróico e hercúleo do amor, idealizado na Grécia e também em Roma. E à medida que foi se acirrando a dominação patriarcal nas sociedades mediterrâneas orientais, “[...] o homem em que faltavam traços viris, como a

¹³ DUBE, op. cit. Apostila IV.

¹⁴ Idem, Apostila III.

¹⁵ Idem, Apostila IV.

¹⁶ HELMINIAK, op. cit., p. 50.

¹⁷ DUBE, op. cit., Apostila V.

¹⁸ Idem, ibidem.

¹⁹ Idem, Apostila VIII.

fêmea a quem ele tão proximamente se assemelhou, foi mais e mais estigmatizado”.²⁰ A questão aqui diz respeito, claramente, à identidade masculina em oposição à identidade feminina. É uma questão de gênero, notoriamente, em forma de vida social que demandava o máximo de robustos trabalhadores e guerreiros, por força do atraso tecnológico dos meios de produção, de guerra e de medicina.

A pederastia, comum na Grécia e na Roma antigas, é outra forma de homogenitalidade que não deve ser confundida com a homossexualidade contemporânea. Aliás, é equivocado ver a pederastia como uma atividade homossexual. As pessoas engajadas na pederastia eram heterossexuais. “A pederastia era considerada apropriada ao treinamento de um menino para a masculinidade”.²¹

Em sua referência à literatura grega, Helminiak menciona que a ligação emocional entre homens (*homophilia* masculina) era tida como a mais sublime forma de afeição, incluindo amizade (*philia*), valores em comum e um compromisso em torno de uma tarefa.²² Mas de acordo com os críticos sociais, acentuadamente no século I da era cristã, no Império Romano os homens procuravam garotos e outros homens com a finalidade de fazer sexo, mantinham escravos e abusavam deles como objeto de sua concupiscência. Meninas e meninos eram raptados e vendidos como escravos sexuais. Em vez da *homophilia* idealizada, praticava-se a pederastia.

Na sociedade romana a pederastia ativa não era ocultada. O que importava era ser intrusivo, ativo. Mas, diferentemente da Grécia, o passivo tinha que ser escravo. Os passivos livres eram desprezados; do exército eram expulsos. O que era dever para um escravo, para o homem livre era uma infâmia. A censura não se endereçava à escolha do objeto sexual, mas ao papel passivo na relação. A passividade era associada à debilidade de caráter, atributo que não cabia ao cidadão livre e ao soldado. A passividade sexual era interpretada como indicador de passividade política: quem adotasse o papel sexual dos que careciam de poder – jovens, mulheres e escravos – estaria compartilhando com eles um *status* social e político inferior, ou seja, estaria abdicando da responsabilidade social e política que convinha a um cidadão romano. Vê-se aí, claramente, a oposição entre atividade-masculinidade-poder político, de um lado, e passividade-feminilidade-carência de poder, de outro.²³ Esse tipo de relação,

²⁰ Idem, Apostila X.

²¹ Idem, ibidem.

²² HELMINIAK, op. cit., p. 103.

²³ MORICI, Silvia. Homossexualidade: um lugar na história da intolerância social, um lugar na clínica. In: GRAÑA, Roberto B. (Org.). **Homossexualidade**. Formulações Psicanalíticas Atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 154-7.

indubitavelmente, nada tem a ver com a homossexualidade afetiva e recíproca entre adultos, como a concebemos hoje.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA HOMOSSEXUALIDADE

A homossexualidade é tão antiga quanto a heterossexualidade.²⁴ Remonta às civilizações mais antigas.

O homogenitalidade parecia vital para as civilizações antigas. Fazia parte do tecido social na Grécia antiga e era importante também no Império Romano. A pederastia ocupava um lugar na estrutura social como um ritual sagrado.²⁵ A pederastia prevista e amplamente inserida nas duas grandes civilizações antigas, cujo pensamento definiu a cultura ocidental, representa um estágio de evolução da sexualidade, das frações definidas para os gêneros e para as classes.²⁶

Na Grécia, o livre exercício da sexualidade – verdadeiro privilégio dos bem nascidos²⁷ – fazia parte do cotidiano de deuses, reis e heróis. O mais famoso casal masculino da mitologia grega era formado por Zeus e Gamimede. Lendas falam dos amores de Aquiles com Patroclo e dos constantes raptos de jovens por Apolo. Indaga-se sobre o caráter e a importância de tais práticas, se perversão admitida, instituição pedagógica ou ritual iniciatório, questionando-se se tais hipóteses seriam excludentes entre si.²⁸ A bissexualidade estava inserida no contexto social e a heterossexualidade aparecia como uma preferência de certo modo inferior e reservada à procriação. A homogenitalidade era vista como uma necessidade natural, restringindo-se a ambientes cultos, uma manifestação legítima da libido,²⁹ não se tratando de uma degradação moral, um acidente ou um vício.³⁰ Todo o indivíduo poderia ser ora homossexual, ora heterossexual, dois termos, por sinal, desconhecidos da língua grega.³¹

Nas Olimpíadas, os atletas competiam nus, exibindo a sua beleza física. Era vedada a presença de mulheres na arena por não terem elas capacidade para apreciar o belo. Também

²⁴ Assertiva repetidamente atribuída a Goethe, segundo DIAS, op. cit., p.25.

²⁵ RODRIGUES, Humberto. **O amor entre iguais**. São Paulo: Mythos, 2004. p. 36.

²⁶ SOUZA, Ivone Coelho de. Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA – IDEF. **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 112.

²⁷ Idem, p.108.

²⁸ Idem, p.103.

²⁹ Idem, p.108.

³⁰ BLEICHMAR, Sílvia. Pontualizações para uma teoria psicanalítica da homossexualidade. In: GRANA, Roberto B. (Org.). **Homossexualidade**. Formulações Psicanalíticas Atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 39.

³¹ DIAS, op. cit., p. 26.

nas representações teatrais, os papéis femininos eram representados por homens travestidos ou usando máscaras. Por certo, manifestações homossexuais.³²

As atitudes sexuais eram referentes aos amores masculinos e tinham como modelo relações pedófilas, que se constituíam em verdadeiro rito de iniciação sexual para os adolescentes, nominados de *efebos*, sendo que era uma honra para o jovem ser escolhido. O *preceptor* era um modelo de sabedoria, geralmente um guerreiro, que se dispunha a transmitir seus conhecimentos, tanto que a obra de Platão explora o amor dos rapazes como meio de adquirir sabedoria.³³ Fazia parte das obrigações dos preceptados que “servissem de mulheres a seus preceptores”, com o que ficariam mais bem treinados para a guerra e mais hábeis para a política. Os que se negavam a essas práticas eram considerados desviantes.³⁴

Não só na Grécia, mas também em múltiplas culturas, a pederastia ritualizada era bem aceita, dispondo de um caráter pedagógico. Ditas relações faziam parte da ética dos prazeres que articulavam a formação de si com o governo da *polis* ou a preparação dos rapazes para a vida pública.³⁵

Em Roma, a sodomia não se ocultava. A homossexualidade era vista como de procedência natural, ou seja, no mesmo nível das relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo.³⁶ O preconceito da sociedade romana decorria da associação popular entre passividade sexual e impotência política. A censura recaía somente no caráter passivo da relação, na medida em que implicava debilidade de caráter.³⁷ Como quem desempenhava o papel passivo eram rapazes, mulheres e escravos – todos os excluídos da estrutura do poder – clara a relação entre masculinidade-poder político e passividade-feminilidade-carência de poder.³⁸

Segundo Ivone M. C. Coelho de Souza, essas grandes culturas antigas (Grécia e Roma), das quais o pensamento moderno ocidental se vê como herdeiro, não assinalaram, ao longo de sua história preconceitos generalizados, nenhuma repressão definitiva, que se exercesse sobre a homossexualidade em si. Ao contrário, nos dois casos, concederam-se liberdades e prestígios condizentes com as idéias de classes, gêneros ou políticas, dentro das suas estruturas sociais.³⁹

³² FERNANDES, op. cit., p. 26.

³³ SPENCER, Colin. **Homossexualidade**: uma história. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 96.

³⁴ Idem, ibidem.

³⁵ SOUZA, op. cit., p.106.

³⁶ Idem, p. 109.

³⁷ MORICI, op. cit., p. 156.

³⁸ Idem, p.157.

³⁹ SOUZA, op. cit., p. 112.

Na realidade, o maior preconceito contra a homossexualidade provém das religiões abraâmicas (judaísmo, cristianismo e islamismo) entrelaçadas que, de há muito, censuram ao extremo os chamados pecados da carne.⁴⁰ Na Idade Média, a homossexualidade estava mais presente nos mosteiros e nos acampamentos militares. Mesmo assim, era, curiosamente, a Igreja, através da Santa Inquisição, a maior perseguidora dos homossexuais.⁴¹ A concepção bíblica busca a preservação do grupo étnico-religioso com base na afirmação de que a essência da vida é o homem, a mulher e sua família. A suposta crença de que a Bíblia condena a homossexualidade serve de justificativa para o ódio e crueldade contra *gays* e lésbicas, conforme lembra o padre católico romano Daniel A. Helminiak, que, no entanto, é categórico: “[...] para mim a Bíblia não fornece qualquer base real para condenação da homossexualidade”.⁴² A Igreja Católica, ainda hoje, considera as relações entre pessoas do mesmo sexo como verdadeiras perversões e aberrações da natureza. Na realidade, qualquer relação sexual prazerosa é vista como uma transgressão à ordem natural, pois o contato sexual deveria ser restrito ao casamento e exclusivamente para fins procriativos. Daí a condenação da homossexualidade, principalmente a masculina. O relacionamento entre mulheres era considerado mera lascívia, como se a sexualidade desta natureza fosse menos perigosa. Essa diversidade de tratamento justifica, inclusive, o fato de haver mais estudos sobre a homossexualidade masculina do que sobre a feminina. Tanto para as sociedades antigas como para as mais recentes, o que se passa no âmbito feminino não é valorizado.⁴³

Com a Santa Inquisição foi mais severa a penalização da prática do homossexualismo. O III Concílio de Latrão, de 1179, tornou o homossexualismo crime. A expressão *vox populi, vox Dei*, tinha o sentido de que qualquer atitude em descompasso com a maioria, estava em desarmonia com a vontade divina. Como o meio de evangelização se “ditava a voz de Deus”, a palavra da Igreja acabava sendo “a voz do povo”. Essa fórmula garantia o domínio da Igreja, assegurando a aceitação de seus dogmas e mandamentos. Na Idade Média, houve a sacralização da união heterossexual. O matrimônio – sem nada perder

⁴⁰ Segundo Taísa Ribeiro Fernandes, o judaísmo e o cristianismo, desde a sua origem, reprovam a homossexualidade, qualificando-a como a mais grave infração, responsável pela ira divina ao destruir Sodoma e Gomorra, Sodoma significa cópula ou coito anal, tendo, a palavra, sido cunhada a partir do nome daquela cidade. Lê-se no Gn 18,20 que o Senhor disse que o clamor de Sodoma e Gomorra tem se multiplicado e o seu pecado tem se agravado. Não há, porém, referência expressa a uma determinada ação pecaminosa. Mt 10 e Lc 10 referem-se aos sodomitas, que teriam desrespeitado o Código da Hospitalidade. Ainda de acordo com a citada autora, a conclusão de que estas cidades tenham sido destruídas pelo homossexualismo não se mostra razoável e nem lógica. Sendo difícil acreditar que Deus tenha condenado Sodoma e Gomorra a desaparecer sob uma chuva de enxofre e fogo pela prática homossexual por alguns de seus habitantes (FERNANDES, op. cit., p.35).

⁴¹ HELMINIAK, op. cit., p. 16.

⁴² Idem, ibidem.

⁴³ MOTT, Luiz. **Lesbianismo no Brasil**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1997. p. 8.

de seu viés patrimonial – foi transformado em sacramento. Somente as uniões devidamente sacramentadas eram consideradas válidas, firmes e indissolúveis.⁴⁴

O cristianismo desde a sua origem vem sendo intolerante para com os homossexuais. A Igreja rejeita qualquer prazer ou sensualidade que possa ser atribuído ao sexo marital, por adotar a idéia de que o sexo está ligado ao divino e ao sagrado e o sexo ligado ao prazer é associado à noção de pecado, mesmo dentro do matrimônio.⁴⁵

Na encíclica *Fides et Ratio*, o Vaticano reitera que a Igreja só aprova as relações heterossexuais dentro do matrimônio, classificando a contracepção, o amor livre e a homossexualidade como condutas moralmente inaceitáveis, que distorcem o “profundo significado da sexualidade”. Entretanto, confundir moral com o sistema de regras trouxe mais malefícios do que benefícios ao ser humano. Apresentar a moral pura e simplesmente como um imperativo extrínseco ao homem, a lhe ser imposto gratuitamente por Deus, sob a ameaça de danação eterna, é, a golpes certos, preparar, de um lado, a amoralidade e, de outro, o ateísmo.⁴⁶ Ao considerar que o prazer é pecaminoso, a religião está na verdade atentando contra Deus, que afinal, é o Criador, dono na vontade da lei divina e, ainda assim, libera as criaturas e faz evoluir essa sexualidade até chegar o prazer.⁴⁷

Com o afrouxamento dos laços entre Estado e Igreja, a partir da segunda metade do século XVIII, cessou o condicionamento a uma estrita obediência às normas ditadas pela religião, em que a apenação pelo descumprimento dos dogmas da fé estava sujeita à ira divina, eterna e implacável. Significativas mudanças sociais levaram ao surgimento de uma sociedade menos homofóbica. O declínio da influência da Igreja fez diminuir o sentimento de culpa, e o prazer sexual deixou de ser criminoso. O casamento oficializado pelo Estado se dessacralizou e novas condutas de convívio emergiram, não mais sendo alvo do repúdio social. Passou a haver uma maior valoração do afeto e a orientação sexual começou a se caracterizar como uma opção, e não como um ilícito ou uma culpa.⁴⁸

Uma concepção mais abrandada da homossexualidade decorreu das mudanças sociais e econômicas, que possibilitaram a formação de uma consciência coletiva por parte dos homossexuais enquanto específico grupo social. Para tanto colaboraram inúmeros fatores, simultaneamente gestados pelas transformações advindas da ascensão do capitalismo industrial e do surgimento de grandes cidades, no final do século XIX. Dentre esses,

⁴⁴ SPENCER, op. cit., p.96.

⁴⁵ Idem, ibidem.

⁴⁶ SUANNES, Adauto. **As uniões homossexuais e a Lei 9.278/96**. Rio de Janeiro: COAD. Ed. especial, out/nov 1999. p. 29.

⁴⁷ RODRIGUES, op. cit., p.22.

⁴⁸ CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**. Paraná: Juruá, 1997. p. 170.

enumeram-se: 1) a formação de “comunidades homossexuais”; 2) a organização de movimentos de direitos dos homossexuais; 3) o impacto do movimento feminista na estrutura social urbana (principalmente pelo desafio à divisão de papéis entre os gêneros da sociedade ocidental); 4) a crise do modelo familiar até então determinante dos padrões de moralidade; 5) as diversas manifestações de protesto reivindicatório de liberdade na década de 1960 (especialmente movimento estudantil); 6) revisão dos conceitos médicos e psicológicos, que até então rotulavam a homossexualidade como uma doença.⁴⁹

Na modernidade tardia, especialmente, desde o último quartel do século XX, as restrições que pesam sobre os homossexuais tendem a diminuir. Em virtude do progressivo controle socialmente organizado sobre a reprodução humana, “a heterossexualidade não é mais padrão pelo qual tudo o mais é julgado”⁵⁰. Por isso a intolerância tende a ceder lugar a uma atitude de maior compreensão para com a homossexualidade. Falsos preconceitos e pressupostos errôneos tendem a ser desmascarados. Começou a ser admitido que a rotulação segregativa de que são alvo os homossexuais revela comportamento agressivo, obscurantista e violento, e não deve ser admitido ou incentivado.⁵¹

Nos Estados Unidos, os homossexuais, sob o *slogan* “saindo do armário”, passaram a não mais se ocultar e vir a público com crescente transparência. Passaram eles próprios a proceder à análise de sua problemática, reclamando o direito à vida e o respeito a seus sentimentos. Em 28 de junho de 1969, eclodiu uma rebelião de travestis nominada de motim de *Stonewall*, no *Greenwich Village*, em Nova Iorque. Durante uma semana ocorreram protestos e brigas de homossexuais com a polícia, o que ensejou a institucionalização dessa data como o Dia do Orgulho *Gay*.⁵²

A proliferação dos chamados movimentos libertários, estruturados de forma articulada, tem procurado a aceitação dessa nova realidade, bastando lembrar as Paradas que são realizadas em todas as partes do mundo, sendo que uma das maiores delas, nos últimos anos, é a da cidade de São Paulo. Os homossexuais formam, atualmente, um grupo coerente, ainda marginal, mas que tomou consciência de sua própria identidade. Reivindicam seus direitos contra uma sociedade dominante que ainda não os aceita.⁵³

⁴⁹ RIOS, Roger Raupp. O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual. A Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-americano. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2002. p. 115-6.

⁵⁰ GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. Traduzido por Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1993. p. 45.

⁵¹ VELOSO, Zeno. Homossexualidade e Direito. **O Liberal**. Belém, 22 maio 1999.

⁵² MORICI, op. cit., p.170.

⁵³ DIAS, op. cit., p.30-1.

Importa ressaltar de que muito mais prejudicial do que a homossexualidade em si é o avassalador estigma social de que são alvo *gays*, lésbicas e transgêneros. São indivíduos cujo sofrimento não é originado por outra coisa que não a intolerância e o injustificado preconceito social.⁵⁴ A busca da despatologização da homossexualidade visa a defini-la como simples variante natural da expressão sexual humana, um comportamento que determina uma maneira de viver diferente.⁵⁵

Para os fins deste trabalho, convém investigar como se produziu histórico-socialmente o preconceito contra os homossexuais. Há que se compreender o sentido desse preconceito a partir das condições concretas que o originaram. Naturalmente, sem com isso pretender legitimar a continuidade do preconceito em condições sócio-históricas radicalmente transformadas.

A homossexualidade dos dias atuais se distingue de outras formas de homogenitalidade, por estar baseada fundamentalmente no afeto. Pode-se então supor com sólidos fundamentos, que as bíblias hebraica e cristã são impropriamente utilizadas quando o objetivo é o de justificar a intolerância e discriminação contra os homossexuais de nosso tempo. Não é simples compreender como as religiões abraâmicas – judaísmo, cristianismo e islamismo – sucumbiram à ideologia patriarcalista e, em função disso, contrariando os respectivos livros sagrados, incorporaram a filosofia estóica em suas teologias morais. O argumento “religioso” que sustenta os preceitos contra os homossexuais vem sendo repetido desde o período de esgotamento do modo de produção escravista na Grécia e em Roma, quando se elaborou a filosofia estóica. Afirma essa filosofia que todas as coisas são governadas por uma lei inerente à natureza e que a razão humana pode discernir essa lei. A virtude consiste em viver conforme a razão e não conforme as emoções. O propósito do sexo seria a procriação. A natureza elementar do sexo seria violada por qualquer utilização deste com finalidade estritamente hedonista ou recreativa. Qualquer atividade sexual que não tivesse por objetivo a procriação era considerada de “contrária à natureza”. Conseqüentemente, toda e qualquer forma de homogenitalidade era entendida como uma subversão da ordem natural inerente ao universo criado e, portanto, como uma violação do plano de Deus.⁵⁶

⁵⁴ MESQUITA, Rogério. **Questionamentos sobre o projeto de lei da parceria civil registrada**. Canoas: Faculdade de Psicologia, 1997. Tese Pós-Graduação em Psicologia – Faculdade de Psicologia. Centro Universitário La Salle, 1997. p. 9.

⁵⁵ DIAS, op. cit., p. 31.

⁵⁶ HELMINIAK, op. cit., p. 72-4.

Sem justificar o preconceito contra homossexuais, pode-se pretender captar o seu sentido na vida social de outros tempos. Essa obsessão pela procriação (“Crescei e multiplicai-vos”: Gn 1, 28) pode ser relacionada à necessidade de trabalhadores braçais e de guerreiros, ambos fortes, varonis, em épocas e lugares em que a tecnologia da produção e da guerra era atrasada e a longevidade era baixa em razão do atraso da medicina.⁵⁷ Mas não se pode negar que a intolerância com homossexuais vem sendo sustentada pelas religiões abraâmicas, por meio de um argumento que há muito se tornou insustentável.⁵⁸ No que diz respeito ao cristianismo, convém lembrar que ele se consolidou como sistema de crenças, ritos e normas morais em oposição ao Império Romano decadente, de modo tal que se deixou contaminar pelo sistema de pureza do judaísmo⁵⁹ e pelo sistema filosófico estoico. Com a hegemonia do cristianismo na Europa, a partir do século IV, impôs-se o princípio de que a racionalidade e a espiritualidade, de um lado, se opõem à emoção, à paixão e, paralelamente, entre o masculino e o feminino – ele, o cristianismo, tornou-se refém do maniqueísmo, por influência do estoicismo e, de certo modo, do racionalismo platônico.⁶⁰

Como a razão combatia a paixão e a assimilava ao feminino, acabava desqualificando o feminino e se revelando como razão androcêntrica. Helminiak esclarece que ao longo da história do Ocidente “uma das principais razões da oposição ao sexo anal entre homens deveu-se à suposição de que isso faria com que os homens agissem como mulheres. Esse argumento foi levantado por São João Crisóstomo no século V e Peter Cantor, no século XII, ambos opositores declarados à homogenitalidade”.⁶¹

Mesmo assim, “do século VIII ao século XII, na Europa, pessoas do mesmo sexo eram unidas por liturgias cristãs”.⁶² Através dos escritos de Dante Aligheri, sabe-se que,

⁵⁷ “Em um contexto onde a violência contra vizinhos era muito comum e onde o tamanho de sua família (principalmente os filhos e suas famílias) garantiria proteção, onde a única segurança e amparo dispensados aos idosos dependeriam de seus filhos e netos, é extremamente fácil de se perceber a importância de se ter uma abundante descendência.” (DUBE, op. cit. Apostila I).

⁵⁸ Mello fala em “visão de mundo religioso, fundada em pressupostos naturalistas, que concebe a família como uma instituição exclusiva do universo da relação homem-mulher” (MELLO, Luiz. **Novas Famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Geramond, 2005. p. 134).

⁵⁹ “Philo de Alexandria, que foi um importante pesquisador do Judaísmo, e que viveu entre 20 a. C. até 50 d. C. teve uma grande influência na interpretação bíblica. Em relação à sexualidade ele ensinou que uma das funções primárias de todo homem era a procriação e que toda e qualquer expressão sexual que não produzisse descendência legítima era ‘antinatural’.” (DUBE, op. cit., Apostila I).

⁶⁰ Em seu último livro, *As Leis*, Platão recomendara a limitação do prazer sexual à procriação, tendo em vista introduzir a razão nas leis. No fundo, o racionalismo platônico inaugurou a luta contra a moleza e os arrebatamentos passionais, a luta pela supressão de toda e qualquer paixão, no que foi seguido pelo estoicismo e por uma longa tradição do cristianismo. A passagem de *As Leis*, em que Platão diz que são contrários à natureza os usos do sexo com finalidades que não seja a reprodução, essa passagem não passou por alto aos cristãos greco-falantes de séculos posteriores. (MORACI, op. cit., p.153-4)

⁶¹ HELMINIAK, op. cit., p. 43.

⁶² MELLO, Luiz. **Novas famílias: Conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Aramond, 2005. p. 42.

apesar de ser considerada pecaminosa, a homogenitalidade masculina era uma prática comum entre “clérigos e grandes homens de letras de extensa fama” dos séculos XII e XIII.⁶³ A partir dessa época, à medida que se intensificou a urbanização da Europa, a atividade homossexual se tornou mais visível e o cristianismo passou a considerar com mais veemência as práticas afetivo-sexuais entre iguais biológicos, bem como todas as vivências que contrariassem os objetivos da reprodução, dentro ou fora do casamento.⁶⁴ Além de proibir a ordenação em qualquer nível da hierarquia eclesiástica, a Igreja Católica, através dos tribunais eclesiásticos, passou a perseguir e punir quem cometesse um único ato homogenital.⁶⁵ É razoável pensar que a hostilidade contra os homossexuais tenha se acentuado em função do “contexto de manifestações mais amplas de intolerância contra certos grupos, como foi o caso das Cruzadas, do anti-semitismo e da Inquisição”.⁶⁶ Mas não pode se perder de vista que os clérigos dessa época conservavam a preocupação com a passividade de certos homens, ainda que a interpretassem de uma maneira nova, a saber, que se trataria de uma enfermidade ao mesmo tempo congênita e contagiosa, versão curiosa que só será desmentida pela medicina na segunda metade do século XX.⁶⁷

É compreensível que com o humanismo renascentista, o homoerotismo masculino tenha adquirido uma nova visibilidade e relativa aceitação. Houve quem defendesse que a satisfação de um homem ao olhar um belo rapaz era um sentimento natural e não contrário à natureza.⁶⁸ No entanto as situações podiam variar grandemente de um país para outro.⁶⁹ N.Elias e M. Foucault alertam para o fato de que os códigos de decência foram mudados radicalmente à medida que, desde o século XV, vai se implantando a “sociedade burguesa, heterossexista, monogâmica e reprodutora, que confinaria o prazer sexual ao quarto dos pais”.⁷⁰

Para compreender as raízes da discriminação contemporânea aos homossexuais, há de se levar em conta o modelo de família constituído na Europa do século XIX. Desde a Revolução Francesa, na organização burguesa da vida social e política, foi se impondo a demarcação clara entre as esferas públicas e privadas e se fixando rigidamente o homem no

⁶³ MORICI, op. cit., p. 162.

⁶⁴ MELLO, op. cit., p.41-2.

⁶⁵ MORICI, op. cit. p.163-4.

⁶⁶ MATOS, Alderi S. de. **A homossexualidade no ocidente**. Disponível em: <<http://www.monoergismo.com>>. Acesso em: 27 fev. 2008.

⁶⁷ MORICI, op. cit., p.165.

⁶⁸ SILVA, Marcos. **A Homossexualidade no mundo**. Disponível em: <<http://www.geocities.com/companheiroscristaos/15Homomundo2.html>>. Acesso em: 03 mar. 2008.

⁶⁹ MATOS, op. cit.

⁷⁰ SILVA, Marcos. op. cit., p. 3.

lado do público e a mulher no lado privado. Ao homem reservou-se a política e à mulher o trabalho doméstico. A família se estruturou como "uma monarquia paterna, uma sociedade de linhagem que garante a estabilidade, a duração, a continuidade".⁷¹ Nesse arranjo familiar, o afeto e os interesses dos membros não eram valorizados, mas, incumbida da formação de mão-de-obra, de cidadão e proprietários e da transmissão do patrimônio, a família passou a ter uma enorme importância para a economia burguesa e para o Estado republicano. A hierarquia familiar repousava em uma disciplina machista de pátrio poder, reforçada por seu controle político. Este "poder-dever" orientava-se para a consecução de fins públicos, donde a possibilidade de intervenção estatal ocorria sempre que inadequadamente desempenhado.⁷²

Por influência indisfarçável do Direito Canônico, a validade jurídica das relações familiares estava condicionada à realização do casamento formal.⁷³ Em suma, para servir ao Estado republicano, as famílias passam a se estruturar em termos de reforços drástico do poder marital, de supremacia absoluta da família legítima, da submissão da mulher e de criminalização do adultério feminino.⁷⁴ De acordo com Foucault, citado por Roger Raupp Rios, "o sexo dos cônjuges era sobrecarregado de regras e recomendações. A relação matrimonial era o foco mais intenso das constrições".⁷⁵ Isso implicava hostilidades às mulheres não casadas.⁷⁶ E, naturalmente, como não há espaço para a aceitação de relacionamento destoante do padrão desenhado pela família institucional, a união de pessoas do mesmo sexo estava fora do âmbito do direito de família.⁷⁷

Nos séculos XVIII e XIX, a sexualidade humana era um item cultural que não podia ser entregue à errância das iniciativas individuais. De um lado, porque servia às políticas demográficas das potências colonialistas: de outro, porque continuava sendo o esteio para a formação do cidadão revolucionário imaginado por Rousseau e do burguês socialmente fabricado por moralistas, higienistas, filantropos, religiosos, pedagogos, juristas e psiquiatras do novo mundo republicano. Nessa cultura, o sexo desviante era uma infâmia, um insulto à razão dos espíritos iluministas, capitalistas e imperialistas.⁷⁸

No século XIX, à medida que a mentalidade científica (ciências médicas e psicológicas) predominou sobre a religiosa, declinou a perspectiva condenatória do ato

⁷¹ Apud KLEIN, Felipe P. Família, entidade familiar e união de indivíduos do mesmo sexo. In: ARONNE, Ricardo (org.). **Estudos de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. (v. 2) p. 111-75.

⁷² RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98-9.

⁷³ Idem, *ibidem*.

⁷⁴ Idem, *ibidem*.

⁷⁵ Idem, p. 101-2.

⁷⁶ KLEIN, op. cit., p.130.

⁷⁷ RIOS, 2001, op. cit., p.100.

⁷⁸ COSTA, Jurandir Freire da. A questão psicanalítica da identidade sexual. In: GRANA, Roberto B. (Org.). **Homossexualidade**. Formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998. p.15-27.

homossexual e passou-se a falar de homossexualidade em termos de doença, por oposição à normalidade da condição heterossexual.⁷⁹ A medicalização da homossexualidade deveu-se ao fato de o sexo ter-se tornado um objeto de pesquisa científica no Ocidente, o que por sua vez ocorreu por causa do temor de epidemias e da necessidade de imposição de disciplina às classes trabalhadoras (saúde e moralidade) no espaço urbano-industrial.⁸⁰ Sem objetividade científica, o discurso médico pela advertência dos riscos unificou o comportamento sexual, moralidade e saúde pública, reforçou o modelo institucional de família e, conseqüentemente, condenou as condutas sexuais que não se enquadravam nesse modelo.

Cabe aqui chamar a atenção para a influência dessa visão sobre os povos de religião islâmica. A colonização desses povos pelas potências ocidentais, como o Reino Unido e a França, no século XIX, teve um papel importante em tornar a homossexualidade um tabu. Na Índia, por exemplo, uma longa tradição do islamismo foi permissiva com a homossexualidade. Esta somente foi condenada após a colonização. Na história milenar dessa religião, não houve banimento das relações homossexuais, ao contrário, havia era uma celebração da homossexualidade. Somente a partir do século XIX os países do mundo islâmico que foram colonizados pelas potências ocidentais adotaram a tendência de fazer do comportamento homossexual um pecado, um crime, à proporção que o islamismo ficava mais radical.⁸¹

No final do século XIX, quando o discurso científico sobre o sexo se consolida, as pesquisas médicas formalmente se desinteressam pela valorização moral das condutas e se centram no sexo enquanto objeto de estudo. Então os médicos podiam proteger a perseguição religiosa e policial contra amantes do mesmo sexo. “Aliando-se aos médicos, os homossexuais aceitaram a sua condição supostamente patológica, como estratégia política, com vistas a assegurar a descriminalização de suas vivências afetivo-sexuais”, o que na época, parece ter sido um avanço político.⁸² No entanto, a teoria da degeneração, pela qual a medicina das perversões explicava a doença da homossexualidade, entre outras, permitiu que os homossexuais, tanto quanto os criminosos (Lombroso), fossem vistos como funcionalmente inadequados na sociedade. Isso gerou “[...] políticas estatais de confinamento e castração compulsórias, evitando sua procriação e em conflito direto com os ideais da

⁷⁹ RIOS, 2002, op. cit., p. 105.

⁸⁰ Idem, p. 106.

⁸¹ SHARMA, Parvez. **A guerra santa do amor**. Entrevista. Disponível em: <<http://festivaldoriorio.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2008.

⁸² MELLO, op. cit., p.195.

criminologia clássica...”⁸³ além de tentativas de recondicionamento das preferências sexuais através de técnicas da incipiente psicologia experimental.

1.3 DO TEMA DO RACISMO AO DA HOMOFOBIA: ESFORÇOS PARA COMPREENDER A DISCRIMINAÇÃO

Desde o fim da II Grande Guerra, preconceito e discriminação são temas disputados e estudados por intermédio de suas manifestações mais contundentes nas sociedades ocidentais: anti-semitismo, racismo e sexismo.

No esforço de compreensão dos fenômenos do preconceito e da discriminação, a cada uma das aludidas manifestações associou-se um conjunto de circunstâncias, na tentativa de explicar a gênese e reprodução destes processos. Daí os esforços, especialmente nos âmbitos científicos e políticos por se denunciar a deturpação ideológica dos saberes científicos (notadamente no campo da biologia, psicologia e das ciências sociais), bem como o combate às plataformas políticas que acolhem e acionam tais proposições e perspectivas.⁸⁴

As tentativas de superação do preconceito e da discriminação, nesse contexto, estruturaram-se a partir da premissa da descoberta dos processos de geração do preconceito e do enfrentamento aos respectivos atos de discriminação.⁸⁵ Tanto do ponto de vista das ciências sociais e psicológicas, quanto do direito, cuida-se de identificar as circunstâncias concretas que, diante da dinâmica própria do fenômeno discriminatório, desencadeiam a discriminação, bem como, ao mesmo tempo, busca-se combater tanto suas causas quanto suas conseqüências.⁸⁶

Os estudos e o combate ao anti-semitismo, ao racismo e ao sexismo, encontram-se em estágio diverso daquele experimentado pela homofobia. Antes disso, deve ser sublinhado o caráter interseccional da discriminação. No exame das manifestações discriminatórias referidas, costuma-se isolar cada uma dessas diversas expressões do preconceito e da discriminação. Esse procedimento, para fins exclusivamente comparativos, não significa ignorar a interseccionalidade da discriminação, ou seja, a associação simultânea de múltiplas dinâmicas discriminatórias na realidade concreta de indivíduos e grupos.⁸⁷

⁸³ RIOS, 2002, op. cit., p.109

⁸⁴ Idem, p.116.

⁸⁵ Idem, ibidem.

⁸⁶ Idem, p. 116-7.

⁸⁷ Idem, p.117.

1.3.1 Homofobia

Para explicitar o vínculo da homofobia com as outras formas de discriminação, cumpre iniciar pela evocação da gênese e história dessa expressão. Homofobia é um neologismo criado pelo psicólogo George Weinberg, em 1971, numa obra impressa, combinando as palavra grega *phobos* ("fobia"), com o prefixo *homo*, como remissão à palavra "homossexual". *Phobos* (grego) é medo em geral. Fobia seria assim, um medo irracional (instintivo) de algo. Porém, "fobia", neste contexto, é empregada não só como medo geral (irracional ou não), mas, também, como aversão ou repulsa em geral, qualquer que seja o motivo. Etimologicamente, o termo mais aceitável para a idéia expressa seria "Homofilofóbico", que é medo de quem gosta do igual.⁸⁸

Como visto no tópico anterior, alguns estudiosos e indivíduos comuns atribuem a origem da homofobia às mesmas motivações que fundamentam o racismo e qualquer outro preconceito. Nomeadamente, uma oposição instintiva a tudo o que não corresponde à maioria com que o indivíduo se identifica e as normas implícitas e estabelecidas por essa mesma maioria, nomeadamente a necessidade de reafirmação dos papéis tradicionais de gênero, considerando o indivíduo homossexual alguém que falha no desempenho do papel que lhe corresponde segundo o seu gênero.⁸⁹

Algumas pessoas consideram que a homofobia é, efetivamente, uma forma de xenofobia na sua definição mais estrita: medo a tudo o que seja considerado estranho. Esta generalização é criticada porque o medo irracional pelo diferente não é, aparentemente, a única causa para a oposição à homossexualidade, já que esta atitude pode também provir de ensinamentos (religião, formas de governo etc.), preconceito, informação ou ideologia (como em comunidades machistas), por exemplo.⁹⁰

Segundo Rogger Raupp Rios, as definições de homofobia valem-se de suas dimensões, veiculadas de modo isolado ou combinado, conforme a respectiva compreensão. Enquanto umas salientam a dinâmica subjetiva desencadeadora da homofobia (medo, aversão, ódio, resultando em desprezo pelos homossexuais), outras salientam as raízes sociais, culturais e políticas dessa manifestação discriminatória, dada a institucionalização da

⁸⁸ Disponível em: <<http://wikipédia.org/wiki/Homofobia-46k>>. Acesso em: 1 mai. 2008.

⁸⁹ RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editores, 2007. p. 118.

⁹⁰ Idem, ibidem.

heterossexualidade como norma, com o conseqüente vilipêndio de outras manifestações da sexualidade humana.⁹¹

De um modo geral, a investigação sobre cada modalidade discriminatória estrutura-se a partir da constatação de concepções e práticas discriminatórias, voltadas contra um certo grupo de indivíduos. Constatada essa realidade, a pesquisa volta-se às causas e origens, objetivando, em seguida, respostas visando à superação dessa situação.⁹²

Ainda de acordo com Roger Raupp Rios, no caso da homofobia, cada um desses estágios é controverso. Primeiramente, pelo fato de que no horizonte contemporâneo de combate ao preconceito e à discriminação, diversamente do que ocorre com o anti-semitismo, o racismo ou o sexismo, ainda persistem posturas que pretendem atribuir à homossexualidade caráter doentio ou, pelo menos, condição de desenvolvimento inferior ao da heterossexualidade. Em segundo lugar, pela complexidade da compreensão das causas e origens da homofobia. E em terceiro lugar, pelo intenso debate sobre a natureza ou construção social da homossexualidade, a dividir “essencialistas”⁹³ e “construcionistas”.^{94/95}

Nessa arena de debates conceituais e disputas políticas, Rios destaca duas grandes vertentes sobre o entendimento da homofobia: as idéias de “aversão a homossexuais” e de “heterossexismo”. Relativamente à primeira, o autor menciona a grande relevância da psicologia, sendo que o próprio termo homofobia foi cunhado de elaborações psicológicas. A homofobia seria então, em suma, a rejeição ou aversão a homossexual ou homossexualidade. Uma hipótese divulgada é a de que reações homofóbicas violentas provêm de sujeitos em grave conflito interno com suas próprias tendências homossexuais, resultantes da projeção de um sentimento insuportável de identificação inconsciente com a homossexualidade, sobrevivendo daí a intolerância à homossexualidade. Na esteira da tese projecionista, a homofobia seria combatida pela adoção de terapias psicológicas objetivando a superação de eventuais egodissintonia⁹⁶ da homossexualidade que venha a caracterizar certo indivíduo de um lado, e de outro, pelo estímulo ao convívio e conhecimento do outro e de sua realidade, visando à superação da ignorância e do preconceito.⁹⁷

⁹¹ Idem, *ibidem*.

⁹² Idem, p. 119.

⁹³ Para os essencialistas a identificação dos homossexuais se dá mediante a enunciação de uma característica pré-definida e invariável (a atração e/ou conduta sexual por pessoa do mesmo sexo).

⁹⁴ Para os construcionistas, a própria existência dos homossexuais e sua caracterização como discriminados, depende da especificidade de cada contexto cultural, sendo inviável qualquer classificação antecipada.

⁹⁵ RIOS, 2007, *op. cit.*, p.119.

⁹⁶ Fenômeno que indica algo que repugna, que não se coaduna com a concepção que o indivíduo tem de si mesmo. Em Dicionário Aurélio, Século XXI.

⁹⁷ RIOS, 2007, *op. cit.*, p.119-20.

Relativamente à homofobia como heterossexismo, o autor salienta que a compreensão do preconceito e da discriminação sofridos por homossexuais a partir da noção de fobia, tem como elemento central as dinâmicas individuais experimentadas pelo sujeito e presentes em sua socialização. A idéia de heterossexismo se apresenta como alternativa a esta abordagem, designando um sistema onde a heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importando se de modo explícito ou implícito. Uma vez institucionalizado, o heterossexismo se manifesta em instituições culturais e organizações burocráticas, como a linguagem e o sistema jurídico.⁹⁸ Na ideologia e no sistema heterossexista, mais do que uma questão de preferência ou orientação sexuais, o binômio heterossexualidade/homossexualidade é critério distintivo para o reconhecimento da dignidade dos sujeitos e para a distribuição dos benefícios sociais, políticos e econômicos. Isto porque pertencer a grupos inferiorizados implica a restrição, quando não a supressão completa e arbitrária de direitos e oportunidades, seja por razões jurídico-formais, seja por puro e simples exercício da força física bruta ou em virtude dos efeitos simbólicos das representações sociais. Como exemplo dessas situações, menciona Rios, a impossibilidade jurídica do acesso de homossexuais a certos institutos jurídicos, como o casamento civil e o elevado número de agressões físicas e verbais experimentadas por homossexuais.^{99/100}

O heterossexismo originou-se e se alimenta de várias ideologias, sem esquecer das cosmovisões religiosas e das visões de mundo da Antiguidade greco-romana. Nesse amplo e complexo quadro teríamos a “homofobia antropológica”, fundada na crença de que a evolução da sociedade caminha rumo a conjugalidade heterossexual monogâmica, tendo na homossexualidade o risco da desintegração da sociedade e da civilização; a “homofobia liberal” que considera as manifestações de homossexualidade matéria estritamente privada, não provendo homossexuais da proteção jurídica no espaço público, considerando esse domínio natural e exclusivo da heterossexualidade; a “homofobia stalinista” que considerando comportamentos homossexuais como decadência moral capitalista, promoveu em nome do “humanismo proletário”, a condenação da homossexualidade, e a “homofobia nazista”, que preocupada com a expansão ariana e a supremacia alemã, valeu-se de bases biológicas e morais para condenar 500.000 homossexuais à morte nas prisões.¹⁰¹

⁹⁸ Idem, p.121.

⁹⁹ Idem, ibidem.

¹⁰⁰ Na 9ª Parada do Orgulho GLBT realizada em 2004 no Rio de Janeiro, 64,8% dos participantes declararam terem sido vítimas de discriminação e 61,5% disseram ter experimentado violência sexual, agressão ou ameaça de agressão física e verbal e extorsão. Dados do Grupo Rosa Vermelha. História do movimento homossexual – cem anos de luta. Disponível em: <www.geocities.com/cidadaniarv/temak-html-16k>. Acesso em: 26 jan. 2008.

¹⁰¹ RIOS, 2007, op. cit., p. 122.

A homofobia revela-se como contraface do sexismo e da superioridade masculina, na medida em que a homossexualidade põe em perigo a estabilidade do binarismo das identidades sexuais e de gênero estruturadas na polaridade masculino/feminino. Toda vez que essa diferenciação for ameaçada, hipótese realizada por antonomásia¹⁰² pela homossexualidade – apresentar-se-á todo um sistema de ações e reações prévio ao indivíduo, no qual ele está imerso, nele se reproduz e dele vai muito além: trata-se do caráter institucional da homofobia como heterossexismo.¹⁰³

Citando Borrillo, Rios sustenta que “sexismo e homofobia aparecem como duas faces do mesmo fenômeno social. A homofobia e, em particular, a homofobia masculina, cumpre a função de ‘guardiã da sexualidade’, ao reprimir todo o comportamento, todo gesto, todo desejo, que ultrapasse as fronteiras ‘impermeáveis’ dos sexos”.¹⁰⁴

1.3.2 A homofobia e a relação com o anti-semitismo, o racismo e o sexismo

Predomina nas análises teóricas e nas lutas políticas, a concepção de que o anti-semitismo, o racismo, o sexismo e a homofobia são manifestações diversificadas dos fenômenos singulares do preconceito e da discriminação, de forma a haver a associação e ponto em comum a cada uma destas expressões discriminatórias, assim como dos fatores geradores e reprodutores das discriminações e das estratégias de enfrentamento a estas realidades.¹⁰⁵

No que se refere ao anti-semitismo, relacionam-se a pertinência cultural e/ou genealógica e a emergência dos totalitarismos; ao racismo, cor e sinais morfológicos e os regimes escravocratas; ao sexismo, a distinção morfológica sexual, o binarismo quanto ao gênero e o patriarcado. Como estratégia de superação da discriminação, comuns a tais manifestações, a conjugação de iniciativas centradas no indivíduo (auto-conhecimento e abertura para o outro) e medidas voltadas para a coletividade (políticas públicas, especialmente educacionais, conjugadas com respostas jurídicas, de cunho reparatório e promotor da diversidade).¹⁰⁶

No que tange aos critérios de identificação dos discriminados, em torno da homossexualidade gravitam acirrados debates, polarizados entre “essencialistas” e

¹⁰² Substituição de um nome próprio por um comum ou uma perífrase (ex. um Romeu ‘um homem apaixonado’, a águia de Haia ‘ Rui Barbosa’).

¹⁰³ RIOS, 2007, op. cit., p. 122.

¹⁰⁴ Idem, ibidem.

¹⁰⁵ Idem, p.123.

¹⁰⁶ RIOS, 2007, op. cit., p.123.

“construcionistas”, sendo que o pensamento de cada corrente já foi exposto no item precedente.

Identificadas as vítimas da discriminação, não importa a corrente adotada, apresenta-se de modo peculiar a questão da chamada “visibilidade homossexual”.¹⁰⁷ Diversamente do sexismo ou do racismo, onde estão presentes marcadores corporais, e do anti-semitismo (onde a pertinência genealógica pode ser rastreada), a homossexualidade está presente em todos os sexos e em todas as raças, etnias e convicções religiosas. Não há como, salvo auto-identificação ou atribuição por terceiros, distinguir, por mero recurso visual, de antemão, homossexuais e heterossexuais.¹⁰⁸

Segundo Michel Foucault,¹⁰⁹ a identidade homossexual em si mesma é fruto de um processo de controle e assujeitamento dos indivíduos. Nas suas palavras:

É necessário não esquecer que a categoria psicológica, psiquiátrica e médica da homossexualidade constituiu-se no dia em que foi caracterizada [...] menos como um tipo de relações sexuais do que uma certa qualidade da sensibilidade sexual, uma maneira de intervir, em si mesmo, o masculino e o feminino. A homossexualidade apareceu como uma das figuras da sexualidade quando foi transferida, da prática da sodomia, para uma espécie de androginia interior, um hermafroditismo da alma, O sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie.

Desta feita, a identidade homossexual como marcadora das vítimas da homofobia revela uma dinâmica muito singular em face das demais categorias vitimizadas pelo sexismo, pelo racismo e pelo anti-semitismo. Citando Young-Brueehl, Roger Raupp Rios salienta que diversamente da condição feminina, da afrodescendência ou da judaicidade, que não foram instituídas originariamente como destinatárias de discriminação, a homossexualidade foi uma invenção dos homófobos.¹¹⁰

Diante destas características nas relações entre homofobia e as demais formas de discriminação, Roger Raupp Rios, ressaltando a interseccionalidade dos fenômenos discriminatórios, traz à cena a combinação discriminatória entre orientação sexual e condição sorológica positiva para o vírus HIV. Cita alerta de Tertto Jr. no sentido de que a identificação dos homossexuais ora como vilões, ora como vítimas da AIDS, produz estigmas e preconceitos decorrentes da associação AIDS-homossexualidade, sendo que a dinâmica de discriminação combinada dá origem a situações de vulnerabilidade e violência.¹¹¹

¹⁰⁷ Idem, ibidem.

¹⁰⁸ Idem, ibidem.

¹⁰⁹ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. Rio de Janeiro: Graal, 1993. v. I, a vontade de saber. p. 43.

¹¹⁰ RIOS, 2007, op. cit., p.124.

¹¹¹ Idem, ibidem.

No que tange à relação da homofobia com as demais expressões discriminatórias, quanto às estratégias de enfrentamento, Rios salienta que de um modo geral, o combate ao preconceito e à discriminação requer a consideração das singularidades de cada dinâmica concreta, suas causas e conseqüências. Feito o diagnóstico, são desenhadas e empregadas estratégias, dirigidas tanto aos indivíduos como à coletividade, incluindo respostas jurídicas (repressão, reparação e prevenção da discriminação).¹¹²

Rios destaca dois obstáculos no combate à homofobia, não encontráveis nas demais formas de discriminação, sem subestimar a intensidade e a injustiça de cada uma dessas realidades: o primeiro, que ainda pesa contra a homossexualidade, de modo intenso e muitas vezes aberto, a pecha de condenação moral e inaceitabilidade social e política, circunstâncias que fomentam a homofobia, além de persistir a atribuição à homossexualidade do caráter doentio ou de condição de desenvolvimento inferior ao da heterossexualidade. O segundo, a afirmação da tolerância étnica e religiosa, do convívio respeitoso entre raças e da igualdade de gênero, como alternativas ao anti-semitismo, ao racismo e ao sexismo, que se apresenta, de um modo geral, compatível ou assimilável face ao *modus vivendi* hegemônico. Já a homofobia apresenta-se mais renitente do que outras formas de preconceito e discriminação, sendo que, atualmente, são inadmissíveis referências discriminatórias a negros, judeus e mulheres, mas são toleradas ou ao menos sobrelevadas as manifestações homofóbicas. Isso ocorre, dentre outros fatores, porque a homossexualidade tende a afrontar de modo mais radical e incômodo instituições e dinâmicas basilares da vida em sociedade.¹¹³

Não obstante, há que se buscar alternativas que possibilitem reagir aos direitos violados pela discriminação homofóbica, já que esta manifestação sem sombras de dúvidas, tanto no plano internacional como no nacional, viola os direitos humanos e os princípios da dignidade humana, da igualdade, da privacidade, da liberdade individual e do livre desenvolvimento da pessoa humana.¹¹⁴

A homofobia como expressão discriminatória, ocorre sempre que distinções, exclusões, restrições ou preferências anulam ou prejudicam o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural, ou em qualquer campo da vida pública. A qualificação de um ato ou da situação que lesa os direitos humanos e liberdades fundamentais, não depende da

¹¹² Idem, p.125.

¹¹³ Idem, p.125-6.

¹¹⁴ Idem, p.129.

intencionalidade do ato.¹¹⁵ Haverá, assim, discriminação homofóbica sempre que, de modo proposital ou não, houver lesão direta a direitos, diante de estilos de ser e de viver divorciados do heterossexismo. Ela será direta quando intencional e indireta quando não-intencional, segundo Rios.¹¹⁶

Na discriminação direta, três são as formas de manifestação: discriminação explícita, discriminação na aplicação e a discriminação na elaboração da medida ou tratamento. Na primeira, há diferenciação injusta explicitamente adotada, sendo exemplo dela cartazes espalhados por grupos neonazistas pregando o extermínio de homossexuais. Também ocorre quando a diferenciação for imediatamente extraída da norma, ainda que esta não a tenha referido literalmente, tendo-se como exemplo a legislação previdenciária, que ao arrolar os dependentes, almejou excluir companheiros homossexuais.¹¹⁷

A discriminação na aplicação ocorre quando independentemente das intenções do instituidor da medida, a diferenciação ocorre de modo proposital, na execução de sua aplicação. Cita-se a título de exemplo, o emprego pela Administração Pública, em concurso público, da aplicação de critério constitucionalmente proibido através de um procedimento em tese neutro, como o exame psicotécnico. Em litígios judiciais constam que a Administração Pública, de forma deliberada e intencional, já se valeu de tal expediente para discriminar em face da orientação sexual, na seleção de agentes policiais, embora não houvesse determinação administrativa oficial nesse sentido.¹¹⁸

A discriminação pode ocorrer ainda na própria concepção da legislação ou da medida, ainda que do seu texto não se possa inferir, literal e diretamente, a diferenciação. Isso acontece quando a medida adota exigências que, aparentemente neutras, foram concebidas de modo intencional, para causar prejuízo a certo indivíduo ou grupo. Cita-se a título exemplificativo, a exigência desnecessária de curso superior em concurso público com o propósito de excluir pessoas negras, já que os dados escolares apontam prejuízos à população negra. Como manifestação direta de homofobia no direito brasileiro cita-se o art. 235 do Código Penal Militar, que define como crime a pederastia.^{119/120}

Na discriminação indireta, independentemente da intenção, a discriminação lesiona direitos humanos de modo objetivo. Muitas vezes a discriminação é fruto de medidas,

¹¹⁵ Idem, p.130-131.

¹¹⁶ Idem, p.131.

¹¹⁷ Idem, ibidem.

¹¹⁸ Idem, ibidem.

¹¹⁹ Idem, p.132-3.

¹²⁰ Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar. Pena – detenção, de seis meses a um ano.

decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de justificação e vontade de discriminar, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos e grupos, gerando e fomentando preconceitos inadmissíveis. Seu enfrentamento exige, além de censura às suas manifestações intencionais, o cuidado da sua reincidência involuntária. Numa cultura heterossexista, condutas individuais e dinâmicas institucionais, formais e informais reproduzem o tempo todo, o parâmetro da heterossexualidade hegemônica como norma social e cultural. A naturalização da heterossexualidade acaba por distinguir, restringir, excluir ou preferir, com a conseqüente anulação ou lesão, o reconhecimento, o gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais aos que não se amoldarem no parâmetro heterossexual.¹²¹

1.4 A HOMOSSEXUALIDADE COMO CONSTRUÇÃO SOCIAL E O PROBLEMA DA DIFERENÇA

A homossexualidade por amor recíproco entre adultos é resultado da construção social. Nessa perspectiva, na nossa cultura, tanto quanto em outras,¹²² fica relativizada a “condição homo ou heterossexual como critério de distinção.”¹²³ Aderente ao Estado Democrático de Direito, esta concepção pretende justificar o diálogo intercultural, sem se deter no mero relativismo cultural.¹²⁴ Em oposição ao essencialismo, a concepção intercultural afirma que “masculino/feminino” e “heterossexual/homossexual”, entre outras categorias, são “relativos e mutáveis, construções sociais pelas quais o sexo biológico é compreendido [...]”.¹²⁵ Não há um único padrão heterossexual. Assim, também não pode haver um só padrão de realização do sentimento homoerótico.¹²⁶

Levando em consideração que “as maiorias ou minorias são construções sociais relativas e sem raízes na natureza das coisas”, a expressão “direitos dos homossexuais” deve ser entendida antes como um *slogan* político que como uma minoria social.¹²⁷ Em última

¹²¹ RIOS, 2007, op. cit., p.133-4.

¹²² “Em vários países asiáticos, como o Japão ou as Filipinas, por exemplo, a homossexualidade é largamente tolerada: em certas tribos da Nova Guiné a pederastia é institucionalizada e tida como necessária para o sadio amadurecimento dos adolescentes...; da mesma forma em certas tribos indígenas brasileiras..., sendo de se registrar, na contemporânea cultura paraense, a incolumidade da identidade masculina heterossexual daquele que se relaciona apenas de forma ativa com outros homens”. (RIOS, 2002, op. cit., p.120).

¹²³ Idem, ibidem.

¹²⁴ GARCIA CANCLINI, Néstor. **Diferentes, desiguais e desconectados**. Traduzido por Luis Sergio Heine. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2005. p. 88-9.

¹²⁵ RIOS, 2002, op. cit., p.124.

¹²⁶ COSTA, Jurandir Freire. **Politicamente correto**. Entrevista a Maira Rita Kehl. Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br>> p.3 de 5. Acesso em: 27 mar. 2008.

¹²⁷ RIOS, 2002, op. cit., p.124.

instância, essa concepção defende a “abolição das categorias ‘homossexual’/‘heterossexual’ na identificação dos sujeitos, caminho considerado apropriado pela superação da exclusão e discriminação dos indivíduos em função de suas preferências sexuais”.¹²⁸

No campo acadêmico, essa concepção de superação do binômio “heterossexualidade/homossexualidade” foi formulada pela *queer theory*. Mas a superação desse binarismo não nega a dualidade homem-mulher, uma vez que ela “está subentendida não só na relação heterossexual, mas também nas relações homossexuais, bissexuais e transsexuais”.¹²⁹ O que a *queer theory* intenta é dissolver o binômio “identidade sexual/desejo”, em face da hegemonia da heterossexualidade. O termo pejorativo “*queer*” (esquisito) não indica outra categoria sexual, mas identifica um processo pelo qual as identidades sexuais e expressões do desejo podem ser libertadas das estruturas heterocêntrico-patriarcais. Aponta para além dos enfoques binários, segundo os quais as pessoas são vistas como sendo, inteira e definitivamente – “essencialmente” -, masculinas ou femininas, heterossexuais ou homossexuais, ou ... ou ... A *queer theory*, postula, ao contrário, que o *self* de cada um “é performativo, feito de improviso, descontínuo e processual, constituído por atos repetitivos e estilizados”. Na relação discursiva e política com os outros, a identidade é definida como performance, como aquilo que fazemos. Ora, o que eu faço num determinado momento pode ser inteiramente diferente até mesmo o oposto, daquilo que eu faço no momento seguinte. Não estou preso a uma entidade fixa. Destarte, problematiza-se a normalidade hegemônica. Problematiza-se a heterossexualidade como norma invisível, relativamente à qual as outras formas de sexualidade são vistas como desvio, como anormalidade.¹³⁰

1.4.1 Diferença e identidade

Cabe aqui a chamar atenção para um aspecto relevante da construção interativa das identidades. Discursiva e politicamente, o que eu sou só se define pelo que eu não sou. “A definição da heterossexualidade depende inteiramente da definição de seu Outro, a homossexualidade”.¹³¹ O outro é inerente ao mesmo, o diferente é interior ao idêntico. O conceito relacional de diferença nos permite pensar diferentemente no interior da identidade,

¹²⁸ Idem, p.125.

¹²⁹ TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 223-4.

¹³⁰ SILVA, Tomaz Tadeu da. **Documentos de identidade**: uma introdução às teorias do currículo. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 1999. p.106.

¹³¹ Idem, p.107.

no interior do conceito, por exemplo, de mulher ou homem: mulher “contém” homem e vice-versa.

A heterossexualidade é legitimada e imposta explicitamente pela evocação da ansiedade ou hostilidade em relação à homossexualidade. A diferença é julgada contra um padrão primário de normalidade. A diferença no interior cria espaço para compreender as formas pelas quais a diferença é vivida; como as pessoas expressam as diferenças, brincam com elas, transgridem-nas, cruzam as fronteiras entre elas.¹³²

A diferença pode ser vivida e pensada também como “diferença além de nossa compreensão”, no sentido de “[...] a diferença de um Outro sempre contém algo além de nossa capacidade de compreensão”.¹³³ Essa diferença radical, essa “minha não-indiferença ao outro” (Lévinas), é condição de receptividade ética ao outro.¹³⁴ O que dificulta nosso reconhecimento do outro como outro é a “ilusão de que tudo pode ser nomeado e, conseqüentemente, conhecido” e o fato de que “em geral, os nomes chegam antes que possamos dar um nome próprio, pessoal, às coisas. Já está estabelecido o que é correto e o que é saudável fazer ou pensar”.¹³⁵ A “diferença além” é adequada ao reconhecimento das pessoas de outra orientação sexual que a nossa. Cabe aqui o respeito à diferença no sentido de “deixar que o outro seja como eu não sou, deixar que ele seja esse outro que não pode ser eu, que eu não posso ser, que não pode ser um (outro) eu”.¹³⁶

A luta política e simbólica pelos direitos conjugais e parentais dos homossexuais inevitavelmente se opõe àqueles que lhes negam esses direitos. Nisto se desvela um outro sentido da diferença: o da diferença contra as normas e valores sociais dominantes. De acordo com Burbules, nessa acepção, a diferença é:

[...] criada e ampliada por grupos que procuram ativamente diferenciar-se de normas e crenças dominantes ou convencionais, ou questioná-las. É uma forma de crítica, de questionamento, à medida que os pressupostos e lacunas de um discurso dominante voltam a se refletir nela por contraste com um discurso e série de experiências muito alheias a ela.¹³⁷

A propósito, escreve José R. de Lima Lopes:

¹³² BURBULES, Nicholas C. Uma gramática da diferença: algumas formas de repensar a diferença e a diversidade como tópicos educacionais. In: GARCIA, Regina Leite & MOREIRA, Antonio Flavio Barbosa (Org.). **Currículo na contemporaneidade: incertezas e desafios**. São Paulo: Cortez, 2003. p. 175-6.

¹³³ Idem, p. 174-5.

¹³⁴ Idem, ibidem.

¹³⁵ MILLONTSCHIK, Cecília S. Homossexualidade hoje: verdadeira compreensão ou objeto de consumo? In: GRAÑA, Roberto B. (Org.). **Homossexualidade**. Formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 107-28.

¹³⁶ SILVA, Tomaz Tadeu da. op. cit., p.101.

¹³⁷ BURBULES, op. cit., p. 176-7.

A resistência a visões majoritárias é o que dá a uma sociedade a dinâmica democrática e o que salva do intreguismo, do fundamentalismo das tradições e do autoritarismo condescendente e ilustrado dos grupos e pessoas que se julgam descobridores – ou depositários – da verdade e do bem.¹³⁸

Com efeito, as normas e comportamentos vigentes só podem ser transformados através dessa *recusa* de agir conforme o código social dominante, pelos grupos minoritários, coletivamente desviantes e ativos, “detentores de um código próprio e, mais ainda, capazes de propô-lo a outros como modelo ou alternativa”, como é o caso das comunidades de homossexuais. Do ponto de vista intercultural e democrático, concebe-se o desvio ou a divergência não como disfunção parcial e passageira que deve ser corrigida, mas como “[...] processo fundamental da existência das sociedades. É o acontecimento inesperado sobre o qual repousam o crescimento e a complexificação do sistema social”.¹³⁹

Na modernidade tardia, a militância étnico-racial, feminista e homossexual pluralizou as formas de viver a sexualidade. As lutas pelo direito de “esposar quem se deseja”, independentemente de raça e etnia (Arendt), e as lutas feministas pelo direito de “ter filhos se e quando eu quiser” foram decisivas para as lutas dos homossexuais por direitos conjugais (e parentais). Isso porque, a conquista de direito ao casamento misto e a não ter filhos legitimaram socialmente o direito à proteção jurídica da esfera de vida íntima dos indivíduos.¹⁴⁰ Em virtude dessas lutas, “[...] a valorização da dignidade da pessoa humana é postulado da consciência geral no atual estágio do desenvolvimento histórico da humanidade”.^{141/142} Destarte, a identidade sexual tende a ser definida e estruturada pelas escolhas individuais, perdendo o sentido de algo fixo e natural, de modo que “a escolha sexual tornou-se mais um elemento na escolha do estilo de vida”.¹⁴³ Está ligado a isso a mudança das representações sociais da família e do casamento, em função da generalização do divórcio, da monoparentalidade, da autonomização da sexualidade em relação à conjugalidade e à reprodução, da possibilidade de não-coabitação, das experiências de multiplicidade e simultaneidade de parceiros afetivo-sexuais, da redefinição dos papéis de gênero e da secularização dos vínculos conjugais.¹⁴⁴

¹³⁸ RIOS, 2001, op. cit., p.11-2.

¹³⁹ OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. **Elogio da diferença: o feminino emergente**. São Paulo: Brasiliense, 1999. p. 71-2.

¹⁴⁰ RIOS, 2001, op. cit., p. 112.

¹⁴¹ Idem, p. 92.

¹⁴² “O respeito aos traços constitutivos fundamentais da individualidade de cada um, sem depender de orientação sexual, é ordenado juridicamente em virtude do Artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988” (RIOS, 2001, op. cit., p. 91).

¹⁴³ GIDDENS apud RIOS, 2002, op. cit., p.123.

¹⁴⁴ RIOS, 2002., op. cit., p. 115-6.

1.5 MOVIMENTOS DE HOMOSSEXUAIS – CEM ANOS DE LUTAS¹⁴⁵

Um dos primeiros escritos que se conhece contra a discriminação aos homossexuais data de 1869. Neste ano um médico húngaro, Karóly Benkert, escreveu uma carta ao Ministério da Justiça alemão condenando o novo Código Penal que em seu art. 175 declarava que os atos sexuais entre homens eram delito. Foi nesta carta, também, que Benkert utilizou pela primeira vez o termo homossexual para denominar estes atos.

A luta contra o art. 175 fez florescer na Alemanha os primeiros movimentos em defesa da liberação homossexual. Em 1897 surgia o Comitê Científico e Humanitário (CCH), que promoveu diversas atividades até 1933, quando foi duramente vitimado pela violenta perseguição do nazismo que recém chegava ao poder.

Durante sua existência, o CCH lançou as bases daquilo que seria o movimento homossexual no decorrer do século. Abaixo-assinados, palestras e atividades públicas foram intensamente utilizados numa tentativa de pôr fim à discriminação contra os homossexuais. O grau de atividade e “modernidade” do Comitê pode ser, inclusive, exemplificado pela participação de Hirschfeld em inúmeras produções cinematográficas que discutiam o tema. Na mais famosa delas, intitulada “Diferente dos Outros”, de 1919 (ou seja, menos de 20 anos depois do surgimento do cinema), Hirschfeld não só participou como ator (um médico que procura convencer a sociedade que a homossexualidade não é crime nem doença), como também inseriu um poderoso discurso no final do filme:

Nós devemos assegurar que brevemente chegará um tempo em que tragédias como estas (o suicídio do principal personagem gay), serão impossíveis de acontecer, porque o conhecimento irá superar o preconceito, a verdade irá superar as mentiras e o amor conquistará o ódio.

Como sabemos, a profecia de Hirschfeld infelizmente não se cumpriu até hoje, apesar do movimento de *gays* e lésbicas nunca ter cessado desde então. Os anos 30 e 40 foram marcados por retrocessos e derrotas causados pelo fascismo e a guerra. Contudo, nos anos 50, o movimento homossexual internacional ganhou novo fôlego com a luta dos homossexuais norte-americanos contra a “caça às bruxas” promovida pelo senador McCarthy. Mas, os pequenos grupos que surgiam na época, apenas anunciavam o poderoso movimento homossexual que iria surgir naquele país duas décadas depois.

¹⁴⁵ Artigo elaborado pelo Grupo Rosa Vermelha. **História do movimento homossexual – cem anos de luta.** Disponível em: <www.br.geocities.com/cidadaniary/temak/html-16k .>. Acesso em: 26 jan. 2008.

A década de sessenta foi marcada pela revolução nos costumes e no comportamento de amplos setores da sociedade em vários países capitalistas. O ano de 1968 entrou para a história como ano da rebeldia estudantil. Já o de 1969 é um marco para a luta pelos direitos dos homossexuais. Em 28 de junho daquele ano, a polícia de Nova Iorque promoveu uma de suas costumeiras batidas em um bar freqüentado por homossexuais, o *Stonewall*, em *Greenwich Village*. Mas, desta vez a história foi bastante diferente das anteriores. Cansados das humilhações e perseguições, os homossexuais que estavam no bar, liderados por travestis, resistiram à polícia, trancando-os dentro do bar e ateando fogo ao recinto. A batalha que tinha pedras e garrafas como armas, e envolveu milhares de pessoas, prolongou-se durante toda a madrugada do dia 28 e nas quatro noites posteriores.

No primeiro aniversário da rebelião, 10 mil homossexuais, provenientes de todos os estados norte-americanos marcharam sobre as ruas de Nova Iorque, demonstrando que estavam dispostos a seguir lutando por seus direitos. Desde então, “28 de junho” é considerado o Dia Internacional do orgulho Homossexual.

Como resultado direto dessa mobilização, durante os anos 70, surgiram centenas de organizações de *gays* e lésbicas. Estas organizações obtiveram importantes conquistas como as seguintes:

1. Forçou a Associação Nacional de psiquiatria a rediscutir a classificação dos homossexuais como doentes;
2. Impôs fim à proibição de homossexuais nos serviços públicos em diversas cidades e estados;
3. Dezoito Estados dos EUA anularam as leis que puniam criminalmente a sodomia;
4. Em várias cidades foram aprovadas leis proibindo a discriminação nos locais de trabalho e moradia.

Porém, os avanços conquistados no início da década foram sistematicamente atacados no decorrer dos anos 70 e 80. O aprofundamento da crise econômica mundial abriu espaço para um discurso conservador que fez com que muitas leis antidiscriminatórias fossem revogadas apesar da resistência dos grupos organizados e da comunidade homossexual em geral. Um dos exemplos mais importantes desse embate se deu em Miami, na Flórida, em 1977. A derrota de uma lei em defesa dos direitos homossexuais levou centenas de milhares de pessoas às ruas. Já em São Francisco, 250.000 pessoas saíram às ruas em protesto contra os ataques aos direitos homossexuais e para repudiar o assassinato de um membro da comunidade por três adolescentes.

Na medida em que a onda conservadora avançava e os direitos legais eram retirados, aumentavam, também, os ataques físicos aos homossexuais. O caso mais famoso foi, sem dúvida, o assassinato de Harvey Milk, em São Francisco, o primeiro vereador assumidamente *gay* eleito nos EUA. Em novembro de 1978, um ex-policia e vereador, Dan White, assassinou Milk juntamente com o prefeito da cidade dentro da própria prefeitura. O assassinato provocou uma onda de manifestações em nível nacional e internacional, que teve seu ápice em maio o ano seguinte, quando White, apesar de todas as evidências, recebeu a sentença mínima (8 anos, com direito à liberdade condicional depois de 5).

Diante deste resultado, dez mil pessoas se concentraram na frente da prefeitura para protestar. A manifestação evoluiu rapidamente em um violento confronto com a polícia que teve como saldo cento e dezenove feridos (entre policiais e manifestantes), danos generalizados no prédio da Prefeitura e vários carros queimados. A revolta dos manifestantes foi ainda maior diante dos policiais que os atacavam aos berros dizendo que era chegada a hora de “limpar a cidade” e retomá-la das mãos dos “veados”.

1.5.1 História do movimento homossexual no Brasil ¹⁴⁶

Em 1977, os estudantes tomavam as ruas para exigir a anistia dos presos e exilados políticos. Era o começo do fim da ditadura. Diversos setores da sociedade buscavam a reorganização. A imprensa “alternativa” se multiplicou rapidamente, e os “setores oprimidos e explorados” da sociedade exigiam espaço para si. Em meio a esse processo surgiu o jornal *Lampião de Esquina*, com o objetivo de focar a luta de todos os chamados “setores oprimidos” (mulheres, negros, homossexuais e índios), mas que na prática era quase que totalmente voltado para a comunidade homossexual.

A idéia inicial de lançamento do jornal nasceu com a visita de um jornalista *gay* norte-americano, Winston Leyland, que veio à América Latina no final de 1977 para recolher material para escrever uma antologia sobre a produção literária de autores homossexuais. Sua visita acabou desencadeando a reunião de um grupo de jornalistas, escritores e intelectuais responsáveis pelo lançamento do número zero do jornal, em abril de 1978.

Além do surgimento do *Lampião*, outros fatores iriam contribuir para a formação do primeiro movimento homossexual brasileiro. Também em abril de 1978, entre os dias 24 e 30, a revista *Versus* promoveu um ciclo de debates denominado “Semana do Movimento da Convergência Socialista”, cujo objetivo era elaborar a plataforma política de um futuro

¹⁴⁶ Grupo Rosa Vermelha, op. cit.

partido socialista brasileiro. Durante estes debates um “incidente” provocado pela não convocação do *Lampião*, acabou resultando em uma intensa discussão sobre o relacionamento entre a esquerda e os homossexuais. A grande importância desse debate foi que ali se deu a primeira discussão pública sobre a homossexualidade e seus aspectos políticos.

Após este debate, um grupo integrado por dois editores do *Lampião* e outros homossexuais fundou o Núcleo de Ação pelos Direitos Homossexuais, que apareceu em público pela primeira vez para denunciar a forma preconceituosa como o jornal *Notícias Populares* tratava os homossexuais. Em dezembro de 1978, o grupo passa a adotar o nome de SOMOS – Grupo de Afirmação Homossexual. Em fevereiro de 1979, após a participação em um ciclo de debates na Universidade de São Paulo, o SOMOS cresceu significativamente, reunindo cerca de 100 homossexuais (aproximadamente 80 homens e 20 mulheres).

Desde sua fundação, um setor do SOMOS havia privilegiado uma atuação estreitamente ligada aos setores oprimidos da sociedade, as mulheres e os negros (apesar de que nem sempre tenha havido reciprocidade nesta tentativa). A primeira aparição pública do SOMOS, em uma mobilização, se deu no dia 20 de novembro de 1979 (Dia de Zumbi dos Palmares, ou Dia Nacional da Consciência Negra), em uma passeata convocada pelo Movimento Negro Unificado. Nesta passeata os ativistas do SOMOS portavam uma faixa onde se lia “Pelo fim da discriminação racial – SOMOS – Grupo de Afirmação Homossexual”.

No início da década de 80, já existiam diversos grupos formados em diversos Estados do país. E a necessidade de discutir, em nível nacional, as diferentes experiências de cada um dos grupos e a possibilidade de coordenar atividades conjuntas fez com que fosse convocado o *I Encontro Brasileiro de Homossexuais* e o *I Encontro Brasileiro de Grupos Homossexuais Organizados*, realizado na Semana Santa de 1980, no Rio de Janeiro. Os dois primeiros dias do Encontro foram fechados aos representantes dos grupos, e a plenária final, da qual participaram 800 pessoas, foi aberta. Entre os grupos que estiveram presentes podem ser citados: *Facção Homossexual da Convergência Socialista*, Eros (SP), SOMOS/Sorocaba, SOMOS/RJ, *Beijo Livre* (Brasília), *Libertos* (Guarulhos) e *Grupo de Ação Lésbico-Feminista*. Além disso, houve a participação de representantes de diversos Estados.

Assim como durante a discussão entre os grupos, a plenária foi polarizada pela discussão em relação a como o movimento homossexual deveria se relacionar com os demais setores oprimidos e explorados da sociedade. Essa discussão voltava-se à forma de participação do movimento homossexual na comemoração do 1º de maio no ABC paulista,

onde acontecia, naquele momento, uma poderosa greve. A plenária se dividiu ao meio e a posição de participar organizadamente do ato perdeu por apenas um voto.

Essa discussão significou praticamente um divisor de águas dentro do movimento homossexual. De um lado, estavam aqueles que viam a possibilidade de conquistar a emancipação homossexual dentro dos limites da discussão da sexualidade em si, do outro, ficaram os que acreditavam que a emancipação só seria possível caso fosse batalhada conjuntamente com os demais setores oprimidos e explorados da sociedade.

Os adeptos da segunda posição decidiram que participariam do ato de qualquer forma (mesmo temendo uma possível reação negativa por parte dos operários) e para tal, organizaram a “Comissão de Homossexuais pró-1º de Maio” que reuniu um grupo de 50 homossexuais para participar do ato. O grupo entrou no estádio de Vila Euclides, em São Bernardo com duas faixas – Contra a Intervenção nos Sindicatos e Contra a Discriminação do Trabalhador(a) Homossexual – e, para sua própria surpresa, foi entusiasticamente aplaudido e de forma alguma molestado.

O grau de diferenciação entre as duas posições em relação à participação no 1º de maio pode ser brevemente ilustrado pela atividade realizada pelo setor contrário à participação. Enquanto o ato acontecia em Vila Euclides, os editores de *Lampião* e aqueles que concordavam com sua postura, realizavam um piquenique no zoológico.

No período imediatamente posterior ao 1º de maio, se deu um inevitável distanciamento entre os dois setores e as páginas do *Lampião* se transformaram em porta-voz de inúmeros ataques ao chamado setor de “esquerda”, principalmente à Facção Homossexual da CS.

Essa polarização só conseguiu ser superada, temporariamente, devido uma violenta onda de repressão, desencadeada pelo delegado Wilson Richetti, contra o gueto *gay* de São Paulo no final do ano.

Desde o seu surgimento o movimento já enfrentava a repressão policial. Por exemplo, entre abril e julho de 1979, a polícia federal fez uma série de investidas contra o jornal *Lampião* e, esporadicamente, grupos de todo o País recebiam cartas ameaçadoras de “comandos de caça aos *gays*”. Richetti organizou a operação “Rondão”, a qual, durante dias, espancou e prendeu dezenas de homossexuais, travestis e prostitutas do centro de São Paulo.

A tremenda violência da operação fez com que amplos setores da sociedade se levantassem contra ela e uma passeata convocada pelo movimento homossexual, grupos feministas e o Movimento Negro Unificado, no dia 13 de junho, reuniu aproximadamente

100.000 pessoas, entrando para a história como uma das maiores mobilizações organizadas por homossexuais que o País conheceu.

1.5.2 Dispersão e o momento atual¹⁴⁷

Em 1981 deveria ocorrer o *II Encontro Brasileiro de Grupos Homossexuais*, mas o grau de atrito entre os diferentes grupos fez com que apenas acontecessem dois reduzidos Encontros Regionais, um no Nordeste e outro em São Paulo.

Apesar da visível dispersão que estava ocorrendo, o SOMOS ainda chegou a alugar uma sede para as suas atividades (a primeira com este caráter no Brasil), mas problemas financeiros aliados com os problemas políticos, fizeram com que o grupo se dispersasse definitivamente em 1983. Um ano mais tarde, o grupo *Outra Coisa*, formado pela dissidência do SOMOS e editores do *Lampião*, também encerrou suas atividades. Dos principais grupos surgidos no início da década, somente o Grupo *Gay* da Bahia e Ação Lésbico-Feminista conseguiram se manter ativos durante os anos 80.

Pode-se dizer que, além da polarização que surgiu dentro do movimento, diversos outros fatores contribuíram para a sua dispersão. Apesar de ser praticamente impossível determinar com exatidão as causas desse processo, é possível apontar algumas “pistas”:

-> Os setores de classe-média da sociedade, como estudantes e profissionais liberais (entre os quais se encontrava a maioria dos integrantes do movimento) que cumpriam um papel determinante na luta contra a ditadura entre 1977 e o início da década de 80, assumiram um outro caráter a partir do crescimento do movimento operário da época. Os setores mais militantes do movimento que viam no movimento operário a resposta estrutural para questões relacionadas às liberdades democráticas, não souberam como combinar militância em torno de suas reivindicações específicas com as demais atividades. Isso acabou criando um certo “mito” de que somente “após a revolução”, negros, índios, mulheres e homossexuais poderiam conquistar o espaço que lhes cabia.

-> O gradativo enfraquecimento da ditadura e sua derrocada final em 1984, criaram grandes ilusões democráticas entre amplos setores dos chamados grupos oprimidos. Já em 1982, a possibilidade de se apresentar pela primeira vez um candidato abertamente homossexual às eleições (pelo PT) fez com que muitos pensassem que a sociedade estava pronta para assimilar (ou no mínimo começar a dialogar com) a homossexualidade. Particularmente depois de 1984, a burguesia liberal adotou uma política de “concessões” em

¹⁴⁷ Grupo Rosa Vermelha, op. cit.

relação aos setores oprimidos. Secretarias “especiais” de mulheres e de negros surgiam em vários Estados, numa tentativa de institucionalizar o movimento. Mesmo entre os homossexuais, criou-se a expectativa de que era possível conquistar um espaço.

-> O surgimento dos primeiros casos de Aids (denominada inicialmente de “peste gay” pela imprensa e setores conservadores) em meados da década, apesar de ter servido como estímulo para organização de diversos pequenos grupos homossexuais, acirrou ainda mais o preconceito.

Houve um retrocesso generalizado, mundial e contraditório, em relação aos padrões de comportamento estabelecidos “pós-68” e consolidados no Brasil no princípio da década de 1980. Esse “retrocesso” não atingiu somente os homossexuais como, também, marcou de forma profunda as poucas conquistas que as mulheres e a juventude em geral haviam alcançado.

Enfim, quaisquer que tenham sido as causas, o fato é que os poucos grupos que sobreviveram à década de 80, o fizeram de forma dispersa e atomizada.

Em 1993, quando da realização do 7º *Encontro Nacional de Lésbicas e Homossexuais*, constatou-se que existiam aproximadamente 43 grupos atuando no país; destes, 19 estiveram presentes no encontro. Por esse momento, podemos destacar alguns grupos de projeção nacional (e mesmo internacional) como o Grupo *Gay* da Bahia (GGB), Coletivo de Lésbicas Feministas (SP), o Grupo de Homossexuais do PT, o Triângulo Rosa e o Atobá (RJ), Dignidade (PR). Apesar do encontro ter demonstrado que existiam grandes diferenças entre os grupos, percebeu-se a existência de “vontade política” para se organizarem nacionalmente. Movidos pela pressão e pelos efeitos concretos da discriminação, gays e lésbicas de todo o País sentem que organização não é apenas necessária, como também essencial.

Cabe ainda ressaltar, que em outros países também ocorrem processos bastante semelhantes. Hoje existem grupos e organizações homossexuais em todos os países da América Latina.

A lógica da organização das reuniões do Movimento *Gay* de Minas (MGM) serve para entender como a nossa sociedade se organiza no que se refere a sexo. Ela revela a preocupação e a existência, em nossa sociedade, de um discurso sobre o desejo e tudo que se refere a ele. Isso porque expor os desejos, os interesses e as atrações parecem definir e revelar as identidades. A revelação dos desejos aproxima-se da verdade, da identidade. Isso demonstra como a herança moderna está mais presente nas nossas ações e pensamentos do

que supomos, como bem nos lembra Foucault¹⁴⁸. Na verdade, a revelação é presente no espaço do movimento *gay* porque ela vem entendida pelos seus membros ainda com a perspectiva que a modernidade lhe conferiu, ou seja, na condição de viver “sem máscaras”. Além disso, a prática da revelação vem fortalecida por outros aspectos que devem ser considerados. Primeiro, é a vivência, durante algum tempo, da obrigação de silenciar os desejos, entendidos como proibidos, errados, anormais, enfim, que deveriam ser escondidos. Nesse sentido, o movimento *gay* constitui-se como espaço onde podem falar de tudo que sempre tiveram vontade, sem medos, é o espaço da libertação, da liberdade. Podem revelar o que gostam, o que sentem e o que querem.

Segundo, que essa possibilidade de colocar para fora o que estava preso concede aos membros um sentimento de emancipação, de vitória diante da repressão. Assim, o movimento *gay* também passa a ser o espaço da emancipação. Por esses dois aspectos, o movimento *gay* caracteriza-se pela inversão da lei do mundo, em que as verdades devem ser escondidas¹⁴⁹. É o prenúncio de um dia em que todos poderão assumir no cotidiano, da mesma forma que fizeram no espaço do movimento *gay*. Esse é o sentimento e a luta que predomina nas reuniões, é o anúncio de dias novos, uma proposta para o futuro, a promessa de felicidade. A presença da herança do Ocidente moderno está organizada por duas vias: uma é a luta para romper com essa herança, que ainda mantém a sexualidade no campo da produção dos discursos; a outra é o predomínio da revelação quando se fala da sexualidade, entendendo-a como intimamente ligada à identidade dos sujeitos. Em ambos os casos, o que se busca é a produção e/ou confissão da verdade, o que traz à tona a relação com o poder. Em princípio, a presença dessa herança pode ser lida pela vigência do silêncio que ainda vigora quando se discute sexualidade e, principalmente, as sexualidades marginalizadas.

O alerta de Foucault renova-se: ainda hoje vivemos os reflexos do regime vitoriano, caracterizado pela “nossa sexualidade contida, muda e hipócrita”.¹⁵⁰ A partir do século XIX, a sexualidade passa para o interior das casas, como algo particular, de responsabilidade das famílias, que passam a se dedicar e a se preocupar, cada vez mais, com a sua manutenção e com a ordem sexual. O casamento e suas ameaças, a reprodução, a educação das crianças, a sexualidade sadia em oposição às transgressões passam a ser a preocupação da família conjugal e do Estado. E essa preocupação se transforma, gradativamente, em discurso entendido como produção de verdade. Em contrapartida, essa mesma família conjugal se cala

¹⁴⁸ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. Rio de Janeiro: Graal, 1993. (A vontade de saber, v. 1).

¹⁴⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁵⁰ Idem, *ibidem*.

diante do sexo, do desejo, do erotismo, enfim, de tudo que está ligado às paixões, entendidas como capazes de desestruturar as pessoas e que, portanto, deveriam ser evitadas. A sexualidade passa a ser contida, desprovida de paixão, prazer e desejo, mas direcionada para a saúde, a ordem e a reprodução. Os desejos deveriam ser renunciados e reprimidos pelos homens.

O século XIX organiza e vai organizando-se com base nessas idéias, ditando o que pode e o que não pode ser feito, vivido, definindo o “normal” e o “anormal”, distinguindo o “certo” do “errado”. O que não é aceito é reservado ao silêncio. Assim acontece com as práticas homoeróticas, expulsas, negadas, proibidas e silenciadas. A qualquer tentativa de manifestação, seja como fato ou como assunto, são perseguidas na intenção de fazê-las desaparecer. No entanto, esse afã de identificar, silenciar, vigiar, punir, caçar e evitar as formas de sexualidade “marginalizadas” teve um resultado inverso, uma produção cada vez maior de discursos. O século XIX não foi capaz de realizar seu objetivo. Mesmo porque a repressão causa uma reação que, como a primeira, também está ligada ao poder e ao prazer, visto que ela cria a norma e, por conseqüência, a possibilidade de transgressão.

Lidar com essa relação entre repressão e resistências, entendidas como produção de poder e prazer, está na pauta de discussão dos movimentos *gays*, por mais que não se dêem conta disso. E o desafio que se coloca para o movimento *gay* é o de produzir uma “nova economia dos mecanismos de poder”, ligada à restituição do prazer, como ressalta Foucault¹⁵¹. Quando o movimento *gay* parte de um incômodo com o passado, com a produção de “verdades” sobre as homossexualidades, lutando pelo direito de expressão do amor e do desejo homossexual, está reescrevendo as formas de prazer. Na verdade, está utilizando a mesma lógica que dominou e censurou a homossexualidade, ou seja, está produzindo discurso, construindo “verdades” condicionadas ao poder. A análise de Foucault, neste sentido, é uma possibilidade de leitura dessa relação entre repressão e resistência e, portanto, do trabalho do movimento *gay*. Por essa perspectiva, o movimento *gay* passou a constituir-se como um espaço de luta política, diferente de outros lugares onde as sexualidades marginalizadas eram permitidas no século XIX. Se é inegável que as sexualidades marginalizadas foram perseguidas e proibidas do convívio das famílias e dos espaços privados, elas foram permitidas em lugares específicos, em que não produziam conhecimento, mas lucro, como os cabarés e as casas de saúde, por exemplo. Ainda hoje os espaços de sociabilidade e vivências da homossexualidade, como boates, saunas, cinemas e bares,

¹⁵¹ Idem, *ibidem*.

articulam-se nessa lógica de espaços de permissão, longe das famílias, voltados para o lucro, distantes da produção de conhecimento. O espaço do movimento *gay* constitui-se como a exceção: embora mantendo essa característica de espaço de permissão, vem constituindo-se cada vez mais como espaço de produção de conhecimento e lutando para se expandir para além de suas paredes, atingindo o espaço e o debate público e constituindo-se como local de luta política, lutando para romper com a herança ocidental moderna.

O trabalho do movimento *gay* constitui-se essencialmente no que Foucault classifica como causa política, quando trata do discurso produzido sobre sexo, sexualidade, desejo, verdade, ou seja, com os reflexos da nossa herança moderna. Ao falar de homossexualidade e relacioná-la à defesa do direito por prazer, amor, desejo, o movimento *gay* insere-se nessa causa política. Para Foucault¹⁵², a causa do sexo, quando se liga à produção de conhecimento e ao direito de falar dele, está associada à liberdade, aproximando-se da teoria da emancipação defendida por Boaventura Santos.¹⁵³

As idéias de Foucault e as de Boaventura Santos se aproximam, já que ambas se inscrevem numa perspectiva de futuro. Uma vez que nossa herança colocou a homossexualidade no campo do proibido, falar dela, defendê-la, produzir conhecimento ao seu redor, lutar por sua visibilidade, possui um aspecto de transgressão. Segundo Foucault, quem defende esse discurso se posiciona, de certo modo, fora do alcance do poder, visto que destrutura a lei e antecipa a liberdade futura.¹⁵⁴ O movimento *gay* lida com essa liberdade futura o tempo todo, na sua luta por uma construção de uma sociedade mais justa. Os membros do movimento *gay* parecem ter consciência dessa preparação para a liberdade futura, que está baseada num processo educacional capaz de construir identidades mais valorizadas da homossexualidade, tanto para seus membros quanto para o grande público, mesmo porque isso só poderá ser construído pelo diálogo, pelo confronto e pela negociação com a sociedade mais abrangente. É, ao mesmo tempo, a consciência de desafiar a “ordem estabelecida”, negando o passado na mesma perspectiva de Boaventura Santos, de se incomodar com esse passado visando construir algo novo sobre suas estruturas.

Como bem falou o dirigente do MGM, destruir o casebre, limpar o terreno e, só então, erguer o prédio.¹⁵⁵

¹⁵² Idem, *ibidem*.

¹⁵³ Grupo Rosa Vermelha, *op. cit.*

¹⁵⁴ FOUCAULT, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁵ FERRARI, Anderson. Revisando o passado e construindo o presente: movimento gay como espaço educativo. **Revista Brasileira de Educação**. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rbdu/n25a09.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2008.

1.5.3 Reivindicação de regulamentação das uniões homossexuais

A Constituição Federal identifica como objetivo principal da República Federativa do Brasil,¹⁵⁶ promover o bem de todos, sem preconceito de sexo, sem fazer referência à mesma proibição quanto à orientação sexual. Também é proibida qualquer discriminação no tocante a salário, exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo,¹⁵⁷ mas silencia quanto à não discriminação por orientação sexual.¹⁵⁸

De outro lado, o Código Civil (CC), que entrou em vigor em 2003 (Lei nº. 10.406/2002), não regulamenta as uniões homossexuais. Não prevê entre os impedimentos do casamento, a identidade sexual dos noivos, limitando-se a afirmar que o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a vontade de estabelecer vínculo conjugal (CC, art. 1.514). Reconhece, também, como entidade familiar, a união estável entre um homem e uma mulher (CC, art. 1.723).¹⁵⁹

Deste modo, ainda que os homossexuais estejam mobilizados e ativos na luta por seus direitos, não conseguiram eles, sequer, ser inseridos no âmbito do sistema jurídico. O reconhecimento dessas uniões, em que pese já tenha ocorrido em outros países, está ainda afastado da realidade brasileira. A imensa maioria dos homossexuais tem que ocultar a sua orientação sexual para manter seus empregos, família ou círculo de amigos. O direito de ter filhos, então, é algo ainda mais distante.¹⁶⁰

Como dito anteriormente, as iniciativas legislativas no direito comparado relativamente à regulação das uniões de pessoas do mesmo sexo registram significativos avanços. Maria Cecília Bodin de Moraes faz a sistematização que se relata a seguir.¹⁶¹

Há previsão legislativa para essas uniões na Dinamarca desde 1989; na Suécia e Noruega desde 1995 e na Islândia desde 1996. Nesses países a “parceria” ou “convivência registrada” reconhece direitos e obrigações mútuas, de assistência moral e material.

Na Holanda, desde 1998, vige a “parceria registrada” e o “contrato de coabitação”. Estes institutos holandeses, dirigidos a pessoas impedidas ou que não desejam casar-se, abrangem hetero e homossexuais.

¹⁵⁶ CF, art. 3º, IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁵⁷ CF, art. 7º, XXX: proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

¹⁵⁸ DIAS, 2006, op. cit., p.53.

¹⁵⁹ Idem, ibidem.

¹⁶⁰ SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais**: sua viabilidade pela adoção e reprodução assistida. Curitiba: Juruá, 2005. p. 84.

¹⁶¹ MORAES, Maria Cecília Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Apud*: RIOS, 2001, op. cit., p. 125.

A França aprovou em 1999 o “Pacto Civil de Solidariedade”, dispondo sobre direitos e deveres recíprocos entre casais, hetero e homossexuais, não vinculados pelo matrimônio.

Em 1994, o Parlamento Europeu emitiu a Resolução acerca da paridade de direitos de homossexuais na União Européia, recomendando aos membros da Comunidade a instituição de direitos iguais para as relações hetero e homossexuais, especialmente relativos a limites de idade para o consentimento do ato sexual, igualdade de oportunidades no trabalho público e privado, direitos e vantagens decorrentes do casamento, regime parental e adoção.

No Direito norte-americano, merece registro a Lei do Estado de Vermont, de 15-04-2000, que reconhece explicitamente, o caráter familiar das uniões homossexuais (denominadas de união civil), observadas as mesmas condições e requisitos atinentes às uniões heterossexuais. Merece menção, a expressa extensão da possibilidade de adoção, consoante as mesmas regras definidas para as uniões heterossexuais.

Também nos Estados do Havaí e Connecticut há o reconhecimento das uniões homossexuais.

A Alemanha desde julho de 2002 permite o registro civil das uniões entre casais *gays*. Em novembro de 2004, a Inglaterra aprova o “Ato de Parceria Civil”, sendo que a lei concede aos homossexuais quase os mesmos direitos concedidos aos casais heterossexuais.

Em junho de 2005 a Espanha aprova o casamento e a adoção por casais *gays* e em julho do mesmo ano, passa a ser permitido no Canadá o casamento entre homossexuais. Em abril de 2006 é aprovado na Bélgica o direito de casais homossexuais adotar.

No México, uma lei de 2007 não legaliza o casamento entre *gays*, mas reconhece legalmente as famílias estabelecidas por duas pessoas adultas, independentemente da orientação sexual.

Na América do Sul, recentemente, o Uruguai, tornou-se o primeiro país sul americano a regulamentar as uniões homossexuais. O Senado no dia 18 de dezembro de 2007, aprovou a chamada “Lei da União Concubinária”. Por esta lei, as uniões de fato, inclusive as de homossexuais, são equiparadas ao matrimônio, reconhecendo-lhes iguais direitos e deveres. O texto legal define a “união concubinária” como a situação de fato derivada da vivência em comum de duas pessoas, qualquer que seja o seu sexo, identidade, orientação ou opção sexual, que mantêm uma relação afetiva, de índole sexual, de caráter exclusivo, singular, estável e permanente, sem estarem unidas pelo matrimônio.

Parecem acertadas as decisões de regulamentação tomadas pelos países citados, porque as parcerias homossexuais representam um fato social inocultável e, no Brasil, ainda carecem de tutela legal e jurisdicional. No entanto, em decorrência de preconceitos e juízos

recheados de hipocrisia, falso moralismo e discriminação, essas pessoas não devem ser excluídas do convívio social e nem se pode fingir, simplesmente, que elas não existem, como se tal fato só ocorresse em outros países, bem distante do nosso.¹⁶²

As relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo sempre existiram, estão presentes em todo o lugar. Com a evolução dos costumes e maior aceitação da sociedade, deixaram elas de ser tão reprimidas, de se ocultarem, e as pessoas que integram esse grupo passaram a assumir mais aberta e francamente a sua sexualidade, “saíram do armário”, como se diz no jargão popular.¹⁶³

O homossexual é um cidadão como qualquer outro, sujeito de direitos e obrigações, que vota, trabalha, produz, constrói, paga impostos e, acima de tudo, como os demais seres humanos, ama e quer ser amado e, embora siga uma orientação sexual diferente da maioria, busca a felicidade e merece de seus concidadãos todo o respeito.¹⁶⁴

A identidade de uma pessoa não se define apenas por seu comportamento sexual. A compreensão da identidade sexual é básica para a compreensão do comportamento humano.¹⁶⁵

A angústia que surge quando o sujeito se descobre homossexual resulta da consciência de que ele sofrerá rejeição.¹⁶⁶ Se tivessem opção, muitos homossexuais prefeririam não sê-lo – o que é uma boa prova de que não existe opção.¹⁶⁷ Assim, como a atração por uma pessoa do mesmo sexo não nasce de um ato de vontade, nada justifica o desrespeito às expressões minoritárias da sexualidade, revelando-se de todo desarrazoada a total indiferença diante da diferença.¹⁶⁸

Resiste a tentativa de modificação do objeto de desejo, apesar de ser uma tarefa incansável, eticamente não é recomendável. A experiência clínica assinala que o processo desidentificatório não é possível. Jaime Stubrin diz que, mesmo quando desejado pelo paciente ou pelo médico, é extremamente frustrante a tentativa de mudar a orientação sexual, o que o leva a questionar: talvez uma resposta possível seja que não se pode curar o que não

¹⁶² FERNANDES, op. cit., p. 77.

¹⁶³ Idem, p. 77-8.

¹⁶⁴ Idem, p. 78.

¹⁶⁵ DIAS, 2006, op. cit., p.41.

¹⁶⁶ NUAN, Adriana. **Homossexualidade**: do preconceito aos padrões de consumo. Rio de Janeiro: Caravansarai, 2003. p. 124.

¹⁶⁷ SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal**. São Paulo: Cia das Letras, 1996. p. 22.

¹⁶⁸ DIAS, 2006, op. cit., p.41.

está doente. A meta não é a mudança da orientação sexual da pessoa, e sim a diminuição de sua angústia para poder melhorar a sua qualidade de vida.¹⁶⁹

A descoberta da atração por uma pessoa do mesmo sexo conduz a um período de profunda confusão. A angústia cria um estado de desamor, o qual, por sua vez, gera mais angústia e confusão. Daniel Helminiak constata que um enorme potencial humano é suprimido e desperdiçado porque as pessoas passam anos a fio odiando a si próprias, pois ensinadas a ter medo de seus próprios sentimentos.¹⁷⁰ O jovem passa por um sem número de dificuldades até descobrir sua verdadeira identidade sexual. Muitas vezes não consegue admiti-la, nem para si e muito menos dar a conhecer aos outros. Numa sociedade homofóbica, será discriminado e se autodiscriminará. Odiará a sua condição da mesma forma em que se sente odiado.¹⁷¹

Os homossexuais representam no Brasil mais de dez por cento da população – isso significa dizer que mais de dezesseis milhões de contribuintes de impostos são homossexuais, parcela esta bastante significativa. Fazem parte da realidade social, na qual a sua inserção, de forma mais realista e sincera, em nada alteraria o senso de moralidade e a ética da sociedade. Deve-se ter presente que o repúdio a esse fenômeno não o fará desaparecer. As uniões afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo estão aí, existem, e embora não reconhecidas e reguladas por lei, representam um dado evidente.¹⁷²

De acordo com Zeno Veloso:

Não é possível fechar os olhos para essa realidade. É preciso que uma lei seja editada pelo legislador, embora seja a condição de uma minoria da população, é imprescindível dar cidadania ao homossexual, tal como aconteceu com outras minorias, como os negros, as mães solteiras, as companheiras, os filhos outrora chamados ilegítimos e tantos outros, que tiveram que lutar muito para terem seus direitos reconhecidos.¹⁷³

No Brasil, o Projeto de Lei n 1.151/1995, instituidor da parceria civil, aguarda apreciação pelo Congresso Nacional. De acordo com a Professora Celina Bodin de Moraes, o projeto fica a meio caminho da regulação familiar e obrigacional do instituto. Apesar de não mencionar termos como “família”, “entidade familiar”, “relações familiares” ou “casamento”, ele prevê efeitos não patrimoniais ao registro da parceria, na linha da comunhão de afetos. Deste modo, prevê o direito à sucessão, benefícios previdenciários, qualidade de dependência

¹⁶⁹ STUBRIN, Jaime P. A Psicanálise e as homossexualidades. In: GRAÑA, Roberto B. (Org.). **Homossexualidade**. Formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998. p.74.

¹⁷⁰ HEMINIAC, op. cit., p. 14.

¹⁷¹ STUBRIN, op. cit., p. 70.

¹⁷² FERNANDES, op. cit., p. 78.

¹⁷³ VELOSO, Zeno. **Homossexualidade e direito**. O Liberal. Belém, 22 mai. 1999.

para fins tributários, composição de renda para aquisição de moradias e direitos obrigacionais perante planos de saúde e seguros em grupo. Na esfera pessoal, o projeto deixa aos parceiros o poder de disposição sobre coabitação, fidelidade e obrigações alimentares, bem como prevê a prioridade da curatela ao parceiro em caso de incapacidade superveniente do outro e a facilitação de aquisição de nacionalidade brasileira. Estão vedadas disposições sobre adoção, aquisição de nome, e a alteração de estado civil durante a vigência do contrato. Trata-se, com o afirmou a referida jurista, de um projeto de natureza híbrida, entre o direito pessoal de família e o direito obrigacional.¹⁷⁴

Encontram-se também, em tramitação no Congresso Nacional, duas Propostas de Emenda à Constituição, buscando afastar a discriminação por orientação sexual e proteger às uniões homoafetivas. A PEC nº 66/2003, de autoria da Deputada Federal Maria do Rosário e outros, dá nova redação aos arts. 3º e 7º da Constituição Federal, visando a incluir entre os objetivos fundantes do Estado, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de orientação sexual. Também insere entre os direitos sociais, a proibição de diferenças por motivo de orientação sexual. O projeto já recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. A Proposta de Emenda à Constituição nº 70/2003, de autoria do Senador Sergio Cabral, altera o art. 226, §3º da CF, para afastar a expressão "entre um homem e uma mulher". Estar-se-ia assim, a admitir a existência da união estável homossexual, ainda que não conversível em casamento. A Proposta ainda se encontra na Comissão de Constituição e Justiça.¹⁷⁵

Diversos outros projetos destinados à população homossexual foram apresentados no Congresso Nacional e se encontram em tramitação há anos, muitos deles com pareceres favoráveis da Comissão Especial do Congresso e da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando apenas a votação do plenário.

Como a situação ainda pende de regulamentação e o fato social está presente, grande parte da doutrina e da jurisprudência passou a aplicar às uniões homossexuais, para solucionar muitos e graves problemas patrimoniais entre os conviventes, os princípios das sociedades de fato, com base no art. 1.363 do Código Civil de 1916, combinado com os que vedam o enriquecimento sem causa (arts. 884 e 981 do Código Civil em vigor), propiciando que tais relacionamentos acabem por produzir efeitos jurídicos. A Súmula 380 do STF vem sendo aplicada, atualmente, para solucionar questões que envolvem casais homossexuais, embora dita Súmula, antiga, tenha sido editada em 1963 para atender aos anseios dos que viviam em

¹⁷⁴ MORAES, op. cit., p.115-6.

¹⁷⁵ DIAS, 2006, op. cit., p.53-4.

concubinato, especialmente das mulheres, que eram abandonadas pelos companheiros, muitas vezes já na velhice e na completa pobreza. Ela vem suprindo hoje, diante da omissão do legislador, os reclamos dos que formam um relacionamento homossexual.¹⁷⁶

Mas o relacionamento homossexual não deve estar fadado ao regime jurídico das sociedades, como se estabelecesse, unicamente, um vínculo negocial, empresarial. Não são essas as aspirações de dois seres que se amam e que passam a viver juntos, como um casal. A jurisprudência que já avançou, tem de progredir com vistas a evitar distorções, evitando que persista a idéia de que entre dois homens ou duas mulheres homossexuais, que vivam juntos, exista apenas um contrato de sociedade, um mero negócio com fins lucrativos, sem ver nessas uniões uma entidade familiar semelhante a qualquer outra. Deve deferir a eles direitos com base na relação afetiva que mantêm, da mesma forma como ocorre com a união estável, uma vez que presentes os requisitos de convivência duradoura, pública, contínua e o propósito de constituição de família. Uma família certamente, embora tenham os parceiros determinada orientação sexual. Quando a palavra de ordem é a cidadania e a inclusão dos excluídos, uma sociedade que se quer aberta, justa, livre, pluralista, solidária, fraterna e democrática, não pode conviver com tão cruel discriminação.¹⁷⁷

A falta de tratamento legislativo adequado às uniões homossexuais no Brasil é uma lacuna grave. Muitas são as demandas que surgem dessas relações, sendo necessário que o legislador as normatize, acompanhando as mudanças sociais que aí estão, esperando por uma definição. A edição de lei que venha a atender aos parceiros do mesmo sexo não estaria obrigando nem determinando a conduta de outras pessoas, é claro, mas apenas normatizando a situação dos que se encontram num relacionamento homossexual. Não será, obviamente, uma lei geral, mas específica, dirigida ao grupo social mencionado. Os direitos resultantes das uniões são reais, concretos. Mas necessitam de um tratamento positivo, ainda que se registre que a omissão do legislador ordinário não faz desaparecer o fato social.¹⁷⁸

Roger Raupp Rios, mencionando a existência no parlamento brasileiro um Projeto de Emenda à Constituição, de autoria do Deputado Federal Marcos Rolim (PEC 66/2003), com vistas a incluir dentre as proibições de discriminação expressamente a relativa à orientação sexual, assim se manifesta: “Esta ausência de previsão explícita, como expus, não impede a aplicação do princípio da igualdade formal como proibição geral de diferenciação,

¹⁷⁶ FERNANDES, op. cit., p.79.

¹⁷⁷ Idem, p.79-80.

¹⁷⁸ Idem, p. 80.

englobando, inclusive, as discriminações por orientação sexual”.¹⁷⁹ Sustenta ainda, o citado autor, que no campo legislativo federal deve-se mencionar a pertinência dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento jurídico e que pela aplicação da Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas considerou indevida a discriminação por orientação sexual no tocante à criminalização dos atos sexuais homossexuais, ao examinar o caso *Toonen v. Austrália*.¹⁸⁰

Não há, porém, necessidade de estabelecer-se legislação específica com vistas a regulamentar as uniões homossexuais, basta acrescentar à Constituição Federal a proibição de discriminação por orientação sexual e a reconhecer como entidade familiar, a união estável, independentemente do sexo dos parceiros. Portanto, ainda que seja evidente o avanço nas disposições constitucionais brasileiras sobre a família, elas foram omissas ao não incluírem entre as vedações de discriminação, também à relativa à orientação sexual e, ainda, por considerar como entidade familiar apenas a união estável entre homem e mulher. Deveria o constituinte, face os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, dar às uniões homossexuais, tratamento analógico às uniões estáveis entre heterossexuais, por serem estas fato social evidente.

1.6 A FAMÍLIA NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS

A falta dos acréscimos constitucionais, mencionada ao final do item precedente, acarreta aos conviventes homossexuais problemas de ordem jurídica e social, dificultando sobremaneira, a sua inserção e aceitação no seio da sociedade e a solução homogênea para os problemas decorrentes da eventual dissolução do vínculo afetivo ou pela morte de um dos parceiros.

Como afirma Maria Berenice Dias, diante da ausência de legislação específica, “está-se impondo às relações homoafetivas o mesmo calvário percorrido pelo concubinato antes da constitucionalização dos vínculos afetivos heterossexuais não matrimonializados, e que receberam a denominação de união estável”.¹⁸¹

Salienta ainda a citada autora, que o Código Civil de 1916 consagrava a indissolubilidade do casamento e além de omitir-se em regulamentar as uniões extramatrimoniais, acabou por puni-las, ao banir a possibilidade de reconhecimento de

¹⁷⁹ RIOS, 2002, op. cit., p.139.

¹⁸⁰ Idem, ibidem.

¹⁸¹ DIAS, 2006, op. cit., p.88.

quaisquer direitos a quem mantinha uma relação afetiva sem o vínculo legal. Isso, no entanto, não impediu que as pessoas buscassem a felicidade.¹⁸² Essas uniões, constituídas sem o selo do casamento e identificadas pelo nome de concubinato, passaram a ser aceitas pela sociedade. Findo o relacionamento, quer pela separação, quer pela morte de um de um dos parceiros, os concubinos passaram a bater às portas do Poder Judiciário. Na tentativa de coibir injustiças aberrantes, a jurisprudência se limitava a conferir alguns efeitos patrimoniais, sem ver o relacionamento como análogo ao casamento. Inicialmente, concedia-se à mulher indenização por serviços domésticos. No máximo se chegou ao reconhecimento da existência de uma sociedade de fato, tão só para evitar que o acervo adquirido durante a sua vigência ficasse em mãos de apenas um dos sócios, a gerar enriquecimento injustificado em detrimento, via de regra, da mulher.¹⁸³ A dificuldade em aceitar que essas uniões configuravam uma entidade familiar persistiu até mesmo depois de a Lei Maior ter-lhe deferido a especial proteção do Estado, passando a chamá-las de união estável. Esta resistência só cedeu quando do advento das leis que expressamente regulamentaram a norma constitucional.¹⁸⁴ E se isso aconteceu com uniões estáveis entre heterossexuais, imagine-se, então, a resistência para o reconhecimento como entidade familiar das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Não obstante, a discriminação contra os homossexuais não deve mais persistir, e à semelhança do que ocorreu entre as uniões estáveis heterossexuais, embora as resistências, encaminha-se no plano legislativo, para ser reconhecida como entidade familiar.

1.7 A INSUSTENTABILIDADE DA VISÃO HOMOFÓBICA

No combate a essas práticas discriminatórias a função do direito é fundamental. A partir da afirmação expressa dos direitos básicos desses indivíduos ou grupo, o ordenamento jurídico pode, na contramão da discriminação homofóbica, colaborar na crítica e no enfrentamento do heterossexismo. Seria o caso, exemplificativamente, da censura a laudos psicológicos que consideram homossexuais inaptos a exercer cargos públicos exclusivamente em face de suas orientação sexual.¹⁸⁵ A introdução de diretrizes respeitosas à diversidade sexual poderia agir no sentido de mudanças institucionais e na superação de preconceitos e

¹⁸² Idem, *ibidem*.

¹⁸³ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁵ RIOS, 2007, *op. cit.*, p.135.

discriminações. Ilustra esse esforço a adoção de parâmetros curriculares e cursos de formação do magistério atentos e respeitosos à diversidade sexual no ambiente escolar.¹⁸⁶

Outra resposta jurídica capaz de contribuir com processos mais amplos de mudança seria a imposição de reparação a injustiças perpetradas, individual ou coletivamente, a grupos estigmatizados.¹⁸⁷

De qualquer sorte, à luz da legislação constitucional vigente e dos direitos humanos, a homofobia não se justifica e não se sustenta. Não se olvide que a intolerância quanto à determinada pessoa lesa não apenas o direito individual daquela determinada vítima, mas o direito à existência simultânea de diversas identidades e expressões da sexualidade, que é um bem comum indivisível. Uma vez acionada, a intolerância ofende o pluralismo,¹⁸⁸ que é requisito para a vida democrática. Daí a compreensão de que os chamados crimes de ódio merecem intensa e pronta reprovação, pois atentam não só aos princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade, entre outros, mas, também, contra a convivência democrática.¹⁸⁹

O capítulo a seguir apresenta uma análise do direito constitucional brasileiro, notadamente sobre os princípios da igualdade nos planos formal e material, da dignidade humana, da liberdade e, sobretudo, do preceito do art. 3º, inciso IV, que destaca constituir-se em objetivo fundamental da República, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁸⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁸ Valor constitucional supremo, conforme art. 1º, V, da Constituição Federal de 1988.

¹⁸⁹ RIOS, 2007, op. cit., p.136.

2 O OLHAR CONSTITUCIONAL SOBRE A UNIÃO HOMOSSEXUAL

Como permite antever o capítulo precedente, este trabalho visa a estudar a homossexualidade em face do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a respeito da relação entre os princípios constitucionais protetivos da dignidade da pessoa humana e da igualdade diante da homossexualidade, assim como da qualificação jurídica das uniões homossexuais em face do Direito de Família, neste incluídos os direitos à dependência perante a previdência social, os direitos patrimoniais e sucessórios. No desenvolvimento do tema, trata-se, também, dos empecilhos experimentados pelos homossexuais no acesso à Justiça e à disparidade de suas decisões em razão, principalmente, da ausência de regulamentação das relações entre pessoas do mesmo sexo.

A Constituição, normativamente, é um conjunto de regras preceptivas, programáticas e princípios configurantes de valores básicos.¹⁹⁰ Há, portanto, uma normatização principiológica no texto constitucional, ressaltando com isso, que o Texto Maior afirma, expressamente, ter adotado um conjunto de princípios impregnados de supremacia, que em outras palavras, significa que são imperativos e obrigatórios para todos. Neste diapasão, os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade são plenamente aplicáveis aos homossexuais, que não podem ser discriminados ou alijados do ordenamento jurídico apenas por serem diferentes.

2.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os princípios são, dentre as formulações deônticas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados não só pelo aplicador do direito, mas por todos aqueles que, de alguma forma, se dirijam ao sistema jurídico.¹⁹¹ Assim, estudantes, professores, cientistas e operadores do direito – advogados, juízes e promotores públicos, têm de, primeiramente, levar em consideração os princípios norteadores de todas as demais normas jurídicas existentes. Nenhuma interpretação poderá ser considerada bem feita se

¹⁹⁰ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal**. Princípios Fundamentais. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997. p. 79.

¹⁹¹ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19.

desprezar um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas.¹⁹²

Os estudos do direito público, em especial de direito constitucional, lograram nas últimas décadas avanços significativos no que diz respeito à interpretação das normas constitucionais. Hodiernamente, mais que no passado, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, além de prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos.¹⁹³ De acordo com Humberto Ávila, “é até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico”.¹⁹⁴ Entretanto, como admite o próprio autor, essa euforia terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. Trata-se da efetividade de elementos chamados de fundamentais – os princípios jurídicos. Nesse quadro, algumas questões causam perplexidades, sendo que a primeira delas é a distinção entre princípios e regras. A segunda é a falta de clareza conceitual na manipulação das espécies normativas.¹⁹⁵

Foi na tradição do direito anglo-saxão que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição.¹⁹⁶ Ronald Dworkin, em estudos que visavam atacar o positivismo, sustentou que o direito positivo seria um sistema de regras dentro do qual os princípios não encontrariam lugar, sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios.¹⁹⁷ Para Dworkin, as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita ou ela não é considerada válida. No caso de colisão de regras, uma delas deve ser considerada válida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.¹⁹⁸ Assim, os princípios, ao contrário das regras, conteriam uma dimensão de peso e importância, demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que, o princípio com peso relativamente maior sobrepor-se-ia ao outro, sem que este perdesse o seu valor.¹⁹⁹

¹⁹² Idem, ibidem.

¹⁹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 23.

¹⁹⁴ Idem, p.23.

¹⁹⁵ Idem, p.24.

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel Derecho, 1995. p.93.

¹⁹⁷ Idem, ibidem.

¹⁹⁸ Idem, p. 95.

¹⁹⁹ Idem, p.77.

O jurista alemão, Robert Alexy, partindo das considerações de Dworkin, deixou mais preciso o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem numa espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.²⁰⁰ Com base na jurisprudência alemã, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão de princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas em função da ponderação entre os princípios colidentes, em razão da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.²⁰¹ Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as conseqüências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Por isso a aplicação de um princípio deve ser vista sempre como uma cláusula de reserva, ou seja, se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso.²⁰²

Destarte, essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica (problema do dentro ou fora), o conflito entre princípios já se situa no interior dessa mesma ordem (teorema da colisão).²⁰³

Humberto Ávila, após examinar minudentemente a questão e as lições dos doutrinadores sobre o assunto, propõe a seguinte conceituação: *regras* são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos; *os princípios* são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁰⁴

De sorte que, atualmente, de acordo com Humberto Ávila, não mais se discute a existência de princípios e regras em funcionamento no mundo jurídico, cabendo ao intérprete equacionar os problemas que encontra no ordenamento jurídico obedecendo à ordem

²⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. p. 89.

²⁰¹ Idem, *ibidem*.

²⁰² Idem, p. 89.

²⁰³ Idem, *ibidem*.

²⁰⁴ ÁVILA, op. cit., p. 78.

fundamental dos princípios.²⁰⁵ As normas jurídicas funcionam como regras e estas, por sua vez, estão fundamentadas nos princípios. Estes “têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos a que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras”.²⁰⁶

Os princípios situam-se, então, no ponto mais alto de qualquer sistema jurídico, de forma genérica e abstrata, mas esta abstração não significa incidência no plano da realidade. É que as regras jurídicas incidem no real e como devem respeitar os princípios, acabam por levá-los à concretude.²⁰⁷ É nesse aspecto que reside a eficácia dos princípios: como toda e qualquer norma jurídica deve a eles respeitar, sua eficácia é – deve ser – plena.²⁰⁸

Sabe-se que, muitas vezes, autores sustentam que os princípios ficam situados em tal abstração que só muito longinquamente se pode buscá-los, de modo que sua influência efetiva torna-se dificultosa ou rara. Não é incomum clamar-se pelos princípios apenas na exceção de casos concretos excepcionais, e isso se justifica no caso brasileiro pelo que dispõe o art. 126 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 126. O Juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.²⁰⁹

Essa forma de interpretação do sistema jurídico é chamada de integração e é mediante esse instrumento que o intérprete “preenche” a lacuna encontrada no sistema. Assim, pela leitura do dispositivo do Código de Processo Civil, percebe-se que a legislação infraconstitucional apresenta um critério que não raro, leva ao equívoco de se pensar que os princípios vêm por último no ato de interpretativo-integrativo, quando o verdadeiro é o inverso.²¹⁰

Os sistemas constitucionais contemporâneos, e nestes se inclui o brasileiro, são interpretáveis a partir da idéia de um sistema hierarquicamente organizado, que tem no topo a Constituição. Portanto, qualquer exame de norma jurídica infraconstitucional deve iniciar-se pela norma máxima, a qual irá iluminar todo o sistema normativo. “A análise e o raciocínio

²⁰⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 44-5.

²⁰⁶ Idem, p. 44-5.

²⁰⁷ NUNES, op. cit., p.20.

²⁰⁸ Idem, p.21.

²⁰⁹ Trata-se do princípio da indeclinabilidade da jurisdição: deve o magistrado sempre decidir o caso concreto que lhe é submetido à apreciação. Esse mesmo dispositivo consta do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

²¹⁰ NUNES, op. cit., p. 23.

do intérprete se dá, assim, dedutivamente, de cima para baixo. A partir disso o intérprete irá verificando a adequação e constitucionalidade das normas infraconstitucionais que pretende estudar”.²¹¹

A inconstitucionalidade será resolvida apontando-se o vício fatal da norma infraconstitucional. Já a adequação será norteadora para o esclarecimento, ampliação e delimitação da validade e do âmbito da incidência da norma infraconstitucional, bem como para a apresentação precisa de seus próprios princípios.²¹²

Os princípios se configuram então, como fonte basilar, como raiz ou ponto de apoio de um sistema jurídico e a sua compreensão exige mais alargamento de idéias.²¹³ Há uma dificuldade conceitual, porque a matéria relativa a princípios se insere entre aquelas mais fáceis de entender do que explicar e não há necessidade de ser um especialista em direito para saber, intuitivamente, que há uma diferença entre uma norma jurídica e um princípio.²¹⁴

A Constituição, normativamente, é um conjunto de regras preceptivas, programáticas e princípios configuradores de valores básicos, e esses princípios, explícitos ou implícitos, têm uma característica que os acompanha – todos estão impregnados de supremacia, ou seja, são imperativos e obrigatórios para todos.²¹⁵

Para uma compreensão mais exata do tema, os princípios podem observar classificações, ser divididos por categorias, ora por seu aspecto formal, ora por sua área de incidência e ora pelo espaço territorial em que podem se refletir, com maior ou menor extensão. No seu aspecto formal, os princípios constitucionais ou são explícitos, regras escritas, ou são implícitos, extraídos das normas constitucionais. No que tange à área de incidência, ou são genéricos, aplicando-se a qualquer situação, ou específicos, relativos à determinada área do direito.²¹⁶ No concernente ao espaço, podem atuar só no direito interno ou repercutirem na área internacional.²¹⁷

Para o objetivo deste trabalho, interessam apenas os princípios que dizem respeito aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana (princípios específicos), ou seja, direitos e garantias individuais e coletivas, nos quais se inserem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação.

²¹¹ Idem, p. 29.

²¹² Idem, *ibidem*.

²¹³ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal**. Princípios fundamentais. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997. p.73.

²¹⁴ Idem, *ibidem*.

²¹⁵ Idem, p. 79-80.

²¹⁶ Idem, p. 80-1.

²¹⁷ Idem, *ibidem*.

O principal dos direitos fundamentais, segundo grande parte dos doutrinadores pátrios, consta explicitamente do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal vigente – a dignidade da pessoa humana.²¹⁸ E esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidas às pessoas no texto Constitucional.²¹⁹

Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica,²²⁰ ou seja, tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal.²²¹ De acordo com Kant, “qualquer ser humano, porque de natureza racional, é fim em si mesmo”.²²² A dignidade é garantida por um princípio, logo é absoluta, plena e não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo.²²³ É por isso que se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana.²²⁴

A Constituição Federal da Alemanha do pós-guerra, também traz estampada no seu artigo de abertura, que “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.²²⁵

A dignidade nasce com o indivíduo, é-lhe inata, inerente à sua essência. Mas nenhum indivíduo vive isolado. Ele nasce, cresce e vive num meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha ou tem o direito de ganhar acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem que ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual, etc – tudo compõe sua dignidade.²²⁶

Entretanto, como diz o jurista paulista Celso Antonio Pacheco Fiorillo, para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana tem-se de assegurar concretamente os direitos

²¹⁸ 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: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana.

²¹⁹ NUNES, op. cit., p. 46.

²²⁰ Idem, p.47.

²²¹ RIOS, 2001, op. cit., p. 89.

²²² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 59.

²²³ NUNES, op. cit., p. 47.

²²⁴ Idem, p. 48.

²²⁵ Idem, ibidem.

²²⁶ Idem, p.49.

sociais previstos no art. 6º da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao *caput* do art. 225, normas essas que garantem como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, na forma Constitucional, assim como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida. Some-se a isso, os demais direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra, etc.²²⁷

Percebe-se, pois, que a própria Constituição está posta na direção da implementação da dignidade no meio social, porque não se pode imaginar que uma pessoa tivesse sua dignidade garantida se não lhe fosse assegurada saúde e educação. Da mesma forma se não lhe fosse assegurado o direito à sua intimidade, à sua liberdade etc. A dignidade da pessoa humana é um valor preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa.²²⁸ Se é difícil a fixação semântica do sentido de dignidade, isso não implica em que ela possa ser violada. Ela é a primeira garantia das pessoas e a última instância de guarda dos direitos fundamentais. Sua violação, quando ocorre, é visível.²²⁹

Válido repisar-se as felizes palavras de Chaim Perelman²³⁰ a respeito do tema:

Com efeito, se é o respeito pela dignidade humana condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo do que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direitos com um poder de coação. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos imporá, a um só tempo, a cada ser humano – tanto no que concerne a si próprio quanto no que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa. Com efeito, corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio poder, de este, a pretexto de proteger os direitos humanos, tornar-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse arbítrio é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda a autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade da pessoa humana, o que supõe um Estado de direito e a independência do Poder Judiciário. Uma doutrina dos direitos humanos que ultrapasse o estágio moral ou religioso é, pois, correlativa de um Estado de Direito. [...].

Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva de manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania.²³¹

²²⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 51.

²²⁸ NUNES, op. cit., p. 52.

²²⁹ Idem, ibidem.

²³⁰ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 400.

²³¹ Idem, ibidem.

O Estado tem então, a obrigação de criar condições para que os que se encontram sob a sua soberania, respeitem os direitos humanos.

2.2 DA IGUALDADE

Os denominados, constitucionalmente, direitos e garantias individuais e coletivos surgem dos fatos e das necessidades humanas, considerando de um lado, os governos mais ou menos tirânicos, mais ou menos arbitrários, sem respeito ao povo como conjunto ou individualmente e, de outro lado, valores culturais que iam e vão se formando, ditados pelo pensamento filosófico e social das épocas que antecederam à atual.²³² Dos fatos nasciam injustas realidades que uma visão ideológica mais justa tentava alterar. Não há equívoco em dizer que idéias revolucionárias no campo político, minimizando o que seria quase a ilimitação do poder, foram as responsáveis por uma nova relação entre governantes e população, cuja evolução chegou aos nossos dias como enunciado expresso de direitos e garantias individuais.²³³

Todas estas circunstâncias fáticas, das mais remotas às mais modernas, integram a ampla causalidade dos atuais direitos dos seres humanos, girando em volta das cognominadas liberdades públicas em sua compreensão lata. Iniciando-se pelas opressões pessoais imprimidas por governos de força e tirânicos, passando pela escravidão que era aceita inclusive pelas religiões – porque o escravo não era ser humano, mas simplesmente *res*, continuando com a perseguição sistemática que resultou no holocausto semita na Alemanha do III *Reich* ou no morticídio de negros na África do Sul em seguimento ao odioso *apartheid* – as soluções favorecendo os necessitados foram surgindo paulatinamente, ora visivelmente insatisfatórias, ora mais amplas, até chegarem às ditadas pelo moderno constitucionalismo.²³⁴

Não é objetivo deste trabalho elencarem-se as soluções que o pensamento político-filosófico imprimiu durante a passagem do tempo, porque se estaria fazendo história, nuance nem sempre necessária à compreensão de aspectos atinentes ao direito constitucional e que embora demonstre cultura, pouco importa ao enfrentamento dos problemas na visão moderna. Assim, passar-se-á, de imediato, à análise desses direitos à luz do constitucionalismo brasileiro.

No Brasil, todos os textos constitucionais, sem exceção, tiveram um elenco de direitos e garantias individuais. Na Constituição vigente, os direitos e garantias estão

²³²NASCIMENTO, op. cit., p.11.

²³³ Idem, ibidem.

²³⁴ Idem, p.11-2.

arrolados no art. 5º, em seus 77 incisos, configurando, certamente, a mais extensa norma de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não se trata, porém, de um elenco exaustivo, de caráter taxativo. Não há, portanto, um *numerus clausus* constitucional. O parágrafo 2º do referido art. 5º não exclui e até admite “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”.²³⁵

Os direitos e garantias individuais são espécies do gênero “direitos e garantias fundamentais”, na terminologia de nossa Lei Magna. Outras espécies são direitos sociais (arts. 6º a 10), os direitos de nacionalidade (arts. 14 a 16) e os direitos políticos (arts. 14 a 17). Como direitos e garantias individuais, significam a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.²³⁶ Não obstante a maioria dos incisos do art. 5º se refira a direitos individuais, diversos direitos assegurados por ele têm uma conotação coletiva.²³⁷ Destaque-se que os direitos e garantias individuais são indisponíveis, ou seja, seus titulares não podem a eles renunciar, transferi-los, negociá-los ou aliená-los para quem quer que seja.²³⁸ Configuram-se como direitos públicos subjetivos que, ingressando na esfera jurídica de alguém, passam a ser tratados como personalíssimos e por isso, se demonstram irrenunciáveis, intransferíveis, inegociáveis e inalienáveis.²³⁹ Outra característica que seguem esses direitos é que são eles imunes ao decurso do tempo, ou seja, são imprescritíveis e não decadenciais. Assim, jamais haverá o desaparecimento do direito e da garantia individual por se mostrar o interessado inerte durante algum tempo.²⁴⁰

O princípio da igualdade de todos perante a lei, no Brasil, nasceu com a República, mais propriamente com a Constituição de 1891, qualificando-se assim, como um princípio republicano.²⁴¹ A Constituição do Império, de 1824, não vedava o tratamento desigualitário, tanto que na época ainda havia a escravidão. A Constituição de 1891 já encontrou o Brasil livre da escravidão.²⁴²

A igualdade que aparece no texto constitucional tem conotação gongórica, notadamente quando se qualifica como “sem distinção de qualquer natureza”.²⁴³ Não se trata, como se poderia pensar a partir da referida expressão, de uma igualdade absoluta ou integral de todos os homens em todos os setores e bens da vida. Igualdade, nesse sentido, seria

²³⁵NASCIMENTO, op. cit., p.11-2.

²³⁶ Idem, p.14.

²³⁷ Idem, ibidem.

²³⁸ Idem, ibidem.

²³⁹ Idem, p.17.

²⁴⁰ Idem, p.18.

²⁴¹ Idem, p.33.

²⁴² Idem, ibidem.

²⁴³ Idem, p.34.

utópica, mesmo porque os seres humanos, já na origem, nascem diferentes.²⁴⁴ A isonomia constitucional é outra. Basta lembrar que meras condutas, com motivações não exteriorizadas podem levar à desigualdade de tratamento, mas não violam o princípio constitucional. São as discriminações silenciosas, muito comuns no Brasil. A regra constitucional não pode alcançar subjetivismos, simpatias e antipatias, que estão na esfera jurídica de cada um e se formaram pela tradição familiar.²⁴⁵

O que a garantia constitucional quer impedir é a discriminação que nasce pela intenção de discriminar. A desigualdade inadmitida é aquela em que se desiguala por razão motivada na finalidade de desigualar.²⁴⁶ Por isso a igualdade pretendida, no texto constitucional é a relativa ou formal. Em outros termos, aquela em que se inadmite a ação desigualitária que não se apóie em princípios aceitos pelo ordenamento jurídico-constitucional ou que se embase na finalidade exclusiva de discriminar.²⁴⁷

Retoricamente, a desigualdade inadmitida é “sem distinção de qualquer natureza”,²⁴⁸ sendo que essa extensão torna difícil entender a norma constitucional, porque distingue-se, sem qualquer violação da norma, pelo talento, pelo merecimento pessoal etc.²⁴⁹ Segundo Tupinambá do Nascimento, na interpretação sistêmica, os dados impeditivos da desigualdade devem ser encontrados em outras normas constitucionais, como no art. 7º, XXX, onde se fala em “motivo de sexo, idade, cor e estado civil”. No art. 5º, XLII, há referência à “prática de racismo”, assim como no art. 3º, fala-se em “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.²⁵⁰ A igualdade diz respeito não só aos dados já referidos, mas, também, em relação ao trabalho, ao credo religioso, às convicções política e, porque não dizer, à orientação sexual.²⁵¹

O direito de igualdade apresenta-se no ordenamento jurídico basicamente pela afirmação simultânea de “igualdade perante a lei” e da “igualdade na lei”. Nessas expressões radicam distintas e complementares compreensões do direito de igualdade, cuja convivência possibilita o entendimento desse princípio jurídico.²⁵²

Pode-se afirmar que a igualdade perante a lei (igualdade formal), diz respeito à igual aplicação do direito vigente sem distinção com base no destinatário da norma jurídica, sujeito

²⁴⁴ Idem, *ibidem*.

²⁴⁵ Idem, *ibidem*.

²⁴⁶ Idem, *ibidem*.

²⁴⁷ Idem, *ibidem*.

²⁴⁸ Idem, p.35.

²⁴⁹ Idem, *ibidem*.

²⁵⁰ Idem, *ibidem*.

²⁵¹ Idem, *ibidem*.

²⁵² RIOS, 2002, *op. cit.*, p. 31.

aos efeitos jurídicos decorrentes da normatividade existente: a igualdade na lei (igualdade material), por sua vez, exige a igualdade de tratamento dos casos iguais pelo direito vigente, bem como a diferenciação do regime normativo em face de hipóteses distintas.²⁵³ A distinção, portanto, radica, de início, no destinatário da norma constitucional da igualdade: a igualdade perante a lei como dever do aplicador do direito tratar todos conforme a lei vigente: a igualdade na lei como dever do legislador considerar as semelhanças e diferenças quando da instituição dos regimes normativos.²⁵⁴

O Direito Constitucional brasileiro insere-se nesta tradição, reconhecendo explicitamente a concomitância dos aspectos formal e material do princípio da igualdade, sendo necessário aprofundar-se no significado e na distinção destas dimensões formal e material desse princípio, porque o objeto e cerne da segunda e terceira partes deste trabalho, diz respeito ao conteúdo do princípio da igualdade em face da discriminação por orientação sexual, questão ainda não bem resolvida no ordenamento jurídico pátrio.

2.2.1 Igualdade perante a lei

O princípio da igualdade, enquanto mandamento constitucional de *igualdade perante a lei*, requer a igual aplicação do direito vigente sem consideração das qualidades ou atributos pessoais dos destinatários da norma jurídica. Tal formulação encontra guarida em uma concepção formal de Estado de Direito, cujos contornos que serão expostos possibilitam o entendimento deste conceito.²⁵⁵

Para a compreensão do *Estado de Direito formal*, de acordo com Raupp, é necessário atentar para as transformações que experimentou o projeto político da burguesia revolucionária, instituidor do Estado Liberal.²⁵⁶ Especificamente no âmbito dos direitos fundamentais, onde se insere o princípio da igualdade, admitiu-se a definição do conteúdo dos direitos fundamentais pelo legislador. O esvaziamento material desse conteúdo, cujos contornos ficavam à mercê da legislação, acabou por tolerar a adoção de medidas flagrantemente contrárias à dignidade humana, como claramente ilustra a admissão de discriminações pelo regime nazista, mesmo no quadro de um ordenamento jurídico que previa o princípio da igualdade.²⁵⁷ Diante dessa concepção, verificou-se a mais completa ineficácia

²⁵³ Idem, ibidem.

²⁵⁴ Idem, p.31-2.

²⁵⁵ Idem, p.33.

²⁵⁶ Idem, ibidem.

²⁵⁷ Idem, p. 36.

dos direitos fundamentais que, muito além de uma perspectiva formal, reclamam conteúdo e disciplina jurídica próprios.²⁵⁸

O princípio da igualdade, visto sob a perspectiva do Estado de Direito formal, recebe idêntica adjetivação: *igualdade formal*. Juridicamente, revela-se segundo a expressão *igualdade diante da lei*.²⁵⁹ A respeito da expressão, Hesse, relativamente à Constituição alemã, fornece precisa definição:

Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei (art. 3º, alínea 1, da Lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normatizações do direito e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente em favor ou custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do Estado de Direito.²⁶⁰

Concebido nesses estritos termos, dentro do quadro do Estado de Direito formal, o direito de igualdade decorre imediatamente do princípio da primazia da lei no Estado de Direito, sem a consideração de quaisquer outros dados que não a abstrata e genérica formulação do mandamento legal, independente das peculiaridades circunstanciais de cada situação pessoal e concreta dos destinatários da norma jurídica.²⁶¹ Nesse sentido, como assinala Raupp,²⁶² ganha relevo o significado negativo presente na afirmação revolucionária, por parte da burguesia, do princípio da igualdade perante a lei – cujo contexto, ademais, revela desde já os limites históricos em que esta noção foi gestada.

Nesse significado negativo, a igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas.²⁶³ Francisco Campos, diante da finalidade da atribuição desse caráter negativo ao princípio da igualdade em face das circunstâncias históricas, alertou “que a sua finalidade consistia tão-somente em suprimir e impedir que renascesse a estrutura social, que a revolução²⁶⁴ acabava de desmontar ou destruir. Embora já fosse corrente na filosofia e política do século XVIII, e continuasse um

²⁵⁸ Idem, *ibidem*.

²⁵⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 330.

²⁶⁰ Idem, *ibidem*.

²⁶¹ RIOS, 2002, *op. cit.*, p. 37-8

²⁶² Idem, p.39.

²⁶³ Idem, p.38.

²⁶⁴ Referência à Revolução Francesa, de 1789.

dos temas da corrente revolucionária, a idéia de que a igualdade entre os homens deveria ser completa e radical”.²⁶⁵

Sob a égide dessa concepção de igualdade, foi possível, a partir da idéia então vigente de cidadão, postular a universalidade do direito, além das diferenças antes estabelecidas na sociedade estamental.²⁶⁶ Com efeito, é direta a relação entre a idéia de igualdade formal e a constituição de uma categoria única, abstrata, de sujeito de direito. A questão, como acentua G. Tarelo, citado por Raupp, apresenta aspectos técnicos e políticos. No campo técnico, obedece à necessidade de simplificação racional do sistema jurídico, diante do ideal de um Código claro e breve, objetivo alcançado mediante a eliminação da pluralidade de *status* subjetivos. No campo político, sobressai a ideologia burguesa.²⁶⁷

De acordo com J. Marins Costa, a unitariedade do sujeito de direito dá-se pela proclamação formal do princípio da igualdade, mediante a supressão das diferenças religiosas e de nascimento, bem como pelo monopólio da produção legislativa operada pelo Estado nacional.²⁶⁸

A proclamação da igualdade, nesta perspectiva, significava igualdade formal além de todos os privilégios do clero e da nobreza, o que implicava igual acesso às funções públicas e sujeição à mesma tributação: outras situações e condições pessoais, relativas à igualdade social e econômica eram ignoradas.²⁶⁹ Vale dizer: estas desigualdades estavam infensas aos efeitos da norma no mandamento normativo da igualdade, atendendo a flagrantes interesses da classe vitoriosa. A justiça da equiparação ou desequiparação instituída pelo mandamento geral da lei tinha como parâmetro a conformidade abstrata com a norma, independentemente do conteúdo dos envolvidos.²⁷⁰

Nesse contexto, o imperativo da igualdade exige igual aplicação da mesma lei a todos os interessados. Disso decorre que a norma jurídica deve tratar de modo igual a pessoas e situações diversas, uma vez que os destinatários do comando legal são vistos de modo universalizado e abstrato, despidos de suas diferenças e particularidades.²⁷¹ O resultado que daí advém é a regulação igual de situações subjetivas e objetivas desiguais: eis que a aplicação formal da igualdade, contrariando materialmente a consagrada máxima segundo a qual ser justo é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas

²⁶⁵ CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. São Paulo: Freitas Bastos, 1956. (v. 2). p. 15.

²⁶⁶ RIOS, 2002, op. cit., p. 39.

²⁶⁷ Idem, p. 39-40.

²⁶⁸ MARINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 174.

²⁶⁹ RIOS, 2002, op. cit., p. 40-1.

²⁷⁰ Idem, ibidem.

²⁷¹ Idem, p. 41.

desigualdades.²⁷² Trata-se, como dito, dos efeitos de uma aplicação formal do princípio da igualdade, porquanto visualizados os destinatários da regra jurídica abstratamente, desligados de sua individualidade e de sua concretude histórica.²⁷³

Desta feita, a afirmação de igualdade meramente formal corresponde a um princípio de racionalidade universalista que nada acrescenta à questão das equiparações ou diferenciações. Nada diz como devem ser tratados os indivíduos com tais ou quais características.²⁷⁴ Nesta esteira, estariam o legislador e o aplicador da lei autorizados a praticar qualquer discriminação sem ofender ao princípio da igualdade, desde que, por exemplo, não ofenderia a esse princípio a legislação nazista endereçada contra judeus, ciganos ou homossexuais, deixando patente a insuficiência da afirmação abstrata e universalizante da igualdade de todos perante a lei.²⁷⁵

Como a idéia de igualdade formal não se refletiu na realidade social, desencadeou-se a consciência da necessidade de proibição de discriminação em razão de determinados critérios, além de provocar a crítica de juristas.²⁷⁶ Esses critérios consubstanciam proibições de discriminação em função dos padrões neles enunciados, objetivando a efetiva aplicação do mesmo tratamento jurídico diante de todos, independentemente da sua presença.²⁷⁷ Verificados na história, eles almejam impedir que motivações como raça, sexo ou opção religiosa, dentre outros, fundamentem discriminações.²⁷⁸ Menciona Rios²⁷⁹ que no direito italiano, a cláusula constitucional que proíbe discriminações em função do sexo, da raça, da língua, da religião, das opiniões políticas, ou sobre condições pessoais e sociais, é entendida como apelo e recordação dos fatores que, durante a história, foram utilizadas mais freqüentemente como pretextos injustificados de discriminação, o que não exclui a proibição de outras discriminações arbitrárias.

Uma vez arrolados no texto constitucional, devem ser concretizados conforme a evolução histórica experimentada pela sociedade.²⁸⁰ Ademais, o texto constitucional brasileiro de 1998 expressamente afirma, ao lado dos critérios enumerados de origem, raça, cor e idade, “quaisquer outras formas de discriminação”.²⁸¹

²⁷² Idem, *ibidem*.

²⁷³ Idem, *ibidem*.

²⁷⁴ Idem, p.41-2.

²⁷⁵ Idem, p.42-3.

²⁷⁶ Idem, p.43.

²⁷⁷ Idem, p.44.

²⁷⁸ Idem, *ibidem*.

²⁷⁹ Idem, p.44-5.

²⁸⁰ HESSE, 1998, *op. cit.*, p. 333.

²⁸¹ RIOS, 2002, *op. cit.*, p. 45.

Isso não significa que a proibição de tratamento desigual seja absoluta, ao feitiço de “um mandamento de equiparação jurídica em todas as relações”,²⁸² como ilustram as hipóteses do serviço militar obrigatório tão-só para homens e da adoção de regulações favorecedoras compensatórias de grupos de desvantagens fáticas.²⁸³ Nas situações que em alguns destes critérios sejam essenciais para se estabelecer um tratamento diferenciado, pode-se admiti-los, desde que racionalmente fundamentados (como na distinção de banheiros públicos por motivo de sexo, por exemplo).²⁸⁴

De fato, a interpretação da máxima da igualdade somente como generalizações da superação de privilégios, regra puramente formal, abre espaço à injustiça no ordenamento jurídico, na vida estatal e social.²⁸⁵ Diante disso, o pensamento jurídico preocupou-se com a consideração dos critérios utilizados pelo legislador e pelo aplicador da lei na concretização do princípio da igualdade. À adjetivação formal da igualdade, necessária para a superação da desigualdade consagrada antes das revoluções burguesas e instituidoras da noção geral de isonomia, deve-se adicionar o aspecto material do princípio, caminho pelo qual desaguardaram as reclamadas correções para o atingimento da justiça.²⁸⁶ Isso significa que, vencidas as diferenciações arbitrárias (preocupação assente na idéia de igualdade material), é por meio da igualdade formal que se alcançam os resultados justos, inclusive em termos materiais.²⁸⁷

Rios, ao sublinhar a importância da igualdade formal, assinala que a fórmula resume a vitória sobre a sociedade estamental e o reinado dos particularismos, a igualdade perante a lei encerra a regra de justiça formal que obriga idêntico tratamento a todos.²⁸⁸

No contexto em que a igualdade como regra meramente formal revelou-se insuficiente para promover a justiça, faz-se necessário adentrar-se na análise do princípio da igualdade em sua dimensão material, o que se fará a seguir.

2.2.2 A Igualdade na Lei

Enquanto a igualdade perante a lei (igualdade formal) diz respeito à igual aplicação do direito vigente sem distinção no que diz respeito ao destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos decorrentes da normatividade existente, a igualdade na lei (igualdade material),

²⁸² HESSE, 1998, op. cit., p. 333.

²⁸³ RIOS, 2002, op. cit., p. 45.

²⁸⁴ Idem, p. 45-6.

²⁸⁵ Idem, p. 46.

²⁸⁶ Idem, ibidem.

²⁸⁷ Idem, p. 47.

²⁸⁸ Idem, p. 46-7.

exige a igualdade de tratamento pelo direito vigente dos casos iguais, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas.²⁸⁹

Nas palavras de Hesse:

Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente.²⁹⁰

A indagação fundamental, portanto, colocada pela igualdade material reside na determinação da característica a ser levada em conta no juízo de equiparação ou diferenciação, para fins da instituição de um tratamento jurídico. Dito de outro modo, a igualdade na lei, ao atentar para as inúmeras e multifacetadas diferenças existentes entre as pessoas e situações, objetiva reconhecê-las e a elas empregar desigual consideração jurídica na proporção destas distinções.²⁹¹ Para a obtenção deste resultado precisa-se, assim, perceber aquilo que equipara ou diferencia uns dos outros. É necessário, portanto, identificar as semelhanças e as diferenças, adentrar no conteúdo, naquilo que se considera relevante (ou não) para fins de equiparação ou diferenciação.²⁹²

Tal preocupação ensejou a idéia de Estado de Direito material, que se caracteriza pela preocupação com o conteúdo e com a orientação da atividade estatal, muito além da mera observância de formas jurídicas. Nele, o poder estatal é vinculado a determinados princípios e valores jurídicos, historicamente contextualizados.²⁹³

O Estado de Direito material, implica, concretamente, a garantia e a realização dos direitos fundamentais enquanto decisões basilares intocáveis na ordem constitucional: eles convertem-se em limites e parâmetros orientadores da ação estatal.²⁹⁴ A aspiração de garantia de concretização dos direitos fundamentais faz incluir, desse modo, no seio da concepção material de Estado de Direito, a nota distintiva de ordenação da atividade estatal segundo critérios de justiça, bem além da mera observância dos procedimentos jurídicos abstratos.²⁹⁵

²⁸⁹ ALEXY, op. cit., p. 386.

²⁹⁰ HESSE, 1998, op. cit., p. 330.

²⁹¹ RIOS, 2002, op. cit., p. 48.

²⁹² Idem, p. 48-9.

²⁹³ BENDA, Ernest. **El Estado Social de Derecho**. Traduzido por Antonio Lopes Pina. Manual de Derecho Constitucional, Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, 1996. p. 490-2.

²⁹⁴ Idem, ibidem.

²⁹⁵ Idem, ibidem.

A proteção dos direitos fundamentais é, portanto, a pedra angular na construção do aspecto material na teoria do Estado de Direito, diversamente da vertente formal, que não confere aos direitos fundamentais tal posição, hoje, reconhecida na maioria dos ordenamentos jurídicos.²⁹⁶ Esse compromisso de justiça – que supera a mera observância das normas jurídicas – pode ser visto na idéia de vinculação do poder executivo e do poder jurisdicional à lei e ao direito, conforme dispõe, por exemplo, o direito alemão na Lei Fundamental, art. 20, alínea 3.²⁹⁷ Essa disposição, ao admitir explicitamente a possibilidade de conflito entre a lei e os critérios de justiça, deixa patente a insuficiência do exclusivo respeito às formas no quadro do Estado de Direito material. Não obstante a pluralidade de concepções acerca do justo em cada situação, é de sublinhar que a busca da solução justa aponta para a regulação materialmente inspirada pelos valores vinculadores do Estado de Direito, dentre os quais sobressai o apelo à igualdade.²⁹⁸

O princípio da igualdade, então, não afirma que todos os homens são iguais em sua essência. Pretende realmente expressar a igualdade de tratamento na lei e perante a lei, aplicando-se esta na forma do pensamento aristotélico,²⁹⁹ para quem méritos iguais devem ser tratados igualmente, mas situações desiguais devem ser tratadas desigualmente.³⁰⁰

O princípio da igualdade deve ser, por conseguinte, considerado não como igualdade absoluta, mas como igualdade proporcional, vez que varia de acordo com as exigências do ser humano.³⁰¹ É proporcional, pois longe de ser algo inalterável, relativo aos homens, deve levar em conta as peculiaridades destes.³⁰² Ruy Barbosa, talvez o mais respeitado jurista pátrio, assim resumiu a questão:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar desigualmente os iguais, ou desiguais com igualdade, seria desigualmente aparente, e não, igualmente real.³⁰³

²⁹⁶ RIOS, 2002, op. cit., p. 50.

²⁹⁷ Art. 20 (3): “O poder legislativo está vinculado à ordem constitucional: os poderes executivo e jurisdicional obedecem à lei e ao direito”.

²⁹⁸ RIOS, 2002, op. cit., p. 50-1.

²⁹⁹ “Para os iguais, distribuição igual, para os desiguais, distribuição desigual.” Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, 1.131a.

³⁰⁰ ATCHABAHIAN, Serge. **O princípio da igualdade e ações afirmativas**. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 78-9.

³⁰¹ Idem, p.79.

³⁰² Idem, ibidem.

³⁰³ BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. 18. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 55.

Nesta senda, não há mais no mundo atual espaço para discussões antagônicas juridicamente sustentáveis a respeito da igualdade. O que existe e se manifesta no direito contemporâneo é a convergência de idéias para se dar efetividade à aplicação do princípio e obter, como seu fruto, o equilíbrio na sociedade.³⁰⁴ De todas as formas, o que se busca atualmente é um tratamento parificado, partindo-se do pensamento aristotélico. Assim procedendo caracteriza-se, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, o tratamento igualitário a todos, visto que muitas vezes o tratamento desigual acaba por equiparar situações onde a equiparação era necessária, mas não existia.³⁰⁵

O entendimento atual é no sentido de fazer valer, efetivamente, a igualdade entre todos. Significa dizer que a efetividade está na igualdade alcançada de forma real e não somente na letra da lei. Eis aqui a igualdade material.³⁰⁶

O princípio da igualdade é um direito fundamental e como tal não pode ser abolido de qualquer elemento humano, mas dependendo de alguns pressupostos é admissível o tratamento desigual, tudo sob o aspecto de que o tratamento desigual justificado por vezes, se traduz na garantia de sobrevivência e convivência dignas dos seres humanos.³⁰⁷ Essa assertiva admite, então, o tratamento desigual ou discriminatório desde que esteja em consonância com o sistema constitucional. A utilização de critérios discriminatórios deve visar a obtenção concreta de um bem, e não de um desvalor, representado pelo sistema normativo constitucional. Isso por já termos constatado que a igualdade é um dos maiores princípios garantidores de direitos individuais.³⁰⁸

De se considerar que mesmo em circunstâncias excepcionais, ocasionais, não há porque considerar, então, distinções no tratamento de categorias de pessoas.³⁰⁹ No entanto, discriminações que decorram de circunstâncias fortuitas, incidentais, conquanto correlacionadas com o tempo ou a época da norma legal, não autorizam a se pretender que a lei almejou desigualar situações e categorias de indivíduos.³¹⁰

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro acolhe o princípio isonômico da igualdade em sua dupla feição – formal e material – inclusive quanto à especial e aguda proibição de discriminações consoante os critérios mencionados no texto constitucional.

³⁰⁴ ATCHABAHIAN, op. cit., p. 79.

³⁰⁵ Idem, p. 84.

³⁰⁶ JIMÈNES SERRANO, Pablo; BARLETA JÚNIOR, Sidney J. **Teoria dos Direitos Humanos**. São Paulo: Julgar, 1998. p. 77.

³⁰⁷ ATCHABAHIAN, op. cit., p. 86.

³⁰⁸ Idem, ibidem.

³⁰⁹ Idem, ibidem.

³¹⁰ Idem, ibidem.

Ainda que assim seja, para que se tenha segurança jurídica, de forma que não se fique dependendo apenas da interpretação judicial dos princípios constitucionais, repisa-se, seria conveniente a regulamentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo. E ainda que o legislador entendesse por não regulamentar tais situações, poderia o Congresso Nacional, através de uma Emenda Constitucional, simplesmente acrescentar no inciso IV do art. 3º da Lei Maior, a proibição de preconceitos em face de orientação sexual e excluir, do § 3º do art. 226, a expressão “entre homem e a mulher”. Aliás, como já mencionado em tópicos precedentes deste trabalho, já existe em tramitação no Congresso PEC (Proposta de Emenda à Constituição) com esse objetivo.

Tendo presentes os significados dessas acepções do princípio isonômico, passa-se a avaliar a seguir, suas conseqüências concernentes à discriminação por orientação sexual.

2.2.3 A igualdade como referencial axiológico-normativo e o discurso da diferença

Desde uma perspectiva intercultural, convém aqui resolver o problema teórico de como relacionar o princípio jurídico da igualdade com a produção social da diferença. Desde que os atenienses inventaram a democracia, o que nela se busca é “a lei igual para todos e a conseqüente igualdade de direitos entre os cidadãos”.³¹¹ Na Idade Moderna, esse princípio da “aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas”³¹² serviu de diretiva para aqueles que se empenharam na luta política contra os privilégios aristocráticos do Antigo Regime.

Acontece que “a formulação meramente abstrata do princípio da igualdade não foi capaz de contornar as desigualdades concretas”, acobertando uma história de “tratamentos desiguais incompatíveis com a universalidade da regra de direito”, história em que, de modo esporso e descontínuo, levantaram-se vozes a clamar pela “necessidade da proibição de certos critérios de diferenciação”.³¹³ O constitucionalismo contemporâneo acolheu como razoável a idéia de que a democracia só subsiste como regime de liberdade “mediante a limitação das desigualdades sociais e políticas existentes”, mediante uma “contínua compensação de todas as desigualdades desproporcionadas [...] de poder [...] de benefícios [...]”.³¹⁴ Em virtude dessa compreensão, as Constituições contemporâneas contêm cláusulas em que se proíbem

³¹¹ RIOS, 2002, op. cit., p. 26.

³¹² Idem, p.38.

³¹³ Idem, p. 43-4.

³¹⁴ Idem, p.43.

discriminações, historicamente praticadas, a pretexto injustificado, da raça, do sexo, da religião e outros marcadores sociais”.^{315/316}

A máxima da igualdade é violada toda vez que há um tratamento desigual arbitrário. O tratamento desigual só é permitido nos casos em que existe razão suficiente para justificá-lo.³¹⁷ A ordem jurídica constitucional impõe um “ônus de argumentação e de prova... de quem afirmar a desigualdade e reivindicar um tratamento desigual”.³¹⁸ Levando em conta que, ao longo da história, as condições materiais de coexistência social podem tornar injustificáveis certos tratamentos desiguais e tornar justificáveis outros, cabe à dogmática jurídica atentar para a razoabilidade (ou, ao contrário, a arbitrariedade) das semelhanças e distinções.³¹⁹ Para tanto, há que se conduzir por “uma racionalidade prática sensível às possibilidades da verdade nas coisas humanas da história e da cultura”, sensível à consciência histórica de cada comunidade (nela incluído o grau de evolução da ciência), por referência à qual é definível o conteúdo material da igualdade.³²⁰

Por razões diversas, historicamente, formou-se “uma consciência coletiva por parte dos homossexuais enquanto específico grupo social”.³²¹ Pertence a essa consciência a idéia de que a homossexualidade é “incapaz de justificar as desigualdades existentes”, de que a homossexualidade não é mais aceitável como critério para estabelecer tratamentos diferenciados.³²²

Esse ponto de vista, elaborado com base nos princípios formal e material da igualdade, é coerente com a perspectiva que vê a homossexualidade como construção social: a condição homo ou heterossexual como critério de distinção é relativa,³²³ tanto que em outras culturas tal característica pode ser irrelevante ou assumir conotações diversas.³²⁴

Importa destacar que não se trata de “defesa de direitos específicos vinculados à homossexualidade”, pois, neste caso, estar-se-ia aceitando e reforçando as estruturas de dominação e desigualdade contra as quais se luta.³²⁵ Quanto a isso, cabe aqui o alerta de A. F. Pierucci acerca das “ciladas da diferença”: as novas divisas de esquerda, tais como “respeito às diferenças”, “defesa das identidades coletivas” etc., “que podem ser resumidas na

³¹⁵ Idem, p.45.

³¹⁶ Art. 3º, IV, da CF de 1988.

³¹⁷ RIOS, 2002, op. cit., p. 53-4.

³¹⁸ Idem, p.54.

³¹⁹ Idem, p.56.

³²⁰ Idem, p.58.

³²¹ Idem, p.115-6.

³²² Idem, p.116.

³²³ Idem, p.124.

³²⁴ Idem, p.120.

³²⁵ Idem, p.124.

reivindicação do ‘direito à diferença’, trazem em si mesmas um ardil”, que provém da bicentenária história de reconhecimento da diferença, precisamente, por parte da direita conservadora, com a finalidade de discriminar os diferentes. Acrescenta o autor: “Se é para alguém de esquerda abraçar a diferença, que o faça sem abrir mão da igualdade”.³²⁶

No que tange à questão de gênero, Oliveira sustenta que o “feminismo da diferença”, com uma promessa de uma “contribuição sócio-cultural ‘inédita e subversiva’”, representa um “desdobramento do feminismo da igualdade”,³²⁷ que “a verdadeira igualdade é a aceitação da diferença sem hierarquias”, sendo que “a certeza da diferença permanecerá no corpo, e nele o encontro mais fecundo”,³²⁸ que “a revalorização da diferença não tem por que enfraquecer a luta pela igualdade, mas deve, certamente, redefini-la”,³²⁹ que “o projeto da diferença” não contradiz o projeto da igualdade, mas “corrige suas distorções, faz sua crítica enquanto experiência incompleta que demanda ser radicalizada”,³³⁰ que o projeto da diferença “afirma os valores constitutivos da identidade feminina para reivindicar sua presença e seu impacto em todas as esferas e dimensões da vida social”.³³¹ Tudo isso, rompendo com a lógica do mercado capitalista, tanto quanto com os comunitarismos de Estado, de religião e outros.

Mello se refere à luta pelos direitos conjugais (e parentais) dos homossexuais como uma “luta pela igualdade que respeite a pluralidade”.^{332/333} “Para não incorrer em etnocentrismo”, propõe “relativizar a universalidade das categorias culturais de família e casamento”.³³⁴ A propósito, alude a um “imperativo transcultural” formulado por B. de S. Santos: “[...] temos o direito de sermos iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito de sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”.³³⁵ Esse imperativo dá expressão performativa ao pressuposto multicultural-crítico do emparelhamento do princípio da igualdade e do princípio do reconhecimento da diferença.³³⁶

³²⁶ PIERUCCI, Antonio F. Ciladas da diferença. *In*: **Tempo Social**. São Paulo: USP. v. 1. p. 5.

³²⁷ OLIVEIRA, Rosiska Darcy de, op. cit., p.73.

³²⁸ Idem, p. 74.

³²⁹ Idem, p.109.

³³⁰ Idem, ibidem.

³³¹ Idem, p.110.

³³² MELLO, Luiz. **Novas Famílias: conjugalidade, homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p. 22.

³³³ Berenice Dias igualmente associa o tema da homoafetividade ao da diferença e trata dos direitos dos homoafetivos em homologia aos direitos dos negros, índios, mulheres, idosos, crianças, deficientes, judeus etc. (DIAS, Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. passim.)

³³⁴ MELLO, op. cit., p. 27.

³³⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural dos Direitos Humanos. *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: Renovar, 2004. p. 272.

³³⁶ Idem, ibidem.

Do ponto de vista sociológico, é notório que “os indivíduos não serão tratados com justiça (na lei e na sociedade) até que os grupos com os quais eles são identificados sejam igualmente valorizados”.³³⁷ Apesar disso, parece razoável a argumentação pela qual se obtém que a instituição de “direitos homossexuais” é contraproducente, acentuando a diferenciação em vez de eliminá-la. Primeiro, porque levaria ao protecionismo jurídico-estatal de um tipo cultural, algo que roubaria aos *integrantes* do grupo minoritário protegido a liberdade de “dizerem *sim* ou *não*, hoje necessária à assimilação ou conservação de uma herança cultural”.³³⁸ Mas há algo mais grave: opor-se à discriminação pela reivindicação de direitos específicos para os homossexuais “pressupõe a premissa de que o ‘verdadeiro’ sujeito de direito é o heterossexual, consagrando a desigualdade pela exclusão do homossexual da abrangência desta categoria..., acatando as diferenciações e reforçando a discriminação”.³³⁹ Em outros termos, propor o direito à diferença, pretendendo equiparar heterossexuais e homossexuais, implica considerar a identidade heterossexual como “parâmetro de normalidade, admitindo aos dissonantes da heterossexualidade a extensão de igual tratamento; vale dizer, confere aos homossexuais (‘os diferentes’) a disciplina jurídica destinada a heterossexuais (‘os iguais’)”.³⁴⁰

Do ponto de vista dos direitos humanos, sem a liberdade dos indivíduos não seria possível o engajamento comunitário e a preservação e o desenvolvimento da identidade cultural. Por este viés, pode-se começar a problematização da noção de “direitos homossexuais”. A instituição desses direitos especiais seria então, como já mencionado, contraproducente, acentuando a diferenciação em vez de eliminá-la, porque levaria ao protecionismo jurídico-estatal de uma determinada forma cultural de vida, algo que roubaria aos integrantes do grupo minoritário protegido a liberdade de “dizerem *sim* ou *não*”, hoje necessária à assimilação ou conservação de uma herança cultural.³⁴¹

Para Roger Raupp Rios, insistir em locuções como “direitos de minorias” e “garantia de direito às diferenças”, expressam um equívoco teórico-conceitual, do qual deriva o

³³⁷ SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. In: **Estudos feministas**: 13(1), janeiro-abril/2005, p. 13.

³³⁸ HARBEMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 258.

³³⁹ RIOS, 2002, op. cit., p. 129-30.

³⁴⁰ Idem, p.130.

³⁴¹ HARBEMAS, op. cit., p. 258. Em sociedade multiculturais, a coexistência equitativa das formas de vida significa para cada cidadão uma chance segura de crescer sem perturbações em seu universo cultural de origem, e de também poder criar seus filhos nesse mesmo universo: ou seja, significa a chance de poder confrontar-se com sua cultura de origem – mesmo com qualquer outra –, dar-lhe continuidade ou transformá-la, ou ainda a chance de distanciar-se com indiferença de seus imperativos, ou mesmo de romper com ela, em uma atitude autocrítica, para viver a partir si com a marca deixada por uma ruptura consciente com a tradição, ou então com uma identidade cindida” (Idem, p.260). As formas de vida, por sua vez, “só conservam sua vitalidade através de um revisionismo irrestrito, do esboço de alternativas ao que existe até hoje ou da integração de impulsos alheios ...”.(Idem, p. 259).

equivoco político do rebaixamento da posição dos “diferentes”, mesmo que se pretenda defender a tolerância em relação aos mesmos. O cerne da dimensão formal do princípio da igualdade – a igualdade de direitos de todos os membros da comunidade política – é precisamente a não diferenciação. O direito à diferença e o respeito à diversidade demandam a igualdade de direitos. A fidelidade a este princípio “exige que se reconheça em todos, independentemente de orientação homo ou heterossexual, – a qualidade de sujeito de direitos.”³⁴² Tratar alguém de forma diferente, em função de sua orientação sexual” significa reconhecer a pessoa individualmente pelo que é (LOPES, 2003, p. 30). A propósito, escreve V. Girardi:

O reconhecimento dos direitos dos homossexuais se caracteriza como uma reivindicação de ingresso na pauta da igualdade mais que na diferença, na medida em que essa reivindicação visa antes ao reconhecimento de um direito de igualdade de tratamento, pois primeiro os homossexuais pretendem o reconhecimento de serem considerados “sujeitos de direitos” para, uma vez tomado assento no discurso jurídico, a partir desse lugar de igualdade, poderem reivindicar o respeito à diferença.³⁴³

A reivindicação das pessoas ou pares homossexuais refere-se à proteção jurídica da liberdade e da intimidade, mas também diz respeito a um direito de igualdade de tratamento no sentido de poderem ser o que são. De poderem estabelecer livremente suas escolhas pessoais, suas relações, seus afetos e receberem do Estado a ampla tutela jurídica, tanto para a própria pessoa como para o feixe de efeitos que tais relações estabelecidas, de cunho afetivo muito mais que meramente sexual, irradiam.³⁴⁴

Convém insistir que o cerne da dimensão formal do princípio da igualdade – a igualdade de direitos de todos os membros da comunidade política – é precisamente a não-diferenciação. O direito à diferença e o respeito à diversidade. Repisando as palavras de Rios, demandam a igualdade de direitos. A fidelidade a este princípio “exige que se reconheça em todos, independentemente de orientação homo ou heterossexual, - a qualidade de sujeito de direito”.³⁴⁵

Parece conveniente frisar que, para se enquadrarem ao discurso axiológico-normativo dos Direitos Humanos, os direitos de minorias culturais devem ser medidos “pelo parâmetro da dignidade e da liberdade de cada pessoa, como é o caso de todos os direitos humanos”.³⁴⁶ Em consonância com o art. 27 do Pacto Internacional Relativo a Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, sem ignorar o significado social e comunitário dos direitos culturais das

³⁴² HARBEMAS, op. cit., p. 129.

³⁴³ GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**. A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 59.

³⁴⁴ Idem, p.60.

³⁴⁵ Idem, p.129.

³⁴⁶ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000. p. 211.

minorias, os portadores desses direitos culturais são os integrantes (individuais) dessas minorias, são “os indivíduos que cultuam e desenvolvem junto com outros uma vida cultural devendo, no entanto, estar-lhes assegurado o direito de afastar-se ou até abrir mão dessa cultura”.³⁴⁷ No mundo de hoje, do ponto de vista dos direitos humanos, sem a liberdade dos indivíduos, não seria possível o engajamento comunitário e a preservação e desenvolvimento da identidade cultural.³⁴⁸

2.3 DA LIBERDADE

Como um pressuposto lógico para entender o tema desta parte do trabalho, é imprescindível tecer algumas considerações sobre a noção jurídica de liberdade e, conseqüentemente, de liberdade sexual. Para isto, com fins meramente didáticos, separar-se-á a análise entre noções conceituais e previsões constitucionais de tutela da liberdade, conhecendo, em seguida, os limites ao seu exercício.

2.3.1 Conceito de Liberdade

O que é este instituto aparentemente tão precioso chamado liberdade? Valendo-se da dogmática nacional, encontram-se alguns conceitos interessantes de liberdade. Na concepção gramatical da palavra, verificamos os seguintes significados, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira:³⁴⁹

liberdade. [Do lat. libertate] S. f. 1. Faculdade de cada um se decidir ou agir segundo a própria determinação: Sua liberdade, ninguém a tolhia. 2. Poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas: liberdade civil; liberdade de imprensa; liberdade de ensino. 3. Faculdade de praticar tudo quanto não é proibido por lei. 4. Supressão ou ausência de toda a opressão considerada anormal, ilegítima, imoral: Liberdade não é libertinagem; Liberdade de pensamento é um direito fundamental do homem. 5. Estado ou condição de homem livre: dar liberdade a um prisioneiro, a um escravo. 6. Independência, autonomia: O Brasil conquistou a liberdade política em 1822. 7. Facilidade, desembaraço: Liberdade de movimentos. 8. Permissão, licença: Tem liberdade de deixar o país.

Como se pode constatar, a palavra "liberdade" apresenta diversos conteúdos, o que pode dificultar a compreensão posterior do que seja liberdade sexual, tema importante de

³⁴⁷ Idem, p. 129.

³⁴⁸ Idem, ibidem.

³⁴⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fonteira, 1986. p. 1.028.

parte deste título. Buscando, porém, um conceito estritamente jurídico, encontrado, por exemplo, no Dicionário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas,³⁵⁰ vemos que este apresenta, no que se refere à liberdade, o seguinte conceito: “LIBERDADE. S. f. (Lat. libertas) Faculdade que tem cada um de agir em obediência apenas a sua vontade. OBS. Esse conceito lato sofre restrições no estágio do homem coletivizado, sendo peculiar tão-somente ao estágio da horda.”

A imprecisão e a generalidade do conceito jurídico-dogmático de liberdade é, por certo, uma caixa de pandora da qual podemos retirar as mais amplas interpretações. Ilustrando tal afirmação, o conceito mencionado, que o próprio dicionarista declara ser peculiar ao estágio de *horda*, nos permitiria concluir que o ato de matar alguém, por exemplo, nada mais é do que o exercício pleno da liberdade absoluta do indivíduo de optar entre o certo e o errado, o bem e o mal ou a vida e a morte.³⁵¹

Talvez essa ponderação seja realmente bastante razoável, se levarmos em consideração que a conduta humana no convívio social (e a qualificação que o Direito lhe empresta) nada mais é do que o exercício diuturno de escolha entre o lícito e o ilícito, vez que, conforme ensinava Machado Neto, ao comentar a Teoria Ecológica do Direito:

[...] a liberdade é, nessa perspectiva, um prius donde há que partir. Originariamente toda conduta é permitida.³⁵² Todo direito é, assim, um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes. Daí que o princípio ontológico não seja conversível como o é o juízo analítico ‘tudo que não é ilícito é lícito’ (...) Sobre esse prius da liberdade humana, esse contínuo de licitudes, a determinação normativa vai estabelecendo as ilicitudes.³⁵³

A faculdade de livre agir, porém, não pode ser interpretada de forma extrema. Desde a mais tenra idade, fomos condicionados com frases do tipo "minha liberdade (meu direito) termina onde começa a (o) do outro" ou "liberdade sem responsabilidade não é liberdade, mas sim libertinagem", em que, instintivamente, já começamos a inferir a existência de limites ao exercício da liberdade.³⁵⁴ Logo, se é certo que a liberdade é algo inerente à capacidade volitiva do homem, escolhendo a prática deste ou daquele tipo de ação, muito mais evidente é

³⁵⁰ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Universitária, 1985. p. 465.

³⁵¹ PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Orientação sexual e discriminação no emprego**. Disponível em: <<http://jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2049>> p.1 de 9. Acesso em: 21 abr. 2008.

³⁵² Idem, p. 2.

³⁵³ Idem, ibidem.

³⁵⁴ Idem, ibidem.

que haverá certos tipos de atos que serão reprimidos pela Ordem Jurídica, como verdadeiras limitações ao exercício absoluto da liberdade.³⁵⁵

Tais limites, do ponto de vista da teoria geral do Direito, nada mais são do que o estabelecimento de sanções a determinados tipos de conduta que podem ser praticadas pelos indivíduos, no exercício de sua liberdade. Em outros termos, podemos afirmar que um preceito proibitivo não impede, de forma alguma, que a pessoa, no exercício de sua liberdade individual, pratique a conduta vedada pelo Direito, mas sim estabelece, em verdade, que a opção por aquela conduta implicará, deontologicamente, na aplicação de uma determinada sanção pela violação da ordem jurídica.^{356/357}

Os limites, portanto, ao exercício absoluto da liberdade do ser humano nada mais são do que a proteção que o ordenamento jurídico empresta a determinados bens jurídicos como a vida, a propriedade e a própria liberdade.³⁵⁸ Por razões de ordem metodológica, esta questão será enfrentada no tópico Limites ao exercício absoluto da liberdade, onde será aprofundada.

Fiquemos por ora, somente com a conclusão de que é possível haver restrições (resistências) à liberdade absoluta (ou, mais tecnicamente, ao exercício absoluto da liberdade), pelo que, lembrando as poéticas palavras de Carlos Fernandez Sessarego,³⁵⁹ tenhamos a convicção de que:

[...] la libertad es como un ave que para volar necesita de la resistencia del aire. La libertad tiene necesidad ontológica de otras existencias libres y de cosas. La libertad es coexistencia, compresencia. Necesita de sus potencias psíquicas, de su cuerpo, que son las evolturas próximas; del mundo interno en contraposición con el mundo externo que son los 'otros' seres. El mundo interno es lo 'mío', lo que pertenece en forma inmediata al centro espiritual del hombre como libertad.

2.3.2 Previsões constitucionais da tutela da liberdade

A tutela jurídica da liberdade, pelo que vimos no tópico anterior, está incrustada em todo o ordenamento jurídico positivo, pois o estabelecimento de qualquer regra de conduta implica, em última análise, na disciplina do exercício da liberdade. Entretanto, pela sua evidente importância na hierarquia das normas, parece-nos bastante conveniente destacarmos,

³⁵⁵ PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 2.

³⁵⁶ Idem, ibidem.

³⁵⁷ O exemplo mais evidente desta conclusão está na parte especial do Código Penal brasileiro, que, em vez de preceituar, v.g., em seu art. 121, que “É proibido matar alguém”, determina que “Matar alguém”, implica em pena de “reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”, descrevendo apenas a conduta típica e a sanção correspondente.

³⁵⁸ PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 2.

³⁵⁹ SESSAREGO, Carlos Fernandez. **El Derecho como libertad**. Lima-Peru: Ed. Libreria Studium, 1987. p. 102.

no texto da vigente carta constitucional, algumas previsões específicas da tutela jurídica da liberdade.³⁶⁰

A disciplina procedida pelos 77 (setenta e sete) incisos e 2 (dois) parágrafos do art. 5º, da Constituição Federal, abarca diversos princípios jurídicos intimamente relacionados com a noção de liberdade, como, a título meramente exemplificativo, a igualdade de direitos entre homens e mulheres (inciso I, de fundamental importância para nosso estudo), a liberdade de expressão e pensamento (incisos IV, V e IX) e a liberdade de consciência e crença (inciso VI).

Vale destacar, dentre tais estipulações, o preceito do § 1º, que estabelece que as "normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Assim sendo, não há como se negar, do ponto de vista dogmático, o exercício da proteção de um direito ou garantia fundamental somente pela inexistência de uma lei específica definidora dos limites da correspondente garantia ou direito fundamental.³⁶¹

Tal conclusão não se choca, de forma alguma, com o disposto no inciso II ("Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"), mas sim, *a contrario sensu*, reforça-o, vez que o princípio da legalidade, mesmo sendo a base fundamental do estado de Direito, não pode ter a sua importância exageradamente exaltada.³⁶² O Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a respeito salienta:

[...] a missão emprestada à lei resulta de uma concepção bem clara e definida a seu respeito. Para Montesquieu, como para os principais autores da Revolução Francesa, a supremacia da lei é o primado da razão, conseqüentemente da justiça. O direito, para eles, não é criação arbitrária, fruto de qualquer 'volonté momentanée et capricieuse' (De l'esprit des lois, Livro 2, Cap. 4). É a descoberta do justo pela razão dos representantes. Conseqüentemente, 'a lei não tem o direito de vedar senão as ações prejudiciais à sociedade' (Declaração de 1789, art. 5º, primeira parte).³⁶³

Feitas essas considerações, enfrentemos, a questão dos limites ao exercício absoluto da liberdade.

³⁶⁰ PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 2-3.

³⁶¹ Idem, p. 3.

³⁶² Idem, ibidem.

³⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentário à Constituição Brasileira de 1988**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 28-9.

2.3.3 Limites ao exercício absoluto da liberdade

"*Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet nisi si quid vi aut jure prohibetur*". O brocardo latino, que significa que a "liberdade é a faculdade natural de fazer o que se deseje, desde que não haja proibição da força ou direito", já traz um indício de onde encontraremos as limitações ao exercício absoluto da liberdade. De fato, onde mais estariam os limites ao exercício absoluto da liberdade, senão no próprio Direito que garante a liberdade?³⁶⁴

Afastado o exercício puro do arbítrio, justificador da referência à "força" na expressão lembrada, somente a própria ordem jurídica, com o fito de garantir seus bens mais preciosos, é que teria a legitimidade para estabelecer limitações à liberdade individual das pessoas. Os limites ao exercício absoluto da liberdade do ser humano nada mais são, portanto, do que a proteção que o ordenamento jurídico empresta a determinados bens jurídicos como, v.g., a vida, a propriedade e a própria liberdade.³⁶⁵

Desta forma, a primeira conclusão que se tira desta reflexão é que o cerne da liberdade jurídica reside na possibilidade de fazer tudo aquilo que não é proibido pelo seu próprio ordenamento. Esta conclusão, entretanto, suscita novas questões: o que pode ser proibido ou não dentro da sociedade? Existem limites para a limitação da liberdade? A análise do inciso XI do art. 5º do texto constitucional pode ajudar, agora sob um método indutivo, a responder esta questão.³⁶⁶

Com efeito, dispõe o referido preceito que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". Nesta regra constitucional, podemos verificar que o direito amplo de ir e vir é limitado pelo direito de propriedade, vez que ninguém pode penetrar em casa alheia sem o consentimento do morador. Todavia, havendo um interesse jurídico maior, seja da sociedade *lato sensu* (flagrante delito, desastre ou necessidade de prestação de socorro), seja do Estado (invasão durante o dia, por ordem judicial), a limitação constitucional encontra um outro óbice (da mesma natureza) que a releva, criando o que chamamos de "limitação da limitação".³⁶⁷ E qual o motivo para a imposição desta "limitação da limitação"? A resposta mais óbvia (e, por isso mesmo, rasteira) seria: porque assim o quis o legislador. Recusando, porém, o *magister dixit*,

³⁶⁴ PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 3.

³⁶⁵ Idem, ibidem.

³⁶⁶ Idem, ibidem.

³⁶⁷ Idem, p.3-4.

podemos encontrar a justificativa lógica para tais limitações justamente no objetivo, em última instância, da garantia do exercício da liberdade e da organização da sociedade.³⁶⁸

O que devemos ter sempre em mente é que a possibilidade de limitação (ou sancionamento, como consideramos mais técnico numa perspectiva lógico-jurídica) do exercício absoluto da liberdade individual – possibilidade esta aqui indubitavelmente reconhecida – deve tomar como premissa o prevailecimento da própria liberdade.³⁶⁹

Assim sendo, para conhecer e estabelecer os limites do exercício pleno da liberdade, temos que tomar como bússola inarredável a constatação de qual é o ponto em que tal exercício fere o interesse social, público ou do outro indivíduo. Somente observando o postulado básico da liberdade geral é que verificaremos, em cada caso concreto, quais os limites impostos pela ordem jurídica ao exercício absoluto da liberdade individual.³⁷⁰ Sobre a matéria, observa José Afonso da Silva que:

O legislador ordinário, quando expressamente autorizado pela Constituição, intervém para regular o direito de liberdade conferido. Algumas normas constitucionais, conferidoras de liberdades e garantias individuais, mencionam uma lei limitadora (Art. 5º, VI, VII, XIII, XV, XVIII). Outras limitações podem provir da incidência de normas constitucionais (p. ex. Art. 5º, XVI: reunir-se pacificamente, sem armas; XVII: fins lícitos e vedação de caráter paramilitar, para as associações, são conceitos limitadores; restrições decorrentes de estado de defesa e estado de sítio: Art. 136, § 1º e Art. 139).

Tudo isso constitui modos de restrições das liberdades, que, no entanto, esbarram no princípio de que é a liberdade, o direito, que deve prevalecer, não podendo ser extirpado por via de atuação do Poder Legislativo nem do poder de polícia. Este é, sem dúvida, um sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só tem cabimento na extensão requerida pelo bem-estar social. Fora daí é arbítrio.³⁷¹

2.3.4 Liberdade Sexual

Entendida a noção de liberdade, bem como a questão da possibilidade de limitação de seu exercício absoluto, já podemos enfrentar o tema da liberdade sexual. A questão básica é a seguinte: existe uma liberdade sexual? E, caso a resposta seja positiva, em que consiste este instituto e como instrumentalizar a sua garantia? A primeira pergunta ("Existe uma liberdade sexual?") pode parecer, ao leitor menos avisado, no mínimo, uma tolice: "É lógico que existe uma liberdade sexual", ouviríamos! É mesmo? – respondemos! Se a existência

³⁶⁸ Idem, p. 4.

³⁶⁹ Idem, ibidem.

³⁷⁰ Idem, ibidem.

³⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 243.

deste direito é, valendo-nos da expressão consagrada por Nelson Rodrigues, de uma obviedade ululante, então qual é o motivo para que haja tantos tabus e preconceitos no trato das relações jurídicas decorrentes do exercício da liberdade sexual dos indivíduos? A resposta poderá ser encontrada justamente na premissa de raciocínio de que o exercício da liberdade (e a liberdade sexual também está aí incluída!) na sociedade moderna pressupõe a observância de alguns limites, existentes deontologicamente não por um simples arbítrio do legislador, mas sim como uma exigência para a sobrevivência da própria liberdade garantida.³⁷²

No caso da liberdade sexual, o conhecimento destes "limites" se dará pelo respeito ao exercício alheio do próprio direito de liberdade sexual, além de outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º da CF/88). Assim sendo, é preciso "dissecar doutrinariamente" a liberdade sexual, apresentando um cabedal doutrinário que pavimente seu estudo, em especial no que diz respeito às relações homem/mulher na sociedade, o que se fará nos próximos tópicos.

2.3.5 Conceito de Liberdade Sexual

Segundo o "Dicionário Jurídico" da Professora Maria Helena Diniz, a expressão "*liberdade sexual*" pode ser assim entendida:

LIBERDADE SEXUAL. *Direito penal*. Direito de disposição do próprio corpo ou de não ser forçado a praticar ato sexual. Constituirão crimes contra liberdade sexual: o ato de constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; o atentado violento ao pudor, forçando alguém a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal; [...].³⁷³

A noção jurídica de liberdade sexual está ligada, portanto, à idéia de livre disposição do próprio corpo, concepção esta que se relaciona a uma visão individualista do ser humano, que pode ser sintetizada na frase, tão ouvida entre os apologistas da legalização das drogas, de que "cada um faz com seu corpo o que quiser".³⁷⁴

Sobre a liberdade sexual, ensina Magalhães Noronha:

Tal liberdade não desaparece nas próprias espécies inferiores, onde se observa que geralmente o macho procura a fêmea, quando ela se acha em cio, isto é, predisposta ao coito. Nelas, também, a requista antecedente é o fato observado pelos zoólogos.

Os odores, as cores, as formas, a força, o som, as danças etc. são sempre recursos postos em prática antes do amplexo sexual.

³⁷² PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 4.

³⁷³ DINIZ, Maria Helena, **Dicionário Jurídico**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 122.

³⁷⁴ PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 5.

No homem, a requista antecede ao ato, mesmo entre os selvagens. São sempre a música e a dança os atos preliminares da união dos sexos, como anota Havelock Ellis. Fácil, pois, é conjecturar quão intenso é o primitivismo bárbaro do que atenta contra a disponibilidade sexual da pessoa.³⁷⁵

Há, portanto, sedimentação doutrinária acerca da existência e importância da liberdade sexual para o convívio entre os indivíduos na sociedade moderna, estando ela, inclusive, tutelada por normas de natureza criminal. Mas nem sempre foi assim! A conquista de um direito à liberdade sexual não foi entregue de mão beijada a homens e, especialmente, mulheres. Estas, em especial, travaram uma longa batalha para a conquista dos seus espaços, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento da ordem jurídica, política e social do seu direito de "dispor do seu próprio corpo".³⁷⁶

A sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.³⁷⁷

A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade, falta-lhe a liberdade, que é um direito fundamental.³⁷⁸

2.3.6 Orientação sexual – o direito de escolha e o direito de ser diferente

O termo "orientação sexual" somente passa a ter sentido em um regime de liberdade sexual, pois a própria noção de liberdade está intimamente relacionada com a possibilidade de alternativas. Quando se fala em orientação sexual, não há como se negar que o tema básico é, indubitavelmente, a homossexualidade, pois a relação heterossexual já é a naturalmente imposta pelo espírito de conservação e reprodução do ser humano.³⁷⁹

Dissertar, porém, sobre a homossexualidade, não é tarefa fácil, tendo em vista as multiformes visões ideológicas existentes em cada setor da sociedade. O pensamento cristão, embora não condene o homossexual enquanto ser humano, repudia, como já visto neste trabalho, veementemente, a prática de homossexualidade, considerando-a pecado.

³⁷⁵ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. vol. 3, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 99.

³⁷⁶ PAMPLONA FILHO, op. cit., p.5.

³⁷⁷ DIAS, 2006, op. cit., p.73.

³⁷⁸ Idem, ibidem.

³⁷⁹ PAMPLONA FILHO, op. cit., p.7.

Os compêndios clássicos da psicologia já não trazem mais a homossexualidade como uma patologia, mas mantém a postura de considerá-lo como um desvio da conduta sexual normal. Os ativistas dos direitos humanos, por sua vez, valorizam o aspecto volitivo da conduta homossexual, qualificando-a como uma simples opção individual, em matéria de sexo, sendo sintomático do caráter preconceituoso da sociedade a expressão "o amor que não mostra o nome", poeticamente utilizada pelos grupos de militância *gay*.³⁸⁰

Visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é imperioso reconhecer que a sexualidade é um direito de primeira geração, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade.³⁸¹ A liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independentemente de tendência sexual. Trata-se, portanto, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo e, como todos os direitos do primeiro grupo, é inalienável e imprescritível.³⁸²

Assim, também não se pode deixar de considerar a orientação sexual como um direito de segunda geração. A discriminação e o preconceito de que são alvo os homossexuais dão origem a uma categoria social digna de proteção.³⁸³ A hipossuficiência não deve ser identificada somente pelo viés econômico. É pressuposto e causa de um especial tratamento dispensado pelo Direito. Tanto que devem ser reconhecidos como hipossuficientes o idoso, a criança, o deficiente, o negro, o judeu e também a mulher, porque tanto ela como as demais categorias, sempre foram alvos de exclusão social.³⁸⁴ A hipossuficiência social que se dá por preconceito e discriminação gera, por reflexo, a hipossuficiência jurídica.³⁸⁵

É certo que, independentemente da visão ideológica, política, filosófica ou religiosa de cada indivíduo em relação à homossexualidade, não há como se negar a cidadania ao homossexual, relegando-lhe à marginalidade e à hipocrisia de somente ser aceito se a sua vida pessoal estiver relegada a quatro paredes.³⁸⁶

Também, com base na dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, que confere a todo o ser humano a prerrogativa de autodeterminar-se como pessoa e como sujeito de sua própria existência, é que faz sentido para o Direito o reconhecimento e a promoção do respeito à orientação sexual com o direito personalíssimo.³⁸⁷

³⁸⁰ Idem, *ibidem*.

³⁸¹ DIAS, 2006, *op. cit.*, p. 73.

³⁸² Idem, *ibidem*.

³⁸³ Idem, *ibidem*.

³⁸⁴ Idem, *ibidem*.

³⁸⁵ Idem, *ibidem*.

³⁸⁶ PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p.7.

³⁸⁷ GIRARDI, *op. cit.*, p.57.

Para Maria Berenice Dias, é importante precisar a expressão “orientação sexual”, que não deve ser chamada de “opção sexual” desde que se descobriu que o agir do homossexual é involuntário.³⁸⁸ Orientação sexual é a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direciona-se para alguém do mesmo sexo (homossexualidade), sexo oposto (heterossexualidade), ambos os sexos (bissexualidade) ou a ninguém (abstinência sexual).³⁸⁹ Assim, a identificação da orientação sexual está condicionada à identificação da orientação do sexo escolhido, em relação à pessoa que escolhe. Quando alguém dirige seu interesse sexual a outrem, ou seja, opta por alguém para manter um vínculo afetivo, elege o gênero da pessoa com quem deseja se relacionar. A identificação do gênero do objeto do desejo, se masculino ou feminino, é o dado revelador da orientação sexual, opção esta que não pode merecer tratamento diferenciado.³⁹⁰

Não se pode desconsiderar a divulgação de recentes estudos do Stockholm Brain Institute, do Instituto Karolinska, da Suécia, cujos resultados foram publicados pela Revista *Veja*,³⁹¹ indicando que embora as experiências de vida possam concorrer para que alguém se torne homossexual, os fatores biológicos decididamente tem papel fundamental neste processo. A conclusão desses estudos revela que o cérebro da pessoa homossexual se assemelha mais ao de indivíduos do sexo oposto do que ao de heterossexuais do mesmo sexo.

Na pesquisa, noventa voluntários foram submetidos a exames de tomografia e ressonância magnética do cérebro, tendo os cientistas concluído que tanto os homens heterossexuais quanto mulheres homossexuais apresentam uma simetria: o hemisfério direito é um pouco maior que o esquerdo. Entre homens homossexuais e mulheres heterossexuais, por outro lado, o volume dos dois hemisférios é equivalente. Os cientistas acham provável que essas diferenças se estabeleçam ainda no útero ou muito cedo na infância. Assim, o homossexualismo teria origens biológicas e não decorreria apenas de uma opção do indivíduo, não se sustentando então a discriminação e o preconceito de que são alvo os homossexuais.

Maria Berenice Dias sustenta que o fato de alguém direcionar sua atenção para alguém do mesmo sexo ou de sexo distinto, não pode ser alvo de tratamento discriminatório, pois tem por base o próprio sexo da pessoa que faz a escolha.³⁹² A decisão judicial que adote por critério não a efetiva conjugação das pessoas, das suas próprias vidas, mas a mera

³⁸⁸ DIAS, 2006, op. cit., p. 75.

³⁸⁹ RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. **Revista do CEJ do Conselho da Justiça Federal**. Brasília, n. 6, dez. 1998. p. 29.

³⁹⁰ DIAS, 2006, op. cit., p.75-6.

³⁹¹ VIEIRA, Vanessa. A diferença se vê no cérebro. **Revista Veja**, São Paulo, n.º 2.066, p. 168, 25 de junho de 2008.

³⁹² DIAS, 2006, op. cit., p. 76.

coincidência de sexos, parte de um preconceito social.³⁹³ A espécie humana é a única em que há a separação psíquica e física entre o ato sexual prazeroso e a função procriativa. Dessa separação, e na medida em que ela ocorre, nasce a liberdade de orientação sexual, que se tornou inerente ao homem. Indivíduos de ambos os sexos têm o direito de entreter uma relação sexual além da simples necessidade de reprodução, inclusive com pessoa do mesmo sexo, o que não afronta os conceitos das sociedades historicamente desenvolvidas.³⁹⁴ Não cabe mais desfigurar para desproteger, senão por preconceitos que, presos ao passado, distorcem no passado a evolução e a história da humanidade.³⁹⁵

Todos dispõem da liberdade de escolha, não importa o sexo da pessoa eleita, se igual ou diferente do seu. Se o indivíduo nada sofre ao se vincular a uma pessoa do sexo oposto, mas recebe o repúdio social por dirigir seu desejo a alguém do mesmo sexo, está sendo discriminado em função da sua orientação sexual.³⁹⁶

Canotilho³⁹⁷, mencionando a Constituição portuguesa, sustenta que a realização da ampla tutela das potencialidades do ser humano por meio do discurso legal torna-se possível mediante a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, que se dá por meio da realização dos direitos fundamentais, na medida que:

A densificação do conteúdo constitucional dos direitos, liberdades e garantias, é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado “dignidade da pessoa humana”. [...]. Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador, e como administrado. Nessa perspectiva, tem-se sugerido uma “integração pragmática” dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável. (CRP, arts. 24º, 25º, 26º). Em segundo lugar, garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade (cfr. a consagração explícita deste direito no art. 26 da CRPO, introduzido pela LC 1/97, e a refracção do mesmo direito no art. 73/2º da CRP). Refletindo o imperativo social do estado de direito, aponta-se para a libertação da “angústia da existência” da pessoa mediante mecanismos de sociabilidade, dentre os quais se incluem a possibilidade do trabalho, emprego e qualificação profissional e garantia de condições existenciais mínimas através de mecanismos providenciais e assistenciais como o subsídio de desemprego e o rendimento mínimo garantido (cfr. CRP, arts. 53º, 58º, 63º, 64º). Reafirma-se, em quarto lugar, a garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do estado direito. Finalmente, realça-se a dimensão de igualdade de

³⁹³ Idem, *ibidem*.

³⁹⁴ Idem, *ibidem*.

³⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 242.

³⁹⁶ DIAS, 2006, *op. cit.*, p. 76.

³⁹⁷ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 242.

tratamento normativo (Cfr. CRP, art. 13º), isto é, igualdade perante a lei e através da lei.³⁹⁸

Portanto, os direitos fundamentais encontram-se encartados nas Cartas Políticas dos países democráticos, refletindo a progressão das necessidades de realização do homem, como pessoa, como ser humano em processo de auto-realização. E, por conta do comando constitucional imperativo de promoção da auto-realização do ser humano como fundamento da República e fim da ordem estatal, realçada está a possibilidade da tutela jurídica da opção sexual, visto que integra a esfera de autonomia individual de toda e qualquer pessoa humana.³⁹⁹

Não obstante verificar-se que os princípios constitucionais garantam a igualdade de todos perante a lei, a liberdade e os direitos inerentes à pessoa humana, veremos no capítulo seguinte, que a ausência de regulamentação das relações homoafetivas pela legislação infraconstitucional não é assegurado assim, de forma tal clara, os direitos a esse grupo, que quando se socorre da justiça para garantia de seus direitos, fica à mercê da subjetividade da interpretação da lei pelos juízes, decorrendo daí, decisões díspares, ora não reconhecendo qualquer direito com a extinção dos processos sem julgamento do mérito, sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido, ora reconhecendo direitos com fundamento na existência de sociedade de fato, ora reconhecendo a existência de união estável, à semelhança das uniões estáveis entre heterossexuais. Urge, então, a regulamentação dessas uniões para que sobre fatos semelhantes, sejam dadas as mesmas decisões.

³⁹⁸ Idem, *ibidem*.

³⁹⁹ GIRARDI, op. cit., p. 58.

3 O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Neste terceiro capítulo do trabalho, demonstra-se que a ausência de dispositivos legais claros e expressos referentes às uniões entre homossexuais no nosso ordenamento jurídico, cuja necessidade se justifica em face de ter o texto constitucional conferido expressamente, apenas às uniões estáveis entre homens e mulheres (art. 226, § 3º da CF/88), o *status* de entidade familiar, acarreta insegurança jurídica para os interessados, além de fomentar a discriminação contra todos aqueles que não têm na heterossexualidade a sua orientação sexual. Demonstrou-se nos capítulos precedentes que a união entre homossexuais qualificada pelo afeto, convivência pública, contínua e duradoura é, a exemplo das uniões de fato entre homens e mulheres, uma sociedade familiar e, em razão disso, à luz dos dispositivos constitucionais relativos à dignidade humana, da igualdade, à liberdade, à não discriminação e do direito à privacidade, merece igual proteção do Estado.

Verificou-se ainda, que, enquanto persistir a omissão e o silêncio do legislador, deve o Poder Judiciário estender e aplicar às uniões homoafetivas, no que couber, as regras destinadas às uniões estáveis heterossexuais, sendo as demandas processadas e julgadas por varas de família e não por varas cíveis. Salienta-se enfaticamente, que não podem os homossexuais ficar na dependência apenas da sensibilidade do Juiz.

Reconhece-se que já foram dados pequenos passos nesse sentido, como já mencionado e se repisará mais adiante neste capítulo. Na chamada Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), editada com vistas a combater a violência doméstica e familiar contra a mulher, expressamente no seu art. 2º, foi mencionada expressamente a os direitos das mulheres, *independentemente de orientação sexual*, os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. No seu art. 5º, a referida lei reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. Da mesma forma, multiplicam-se as decisões judiciais reconhecendo os mesmos direitos aplicáveis às uniões heterossexuais, às famílias compostas por homossexuais. Também as decisões administrativas da previdência social caminham nesse sentido e não poderia ser diferente, porque as uniões homossexuais configuram verdadeiras comunidades familiares.

3.1 A ANALOGIA QUE SE IMPÕE – EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL À UNIÃO ESTÁVEL

A mesma resistência dos juízes em reconhecer juridicidade às uniões extramatrimoniais repete-se frente às relações homossexuais, como dito ao final do item precedente. Enorme é a dificuldade em identificá-las como entidade familiar.⁴⁰⁰ A jurisprudência, com raras exceções, ainda se inclina em reconhecer a existência de uma sociedade de fato.⁴⁰¹ Nega-se a origem do vínculo, que é um elo de afetividade e não uma obrigação de bens e serviços para o exercício de atividade econômica.⁴⁰²

Deve-se ressaltar que o modelo de família vem se transformando com o decorrer do tempo. No período romano, a família era patriarcal e o pai tinha poderes e direito de vida e morte sobre a mulher, filhos, escravos e demais pessoas que com ele conviviam. No período clássico e pós-clássico, ainda que prevalecesse a autoridade paterna, houve um abrandamento das regras diante da evolução dos costumes. Na Idade Média, com a ascensão do cristianismo, forte era a influência do Direito Canônico e a única forma de casamento era o religioso, com vínculo matrimonial indissolúvel e severa repressão ao concubinato.⁴⁰³ A fonte da família era o casamento, considerado um sacramento. O vínculo matrimonial era indissolúvel, o concubinato reprimido e a família perderam aquele conteúdo político romanista. À mulher competia a administração doméstica e a educação dos filhos. Na Idade Média a família era uma unidade de produção. O individualismo romano foi substituído pelo espírito comunitário, trazido pelos povos bárbaros, que a partir do Século IV invadiram a Europa ocidental. A organização da propriedade era, nesse tempo, feudal.⁴⁰⁴

As codificações modernas estruturaram a família ainda sob influência de muitas concepções romanas e medievais. Embora sem os exageros do passado, conferiu a chefia da família ao varão, ao marido, ao pai de família. A posição da mulher era subalterna, de mera auxiliar ou colaboradora. Prestigiou-se a família oriunda do matrimônio – só os filhos ditos legítimos tinham direitos garantidos.

No entanto, modificações radicais passaram a ocorrer a partir da segunda metade do século XX e o direito positivo dos povos ocidentais sentiu o impacto de novas concepções. A família democratizou-se. Na sociedade industrial contemporânea passou a ser nuclear, tendo

⁴⁰⁰ DIAS, 2006, op. cit., p. 88.

⁴⁰¹ Idem, ibidem.

⁴⁰² Idem, ibidem.

⁴⁰³ Wikipédia, a Enciclopédia Livre. Verbete família. Disponível em: <<http://wikipedia.org/wiki/Fam%C3%Adlia>>. Acesso em: 25 abr. 2007.

⁴⁰⁴ Idem, ibidem.

por base o amor – fundando-se os vínculos na afetividade. Homem e mulher passaram a atuar em um plano de igualdade. Os filhos não são discriminados, qualquer que seja a origem da procriação. Já não há um só modelo de família, passando a receber a mesma proteção a que se origina do casamento e a que se constitui pela convivência.⁴⁰⁵

Diversas inovações legislativas, refletindo as profundas mudanças na dinâmica familiar nestes tempos foram paulatinamente enfraquecendo o modelo institucional hierárquico e patriarcal. Dentre estas, merecem destaque a nova compreensão do divórcio e a igualdade de direitos entre os cônjuges.⁴⁰⁶

Nesse caminho, observou-se primeiramente no mundo dos fatos a instauração de um tipo de relação familiar que privilegia a satisfação afetiva conjunta dos cônjuges, informada pelas aspirações de intimidade e reciprocidade no seio familiar – a chamada “família fusional”.⁴⁰⁷ A partir da década de oitenta, esta configuração vai alterar-se ainda mais, configurando a chamada “família pós-moderna“, que se caracteriza pelo predomínio da individualidade de cada um de seus membros sobre a comunidade familiar.⁴⁰⁸ Segundo F. Singly, citado por Rios, “o que muda é o fato de que as relações sejam menos valorizadas por si mesmas e mais pelas gratificações que devem trazer a cada um dos componentes da família. Hoje a ‘família feliz’ atrai menos, o que conta é ser feliz por si mesmo”.⁴⁰⁹

Ainda de acordo o referido autor, a percepção destas mudanças é essencial para a adequada concretização do direito de família contemporâneo, seja para o enfrentamento da questão a que se dedica o seu trabalho – *A Homossexualidade no Direito* –, seja para a compreensão daquilo que o ordenamento jurídico dispõe sobre o ordenamento familiar como um todo. Este dinamismo culminou, no ordenamento jurídico brasileiro, na promulgação da Constituição da República de 1988, onde foram inseridas diversas normas a respeito da família, objeto de todo o capítulo da Ordem Social.⁴¹⁰

Nesta evolução, houve a superação da visão que subordinava a dinâmica familiar à consecução de determinados fins sociais e estatais, estabelecidas no interior de uma única e determinada cosmovisão estatal.⁴¹¹ De fato, desde o reconhecimento da dignidade constitucional de outras formas de vida comum diversas da tradicional família legítima,⁴¹² até

⁴⁰⁵ FERNANDES, op. cit., p. 43-5.

⁴⁰⁶ RIOS, 2001, op. cit., p. 102-3.

⁴⁰⁷ Idem, p.103.

⁴⁰⁸ Idem, ibidem.

⁴⁰⁹ Idem, ibidem.

⁴¹⁰ Idem, p.104.

⁴¹¹ Idem, ibidem.

⁴¹² Conforme o artigo 226, também são reconhecidas como entidade familiar a união estável entre homem e mulher (§ 3º), bem como a comunidade monoparental (§ 4º).

a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal, o regime jurídico da família hoje vigente operou uma ruptura com o paradigma institucional antes prevalente.⁴¹³ Este aspecto é muito importante, uma vez que em virtude desta nova disciplina constitucional, pode-se conferir ao ordenamento jurídico a abertura e a modalidade que a dinâmica social lhe exige, sem a fixidez de um modelo único que desconheça a pluralidade de estilos de vida e de crenças e o pluralismo que caracterizam nossos dias.⁴¹⁴

Sérgio Gischkow Pereira,⁴¹⁵ resumiu que as linhas gerais do direito de família contemporâneo apresentam (1) o amor como valor capaz de dar origem, sentido e sustentação ao casamento; (2) a completa paridade entre os cônjuges; (3) a igualdade dos filhos de qualquer natureza, incluídos os adotivos; (4) o reconhecimento e a proteção do concubinato; (5) o novo conteúdo do pátrio poder; (6) a menor dificuldade na obtenção do divórcio; (7) a adequação do regime de bens aos verdadeiros significados do casamento; (8) a atuação mais intensa do Estado sobre a família e (9) a influência dos avanços científicos e tecnológicos. Na mesma linha, Munir Karan salienta que a configuração jurídica da família no século XXI tende claramente a valorizar mais o elemento afetivo sobre o matrimônio formal, a procriação ou o estrato social.⁴¹⁶ De acordo com Maria Cláudia Crespo Brauner, os pilares da família moderna assentam-se nas relações de solidariedade e afeto, muito além da mera função de reprodução, sustento e educação dos filhos.⁴¹⁷

A atualização do direito de família hoje exigida pela realidade social requer, além da superação do paradigma da família institucional, o reconhecimento dos novos valores e das novas formas de convívio, constituintes das concretas formações familiares contemporâneas, que alcançam não só a citada “família fusional” mas, também, a “família pós-moderna”. Neste sentido, aliás, poder-se-ia melhor explorar e refletir a respeito do § 8º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, onde fica clara a relevância e a autonomia de cada indivíduo participante da comunidade familiar, sem se adotar uma visão “institucional” ou “fusional” da família.^{418/419}

⁴¹³ RIOS, 2001, op. cit., p.104.

⁴¹⁴ Idem, ibidem.

⁴¹⁵ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências Modernas do Direito de Família. In: **Revista AJURIS**. Porto Alegre, n. 45, 1998. p. 65.

⁴¹⁶ KARAN, Munir. A Família, o Direito e o Estado no Limiar do Séc. XXI. In: **Revista Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, (v. 164). p. 59.

⁴¹⁷ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Considerações sobre a filiação extramatrimonial em direito de família francês e brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 129, mar. 1996. p. 33.

⁴¹⁸ Diz o dispositivo: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

⁴¹⁹ RIOS, 2001, op. cit., p.106.

De acordo com Roger Raupp Rios, as questões que surgem da conjugação de tais fenômenos sociais com o amplo espectro de direitos e deveres pertinentes ao direito de família são inumeráveis.⁴²⁰ E prossegue:

Nos limites deste artigo, assim conduzindo o raciocínio, devo desenvolver uma resposta ao problema da união de pessoas do mesmo sexo no âmbito do direito de família. Ainda que não tenha a pretensão de responder cabalmente à questão, abarcando todos os seus aspectos, creio que um dado fundamental, que não pode ser esquecido no cumprimento desta tarefa, é que o respeito à dignidade da pessoa humana também se dá por intermédio do reconhecimento da pertinência das uniões de pessoas do mesmo sexo ao âmbito do direito de família. Eis aqui uma conexão entre a dignidade humana e o reconhecimento destas uniões no âmbito jurídico familiar, especialmente se se atentar para a sistemática rejeição de direitos a homossexuais em virtude da alegada impertinência de suas relações afetivas a este domínio jurídico.⁴²¹

Um exame na jurisprudência nacional e estrangeira envolvendo direitos de homossexuais revela essa realidade. Muitos direitos subjetivos, públicos ou privados, foram negados a homossexuais em virtude da referida exclusão de suas relações afetivas no âmbito familiar.⁴²²

Taísa Ribeiro Fernandes, ao defender o respeito aos homossexuais, sustenta que no atendimento às suas justas aspirações, tem que se descartar qualquer idéia de paternalismo, piedade ou comiseração, porque não é isso que eles querem, nem disso precisam. Deve-se fazer de tudo para que os homossexuais exerçam plenamente o direito que os outros desfrutam à tranqüilidade, à paz, ao bem-estar, à felicidade, a uma vida digna. E isso inclui o direito – que é natural – de constituir uma família. Não é por ser uma família diferente da família dos heterossexuais que deixa de ser uma família, se se funda no amor, no respeito mútuo, na solidariedade.⁴²³

Considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar não vai transformar a família nem vai estimular a prática homossexual. Apenas levará um maior número de pessoas a sair da clandestinidade, deixando de ser marginalizadas.⁴²⁴

As uniões heterossexuais, por força constitucional, foram reconhecidas como sociedades de afeto, mas as uniões homossexuais, pela omissão legal, ainda são identificadas como meras sociedade de fato. A depender da identidade ou diversidade sexual dos parceiros,

⁴²⁰ RIOS, 2001, op. cit., p. 106.

⁴²¹ Idem, p.106-7.

⁴²² Idem, p.107.

⁴²³ FERNANDES, op. cit., p. 51.

⁴²⁴ DIAS, 2006, op. cit., p. 25.

diferenciada a tutela jurisdicional que lhes será outorgada. Buscando o Judiciário para o reconhecimento dos efeitos decorrentes da união, certamente diversas serão as soluções de ordem pessoal e patrimonial se for o par do mesmo ou de distinto sexo.⁴²⁵ Mesmo sendo idênticas a postura dos conviventes e a natureza afetiva do vínculo que os une, receberão tratamento desigualitário.⁴²⁶ Se forem parceiros heterossexuais, a demanda tramitará pela Vara de Família. Reconhecida a existência de convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família, são deferidos alimentos e partilhados bens. Falecido um dos parceiros, ao sobrevivente será entregue a herança e concedido o direito real de habitação, além de assegurado usufruto sobre a metade dos bens disponíveis, isso tudo partindo da presunção *juris et de jure* de colaboração comum na formação do acervo patrimonial.⁴²⁷

Havendo identidade de sexo, ainda que meramente biológica, a demanda, proposta no juízo cível, provavelmente será extinta, decantando-se a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido. Raros julgados emprestam juridicidade a tais vínculos. Mesmo quando comprovada a convivência duradoura, pública e contínua, é reconhecida somente a existência de uma sociedade de fato, sob o fundamento de ser impertinente qualquer indagação sobre a vida íntima de um e de outro. Não se concede alimentos e nem direitos sucessórios. Ao parceiro sobrevivente, no máximo, é deferida a metade - às vezes nem isso - do patrimônio adquirido durante a vida em comum e, ainda assim, mediante prova de mútua colaboração. Nada mais. Invoca-se a Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal,⁴²⁸ enunciado que surgiu com nítido caráter protecionista à mulher, ao determinar a participação no patrimônio adquirido durante o período de convivência e, em geral, registrado somente em nome do varão. Cabe lembrar que tal enunciado data de 1963, portanto, antes da constitucionalização da relação concubinária que nem era mais invocada pela jurisprudência, que havia passado a presumir a mútua colaboração para determinar a partilha igualitária dos bens.⁴²⁹

Ainda que essa solução se afigure aparentemente justa quando ocorre a separação dos conviventes ou, quando o fim do relacionamento decorre da morte de um dos parceiros, a injustiça dessa solução é flagrante. Com a separação cada um recebe a metade do patrimônio amealhado durante a vida em comum. Mas na hipótese de falecimento, ao outorgar-se ao

⁴²⁵ DIAS, 2006, op. cit., p. 89.

⁴²⁶ Idem, ibidem.

⁴²⁷ Idem, ibidem.

⁴²⁸ Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo patrimônio comum.

⁴²⁹ DIAS, 2006, op. cit., p. 89-90.

sobrevivente apenas a meação dos bens, isso gera o enriquecimento sem causa dos parentes que não sejam herdeiros necessários. Ao menos por metade é infringido o cânone que tanto repugna a justiça. É feita meia justiça ao se entregar a metade do acervo hereditário, por exemplo, aos irmãos, tios ou sobrinhos do companheiro falecido.⁴³⁰ Não se pode negar a ocorrência de injustificado proveito dos familiares – que normalmente hostilizavam a orientação sexual do *de cuius* – em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar o patrimônio e se vê sozinho, abandonado e sem nada.⁴³¹ Como bem refere Aduino Suannes, o enriquecimento ilícito, sempre repudiado pelo Direito, é que não pode ser objeto de temporização, mormente em casos de um dos sócios falecer, abrindo ensanchas à família – na maioria das vezes distante por preconceito – para que possa herdar a integralidade do patrimônio deixado, em prejuízo daquele que, direta ou indiretamente, contribuiu para a sua formação.⁴³²

Assim como a sociedade não é estática e está em constante transformação, o direito não pode ficar estático, à espera da lei.⁴³³ Deve acompanhar o momento social. Como geralmente ocorre em uma perspectiva histórica, o fato social se antecipa ao jurídico, e a jurisprudência antecede a lei.⁴³⁴ Mesmo que não se aceite a existência de uma família homossexual, mesmo que não se queira ver uma entidade familiar para se lhe aplicar a legislação a ela referente, é imperioso reconhecer ao menos que há um interesse merecedor de proteção. A omissão do legislador não deve servir de obstáculo à outorga de direitos e imposição de obrigações às relações de parceiros do mesmo sexo. Inadmissível que se chancelo o enriquecimento sem causa simplesmente pela orientação sexual de alguém.⁴³⁵

Ainda que a sociedade não aceite essa nova realidade sem conflitos e persistam objeções morais, admoestações religiosas e posturas discriminatórias,⁴³⁶ isso não deve inibir o juiz de solver as lides que lhe são trazidas a julgamento. Não pode a Justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no conformismo, para deixar de dizer o direito.⁴³⁷

⁴³⁰ Idem, p.90.

⁴³¹ Idem, ibidem.

⁴³² SUANNES, Aduino. **As uniões homossexuais e a Lei. 9.278/96**. Rio de Janeiro: COAD. Ed. Especial out/nov, 1999. p. 32.

⁴³³ LEY, Anna Maria Laydner Gaudie. Um princípio de igualdade. In: **Jornal Zero Hora**. Porto Alegre, 22 out. 1996.

⁴³⁴ SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. Concubinato: uma visão alternativa. In: **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 53, 2001. p. 305-14.

⁴³⁵ DIAS, 2006, op. cit., p.92.

⁴³⁶ CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**. Paraná: Juruá, 1997. p.170.

⁴³⁷ CALADRA, Henrique Nelson. Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: [s.ed.], 1995. (v. 2). p. 284.

Na ausência de norma para a solução dos conflitos, principalmente com temas que requerem uma avaliação valorativa, a solução não pode se apoiar exclusivamente na opinião preconcebida do julgador calcada em posturas individuais de aceitação ou rechaço.⁴³⁸ O magistrado precisa buscar respostas em relações jurídicas outras, cujas circunstâncias guardem similitude com a situação posta em julgamento.⁴³⁹

O silêncio constitucional e a omissão legiferante não devem levar à negativa de se extraírem efeitos jurídicos de tais vínculos. Na circunstância, deve, a o juiz atender à determinação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil,⁴⁴⁰ e fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto como causa e, assim reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável.⁴⁴¹ O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos, ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito das Famílias.⁴⁴²

Raupp desenvolve interessante raciocínio sobre o tema: como para ele a hipótese de subsunção das uniões homossexuais à comunidade familiar derivada do casamento não encontra aceitação plena nem na doutrina e nem jurisprudência nacional, restaria analisar a pertinência das uniões de pessoas do mesmo sexo à chamada “união estável”.⁴⁴³ O texto constitucional define a união estável como entidade familiar formada entre homem e mulher numa redação que, de início, sugere a exclusão das uniões homossexuais de seu âmbito, por faltar o pressuposto da distinção dos sexos.⁴⁴⁴ Diante desta dificuldade têm sido ofertadas duas ordens de respostas. A primeira inclui as uniões homossexuais no âmbito das uniões estáveis, por intermédio de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais (principalmente o direito de igualdade) e mediante o recurso da analogia; a segunda sustenta a inconstitucionalidade da própria norma do art. 226, § 3º da Constituição, ao restringir o conceito, por violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.⁴⁴⁵

⁴³⁸ BECKERMAN, Jorge; WAGMAISTER, Adriana M. **Convivência y trato familiar entre personas del mismo sexo ante la Seguridad Social. La ley.** Suplemento del Derecho Constitucional. Buenos Aires: março de 1999, p. 21.

⁴³⁹ DIAS, 2006, op. cit., p. 92.

⁴⁴⁰ LICC, art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁴⁴¹ DIAS. 2006, op. cit., p. 93.

⁴⁴² Idem, ibidem.

⁴⁴³ Idem, ibidem.

⁴⁴⁴ RIOS, 2001, op. cit., p. 121.

⁴⁴⁵ Idem, ibidem.

Para Raupp, a tese que sustenta a aplicação analógica do instituto da união estável às uniões homossexuais afasta, primeiramente, a existência de óbice constitucional ao reconhecimento destas uniões na citada espécie de comunidade familiar. Na ausência de proibição expressa ou de previsão positiva, postula a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, segundo o qual uma interpretação adequada do texto constitucional exige a consideração das demais normas constitucionais, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias.⁴⁴⁶

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa das uniões homossexuais, qual seja, a comunidade familiar formada pela união estável entre homem e mulher.⁴⁴⁷ A semelhança relevante, aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre companheiros de mesmo sexo, assim como ocorre com companheiros de sexos opostos.^{448/449} Para Raupp, o argumento, sem dúvida, avança no sentido da concretização da Constituição, pois confere uma unidade de sentido à Constituição diante da realidade histórica, fazendo concorrer com os princípios informativos do direito de família outros princípios constitucionais, dentre os quais se destaca o princípio isonômico e a decorrente proibição de discriminação por motivo de sexo e orientação sexual.⁴⁵⁰

Todavia, se for tomada como ponto de partida para a resolução deste problema jurídico-constitucional a tarefa de concretização da Constituição, pode-se prescindir de recurso analógico para o reconhecimento da natureza familiar das uniões homossexuais, pois estas, em si mesmas, atendem aos citados princípios da dignidade humana, da igualdade e aqueles pertinentes à evolução geral do direito de família, também presentes na Constituição.⁴⁵¹

Além disso, a analogia nesse caso pressupõe a semelhança normativa essencial entre a união estável e as uniões homossexuais. Do ponto de vista defendido por Raupp, a semelhança relevante entre estas duas situações é a pertinência ao âmbito do direito de família, tendo presente o atual estágio de compreensão do fenômeno familiar pelo

⁴⁴⁶ Idem, p.122.

⁴⁴⁷ Idem, ibidem.

⁴⁴⁸ Idem, ibidem.

⁴⁴⁹ Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento nº. 599075496. Relator Des. Breno Mussi.

⁴⁵⁰ RIOS, 2001, op. cit., p. 122-3.

⁴⁵¹ Idem, p.123.

ordenamento jurídico, onde prevalece a proteção da realidade diante do culto à forma.⁴⁵² Esta semelhança, frisa-se, não decorre de analogia das uniões homossexuais com a união estável, mas da própria dinâmica das uniões homossexuais e sua pertinência à configuração jurídico-constitucional do conceito amplo de família. Assentada esta nota essencial comum às duas hipóteses, a união estável se distingue das uniões homossexuais precisamente em virtude do requisito da diversidade sexual entre companheiros expressamente consignado no texto do art. 226, § 3º,⁴⁵³ bem como na determinação constitucional de se facilitar sua conversão em casamento, aspecto que também afasta as uniões homossexuais da união estável.⁴⁵⁴ Imagine-se, por hipótese, que emenda constitucional retirasse do texto constitucional a previsão da união estável, sem nada dispor. Tal procedimento não impediria que a legislação e a jurisprudência continuassem a desenvolver e a atualizar o direito de família, reconhecendo pertinência tanto da referida união estável quanto das uniões homossexuais ao direito de família. Vê-se, portanto, que a qualificação jurídica familiar às uniões homossexuais não depende da existência de união estável. Trata-se, mais do que analogia de comunhão de características típicas do conceito jurídico de família às duas situações.

Não obstante o ponto de vista respeitável de Raupp, a maioria das decisões dos tribunais que reconhecem às uniões estáveis entre homossexuais *status* de entidade familiar, adotam como fundamento a analogia. Outras adotam a analogia integrada com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade e da liberdade.⁴⁵⁵

Nesse sentido a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em 14-03-2001⁴⁵⁶, reconheceu, de forma pioneira, o direito sucessório a vínculo homoafetivo. Em face da omissão legal, foi analogicamente aplicada a legislação que regula as uniões extramatrimoniais, reconhecendo o direito do parceiro à meação do patrimônio amealhado no período de convivência de mais de 30 anos, ante a presunção de mútua colaboração geradora do estado condominial.

Desse modo:

Se duas pessoas têm vida em comum, cumprindo deveres de mútua assistência, verdadeiro convívio caracterizado por amor e respeito, a identidade meramente biológica de sexos do par não pode impedir que se reconheçam direitos e se imponham obrigações recíprocas. Assim, não é desarrazoado, firme nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, por

⁴⁵² Idem, *ibidem*.

⁴⁵³ Artigo 226, § 3º: “Para efeito de 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.”

⁴⁵⁴ RIOS, 2001, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁵⁵ Ver acórdão na íntegra Anexo D.

⁴⁵⁶ Acórdão TJRS AC 70001388982.

analogia e com suporte nos princípios gerais de direito, aplicar os mesmos efeitos patrimoniais que se deslumbra na união estável, repartindo-se o acervo angariado por parceiros em sua vida em comum, desde que se vislumbrem os pressupostos da notoriedade, da publicidade, da coabitação, da fidelidade, de sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afetos.⁴⁵⁷

Não se olvide, por fim, que a Lei nº 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, no entendimento de muitos juristas, de modo expresso, teria reconhecido a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, ao dispor em seu art. 2º que “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, *orientação sexual* (...) goza de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”.⁴⁵⁸ Tal entendimento seria reforçado pelo disposto no parágrafo único do art. 5º da referida lei ao reiterar que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar.⁴⁵⁹

Independentemente disso, como melhor se examinará no avançar deste trabalho, a Constituição Federal vigente, pelos princípios da igualdade e da dignidade humana, numa interpretação extensiva, já reconhecia essas uniões afetivas como entidades familiares, à semelhança das uniões estáveis entre homem e mulher.

Contudo, como bem salienta Ana Clara Harmatiuk Matos, embora a proximidade entre a união estável heterossexual e a parceira entre pessoas do mesmo sexo, ligado principalmente à *affectio maritalis* não formalizada, deve-se estar atento ao respeito às diferenças, porque não se deve em nome da igualdade aniquilá-las. Ao lado do princípio da igualdade está, também, o relevante princípio da pluralidade familiar a informar essas realidades.⁴⁶⁰

3.2 PROBLEMAS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL

A ausência de regulamentação expressa relativamente às uniões homossexuais, além de permitir que persistam a discriminação e a desigualdade, como já visto nos capítulos

⁴⁵⁷ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF. Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001, p. 144.

⁴⁵⁸ Lei 11.340/2006, art. 2º. Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe assegurada as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.” (Destaques apostos).

⁴⁵⁹ Lei 11.340/2006, art. 5º “Para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento mental, físico, sexual ou psicológico, e danos morais ou patrimoniais. I – omissis; II – omissis; III – omissis. Parágrafo único: As relações pessoais, relacionadas neste artigo independem de orientação sexual.”

⁴⁶⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais.** Algumas soluções jurídicas à união homossexual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.88.

anteriores, viola frontalmente à Constituição Federal, leva os parceiros homossexuais ao isolacionismo, traz a insegurança jurídica e afeta, sobremaneira, os Direitos Sucessórios, Patrimoniais e Previdenciários dos parceiros, em caso de separação ou morte de um deles.

3.2.1 Violação da Constituição Federal

Como visto no primeiro capítulo deste estudo, não há no Brasil, no plano constitucional, proibição expressa da discriminação por orientação sexual. Esta ausência de previsão explícita, no entanto, não impede a aplicação do princípio da igualdade formal como proibição geral de diferenciação, que abrangeria inclusive as discriminações por orientação sexual.⁴⁶¹ Para Maria Berenice Dias, a garantia do livre exercício da sexualidade está amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, que impõe a inclusão das relações homossexuais no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo ao mesmo tempo individual, categorial e difuso.⁴⁶² De acordo com Rios, também se albergam sob o teto da liberdade de expressão, como garantia do exercício da liberdade individual, cabendo incluí-las, da mesma forma, entre os direitos de personalidade, principalmente no que diz respeito à identidade pessoal e a integridade física e psíquica.⁴⁶³ Visualiza-se ainda, a segurança e garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que é a base da ordem jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente da pessoa humana.⁴⁶⁴

Como visto mais minudentemente no capítulo próprio, o princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal.⁴⁶⁵ O ser humano, em virtude da sua dignidade, não pode ser visto como meio para a realização de outros fins.⁴⁶⁶ A relação que se estabelece entre a proteção da dignidade humana e orientação sexual é direta. O respeito aos traços constitutivos fundamentais da individualidade de cada um, sem depender de orientação sexual é ordenado juridicamente, em face do art. 1º, inciso III

⁴⁶¹ RIOS, 2002, op. cit., p. 139.

⁴⁶² DIAS, 2006, op. cit., p. 74.

⁴⁶³ RIOS, 1998, op. cit., p. 28.

⁴⁶⁴ SOUZA, Ivone Coelho. Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações. *In*: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA – IDEF. **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 109.

⁴⁶⁵ RIOS, 2001, op. cit., p. 89.

⁴⁶⁶ Idem, ibidem.

da Constituição de 1988.⁴⁶⁷ O reconhecimento da dignidade da pessoa humana é elemento central na sociedade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito, que promete aos indivíduos, muito mais que abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.⁴⁶⁸

Desta feita, tendo a República trazido consigo a regra do art. 5º da Constituição Federal vigente, de que todos são iguais perante a lei e sendo o afastamento de qualquer preconceito idéia filosófica de nosso texto constitucional,⁴⁶⁹ que prevê punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, ao não regulamentar adequadamente as relações homossexuais, prevendo, inclusive, sanções pela prática de manifestações discriminatórias, está o legislador pátrio, pela omissão, violando os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal. Indubitável que para dar efetividade material a dois dos mais importantes princípios constitucionais – da dignidade da humana e da isonomia - há que se incluir no ordenamento jurídico, de forma explícita, a proibição de discriminação também por orientação sexual, que a exemplo das manifestações discriminatórias em face da cor, devem ser consideradas crimes imprescritíveis e inafiançáveis. Isso, acrescido de ações afirmativas do Estado, com vistas a estabelecer o respeito à diferença, principalmente na área educacional, pois a escola, voltada para a cidadania democrática seria o local adequado para a formação de uma consciência ética, que inclui tanto sentimentos como razão, mudando mentalidades, combatendo preconceitos e discriminações, enraizando hábitos e atitudes de reconhecimento da dignidade de todos, sejam diferentes ou divergentes,⁴⁷⁰ possibilitaria a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza, assegurando o direito à igualdade de todos perante a lei, tal qual expresso no texto constitucional.

Importante transcrever-se a lição de Konrad Hesse:

O texto constitucional aberto não está preso à vontade social do momento de sua elaboração, mas sim, deve adaptar-se e renovar-se conforme a realidade

⁴⁶⁷ RIOS, 2001, op. cit., p. 91.

⁴⁶⁸ Idem, ibidem.

⁴⁶⁹ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentário à Constituição** Federal. Princípios Fundamentais. Arts. 1º a 4º. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 202.

⁴⁷⁰ BENEVIDES, Maria Victória. **Democracia de iguais, mas diferentes**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/mariavictoria/mariavictoria_democraciaiguais>. Acesso em: 23 mar. 2008.

vivida pelo povo no momento de sua aplicação. Essa característica é a garantia de efetividade e durabilidade de uma Constituição.⁴⁷¹

Considerando ainda, que a Constituição Federal não limita os direitos e garantias individuais a apenas aqueles por ela arrolados, possibilitando a inclusão de outros que visem a melhoria da condição social da população, temos que a sua interpretação deve sempre levar em conta o momento social, como ensina Hesse..

3.2.2 Prisão domiciliar afetiva (Isolacionismo)

Como já visto em tópicos precedentes deste trabalho, na Grécia e Roma antigas as relações homossexuais eram aceitas, sendo consideradas inclusive pedagógicas.⁴⁷² Viu-se, também, que o maior preconceito contra a homossexualidade provém das religiões abramicas (cristianismo, judaísmo e islamismo), sendo que havia um sentimento crescente na Igreja, de que a sodomia era o maior dos crimes, pior até mesmo que o incesto entre mãe e filho.⁴⁷³ O III Concílio de Latrão, de 1179, tornou a homossexualidade crime. O primeiro Código ocidental prescreveu pena de morte à sua prática e as legislações dos Séculos XII e XIII penalizavam a sodomia, sendo que à época não se utilizava o termo “homossexual”.⁴⁷⁴

Na Idade Média o casamento heterossexual tornou-se sacramento e somente as uniões sacramentadas eram consideradas válidas.⁴⁷⁵ Na realidade, desde o advento do cristianismo, os homossexuais passaram a conviver com a intolerância, pois até então, o sodomita não era considerada diferente dos demais e a bissexualidade, em termos sociais, era uma prática aceitável.⁴⁷⁶ Com o afrouxamento dos laços entre o Estado e Igreja, cessou o condicionamento a uma estrita obediência às normas ditadas pela religião, em que a apenação pelo descumprimento dos dogmas de fé estava sujeita à ira divina, eterna e implacável.⁴⁷⁷

Significativas mudanças sociais levaram ao surgimento de uma sociedade menos homofóbica. O declínio da influência da Igreja a partir da Idade Média fez diminuir o sentimento de culpa e o prazer sexual deixou de ser criminoso. Mais recentemente, a partir da

⁴⁷¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 69.

⁴⁷² DIAS, 2006, op. cit., p. 29.

⁴⁷³ SPENCER, Colin. **Homossexualidade**: uma história. 2.ed. Rio de Janeiro: Record. 1999. p. 109.

⁴⁷⁴ Idem, ibidem.

⁴⁷⁵ DIAS, 2006, op. cit., p. 28.

⁴⁷⁶ Idem, p.29.

⁴⁷⁷ Idem, ibidem.

segunda metade do século XX, passou a haver maior valoração do afeto e a orientação sexual começou a se caracterizar como opção, e não um ato ilícito ou de culpa.⁴⁷⁸

Apesar desse abrandamento, no entanto, toda a cultura é ainda voltada ao modelo heterossexual, e o mundo é hostil para com os homossexuais.⁴⁷⁹ Quando alguém se descobre homossexual acaba ficando sem referencial. A forma de compensar o isolacionismo de que são alvo os homossexuais é viver em comunidades.⁴⁸⁰ Ao contrário de outras minorias também objeto de discriminação, os homossexuais são as maiores vítimas do preconceito, pois vivem em famílias heterossexuais e dentro de uma sociedade homofóbica.⁴⁸¹ Assim, o apoio que não encontram dentro de casa, acabam buscando em guetos. Daí a existência de bairros, bares e locais de encontros rotulados de espaços *gays*,⁴⁸² de forma que os homossexuais, visando evitar a exposição pública de suas relações afetivas, tornam-se prisioneiros dos espaços que os acolhem.

A discriminação de que são alvo os homossexuais não se manifesta apenas nos espaços públicos, ocorrendo também em consultórios médicos e dentários, cujos profissionais resistem em atender pacientes homossexuais. Os ginecologistas, principalmente, reagem ao saber que sua paciente é lésbica.⁴⁸³ Há assim, uma maior resistência dos homossexuais na busca de acompanhamento médico, o que os torna mais suscetíveis a problemas sérios de saúde. Na verdade, por trás de todos esses argumentos, não há razões e sim preconceitos inveterados, uma repugnância instintiva para os que praticam o amor de uma maneira que séculos de ignorância, estupidez, obscurantismo dogmático e fantasmas retorcidos do inconsciente satirizaram, chamando-os de “anormal”.⁴⁸⁴

A polêmica do reconhecimento da homossexualidade estende-se por quase todos os países do mundo. No entanto, as sociedades que alcançaram maior nível sócio-econômico-cultural são aquelas que promoveram a integração de suas minorias, e o que é mais importante, favoreceram o desenvolvimento da identidade desses grupos.⁴⁸⁵

Como dito no final do tópico precedente, a regulamentação das relações entre homossexuais e ações afirmativas, principalmente na área educacional, possibilitaria a mudança de mentalidades, favorecendo o combate a preconceitos e discriminações. Essa

⁴⁷⁸ DIAS, 2006, op. cit., p. 29.

⁴⁷⁹ Idem, p.43.

⁴⁸⁰ Idem, ibidem.

⁴⁸¹ Idem, ibidem.

⁴⁸² Idem, ibidem.

⁴⁸³ Idem, ibidem.

⁴⁸⁴ Idem, p.39-40.

⁴⁸⁵ GUIMARÃES, Aníbal. Direitos Humanos para todos ou somente para alguns? In: **Revista Caros Amigos**. São Paulo: [s.ed.]. n. 84, 2004. p. 12.

omissão do Poder Público favorece a manutenção desse estado de coisas e, conseqüentemente, leva os homossexuais ao isolamento, de maneira que eles somente possam freqüentar os espaços que os acolhem, evitando locais públicos e de deixar transparecer os seus relacionamentos amorosos, de sorte a viverem em uma verdadeira prisão afetiva.

3.2.3 Direito Sucessório

A omissão legislativa relativamente às uniões homossexuais, como afirmado em outras passagens deste trabalho, além de favorecer a manutenção de injustiças e preconceitos, deixa sem solução muitos problemas. Quando da morte de um dos parceiros, é buscada em juízo, em regra, apenas a partilha do acervo patrimonial e não a integralidade da herança,⁴⁸⁶ mesmo que não haja herdeiros necessários,⁴⁸⁷ porque o parceiro sobrevivente não está incluído na ordem de vocação hereditária.⁴⁸⁸ São favorecidos os familiares do parceiro falecido, que não raro, rejeitavam, discriminavam e ridicularizavam a orientação sexual do *de cuius*, sem contar que alguns, muitas vezes, sequer o conheciam ou faziam questão de não conhecê-lo⁴⁸⁹ ou dele se afastaram pelo mesmo motivo. E há, ainda, a possibilidade de que, em não havendo parentes na ordem sucessória, ser declarada a vacância e a herança ser recolhida pelo Estado, levando ainda a um resultado mais injusto.⁴⁹⁰ Válido salientar que no Brasil não há o costume de fazer-se testamento, pelo qual a situação poderia ser resolvida.⁴⁹¹

Dísparos são as decisões judiciais quando se invoca o direito sucessório pelo parceiro supérstite. Mas ainda é majoritária a tendência de rejeitar a demanda.⁴⁹² Ora se nega juridicidade ao convívio, ora se deferem alguns escassos direitos, mas sistematicamente se rejeita a condição de herdeiro ao parceiro, o que o alija dos direitos decorrentes da abertura sucessória.⁴⁹³

Maria Berenice Dias⁴⁹⁴ relata que uma ação que causou grande alarde, decorrente de união homossexual, foi a que, em 1989, deferiu a partilha de bens ao parceiro do pintor Jorge Guinle.⁴⁹⁵ Mesmo representando um significativo avanço, a decisão deixou de extrair efeitos

⁴⁸⁶ Decisão nesse sentido veja acórdão de inteiro teor no Anexo B.

⁴⁸⁷ DIAS, 2006, op. cit., p.138-9.

⁴⁸⁸ FERNANDES, op. cit., p. 82.

⁴⁸⁹ Idem, ibidem.

⁴⁹⁰ Idem, ibidem.

⁴⁹¹ Idem, ibidem.

⁴⁹² DIAS, 2006, op. cit., p. 139.

⁴⁹³ Idem, ibidem.

⁴⁹⁴ Idem, ibidem.

⁴⁹⁵ Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais. Comprovada a conjugação de esforços para a formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma

jurídicos da convivência *more uxório*. Reconheceu exclusivamente uma sociedade de fato sob o seguinte fundamento:

Deve-se observar, desde logo, que nenhuma importância tem, para a apreciação do pedido, a natureza da relação. Não cabe aqui qualquer decisão sobre se entre eles existiu este ou aquele tipo de relacionamento. Apresentam-se, pois, inteiramente despropositadas as considerações feitas a respeito de possíveis ligações amorosas ou sexuais.⁴⁹⁶

Relata ainda a autora que o mesmo Tribunal em distinta demanda,⁴⁹⁷ reconhecendo como efetiva a participação das partes na formação do acervo patrimonial e incontrovertida a existência de sociedade de fato, determinou a partilha dos bens. Invoca o acórdão o instituto do enriquecimento ilícito, que emana da sistemática do Código Civil, concluindo que o direito decorre diretamente do pagamento indevido.⁴⁹⁸

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça,⁴⁹⁹ em sede de Recurso Especial, tendo como relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, decidiu que o parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a sociedade de fato.⁵⁰⁰

Tal decisão, sendo a primeira do STJ sobre o tema, foi recebida com euforia e divulgada com grande sensacionalismo. Mas o que tanto alarde causou e motivou comemoração de associações de *gays* e *lésbicas* não apresenta novidade,⁵⁰¹ porque já havia decisões semelhantes nos Tribunais estaduais, como antes mencionado. Na realidade, o STJ limitou-se a deferir a partilha, reconhecendo a existência de uma sociedade de fato entre companheiros. A decisão não emprestou relevo à convivência *more uxório* decorrente de um duradouro vínculo de afeto. Também não atribuiu direito à herança, autorizando tão-só a

sociedade de fato e determina-se a partilha. (TJRJ – AC 731/89-5ª Cív. – Rel. Des. Mário Albiani – j. 22 ago. 1989).

⁴⁹⁶ DIAS, 2006, op. cit., p. 139.

⁴⁹⁷ Ordinária. Dissolução de Sociedade de Fato entre mulheres homossexuais. Efetiva participação na formação do patrimônio. O enriquecimento ilícito emana da sistemática do Código Civil e do pagamento indevido. (TJRJ – AC 1.437/95 – 4ª C. Cív. – Rel. Des. Fernando Whitaker – j. 31 out. 1995).

⁴⁹⁸ DIAS, 2006, op. cit., p.139.

⁴⁹⁹ SOCIEDADE DE FATO. Homossexuais. Partilha de bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1363 do Código Civil. RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano Moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral por ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido (STJ – Resp 148897/MG – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 10 fev. 1998).

⁵⁰⁰ DIAS, 2006, op. cit., p.139.

⁵⁰¹ OLIVEIRA, Euclides de. **União homossexual gera direitos patrimoniais limitados**. Nova realidade do Direito de Família. Rio de Janeiro: COAD, 1998. p. 39.

partição em face da prova de que ambos participaram na formação de patrimônio comum, pois eram sócios de três empresas⁵⁰² Invocando o enunciado da Súmula nº 380 do STF, enfatiza o acórdão a diferença que deve ser feita entre sociedade de fato – que tem caráter puramente patrimonial e a comunhão de vida, que passou a ser tratada como questão familiar, face a evolução do Direito de Família, especialmente após a Constituição de 1988. Ainda que reconhecida a longa convivência sob o mesmo teto, a questão ficou restrita ao âmbito do Direito Obrigacional.⁵⁰³ Ressalva, no entanto, o voto do Min. Sálvio de Figueredo Teixeira: “embora permeadas as colocações com aspectos de relacionamento afetivo e amoroso, de convivência humana, de busca da felicidade”.⁵⁰⁴

Vale repetir que essas decisões geram um descabido beneficiamento dos familiares distantes, que, normalmente, rejeitavam a orientação sexual do falecido. Além disso, como já dito, em caso de ausência de parentes, a herança é recolhida pelo Estado pela declaração de vacância, em detrimento de quem deveria ser reconhecido como titular dos direitos hereditários.⁵⁰⁵

No sentido de incluir o parceiro homossexual supérstite na sucessão hereditária, o mérito é da Justiça do Rio Grande do Sul, que proferiu as primeiras decisões com esse enfoque. Nos Embargos Infringentes⁵⁰⁶ nº 70003967676, diante da omissão legal, foi aplicada analogicamente a legislação relativa às uniões extramatrimoniais (uniões estáveis entre heterossexuais). O 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, tendo como Relator o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, que ficou vencido, sendo designada então para redigir o acórdão⁵⁰⁷ a Desembargadora Maria Berenice Dias, decidiu que tendo havido união estável homoafetiva, ao parceiro sobrevivente é reconhecido direito sucessório, cabendo-lhe a totalidade do acervo hereditário, afastando-se a declaração de vacância da herança.⁵⁰⁸ O julgamento ocorreu em 09/05/2003 e a decisão foi tomada por maioria de votos, mantendo a sentença da Juíza Judith dos Santos Mottecy, da 2ª Vara Cível, do Fórum Central de Porto Alegre. Em sede de apelação,⁵⁰⁹ a 8ª Câmara Cível do mesmo Tribunal, em 08/11/2001, tendo como relator o Desembargador Alfredo Guilherme Englert,

⁵⁰² DIAS, 2006, op. cit., p.140.

⁵⁰³ Idem, ibidem.

⁵⁰⁴ Idem, ibidem.

⁵⁰⁵ Idem, ibidem.

⁵⁰⁶ Recurso cabível, à época, com base no voto vencido, quando a decisão da Câmara do Tribunal não era unânime.

⁵⁰⁷ Quando o relator designado por sorteio por ocasião da interposição do recurso é voto vencido, é designado outro relator, que tenha proferido voto vencedor, para redigir o acórdão.

⁵⁰⁸ FERNANDES, op. cit., p.83.

⁵⁰⁹ Recurso cabível contra sentenças proferidas por juízes de primeiro grau.

decidiu que deveria ser aplicada à união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, por analogia, a legislação da união estável (à época, Leis 8.971/94 e 9.278/96), tendo o companheiro sobrevivente direito à meação dos bens adquiridos durante a convivência, assegurando-lhe, ainda, o direito real de habitação sobre o imóvel residencial em que os parceiros viviam.⁵¹⁰

Percebe-se, pela multiplicidade de entendimentos judiciais, sobre fatos semelhantes, que a omissão legal gera insegurança jurídica, pois diversos são os entendimentos dos julgadores. Assim, diante da lacuna legislativa e as transformações e avanços da sociedade, cabe ao Judiciário, nas controvérsias que lhe são submetidas, integrar o direito, aplicando às suas decisões os princípios gerais do direito e a analogia, tal qual estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil.⁵¹¹ Entretanto, toda essa problemática se resolveria com a regulamentação legal das uniões homoafetivas, porque evitaria interpretações diferentes por parte dos juízes sobre questões semelhantes, uniformizando os entendimentos e decisões.

3.2.4 Direito Previdenciário

Quando do falecimento do companheiro homossexual, de quem era economicamente dependente, o parceiro supérstite sente-se não raro desamparado.

Entretanto, na seara do direito previdenciário houve significativos avanços. A Justiça Federal no Rio Grande do Sul vem assegurando proteção previdenciária, com repercussão nacional, após dar tratamento de união estável às uniões homossexuais. A Diretoria Colegiada do INSS editou a Instrução Normativa nº 25/2000, que estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotado para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.⁵¹²

Referida instrução foi substituída pela IN 50/2001, que por sua vez, foi revogada pela IN 57/2001, de 10/10/2001, que mantém os direitos previdenciários do parceiro sobrevivente. Foi com base no fato de que a pensão decorre da vida em comum, do afeto e do amparo recíprocos, que se reconheceu ao parceiro sobrevivente o direito à percepção da pensão por morte do companheiro homossexual, tanto quanto tem direito à viúva, o viúvo, o companheiro e a companheira sobreviventes.⁵¹³

⁵¹⁰ FERNANDES, op. cit., p.83.

⁵¹¹ Decisões nesse sentido, veja-se nos acórdãos de inteiro teor Anexos A, D, E, F.

⁵¹² DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 80.

⁵¹³ FERNANDES, op. cit., p. 84.

Registra-se que a decisão do INSS decorreu de sentença judicial da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o INSS. A sentença, com abrangência nacional, determinou a inscrição do companheiro do segurado homossexual como seu dependente principal, garantindo-lhe a percepção de auxílio-reclusão e pensão por morte, desde que cumpridos, pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos aos companheiros heterossexuais.⁵¹⁴

Embora a decisão tivesse sido proveniente de concessão de tutela antecipada, foi confirmada em todas as instâncias recursais e estendeu os direitos previdenciários aos relacionamentos desfeitos antes da edição da mesma Instrução Normativa, possibilitando que até o julgamento do mérito da ação, fosse assegurado no Brasil, o gozo de benefícios previdenciários por companheiros homossexuais dos segurados.⁵¹⁵

Vale transcrever, a exemplo de Taísa Ribeiro Fernandes,⁵¹⁶ os principais tópicos do acórdão de lavra do Juiz relator Valdemar Capeletti, da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de nº 1999.04.01.074054-1-SC, publicado no DOU em 23/08/2000, que corrobora integralmente tudo o que se defende nesse trabalho:

1. A sentença proferida em primeira instância está sujeita ao duplo grau de jurisdição, já que proferida em 15 de abril de 1999, após a vigência da Lei nº 9.469, de 10/07/1997, a qual estendeu às Autarquias a aplicação do disposto no art. 475, *caput* e inc. II, do CPC.

2. O princípio da igualdade confere isonomia jurídico-formal de todos perante a lei, constitui garantia para coibir a discriminação, *in casu*, atinente à orientação sexual dos indivíduos, o que permite a liberdade de escolha sexual.

3. O princípio da dignidade da pessoa humana abarca todos aqueles direitos fundamentais, como os individuais, os de cunho econômico, social e moral, impondo-se ao Estado assegurar condições para que as pessoas se tornem dignas, reconhecendo-se a liberdade de orientação sexual.

4. O princípio do bem de todos sem preconceitos ou discriminação traduz-se em um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, visando ao bem-estar social, o que torna inconcebível qualquer discriminação arrimada na diferença de sexos.

5. É cediço que a concepção de união estável, prevista no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, não abarca o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, todavia, a sociedade de fato entre essas merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais, em virtude dos citados princípios constitucionais, bem como do art. 5º, II, da Constituição da República.

6. O reconhecimento da sociedade de fato, e não de união estável, de acordo com o previsto no art. 226, § 3º, da Constituição da República, não constitui óbice para a aplicação do art. 217, I, c, da Lei 8.112/90, sob pena de discriminação sexual (art. 3º, IV, da Carta Magna).

⁵¹⁴ Idem, p. 85.

⁵¹⁵ Idem, *ibidem*.

⁵¹⁶ Idem, p.85-86.

7. O art. 217, i, da Lei 8.112/90, não obstante se refira à comprovação de união estável para a concessão da pensão por morte ao companheiro ou companheira, deve ser interpretado de forma analógica e sistemática.

Desta decisão recorreu o INSS, inclusive extraordinariamente para o Supremo Tribunal Federal. Todavia, a decisão foi mantida liminarmente por decisão do Ministro Marco Aurélio, que à época exercia a presidência daquela Corte, que fundamentou em síntese, que “constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, sem esquecer de mencionar que a entidade familiar não pode ser entendida somente como união estável entre um homem e uma mulher, observando que o art. 5º da Constituição proíbe a distinção por orientação sexual (ACP 2000.71.00.009347-0).⁵¹⁷

Assim, por força de decisão judicial e por instrução normativa por ele mesmo editada, o INSS já reconhece que o companheiro ou companheira do mesmo sexo é dependente preferencial para fins de benefícios de pensão por morte ou outros concedidos pela previdência social oficial.

Em alguns Estados da Federação e Municípios, o mesmo entendimento foi adotado por seus institutos de previdência. No Pará, foi aprovada a Emenda a Constituição em 2003 para ressaltar que ninguém pode ser discriminado por sua orientação sexual, tendo isso repercussão no instituto de previdência daquele Estado.⁵¹⁸

Merece também ser citada a sentença do Juiz Federal Roger Raupp Rios, que determinou a inscrição de companheiro como dependente em Plano de Saúde, tendo em vista a recusa do órgão empregador, motivada pela orientação sexual das partes. Esta sentença que é pioneira no Brasil, admitiu a inclusão de um homem no Plano de Seguros do companheiro, com o qual vivia um relacionamento amoroso, estando ambos infectados com o vírus da AIDS. Entendeu o juiz na época, que não seria possível a declaração de existência de união estável entre os autores, pelo fato de o sistema jurídico não abrigar tal situação, por deferir o benefício apenas aos casais heterossexuais. A decisão foi confirmada pelo Tribunal Regional da 4ª Região, com voto da Relatora Desembargadora Federal Marga Barth Tessler.⁵¹⁹

Em seu voto a relatora argumenta que a solução do litígio decorria da invocação dos princípios fundamentais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

⁵¹⁷ Idem, p.87.

⁵¹⁸ Idem, ibidem.

⁵¹⁹ Ap. Cív. 96.04.55333-00/RS. Rel. Juíza Marga Barth Tessler. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Julg. 20 jun. 1998.

Desta feita, no que diz respeito a Direitos Previdenciários, pelo menos em parte a questão se encontra bem encaminhada. No entanto, a regulamentação legislativa das uniões homossexuais, resolveria a questão também relativamente a muitos institutos de previdências estaduais e municipais que ainda não reconhecem o direito de os companheiros homossexuais, serem dependentes e beneficiários de pensões e outros benefícios por eles concedidos.

3.2.5 Direito Patrimonial

Como já mencionado ao longo deste trabalho, embora na maioria dos casos não sejam as uniões homossexuais reconhecidas como uma entidade familiar, têm a essas uniões sido reconhecidos efeitos jurídicos no campo dos Direitos das Obrigações, em situações semelhantes às experimentadas pelos casais heterossexuais que viviam em concubinato antes da Constituição Federal de 1988, no que tange aos bens adquiridos durante a convivência, pelo esforço comum. Objetivando evitar maiores injustiças e face à reiteração de julgados no mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 380,⁵²⁰ disciplinando a questão.

Conforme Taísa Ribeiro Fernandes,⁵²¹ aplicava-se também à época, em caso de separação de companheiros homossexuais que viviam em união estável, o preceito que veda o enriquecimento ilícito, injustificado ou ilegítimo, embora não houvesse no Código Civil de 1916 nenhum dispositivo legal nesse sentido. No Código Civil atual, a lacuna foi sanada pelo art. 884, *caput*, que estabelece que quem enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o que indevidamente auferiu, atualizados os valores monetariamente.

O locupletamento injusto (ilícito) ocorre quando um dos parceiros fica com todo patrimônio para si, tendo o outro contribuído para a sua formação. O prejudicado pode pelo princípio da equidade⁵²² e até do que veda o enriquecimento ilícito, requerer a divisão do patrimônio.

A ausência de regulamentação legislativa dessas uniões entre pessoas do mesmo sexo acarreta problemas semelhantes aos mencionados antes no tópico relativo aos Direitos Sucessórios. Como não há, em regra, a formalização destas uniões, ainda que através de contratos particulares de convivência, não se tem documentado o seu termo inicial, questão que se torna relevante quando e se houver dissolução da parceria, porque se poderia, através

⁵²⁰ Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

⁵²¹ FERNANDES, op. cit., p. 88.

⁵²² Idem, ibidem.

dele, verificar de pronto o patrimônio individual que cada um dos parceiros formou antes da vida em comum. Menciona Maria Berenice Dias,⁵²³ que o Grupo *Gay* da Bahia instituiu um Livro de Registro de Uniões Estáveis entre Homossexuais, prática que acabou sendo adotada por quase todas as entidades homossexuais do país. O registro levado a efeito não oficializa e nem legaliza a união, por não ser um documento público chancelado pelo Estado, mas serve para comprovar a existência da união para vários fins. Não se constitui, também, em um contrato, e nem afasta a necessidade de lei que regule as uniões homossexuais.

Desta feita, qualquer que seja a denominação legal atribuída a essas uniões, “união civil”, como designada pela então Deputada Marta Suplicy, no Projeto de Lei nº 1.151/95, “parceria civil registrada”, como denominada pelo Deputado Roberto Jefferson, relator do projeto de Lei antes referido e que apresentou substitutivo, “parceria civil”, isso não é o mais importante, porque havendo o referendo legal a essas parcerias, tornar-se-ia despiendo o uso da via judicial para a obtenção de alguns direitos pelos parceiros.⁵²⁴ Inquestionável, pois, que não podem os homossexuais continuar à mercê apenas da sensibilidade dos juízes para obter os benefícios ou os direitos que lhes são devidos. Há que se regulamentar as uniões homoafetivas para que os parceiros não contem apenas com a boa vontade da Justiça, e possam assim, assegurar à sua dignidade e buscar a sua felicidade.

3.3 A UNIÃO SEXUAL NA ÓTICA DOS TRIBUNAIS

A seguir, faz-se a transcrição e breves comentários de algumas ementas de acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que bem refletem os entendimentos díspares de nossos Tribunais relativamente ao tema das uniões homossexuais quando da separação ou morte de um dos parceiros. Veremos que as decisões mais recentes vêm suprindo em parte, à ausência de regulamentação legislativa dessas uniões, reconhecendo o *status* de entidade familiar a tais relações.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70015169626

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Julgamento em 02-08-2006.

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em carência de fundamentação na decisão que deixa de se referir expressamente ao texto da lei que subsidiou a conclusão esposada pelo

⁵²³ DIAS, 2006, op. cit., p.56.

⁵²⁴ Idem, p.105.

juiz quanto à decisão do caso concreto. 2. Está firmado em vasta jurisprudência o entendimento acerca da competência das Varas de Família para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. 3. Não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, pois a Constituição Federal assegura a todos os cidadãos a igualdade de direitos e o sistema jurídico encaminha o juiz ao uso da analogia e dos princípios gerais para decidir situações fáticas que se formam pela transformação dos costumes sociais. 4. Não obstante a nomenclatura adotada para a ação, é incontroverso que o autor relatou a existência de uma vida familiar com o companheiro homossexual. Este relacionamento sequer é negado pela mãe do falecido. A apelante não teve êxito na demonstração de que as aquisições imobiliárias foram feitas por ela e não pelo filho. Por fim, uma vez reconhecida a convivência formou entre eles uma entidade familiar, aplicam-se, por analogia, ao caso, os efeitos pessoais e patrimoniais comuns às uniões estáveis com presunção de formação patrimonial que dispensa prova da contribuição econômica do parceiro. AFASTADAS AS PRELIMINARES. NEGARAM PROVIMENTO POR MAIORIA.⁵²⁵

Destaca-se que tanto nas razões recursais quanto no parecer do Ministério Público, são sustentadas as preliminares de incompetência das Varas de Família para processar e julgar a questão, assim como a impossibilidade jurídica do pedido por falta de regulamentação legislativa sobre as uniões homossexuais.

Neste julgamento, restou vencido o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, que atuou como revisor, que entendia que a competência seria das Varas Cíveis, por não reconhecer ele as uniões homossexuais como equiparadas às uniões estáveis entre heterossexuais.⁵²⁶

O julgamento versava sobre pedido de reconhecimento de sociedade de fato por companheiro supérstite e a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço do casal homoafetivo. A decisão de primeiro grau acolheu o pedido do autor e a sucessão do companheiro falecido, que resistia à pretensão, apelou da decisão para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cabendo o julgamento à Sétima Câmara do Tribunal.

Em seu voto, o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos decidiu primeiramente as preliminares sustentadas tanto nas razões de apelação quanto no parecer do Ministério Público, de nulidade da sentença recorrida por incompetência da Vara de Família para julgar o feito e pela impossibilidade jurídica do pedido, por não haver regramento legal das uniões homossexuais.

Para afastar a preliminar de incompetência da Vara de Família o relator citou vários precedentes do Tribunal que reconheciam ser a Vara de Família competente para o exame de questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual.⁵²⁷ Quanto à questão de impossibilidade jurídica do pedido, também se reportou o relator a precedentes do Tribunal

⁵²⁵ Anexo A.

⁵²⁶ Ver no corpo do acórdão, Anexo A, o voto na íntegra.

⁵²⁷ Ver no Anexo A, voto na íntegra.

que reconheciam a possibilidade jurídica do pedido, face os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal, que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida a discriminação às uniões homossexuais. Sustenta o relator em seu voto ainda, que é um fato da vida que algumas pessoas firmam laços afetivos e estreitam a convivência como se uma família fossem, vivendo lado a lado em uma relação íntima, sob um mesmo teto, não obstante pertençam ao mesmo sexo.

Com relação ao mérito, além de lamentar a confusão conceitual que fazem alguns profissionais do direito ao se referirem indistintamente aos conceitos de união estável e sociedade de fato, como se se tratassem de um mesmo fenômeno, o relator manteve a decisão monocrática argumentando que não obstante a legislação vigente conceber a união estável como uma entidade familiar formada na convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher que pretendem constituir uma família, não se poderia deixar ao abandono jurídico as relações similares formadas por pessoas do mesmo sexo, equiparando a relação mantida entre o autor e seu companheiro falecido às uniões estáveis entre casais heterossexuais, incidindo por consequência, os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70007911001

OITAVA CÂMARA CÍVEL

Julgamento em 01-07-2004.

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL.

O relacionamento homossexual entre duas mulheres não se constitui em união estável, de modo a merecer a proteção do Estado como entidade familiar, pois é claro o § 3º do art. 226 da Constituição Federal no sentido da diversidade de sexos, homem e mulher, como também está na Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, bem como na Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Entretanto, embora não se possa aplicar ao caso a possibilidade de reconhecimento de união estável, em tendo restado comprovada a efetiva colaboração de ambas as partes para a aquisição do patrimônio, impõe-se a partilha do imóvel, nos moldes do reconhecimento de uma sociedade de fato. Apelo parcialmente provido.⁵²⁸

Na decisão supra, a oitava Câmara do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, vencido o Desembargador Rui Portanova, decidiu que o relacionamento homossexual entre duas mulheres não se constitui em união estável, de modo a merecer a proteção do Estado como entidade familiar, pois o art. 226, § 3º da Constituição seria claro quanto à diversidade de sexos, mencionando expressamente homem e mulher, como assim está também contido nas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996. Dessa forma, a relação entre pessoas do mesmo sexo poderia constituir uma sociedade de fato, com a aplicação, por analogia, da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. A sentença de primeiro grau que reconhecia a existência de união

⁵²⁸ Anexo B.

estável restou reformada pela Câmara, vencido o Desembargador Rui Portanova que reconhecia a união estável.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 70010180081
OITAVA CÂMARA CÍVEL
Julgado em 25-11-2004
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. O erro material não desafia embargos de declaração para sua correção. Rejeitado o reconhecimento de união estável entre dois homossexuais, justifica-se o caminho da eventual existência de uma sociedade de fato, sem que o acórdão tenha extrapolado do pedido inicial. EMBARGOS DESACOLHIDOS.⁵²⁹

Na sentença dos Embargos de Declaração,⁵³⁰ o embargante alegava que na petição inicial o autor não teria feito pedido alternativo, ou seja, postulava apenas o reconhecimento de união estável e não de sociedade de fato, como entendeu o Tribunal, de forma que a decisão que reconheceu a sociedade de fato seria *extra ou ultra petita*.⁵³¹

A Câmara, no entanto, rejeitou os embargos sustentando que atendeu ao Recurso do Ministério Público, que pleiteava uma solução analógica, com invocação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. A Câmara julgadora então, manteve a decisão de primeiro grau que afastava a união estável e reconhecia apenas a existência de sociedade de fato entre os companheiros homossexuais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70 021 637 145
OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TJRS
Julgamento em 13/12/2007
APELAÇÃO CÍVEL – UNIÃO HOMOSSEXUAL.
RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL. SEPARAÇÃO DE FATO DO CONVIVENTE CASADO. PARTILHA DE BENS ALIMENTO

União homossexual – lacuna do Direito
O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de uma lacuna do direito.

Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas as relações de índole emotiva, sentimental e afetiva.

Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio da sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo.

⁵²⁹ Anexo C.

⁵³⁰ Recurso que se interpõe contra sentença ou acórdão que contenha omissão, contradição ou falta de clareza (confusão).

⁵³¹ Decisão fora ou acima do que foi pedido pelo autor.

A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco imposta se a relação é hétero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho de ternura entre duas pessoas humana são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica.

Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo, geram as mesmas conseqüências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação sexual é limitar em dignidade a pessoa que são.

A união homossexual no caso concreto

Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC) e demonstrada a separação de fato do convivente casado, de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano.

Via de conseqüência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha de bens, em face do princípio da isonomia, são os mesmos que decorrem da união heterossexual.

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.⁵³²

Observa-se pela ementa supratranscrita, que a Câmara Julgadora em sua decisão, de lavra do Desembargador Rui Portanova, que atuou como relator, integrou o recurso da analogia com os princípios gerais de direito. Quanto ao uso da analogia, buscou no ordenamento jurídico pátrio institutos que se assemelhavam às uniões entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, os institutos como o do casamento, da sociedade de fato e das uniões estáveis entre homens e mulheres, concluindo que este último é o instituto que mais se assemelha às uniões homoafetivas. Isso porque o casamento exige forma prescrita em lei e a sociedade de fato diz respeito a negócio jurídico não formalizado pelos sócios e que melhor se enquadra no Direito das Obrigações. Já as uniões estáveis e as uniões homossexuais não exigem formalidades legais para se constituírem, basta a união pública prolongada e a indispensável presença de afeto. Assim, a melhor analogia conduz à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis entre heterossexuais, porque ambas não prescindem da presença de amor entre os parceiros, para se constituírem e se manterem.

Não descuidaram os integrantes da Câmara Recursal de mencionar que as uniões homossexuais estão também protegidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade de exercer com plenitude, tudo o que é próprio da sua condição, sem esquecer do princípio isonômico na partilha dos bens.

Importante salientar que o relator no acórdão que se comenta, menciona a existência de lacuna na lei, sendo que a união entre pessoas do mesmo sexo ainda não é disciplinada legalmente no Brasil. Quanto às lacunas, invoca a doutrina de Kelsen baseada nas lições de

⁵³² Anexo D

Bobbio (*permittitur quod non prohibetur* – o que não é proibido é permitido), e que os vazios devem ser preenchidos pelo julgador, que não pode se furtar de julgar.⁵³³

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70012836755
SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TJRS
Julgado em 21/12/2005
APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA.
RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

È de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação de direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.
Negado provimento ao apelo.⁵³⁴

A ementa transcrita trata de um recurso de apelação oposto por familiares de uma homossexual, contra sentença de primeiro grau que reconheceu a existência de união estável e o direito de herança da companheira sobrevivente, que mantinha uma relação afetiva com a familiar dos apelantes. A decisão de lavra da Desembargadora Maria Berenice Dias negou provimento à apelação, mantendo a decisão originária.

Na fundamentação da decisão, a relatora rechaça a alegação dos apelantes de infração ao art. 226, § 3º da Constituição Federal, aduzindo que a homossexualidade remonta às mais antigas civilizações, transcrevendo a análise histórica do Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, que por interessante aos objetivos deste trabalho se reproduz:

É irrefutável que a homossexualidade sempre existiu, podendo ser encontrada nos povos primitivos, selvagens e nas civilizações mais antigas, romana, egípcia e assíria, tanto que chegou a relacionar-se com a religião e a carreira militar, sendo a pederastia uma virtude castrense entre os dórios, citas e os normandos.

Sua maior feição foi entre os gregos, que lhe atribuíam predicados como a intelectualidade, a estética corporal e a ética comportamental, sendo considerada mais nobre que a relação heterossexual, e prática recomendável por sua utilidade.

Com o cristianismo, a homossexualidade passou a ser tida como uma anomalia psicológica, um vício baixo, repugnante, já condenado em passagens bíblicas (... com o homem não te deitarás, como se fosse mulher: é abominação, Levítico, 18:22) e na destruição de Sodoma e Gomorra.

Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico e, nessa linha, toda a prática sexual entre os hebreus sóse poderia admitir com a finalidade de procriação, condenando-se qualquer ato sexual que desperdiçasse o

⁵³³ Reputa-se interessante a leitura do Acórdão na íntegra (Anexo D), por se tratar de relacionamento entre um homem casado legalmente com uma mulher nos Estados Unidos e que vivia em união estável com um companheiro homossexual no Brasil.

⁵³⁴ Anexo E.

sêmen; já entre as mulheres, por não haver perda seminal, a homossexualidade era reputada como mera lascívia.

Estava, todavia, freqüente na vida dos cananeus, dos gregos, dos gentios, mas repelida, até hoje, entre os povos islâmicos, que tem a homossexualidade como um delito contrário aos costumes religiosos.

A Idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, sabendo-se que na Renascença, artistas como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade (APC 70001388982, 7ª CC, Rel.: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 14-03-2001).

Salienta ainda a relatora, que a união por amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de sexo, sendo o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Conclui o seu voto afirmando que a Constituição da República, calcada no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, se encarrega de salvaguardar os interesses das uniões homoafetivas, citando por fim, precedentes da Corte sobre o tema.

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Julgado em 07/04/2006

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

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

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.⁵³⁵

Embora este trabalho não trate do direito de adoção por homossexuais, o acórdão transcrito é trazido à pauta porque a decisão baseia-se fundamentalmente na existência de união estável entre duas mulheres, mencionando precedentes da Corte que reconhece, no caso da ausência de regramento específico, a necessidade de ser utilizada a analogia e os princípios gerais do direito. O desembargador relator, Luiz Felipe Brasil Santos, em seu voto, destaca que o tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do século XIX no Direito Francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não

⁵³⁵ Anexo F.

consagradas pelo casamento, época que igualmente não havia nenhum dispositivo legal no ordenamento jurídico francês que permitisse afirmar que a união fática entre homem e mulher constituía família, daí o recurso à analogia, vindo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato. Sustenta também o relator, citando lições de Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal de seus indivíduos.

Salienta ainda o desembargador, que parece inegável que o que leva os homossexuais a conviverem é o amor. São relações de amor cercadas ainda por preconceitos e como tal são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.

A Câmara então, por unanimidade, rejeitou o recurso do Ministério Público contra a sentença de primeiro grau que acolheu o pedido das autoras e concedeu para a adoção pelas mesmas de duas crianças.

APELAÇÃO CÍVEL 70015169626. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRECEDENTES.

1. Não ocorre carência de fundamentação na decisão que deixa de se referir expressamente ao texto de lei que subsidiou a conclusão esposada pelo julgador quanto à decisão do caso. 2. Está firmado em vasta jurisprudência o entendimento acerca da competência das Varas de Família para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. 3. Não que falar em impossibilidade jurídica do pedido, pois a Constituição Federal assegura a todos os cidadãos a igualdade de direitos e o sistema jurídico encaminha o julgador ao uso da analogia e dos princípios gerais para decidir situações fáticas que se formam pela transformação dos costumes sociais. 4. Não obstante a nomenclatura adotada para a ação, é incontroverso que o autor relatou a existência de uma vida familiar com o companheiro homossexual. 5. No entanto, embora comprovada a relação afetiva entretida pelo par, não há prova suficiente da constituição de uma entidade familiar, nos moldes constitucionalmente tutelados. Por igual, não há falar em sociedade de fato, por não demonstrada a contribuição à formação do patrimônio nos moldes da Súmula 380 do STF. AFASTADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE. SÉTIMA CÂMARA CÍVEL – RELATOR LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS. JULGADO EM 20-12-2006.⁵³⁶

Trata o acórdão de lavra do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, designado relator, envolvendo a seguinte questão fática: um homem alegando ter vivido relação estável com outro homem, falecido, postula em juízo o reconhecimento da existência de união estável homoafetiva, com as suas conseqüências jurídicas.

⁵³⁶ Anexo G.

A decisão de primeiro grau rejeitou o pedido do autor ao argumento de que embora restasse comprovada a relação afetiva entre o autor e o falecido, não restou indubitavelmente comprovado nos autos do processo que a relação teve características de vida familiar de modo público, contínuo, duradouro e com o objetivo de constituir uma família.

Em recurso de apelação o autor, então apelante, reiterou os argumentos da petição inicial e o Ministério Público,⁵³⁷ em sua manifestação, arguiu a incompetência absoluta da Vara de Família para processar e julgar a ação, a preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e, se acaso ultrapassadas as preliminares, que não fosse provido o mérito.

O relator afastou a preliminar de incompetência da Vara de Família com base em precedentes jurisprudências do Tribunal, que reconhece a competência da Vara Especializada para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, e que não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido porque a Constituição Federal assegura a todos os cidadãos a igualdade de direitos, sendo que o sistema jurídico encaminha o julgador ao uso da analogia e dos princípios gerais para decidir situações fáticas que se formam pela transformação dos costumes sociais. Ainda, que o processamento da ação se torna possível ante os princípios fundamentais insculpidos na Carta Magna, que veda qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida a discriminação quanto à união homossexual.

Menciona por fim, quanto às preliminares, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece que em caso de lacuna ou omissão da lei, o juiz não pode se negar a julgar e deve fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

No mérito, negou provimento à apelação (tendo a decisão sido unânime, inclusive com voto da Desembargadora Maria Berenice Dias, cuja posição relativamente às uniões entre homossexuais é bastante conhecida), mantendo a sentença originária, argumentando igualmente, que embora houvesse a comprovação da relação homoafetiva entre o autor e o falecido, e que por algum período tenham ambos residido sob o mesmo teto, isso não basta para reconhecimento da existência de que tenha se formado entre eles uma entidade familiar aos moldes das uniões estáveis. Conclui pelas provas dos autos, parecer evidente, ao menos para o falecido, que não havia a intenção de uma plena comunhão de vida e interesses com o apelante.

⁵³⁷ Tratando-se de ações que versem sobre estado, envolvam menores ou interesse público, é sempre obrigatória a intervenção do Ministério Público.

Constata-se então, pela leitura das ementas dos acórdãos e pelas considerações feitas, que houve uma evolução da jurisprudência brasileira. De impossível juridicamente, em face da inexistência de norma específica regulamentando a matéria, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, com características de duração no tempo e publicidade e com *animus* de constituir uma família, passaram a ser reconhecidas primeiramente como sociedades de fato e, por fim, como sociedades de afeto merecedoras da tutela estatal, a exemplo das uniões estáveis entre heterossexuais, que atendem as mesmas características. A jurisprudência tem pautado suas decisões pelo uso da analogia, e pelos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, entendendo que as uniões homoafetivas em muito se assemelham às uniões estáveis heterossexuais, expressamente consideradas entidades familiares pela Constituição Federal de 1988. Esta é a posição defendida neste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho estudou-se a evolução histórica da homossexualidade, desde a homogenitalidade da antiguidade até chegar à homossexualidade, em que as relações públicas e não eventuais entre pessoas do mesmo sexo passaram a ser vistas, nos dias atuais, como vínculos de afeto. Analisaram-se, também, as reivindicações dos homossexuais através de movimentos cujos objetivos visam não só o reconhecimento e o respeito à diferença, mas, sobretudo à igualdade de tratamento.

Através do estudo dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, incorporadas que foram de forma expressa na Constituição Federal brasileira de 1988, que já no seu preâmbulo, deixa transparecer a consagração desses valores fundamentais - igualdade (sem preconceitos), dignidade humana, liberdade, participação democrática e do pluralismo, demonstrou-se que não obstante, os homossexuais continuam a ser alvo de preconceito e discriminação.

Buscou-se, com respaldo nos princípios constitucionais mencionados, demonstrar que se impõe a equiparação das uniões estáveis entre homossexuais às uniões estáveis entre homens e mulheres e que a ausência de regulamentação legal, gera aos homossexuais envolvidos em uma relação afetiva, duradoura e pública, insegurança jurídica quando da separação ou morte de um dos parceiros.

Procurou-se compreender porque a discriminação por orientação sexual é uma das realidades que mais fortemente resiste e desafia o mandamento constitucional da igualdade e o sistema de direitos fundamentais consagrados em nosso texto constitucional.

A manifestação da discriminação se ramifica por diversos âmbitos do ordenamento jurídico: no acesso à justiça, na adoção, na concretização dos princípios processuais, no acesso a cargos públicos, no mercado de trabalho. Os efeitos decorrentes das uniões entre pessoas do mesmo sexo, dentre tantos temas, revelam claramente a dimensão desse desafio e a gravidade desta situação. Tais realidades reclamam a atenção para a necessidade de superação.⁵³⁸ Sem que sejam vencidas estas realidades discriminatórias, cidadãos continuarão a ver negligenciados direitos e garantias constitucionais fundamentais em virtude do preconceito e da intolerância. Atitudes fundadas nestas bases não devem subsistir, uma vez

⁵³⁸ RIOS, 2001, op. cit., p. 177.

que tamanha violência ao princípio isonômico compromete, a um só tempo, a dignidade da pessoa humana e a própria legitimidade democrática do ordenamento jurídico.⁵³⁹

Impende, portanto, afirmar-se a operatividade do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais diante de diferenciações injustificadas, fundadas na orientação sexual dos envolvidos. Se assim não for, preconceito, intolerância e incompreensão permanecerão esvaziando a proteção dos direitos fundamentais, essencial ao Estado Democrático de Direito.⁵⁴⁰

Na realidade, é difícil aceitar o diferente. Sobretudo quando o que foge do convencional é da ordem da sexualidade e diz respeito a relações interpessoais, o índice de rejeição e repulsa se eleva de tal forma, e com força tão expressiva, que passa a ser um tabu, alvo de profundo preconceito.⁵⁴¹

Cabe ao Direito, no entanto, adequar-se ao momento histórico da respectiva sociedade. As sociedades não são estáticas, encontram-se em permanente transformação, e o Direito não pode ficar à espera da lei. As sociedades modernas são dinâmicas. Valores diversos caracterizam diferentes grupos sociais e políticos, as classes, os movimentos de opinião, os estratos sociais e econômicos, e também os indivíduos singularmente considerados. Esse fato torna ainda mais complexa a função judicial, mas ao mesmo tempo, torna inevitável a contribuição do juiz à formação da norma. É necessário pensar e repensar o direito acima de conceitos estigmatizantes e moralizantes, que servem de instrumento de expropriação da cidadania.⁵⁴²

Se o fato social se antepõe ao jurídico e a jurisprudência antecede à lei, devem os juízes ter coragem de quebrar preconceitos e não ter medo de fazer justiça,⁵⁴³ utilizando-se da analogia, dos princípios gerais do direito e dos costumes.

Não obstante, o legislador, para evitar entendimentos divergentes pelo Poder Judiciário ao decidir sobre questões semelhantes, repete-se o que já se preconizou ao longo desse trabalho, deve regulamentar as relações entre pessoas do mesmo sexo, fato que por si só auxiliaria na superação de desigualdades, preconceitos e discriminações. Simultaneamente, deveria implementar ações afirmativas com vistas a combater tais disparates, punindo os preconceitos e as discriminações de qualquer natureza, estimulando práticas democráticas de respeito às leis, aos direitos fundamentais dos cidadãos e, principalmente, estimulando os

⁵³⁹ Idem, *ibidem*.

⁵⁴⁰ Idem, *ibidem*.

⁵⁴¹ DIAS, 2004, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁴² DIAS, 2006, *op. cit.*, p.155.

⁵⁴³ Idem, *ibidem*.

educadores e profissionais do ensino a promover nos educandos o respeito aos direitos fundamentais, à diferença e à diversidade cultural, fazendo que todos convivam, independentemente das diferenças, de forma natural e harmônica.

Evidentemente, não se teve com este trabalho a pretensão de ter esgotado o assunto. Muitas outras questões, envolvendo relações estáveis homossexuais, ainda carecem de regulamentação e maiores discussões, citando-se a título meramente exemplificativo, o direito à adoção por ambos os parceiros dentre tantos outros.

Repisa-se, por fim, que não existe argumento que justifique a não inserção das relações homoafetivas no Direito de Família, quando fundadas elas no amor, porque caracterizada pela índole emotiva, sentimental e afetiva.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Universitária, 1985.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATCHABAHIAN, Serge. **O princípio da igualdade e ações afirmativas**. São Paulo: RCS Editora, 2006.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ARONNE, Ricardo (Org.). **Estudos de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. (2 v).

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. 18. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

BECKERMAN, Jorge e WAGMAISTER, Adriana M. **Convivência y trato familiar entre personas Del mismo sexo ante la Seguridad Social, La Ley**. Suplemento del Derecho Constitucional. Buenos Aires: [s.ed.], 1999.

BENDA, Ernest. **El Estado Social del Derecho**. Traduzido por Antonio Lopes Pina. Manual de Derecho Constitucional. Madri: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones Jrídicas e Sociales, 1996.

BENEVIDES, Maria Victória. **Democracia de iguais, mas diferentes**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/mariavictoria/mariavictoria_democraciaiguais>. Acesso em: 23 mar. 2008.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2000.

BLEICHMAR, Sílvia. Pontualizações para uma teoria psicanalítica da homossexualidade. *In*: GRÃÑA, Roberto B. (Org.). **Homossexualidade**. Formulações Psicanalíticas Atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parceria homossexuais: aspectos jurídicos**. *In*: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: [s.ed.], 2002.

BRASIL, **Código Civil**. Legislação Civil. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Legislação Processual Civil. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

BRASIL, **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *In: Diário Oficial da União* de 9 set. 1942.

BRASIL, Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *In: Diário Oficial da União* de 8 ago. 2006.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Considerações sobre a filiação extramatrimonial em direito de família francês e brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 129, mar. 1996.

CALADRA, Henrique Nelson. Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: [s.ed.], 1995. (v. 2).

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. São Paulo: Freitas Bastos, 1956. (v. 2).

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA, Jurandir Freire da. Politicamente Correto. **Teoria & Debate**, n. 18, 2. Trimestre. São Paulo: [s.ed.], 1992.

_____. A questão psicanalítica da identidade sexual. *In: GRAÑA*. Roberto B. (Org.). **Homossexualidade**. Formulações Psicanalíticas Atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998.

_____. **Politicamente correto**. Entrevista à Maria Rita Kehl em 30-07-1992. Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br>>. Acesso em: 27 mar. 2008.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**. Curitiba: [s.ed.] 1997.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**. O Preconceito & e Justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

DUBE, Revda. Yvete. **Homossexualidade e a Bíblia**. Tradução livre de José Luiz V. Silva. Apostilas II, III e IV. Disponível em: <<http://www.icmbrasil.org>>. Acesso em: 29 mar. 2008.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Traduzido por Mario Guastaviano. Barcelona: Ariel Derecho, 1995.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais**. Efeitos Jurídicos. São Paulo: Editora Método, 2004.

FERRARI, Anderson. Revisando o passado e construindo o presente: movimento gay como espaço educativo. *In: Revista Brasileira de Educação*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbdu/n25a09.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1998**. vol. I, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. Rio de Janeiro: Graal, 1993, v. I A vontade de saber.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico**: Elaboração e Formatação. Explicação das Normas da ABNT. 14. ed. Porto Alegre: [s. ed], 2006.

GARCIA CANCLINI, Nestor. **Diferentes, desiguais e desconectados**. Traduzido por Luiz Sergio Henriques. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. Traduzido por Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1993.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF. **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**. A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

GRAÑA, Roberto B. (Org.). **Homossexualidade**. Formulações Psicanalíticas Atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998.

GRUPO ROSA VERMELHA. **História do movimento homossexual – cem anos de luta.** Disponível em: <<http://www.geopcities.com/cidadaniarv/temak-html-16k>>. Acesso em: 26 jan. 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GUIMARÃES, Aníbal. Direitos Humanos para todos ou somente para alguns? *In: Revista Caros Amigos.* São Paulo: [s.ed.], n. 84, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** Traduzido por Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HELMINIAK, Daniel. **O que a Bíblia realmente diz sobre o homossexualismo.** Traduzido por Eduardo Teixeira Nunes. São Paulo: Summus, 1998.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Traduzido por Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **A força normativa da Constituição.** Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JIMÉNES SERRANO, Pablo; BARLETA JÚNIOR, Sidney. **Teoria dos direitos humanos.** São Paulo: Julgar, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

KARAN, Munir. A Família, o Direito e o Estado no Limiar do Séc. XXI. *In: Revista Jurisprudência Brasileira.* Curitiba: [s.ed.]. (v. 164).

LEY, Anna Maria Laydner Gaudie. Um princípio de igualdade. *In: Jornal Zero Hora.* Porto Alegre, 22 out. 1996.

MATOS, Alderi S. de. **A Homossexualidade no Ocidente.** Disponível em: <<http://www.monoergismo.com>>. Acesso em: 27 fev. 2008.

MATOS, Ana Cláudia Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais.** Algumas soluções jurídicas à união homossexual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

MESQUITA, Rogério. **Questionamentos sobre o projeto de lei da parceria civil registrada**. Canoas: Faculdade de Psicologia, 1997. Tese de Pós Graduação em Psicologia – Faculdade de Psicologia. Centro Universitário La Salle, 1997.

MILLONCHIK, Cecília S. Homossexualidade hoje: verdadeira compreensão ou objeto de consumo? *In*: GRÃÑA, Roberto B. (Org.). **Homossexualidade**. Formulações Psicanalíticas Atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: Uma análise sob a perspectiva Civil-Constitucional, trabalho inédito cedido pela Professora Judith Martins Costa. *In*: Reproduzido por RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MORICI, Silvia. Homossexualidade: um lugar na história da intolerância social, um lugar na clínica. *In*: GRÃÑA, Roberto B. (Org.). **Homossexualidade**. Formulações Psicanalíticas Atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOTT, Luiz. **Lesbianismo no Brasil**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1997.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal. Princípios Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Comentários à Constituição Federal. Direitos e Garantias Individuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. (v.3)

NUAN, Adriana. **Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo**. Rio de Janeiro: Caravansarai, 2003.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Euclides de. União homossexual gera direitos patrimoniais limitados. **Nova realidade do direito de família**. Rio de Janeiro: COAD, 1998.

OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. **Elogio da diferença: o feminino emergente**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Orientação sexual e discriminação no emprego**. Disponível em: <<http://www.jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp/id=2049>>. Acesso em: 21 abr. 2008.

PEREIRA, Sergio Gischkow. Tendências Modernas do Direito de Família. *In*: **Revista AJURIS**. Porto Alegre: [s.ed.], n. 45, 1998.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIERUCCI, Antonio F. Ciladas da diferença. **Tempo Social**: São Paulo: USP, (v. 1).

RIOS, Roger Raupp. O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2002.

_____. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

_____. (Org.). **Em defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. Direitos Fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. **Revista do CEJ do Conselho da Justiça Federal**. Brasília, dez/1998, n. 6.

RODRIGUES, Humberto. **O amor entre iguais**. São Paulo: Mythos, 2004.

SAKPO, Vera Lúcia da Silva. **Do Direito à paternidade e maternidade dos homossexuais**: sua viabilidade pela adoção e reprodução assistida. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural dos Direitos Humanos. In: ALDI, César Augusto (Org.) **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: Renovar, 2004.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. **El Derecho como libertad**. Lima-Peru: Ed. Libreria Studium, 1987.

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. Concubinato: uma visão alternativa. Porto Alegre: **Revista da AJURIS**, n. 53, 2001.

SCOT, Joan W. O enigma da igualdade. **Estudos feministas**, 13(1), jan/abr/2005.

SHARMA, Parvez. **A guerra santa do amor**. Entrevista. Disponível em: <<http://festivaldoriorio.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SILVA, Marcos. **A homossexualidade no Mundo**. Disponível em: <<http://www.geocities.com/companheiroscristaos/15Homomundo2.html>>. Acesso em: 03 mar. 2008.

SILVA, Tomaz Tadeu da. **Documento de identidade**: uma introdução às teorias do currículo. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.

SOUZA, Ivone Coelho de. Homossexualidade, uma insituição reconhecida em duas grandes civilizações. In: Instituto Interdisciplinar der Direito de Família – IDEF. **Homossexualidade**: disciplina jurídica e psicológica. Curitiba: Juruá, 2001.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade**: uma história. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SUANNES, Adauto. **As uniões homossexuais e a Lei 9.278/96**. Rio de Janeiro: COAD, ed. especial, out/nov, 1999.

SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal**. São Paulo: Cia. Da Letras, 1996.

STUBRIN, Jaime P. A Psicanálise e as homossexualidades. *In*: GRAÑA, Roberto B. (Org.). **Homossexualidade. Formulações Psicanalíticas Atuais**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. *In*: **Argumentos Filosóficos**. Traduzido por Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: Para compreender o mundo de hoje. Petrópolis: Vozes, 2006.

UZIEL, Anna Paula. Reflexões sobre a parceria civil registrada no Brasil. **Sexualidade Gênero e Sociedade**. n. 11, jul. de 1999.

VELOSO, Zeno. Homossexualidade e Direito. **O Liberal**. Belém, 22 mai. 1999.

VIEIRA, Vanessa. A diferença se vê no cérebro. *In*: **Revista Veja**. São Paulo: [s.ed.], n.º 2.066, 25 de jun. de 2008.

ANEXOS

ACÓRDÃOS JUDICIAIS NA ÍNTEGRA



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LFBS
Nº 70015169626
2008/CÍVEL

ANEXO A



APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em carência de fundamentação na decisão que deixa de se referir expressamente ao texto de lei que subsidiou a conclusão esposada pelo julgador quanto à decisão do caso concreto. 2. Está firmado em vasta jurisprudência o entendimento acerca da competência das Varas de Família para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. 3. Não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, pois a Constituição Federal assegura a todos os cidadãos a igualdade de direitos e o sistema jurídico encaminha o julgador ao uso da analogia e dos princípios gerais para decidir situações fáticas que se formam pela transformação dos costumes sociais. 4. Não obstante a nomenclatura adotada para a ação, é incontroverso que o autor relatou a existência de uma vida familiar com o companheiro homossexual. Este relacionamento sequer é negado pela mãe do falecido. 5. A apelante não teve êxito na demonstração de que as aquisições imobiliárias foram feitas por ela e não pelo filho. Por fim, uma vez reconhecida que a convivência formou entre eles uma entidade familiar, aplicam-se, por analogia, ao caso os efeitos pessoais e patrimoniais comuns às uniões estáveis com presunção de formação patrimonial que dispensa prova da contribuição econômica do parceiro.

AFASTADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70015169626

PORTO ALEGRE



APELANTE



APELADO



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em, afastadas as preliminares, negar provimento à apelação, vencido o em. Des. Sergio Chaves.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES** E **DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL**.

Porto Alegre, 02 de agosto de 2006.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

Cuida-se de apelação interposta pela SUCESSÃO DE CLÉBER M.G., representada por HELENA M.G. em face da sentença que julgou procedente o pedido ajuizado por LAERSON A.C., declarando a existência de união homoafetiva entre o autor e o falecido de meados de 1983 a 27



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

dezembro de 2002, data do óbito, e julgou improcedente o incidente de falsidade (fls. 299/302).

Sustenta que: (1) o autor buscou o reconhecimento da existência de sociedade de fato entre ele e o falecido com partilha paritária do patrimônio adquirido pelo esforço do casal homoafetivo; (2) deste pedido decorre a necessidade de instrução perante a legislação civil pertinente quanto à partilha de bens e que não é aquela aplicável ao direito de família; (3) inviável a tramitação da ação junto à vara de família e este ponto, suscitado pela recorrente, não obteve manifestação expressa do sentenciante, uma vez que não acolheu ou afastou, motivadamente, tal alegação; (4) está eivada de nulidade a sentença porque houve infração da lei processual e dos princípios constitucionais; (5) igualmente não se pode emprestar ao pedido formulado pelo autor solução que seja derivada das regras atinentes à união estável, ficando evidenciada a impossibilidade jurídica do pedido; (6) a sentença reconhece a existência de "união homoafetiva" e determina a partilha dos bens havidos entre o casal e assegura o direito de habitação ao apelado, emprestando à relação os efeitos próprios das uniões estáveis; (7) as provas atestam a incapacidade de o autor e o *de cujus* para, com seus rendimentos, adquirir os bens arrolados sem que houvesse a efetiva participação da genitora do falecido; (8) há prova robusta de que a mãe do falecido alcançava os valores para a aquisição de bens e até mesmo para o sustento do filho e mesmo as testemunhas do autor comprovam esses fatos; (9) em depoimento qualificado, a mãe de CLÉBER, senhora de oitenta anos, afirma que o recorrido busca além do que lhe cabe, pois seus direitos estão limitados à participação na sociedade de fato; (10) em testamento, o autor é contemplado com a integralidade da parte disponível; (11) os limites do pedido formulado pelo recorrido não garantem o direito de habitação no imóvel, mas tão-somente a partilha do bem conforme a participação efetiva de cada um dos sócios no



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

aprimoramento patrimonial. Prefacialmente pede o provimento do recurso para que seja declarada a nulidade da sentença em virtude da ausência de prestação jurisdicional acerca da alegação de incompetência absoluta do juízo da vara de família, se superada esta questão seja enfrentada a alegação de impossibilidade jurídica do pedido com extinção do feito nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC ou, ainda, a reforma da sentença (fls. 312/321).

Houve contra-razões (fls. 324/330).

O Ministério Público, no primeiro grau de jurisdição, opinou pelo não-provimento da apelação e, nesta sede, se manifestou pelo acolhimento da preliminar de nulidade da sentença em face de ausência de fundamentação, bem como quanto à preliminar de nulidade argüida em razões recursais pela recorrente. No mérito, pelo provimento do recurso (fls. 332/336 e 338/350).

É o relatório.

VOTOS

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

Há nas razões recursais e no parecer da em. Procuradora de Justiça denúncia de nulidade na sentença que não se pronunciou expressamente acerca da **incompetência da Vara de Família para processar a demanda**, da **impossibilidade jurídica do pedido** deduzido por LAERSON A.C. e que **carece de fundamentação**.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

Aprecio, nesta sede e conjuntamente, essas questões sem desconstituir a sentença, pois autorizado pelo § 1º do art. 515 do CPC, que assim dispõe:

Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

(negritei)

Neste sentido o julgado da Segunda Turma do STJ:

Tratando-se de caso de apelação com impugnação de sentença em seu todo, impunha-se à Corte de Cassação o reexame, não apenas das questões decididas pelo juízo de primeiro grau, mas também aquelas que, podendo ter sido apreciadas, não o foram.

(REsp 7.121-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13.3.91)

Início com a alegação de ausência de fundamentação na sentença porque tratou a causa com fundamentos genéricos e passou ao largo dos questionamentos trazidos pela demandada acerca da incompetência e da impossibilidade jurídica.

O fato de não haver expressa menção a artigos de lei que dão sustentação ao entendimento preconizado não fere de nulidade o provimento judicial, especialmente no caso em discussão em que é controvertida a relação havida entre duas pessoas do mesmo sexo.

Igualmente não há falar em incompetência do juízo da vara de família para julgar o feito.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVFI

afeto homossexual, se mostra hígida a sentença, proferida pela titular da Sexta Vara Cível, por ser anterior a decisão do colegiado.

(Apelação Cível Nº 599348562, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 25/11/1999) (negritei)

RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO 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, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido.

(Agravo de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999)

Iguamente não prospera a alegação de impossibilidade jurídica do pedido sob alegação de ausência de previsão legal para decidir a lide.

Também concluindo pela possibilidade jurídica do pedido há entendimento sufragado por esta Corte em ambas as Câmaras de Direito de Família. Cito, neste sentido, o precedente da lavra do em. Des. José Ataídes Siqueira Trindade na AC nº 598626655:

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos 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



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 598362655, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 01/03/2000).

Indaga-se acerca do reconhecimento de direitos pessoais e patrimoniais, nos moldes do que ocorre nas uniões estáveis, para relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, denunciando a recorrente a impossibilidade jurídica do pedido.

Não há dúvida quanto à viabilidade de serem processadas e julgadas as lides onde se controverte a natureza jurídica das relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo. É um fato da vida que algumas pessoas firmam laços afetivos e estreitam a convivência como se uma família fossem, vivendo lado a lado em uma relação íntima, sob um mesmo teto, não obstante pertençam ao mesmo sexo. Esta realidade não pode o Direito ignorar. E é por reconhecer a dinâmica e mutabilidade das perspectivas culturais e das relações sociais que a Constituição Federal salvaguarda os direitos dos cidadãos consagrando princípios que preservam a dignidade da pessoa humana e proíbem também a discriminação de natureza sexual.

Não se olvide que exatamente para as situações que demandam pronunciamento judicial sem expressa previsão legal a legislação confere ao juiz o poder de apreciar o caso concreto se valendo da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, conforme autoriza o art. 4.º da LICC.

No mérito, igualmente não assiste razão à apelante.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

A pretensão do autor está calcada na alegação de que, a partir de novembro de 1981 viveu sob o mesmo teto com o CLEBER M.G. até sua morte, em dezembro de 2002.

Vê-se que, não obstante o nome dado à ação ajuizada, em toda a sua narrativa LAERSON se reporta a uma relação de afeto, com comunhão de vida e interesses na convivência cotidiana e ininterrupta ao qual chamou de "união estável homossexual". Também arrolou bens que teriam adquirido durante a convivência. Aliás, é de notar que ainda hoje é lamentavelmente bastante comum na lide forense a confusão conceitual em que boa parte dos operadores do direito incorre ao se referir indistintamente aos conceitos de união estável e sociedade de fato como se fossem um mesmo fenômeno. A propósito desse tema já tive oportunidade de, em sede doutrinária, afirmar que¹:

Outra distinção que se impõe estabelecer é entre união estável e sociedade de fato, vez que, embora diversos os institutos, lamentavelmente continuam os conceitos a ser freqüentemente embaralhados, tanto na doutrina como na jurisprudência, com enorme prejuízo à adequada compreensão dos fenômenos.

Tal dificuldade foi objeto de debate no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao ensejo do julgamento dos Embargos Infringentes nº 70003896099, em 10 de maio de 2002, pelo 4º Grupo Cível. Na ocasião, o Des. José Carlos Teixeira Giorgis frisou que lhe causava preocupação "a constância em enquadrar tais relações como sociedade de fato, o que dificulta a solução". Na mesma oportunidade, salientei:

apesar de termos o instituto da união estável desde 1988, a boca torta pelo cachimbo dos operadores jurídicos ainda continuá, equivocadamente, utilizando as duas expressões indistintamente:

¹ Santos, Luiz Felipe Brasil. União estável, concubinato e sociedade de fato – uma distinção necessária. In: **Novo Código Civil - Questões controvertidas no direito de família e das sucessões**. Coord. Mario Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Método, 2005. p. 225-237.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

sociedade de fato e união estável como se fossem sinônimos, e não são. Tanto é que 99% das ações com que nos deparamos aqui costumam ser denominadas na inicial como dissolução de sociedade de fato, e nós conhecemos como declaratória de união estável. Por quê? Porque dissolução de união estável é um nome que, em poucas palavras, contém dois erros: primeiro, não é dissolução, porque a dissolução já se deu pelo fato, ou seja, ela se dissolveu pela mesma forma como se constituiu, pelo fato. (...) Segundo, porque não é sociedade de fato, é união estável. Então, essas ações, na verdade, são declaratórias de união estável, e não dissolução de sociedade de fato.²

Com efeito, essa confusão se explica pelo fato de o instituto da união estável ter sido concebido e gestado no ventre da sociedade de fato, a partir da evolução registrada, especialmente na jurisprudência, em torno da aplicação dessa figura, tipicamente de direito obrigacional, às relações fáticas entre homem e mulher, como forma de evitar o enriquecimento sem causa, consoante já destacado.

No entanto, a partir do histórico momento em que a Constituição de 1988, em seu art. 226, § 3º, trouxe para o universo jurídico o conceito de união estável, conferindo-lhe o status de entidade familiar, não mais se pode aceitar a utilização indistinta dos termos sociedade de fato e união estável.

Ocorre que sociedade de fato, como antes assinalado, é um conceito de Direito das Obrigações (arts. 1.363 e seqs. do CC/16 e art. 983 e seqs. do CC/02) utilizado pela jurisprudência para o tratamento do fenômeno das uniões fáticas, ao tempo em que não havia fundamento jurídico para afirmar-se nelas a existência de uma família.

Por sua vez, união estável é um conceito de Direito de Família, que chama para si outros critérios de valor e, por decorrência, atrai diversas conseqüências

² Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nº 224, p. 119-128, 2003. p. 119.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

*jurídicas. Como já frisava Carlos Alberto Menezes
Direito³, no já longínquo ano de 1991,*

*se a união estável é entidade familiar,
como determinado pela Constituição, não
se pode mais tratar a união entre o homem
e a mulher, sem o ato civil do casamento,
como sociedade de fato, ou concubinato,
eis que não se trata mais de mancebia, de
amasiamento, mas de entidade familiar.*

No caso, a sentença reconheceu a existência entre o par de uma união homoafetiva de meados de 1983 a 27 de dezembro de 2002, quando CLÉBER faleceu, e reconheceu o direito à metade dos bens onerosamente adquiridos neste período e o direito de habitação na unidade que a eles servia de residência.

No mérito, sustenta a recorrente que as provas coligidas atestaram a incapacidade de o autor e do falecido, com seus rendimentos, adquirir os bens referidos. Equivoca-se, contudo.

Destaco, de início, que a vida em comum e a vinculação afetiva restam incontroversas. A própria genitora de CLEBER o admite quando, indagada pelo juízo acerca do que sabia da alegada relação homoafetiva entre seu filho e o autor respondeu: "Sei que eles viveram juntos". Não negou que o relacionamento teria perdurado por quase 20 anos e confirmou a coabitação. Em relação ao imóvel residencial disse que comprou o bem para o filho e comenta que ele pagava as prestações, mas contava com a ajuda dela para tanto (fls. 209/211).

³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 667, p. 17-23, 1991, p. 22.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

Nas razões de apelação diz: "E não está a demandada a negar o convívio do filho com o autor, nem tampouco que este tenha algum direito, mas sim que o relacionamento entre eles estabelecido e a participação do requerente no aprimoramento patrimonial não tem as feições anunciadas e os reflexos pretendidos". Adiante, acrescenta que, nos termos da legislação em vigor, são excluídos da comunhão os bens doados ou adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges (fl. 319).

Não obstante a legislação em vigor conceber a união estável como uma entidade familiar formada na convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher que pretendem constituir uma família, não se pode deixar ao abandono jurídico as relações similares formadas por pessoas do mesmo sexo.

Sobre o tema, já me pronunciei nos seguintes termos, por ocasião do julgamento da Apelação Cível 70009550070, julgada por este colegiado em 17 de novembro de 2004:

O tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não vinculadas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato.

Houve resistências inicialmente? Claro que sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno, a meu ver, é rigorosamente o mesmo. Vejam : não estou afirmando que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que estou dizendo é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelha a uma união estável



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a affectio que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a affectio conjugalis do que a affectio societatis.

Eles não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar, com a devida vênia de opiniões respeitabilíssimas em contrário.

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva daquilo que ele chama de família eudemonista, ou seja, a família que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade, é uma questão de opção, ou de determinismo, controversia esta sobre a qual a Ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de qualquer forma, é uma decisão, e, como tal, deve ser respeitada.

Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o amor. Prefiro dizer amor mesmo, não mero afeto, porque o afeto, conforme as teorias psicanalíticas afirmam, pode ser o ódio também. Todo sentimento é um afeto, de forma que me parece mais adequado dizer que são relações de amor, cercadas, ainda, por preconceitos. Como tal, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.

Assim, uma vez equiparada a relação mantida por eles às entidades familiares formadas pelas uniões estáveis incidem ao caso os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais. Portanto, não há falar em sociedade de fato.

Neste sentido, dita o art. 1.725 do CCB que, salvo contrato escrito, as relações patrimoniais entre os conviventes serão disciplinadas pelas regras do regime da comunhão parcial de bens que, por sua vez, estabelece a comunicação do patrimônio adquirido onerosamente na vigência do



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

relacionamento, independentemente de prova de contribuição econômica. As excludentes desta presunção estão previstas no art. 1.659 do Código Civil, mas nenhuma daquelas hipóteses foi provada pela recorrente.

Ao que parece, a senhora HELENA pagava algumas prestações dos compromissos por eles assumidos e auxiliava nas despesas que tinham ("quando atrasavam eram pagas pela ré" – fl. 317), mas isto não lhe outorga a titularidade sobre aquele patrimônio.

Por outro lado não há prova de doação imobiliária. Os lançamentos existentes nos registros de imóveis estão em nome do falecido.

Assim, é insuficiente a prova testemunhal referida pela recorrente para provar a alegada doação e afastar a propriedade certificada documentalmente (os terrenos em Osório foram objeto de escritura pública de compra e venda lavrada em 1994 na qual CLEBER aparece como adquirente. Também estão em seu nome os registros imobiliários da matrícula nº 91.179 - fls. 45/46 e 47). O mesmo se diga em relação ao apartamento situado na rua Surupá, nº 211, cujo contrato de cessão e transferência de direitos e obrigações foi firmado por CLEBER em 21 de fevereiro de 1992 (fls. 32/34). A procuração outorgada pelos cedentes a HELENA, mãe de CLEBER não é documento capaz de infirmar a titularidade assentada naquele contrato e tampouco faz prova de pagamento ou doação (fl. 32).

Mantenho a sentença que outorgou direitos à partilha de bens onerosamente havidos por qualquer dos conviventes no período da vida em comum já definindo, porque a propósito do tempo de duração da relação não há insurgência da recorrente.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

Quanto ao direito de habitação, a apelante sustenta que os limites do pedido formulado pelo recorrido não garantem o direito de habitação no imóvel.

Equivoca-se porque nos seus requerimentos e em antecipação de tutela, o apelado postulou fosse a ele assegurado o direito de continuar habitando no imóvel.

Além disto, em julgamento de AI nº 70007944572 contra aquela decisão antecipatória de tutela foi reconhecido ao recorrido o direito de lá seguir residindo, uma vez que em 1998, por testamento (fl. 69), LAERSON foi instituído como herdeiro da integralidade da parte disponível dos bens em nome do falecido e aquela decisão proferida nesta Corte reconhecia seu direito ao uso do bem por justo título.

Por tais fundamentos, AFASTO as PRELIMINARES e NEGO PROVIMENTO à apelação.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (REVISOR)

Preliminarmente, rogo vênias ao eminente Relator, mas estou declinando da competência para julgar o presente feito, pois entendo que se trata de 'ação de dissolução de sociedade civil', que reporta aquisição de bens em sociedade de fato entretida por dois homens que teriam convivido sob o mesmo teto, não se tratando de relação jurídica de Direito de Família.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

Destaco, por oportuno, que eu vinha admitindo como competentes as Varas de Família, e também as Câmaras especializadas em Direito de Família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual, pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, entendia que reclamavam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Sempre admiti, por essa razão, que essas relações encontravam espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que não são relações de família, propriamente, mas delas se aproximavam, dado o seu claro cunho protetivo, ainda que também possam ter conteúdo patrimonial.

Não obstante isso, reconhecendo que efetivamente não se trata de relação jurídica referente ao Direito de Família, estou revisando a minha posição e declinando da competência, consoante entendimento recentemente firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que ficou assim ementado, **in verbis**:

*"COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. – Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis. Recurso especial conhecido e provido".
(RESP 323370/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 14.12.2004, DJ 14.03.2005 p. 340).*

Em razão disso, acatando essa orientação, proponho aos Colegas a redistribuição do feito para uma das Câmaras de Direito Privado.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

Existe outra prefacial, que diz com a ausência de fundamentação jurídica da sentença, que estou também acolhendo.

Com efeito, a sentença não fundamenta juridicamente a sua convicção, limitando-se a fazer a abordagem dos fatos que cercam as relações descritas no processo, deixando de abordar a pertinência do art. 226, §3º, da CFB e art. 1º da Lei nº 9.278/96. E, com isso, tenho que existe ofensa ao disposto no art. 93, inc. IX, da CFB.

Por tais razões, estou desconstituindo a sentença hostilizada.

Ficando superada ambas as prefaciais, na medida em que os eminentes Colegas entendem que a competência para julgar o processo é mesmo deste 4º Grupo Cível, e que a sentença não é nula, passo ao exame do mérito e adianto que estou acolhendo em parte a pretensão recursal.

Como é sabido, tendo em vista diversas decisões que lancei em processos que tinham como fundamento a relação homossexual, não reconheço união estável entre homossexuais, embora entenda possível reconhecer sociedade de fato e daí extrair seqüelas patrimoniais, para evitar enriquecimento de uma pessoa em detrimento do direito da outra.

Observo que a homossexualidade não constitui fato social novo, mas que vem recebendo aceitação social progressiva, reconhecendo-se que a dignidade de uma pessoa não está atrelada à sua orientação sexual. Admite-se que cada pessoa exercite a própria sexualidade, externando comportamento compatível com a sua própria maneira de ser, respeitados obviamente os limites da privacidade de cada um.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

A orientação homossexual é uma definição individual vinculada a apelos próprios, físicos ou emocionais, sendo imperioso que a sociedade respeite o sentimento de cada um, a busca da própria realização pessoal, pois todos devem encontrar espaço para a integração ao grupo social a que pertencem, sem discriminações.

As relações entretidas por homossexuais, no entanto, não se assemelham a um casamento nem a uma união estável, pois estas são formas pelas quais se constitui um núcleo familiar e, por essa razão são merecedoras da especial proteção do estado. Mas, ainda assim, merecem tutela jurídica, na medida em que o par pode constituir uma sociedade de fato e, no caso **sub judice**, o pedido formulado foi o de dissolução da 'união estável homossexual' com o reconhecimento de sociedade de fato com a partilha paritária do patrimônio adquirido pelo esforço comum do casal.

Não foi formulado – nem poderia ser, obviamente – pedido de reconhecimento de união estável, não existindo lei a amparar o direito de real habitação.

Ora, a família é um fenômeno natural e que prescinde de toda e qualquer convenção formal ou social, embora não se possa ignorar que foram as exigências da própria natureza e da própria sociedade acatando os apelos naturais, que se encarregou de delinear e formatar esse ente social que é a base da estrutura de toda e qualquer sociedade organizada.

Toda e qualquer noção de família passa, necessariamente, pela idéia de uma prole, e foi a partir dessa noção que se estruturou progressivamente esse grupamento social, em todos os povos e em todas as



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

épocas da história da humanidade. Aliás, foi a busca da paternidade certa que fez com que se passasse a ter o homem como o centro da família e passasse a ser abominado o relacionamento poliândrico.

A sociedade foi evoluindo até chegar à monogamia, como ocorre no mundo moderno e, particularmente, no mundo ocidental. Mas a estruturação da família focalizou sempre a noção de homem, mulher e prole e acompanham o próprio desenvolvimento social, cultural e econômico de cada povo.

A idéia da família sempre esteve voltada para caracterização de um ambiente ético por excelência, onde a função procriativa pudesse se exercitar e a prole encontrar espaço para se desenvolver de forma natural e segura.

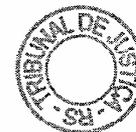
A consolidação da idéia de família foi construída e reconstruída muitas vezes, em processos sociais lentos, sempre em função de se estabelecer e manter uma vida social equilibrada e harmônica.

Portanto, a família é muito mais do que uma mera união de duas pessoas, ou, por absurdo que possa parecer, de três pessoas que pudessem se amar, porque não se está a falar em pacto ou de mera relação amorosa. Quando o legislador constituinte deu à união estável a feição de entidade familiar, certamente não procurou proteger o amor nem os amantes, mas a família, por ser ela a base da sociedade.

E, como base da sociedade, não pode a família se apartar da estrutura formal concebida pelo legislador constituinte, como sendo o ambiente natural e próprio para a procriação e desenvolvimento da prole, admitida como



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

tal no ordenamento jurídico pátrio, como sendo decorrente do casamento ou da união estável, ou na modalidade monoparental, de um homem ou uma mulher com a sua prole, natural ou adotiva.

Utilizo, propositalmente, a expressão estrutura formal, pois a forma concebida não partiu de uma idéia ou de uma convenção, mas da construção social consolidada através dos séculos: a família diz com a estrutura afetiva construída por um homem e uma mulher em função de uma prole, natural ou adotiva, considerando-se também a estrutura de um homem ou uma mulher com a sua prole.

Assim, a união de dois homens ou de duas mulheres não constitui núcleo familiar, como também não constituiu núcleo familiar uma mera união de um homem e uma mulher, pelo só fato de existir afeto.

A própria união de um homem e uma mulher não casados deve ser examinada restritivamente, porque ela é excepcional. E foi exatamente assim que tratou o Novo Código Civil, onde ficou claramente privilegiado o casamento civil, mas admitiu que a união estável constituída entre homem e mulher fosse merecedora de cuidadosa regulamentação.

É que a lei diz que a família inicia com o casamento, e quando o legislador constituinte disse que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável (...)” e “entende-se, também, (...) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, está excepcionando a regra geral de que a família começa com o casamento. E não se pode, por princípio elementar de hermenêutica, interpretar ampliativamente a exceção.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

Não é o afeto o fato jurígeno, o fato jurígeno é a constituição de uma família.

Afinal, é preciso convir que afeto também existe entre amigos, e não raro amigos moram juntos, com ou sem relacionamento sexual entre eles, e nem por isso vamos dizer que os amigos constituem uma família na acepção jurídica, nem podem eles pedir alimentos uns para os outros, nem reclamarem herança, e há amizades de 30, 40, 50 e até de 70 anos...

E, **data venia**, o fato de serem ou não homossexuais é irrelevante.

Diante disso, reafirmo a minha convicção de que união homossexual não constitui entidade familiar, isto é, não é merecedora da especial proteção do Estado, embora possa merecer a proteção do Estado, na medida em que se pode reconhecer, por exemplo, uma sociedade de fato.

E entendo que constitui até uma heresia, **data maxima venia**, dizer que tal forma de união possa ser considerada base da sociedade...

Caso o legislador constituinte admitisse a possibilidade de se reconhecer como união estável também a união homossexual, certamente não teria restringido expressamente a união estável enquanto entidade familiar àquela união entre homem e mulher, nem recomendaria a sua conversão em casamento.

Se o possível casamento entre dois homens ou duas mulheres constitui casamento inexistente pela ausência de um dos pressupostos



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

materiais (condição de existência), não se pode considerar como união estável a união entre dois homens ou duas mulheres homossexuais. E friso que não está sequer na lei a situação de impedimento matrimonial para o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo: é que a diversidade de sexos constitui pressuposto matrimonial para o casamento.

Há, pois, flagrante impossibilidade jurídica para se reconhecer a união entretida pelos litigantes como entidade familiar e não vejo como aplicar a analogia quando as situações não guardam identidade, nem semelhança com o casamento ou com a união estável.

É que o processo interpretativo deve se desenvolver de forma a buscar uma atuação efetiva da lei, visando o escopo de justiça e de utilidade social, consistindo nisso a afirmação da ordem jurídica.

No caso, pode ser objetado, pois, que, sendo omissa a lei, deve o julgador se socorrer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, consoante determina o art. 4º da Lei de Introdução, sendo que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (art. 5º, LICC).

No caso, não existe lei a regular os efeitos jurídicos do relacionamento homossexual e tendo o autor pretendido ver reconhecida as seqüelas jurídicas desse relacionamento, cabível proceder um acurado exame a respeito da questão.

Compete, então, ao julgador verificar a pertinência desse pleito, valendo-se do instrumental referido na Lei de Introdução para suprir as



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

lacunas, ou seja, os elementos integradores da norma, que são a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, os quais devem ser aplicados de forma cautelosa e criteriosa.

Ora, a analogia visa estender uma norma destinada para um caso específico à outra situação distinta, não contemplada direta ou indiretamente por ela, constituindo um argumento lógico-decisional, que implica na transferência de valores de uma estrutura para outra. Ou seja, implica ampliar a compreensão de uma determinada estrutura, agregando-lhe novos elementos, a partir do sistema de valores próprios do sistema jurídico – e não da visão subjetiva do aplicador à norma, sob pena de implodir o próprio ordenamento.

Como diz ALÍPIO SILVEIRA, a analogia “é tão somente um processo revelador de normas implícitas”, pois, a rigor, ela está fundada na regra da igualdade jurídica pela qual, para situações iguais ou assemelhadas se deve dar a mesma proteção legal ou, como diz o antigo adágio romano, **ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio**. A analogia não é fonte do direito, mas mera atividade integradora da norma.

No caso, não se cuida apenas de considerar duas espécies de relações, uma heterossexual e a outra homossexual e buscar nelas as semelhanças decorrentes do possível liame afetivo, para concluir pela proteção da Carta Magna.

Não há que se buscar a analogia da lei, mas também a do direito e é preciso compreender bem o fenômeno social da família e as razões pelas quais a Carta Magna disse que ela é merecedora da especial proteção, bem como as razões pelas quais ela se estrutura a partir do casamento civil e a



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

motivação pela qual o legislador admitiu que a união estável constitui também entidade familiar.

É necessário recorrer ao método teleológico de interpretação, não se podendo dispensar os critérios histórico e sociológico para a adequada compreensão da norma. E não se pode admitir que uma união homossexual seja tratada com a dignidade de uma instituição que é a própria base da sociedade, que é a família, fonte geradora de princípios e da moral que deve nortear as relações interpessoais...

Por essa razão, é de se ter presente a advertência de COVIELLO (in "Manuale di diritto civile italiano", 1910, pág. 85) quando diz que "a atividade do intérprete que recorre à analogia, não é sem confins, tem dois limites impreteríveis: de um lado, a natureza real da relação; mas deve, muita vez, renunciar a conceitos que, embora lógicos e elegantemente arquitetados, não correspondem à realidade prática; e, de outro lado, o direito positivo, porquanto não pode levar em conta, exclusivamente, a natureza da relação, para criar uma regra jurídica, que não se encaixe ('Che non trovi il suo addentellato') nas disposições ou nos princípios da lei".

A analogia deve traduzir, pois, um critério de igualdade harmônica, reclamando a rigorosa semelhança nas situações consideradas, tendo em mira o critério de utilidade social. E essa semelhança inexistente nas relações consideradas neste processo e aquelas previstas na lei.

Portanto, para a adequada aplicação do direito, não se pode recorrer pura e simplesmente à analogia, pois, quando ocorre a omissão nas fontes formais do direito, é imprescindível recorrer também aos costumes e aos



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

princípios gerais do direito, valendo lembrar, aliás, que a analogia não é fonte de direito.

No caso em exame, cuidando-se de relações homossexuais, cuida-se de inexistência de fonte formal, ganhando relevância a incidência dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Ora, os costumes vigentes no país ainda abominam o relacionamento homossexual, tratando, não raro, de forma preconceituosa, com escárnio, com desrespeito, visto como uma doença ou, mesmo, como uma situação de imoralidade.

Não deixa de causar perplexidade e constrangimento o fato de pessoas do mesmo sexo exteriorizarem, em locais públicos, manifestações de caráter erótico-afetivo, que são bem aceitos entre pares heterossexuais, como abraços, beijos e troca de carícias. Ou, até mesmo, de andarem abraçados ou de mãos dadas... E isso traduz o costume vigente no país. Ou seja, a união homossexual não é aceita pela sociedade, embora se deva reconhecer, como disse ao início do voto, que alguns segmentos da sociedade já admitem esse fato como natural, ou que a homossexualidade já venha recebendo alguma aceitação.

Portanto, constitui uma afronta aos costumes admitir que a união homossexual possa ser erigida à categoria de entidade familiar e ser contemplada com os direitos postos na lei destinados a assegurar a 'especial proteção do Estado', tal como ocorre com a união estável.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

princípios gerais do direito, valendo lembrar, aliás, que a analogia não é fonte de direito.

No caso em exame, cuidando-se de relações homossexuais, cuida-se de inexistência de fonte formal, ganhando relevância a incidência dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Ora, os costumes vigentes no país ainda abominam o relacionamento homossexual, tratando, não raro, de forma preconceituosa, com escárnio, com desrespeito, visto como uma doença ou, mesmo, como uma situação de imoralidade.

Não deixa de causar perplexidade e constrangimento o fato de pessoas do mesmo sexo exteriorizarem, em locais públicos, manifestações de caráter erótico-afetivo, que são bem aceitos entre pares heterossexuais, como abraços, beijos e troca de carícias. Ou, até mesmo, de andarem abraçados ou de mãos dadas... E isso traduz o costume vigente no país. Ou seja, a união homossexual não é aceita pela sociedade, embora se deva reconhecer, como disse ao início do voto, que alguns segmentos da sociedade já admitem esse fato como natural, ou que a homossexualidade já venha recebendo alguma aceitação.

Portanto, constitui uma afronta aos costumes admitir que a união homossexual possa ser erigida à categoria de entidade familiar e ser contemplada com os direitos postos na lei destinados a assegurar a 'especial proteção do Estado', tal como ocorre com a união estável.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

A referência feita usualmente pelos defensores do reconhecimento da união homossexual como união estável é no sentido de que a sociedade está mudando e o casamento já tem hoje outros propósitos, que é o de assegurar a felicidade das pessoas. Isso, *data venia*, é meia verdade, pois a outra parte diz com a sua função social, que continua a ser a mesma, enquanto geradora da família.

Ao recorrerem aos princípios gerais de direito, não raro, esses ilustres intérpretes recorrem ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é, em si, uma variável axiológica, podendo ser preenchida com o conjunto de valores que melhor aprouver ao intérprete.

Ainda assim, friso que o fato de não haver previsão de que homossexuais possam casar não implica discriminação, nem afeta a dignidade humana da pessoa que tenha aptidão homossexual, mas é o reconhecimento de que tal relação não é apta, em si, para formar uma família, isto é, que possa preencher a função social relevante que levou o legislador a conferir à família a especial proteção.

Nada impede que as pessoas tenham suas relações erótico-afetivas que melhor lhes aprouver, não se reclama monogamia, nada impede que se relacionem dois homens ou duas mulheres, ou que as relações se estendam a mais de duas pessoas, nada impede que cada pessoa disponha dos seus bens como quiser, podendo fazer doações ou testamentos... Mas nem toda a relação amorosa constitui família e, no caso de homossexuais, a lei não permite a adoção de filhos, nem existe qualquer razão para que se estabeleça **a priori** um regime de bens para reger tais relações.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

Se o que preside a união é o afeto, que o afeto seja, então, o próprio balizador da relação.

O certo é que, no caso, entre os princípios gerais do direito a serem enfocados está o de que (a) a família é merecedora da especial proteção do Estado, (b) que ela resulta, basicamente, do casamento civil, (c) que este tem como pressuposto material a diversidade de sexos, tanto que o casamento contraído entre dois homens é inexistente, (d) que a união estável foi erigida à categoria de entidade familiar por ser assemelhada ao casamento, e (e) que o legislador reconheceu como tal apenas a união entre homem e mulher.

Portanto, não reconheço a união entretida como sendo união estável, nem admito que seja reconhecida como entidade familiar, tendo havido, isto sim, mera sociedade de fato. E é assim que vou tratar a questão trazida.

Com se infere, ficou claro que o apelado teve um relacionamento homoerótico ou homoafetivo ou, ainda e melhor, homossexual com o **de cujus**, que perdurou por aproximados vinte anos e, nesse período foi adquirido o imóvel cuja partilha está sendo discutida, mas não logrou comprovar ter concorrido materialmente para a consecução do bem. De qualquer sorte, o recorrido é herdeiro testamentário do **de cujus**, deixando-lhe a metade disponível, já que possui herdeira necessária. Ou seja, o autor ficará com a metade do bem.

Já os bens que guarnecem a residência estes se presumem adquiridos pelo par e merecem partilha igualitária em decorrência da



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70015169626
2006/CÍVEL

dissolução da sociedade de fato, devendo ser observada, também a disposição testamentária, como que tocará ao autor 75% dos bens.

Portanto, é cabível a dissolução da sociedade de fato.

ISTO POSTO, dou parcial provimento ao recurso.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL - De acordo com o Relator.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - Presidente - Apelação Cível nº 70015169626, Comarca de Porto Alegre: "POR MAIORIA, AFASTARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, VENCIDO O EM. DES. SERGIO CHAVES."

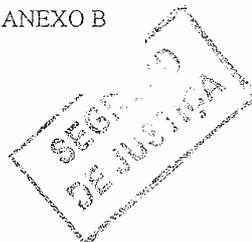
Julgador(a) de 1º Grau: LUIZ MELLO GUIMARAES



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

ANEXO B



APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL.

O relacionamento homossexual entre duas mulheres não se constitui em união estável, de modo a merecer a proteção do Estado como entidade familiar, pois é claro o § 3º do art. 226 da Constituição Federal no sentido da diversidade de sexos, homem e mulher, como também está na Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, bem como na Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Entretanto, embora não possa se aplicar ao caso a possibilidade de reconhecimento de união estável, em tendo restado comprovada a efetiva colaboração de ambas as partes para a aquisição do patrimônio, impõe-se a partilha do imóvel, nos moldes do reconhecimento de uma sociedade de fato. Apelo parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70007911001

████████████████████

██

OITAVA CÂMARA CÍVEL

COMARCA DE PORTO ALEGRE

APELANTE

APELADA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à maioria, **prover, em parte, o apelo, vencido o Des. Rui Portanova.**

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor **DES. ALFREDO GUILHERME ENGLÉRT, PRESIDENTE.**

Porto Alegre, 01 de julho de 2004.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA,
Relator.

DES. RUI PORTANOVA,
Voto Vencido

RELATÓRIO

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA (RELATOR)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Roseli B., eis que inconformada com a decisão que, nos autos da "ação de partilha de bens" proposta por Patrícia G. V., julgou procedente o pedido.

Alega a apelante, em síntese, que a decisão de primeiro grau merece ser reformada. Menciona ter mantido relacionamento amoroso com a demandada, sendo que este nunca se revestiu como uma "sociedade de fato", pois não se pode confundir tal instituto com um simples namoro. Sustenta que os documentos juntados aos autos não comprovam a aludida união, uma vez que cartões de namorados não possuem esse condão, já que fazem parte da rotina de qualquer casal apaixonado. Afirma que o texto constitucional possibilita apenas o reconhecimento da união estável entre pessoas de sexo diferente. Assevera que a recorrida nunca teve participação financeira ativa no relacionamento, não existindo provas acerca disso nos autos. Aduz que financiou sozinha o imóvel sob litígio, adimplindo as prestações através de descontos em sua folha de pagamento.

Vieram aos autos as contra-razões.

O Órgão Ministerial, em primeira instância, absteve-se de esgrimir manifestação, requerendo a remessa dos autos à Superior Instância.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

O Ministério público, em superior instância, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA (RELATOR)

O relacionamento homossexual entre duas mulheres não se constitui em união estável, de modo a merecer a proteção do Estado como entidade familiar, pois é claro o § 3º do art. 226 da Constituição Federal no sentido da diversidade de sexos, homem e mulher, como também está na Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, bem como na Lei 9.278, de 10 de maio de 1996.

Assim também dispõe o Código Civil de 2002, em seu art. 1.723, que assim dispõe em seu *caput*: *“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com objetivo de constituição de família.”*

O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, reconhece para efeito de proteção do Estado a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O artigo 1º, da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o § 3º do artigo 226, da Constituição Federal, diz o seguinte: *“É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objeto de constituição de família.”*

O artigo 8º, da mesma Lei 9.278, facilita a conversão em casamento: *“Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.”*

Já a Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, em seu artigo 1º, consigna: “A



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito o nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva."

Por fim, o artigo 5º da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, dispõe: *"Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito."*

A existência de uma união com convivência duradoura e pública, entre homem e mulher, caracteriza a união estável, com direito ao patrimônio e à herança, *mas* um relacionamento homossexual, pode vir a constituir uma sociedade de fato, com aplicação, por analogia, da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal: *"Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."*

A respeito, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, escreve em sua obra "O companheirismo Uma espécie de família": *"Urge salientar que com o advento das Leis 8.971/94 e 9.278/96, novas perspectivas surgiram no tocante à construção patrimonial na sociedade mantida entre companheiros, o que será analisado em tópico próprio. Finalmente: a Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, ainda é perfeitamente aplicável em relação às outras espécies de uniões informais, que não se encaixem na noção do companheirismo, inclusive entre pessoas do mesmo sexo, com a ressalva de que em relação a tais uniões deve haver prova da contribuição efetiva, da formação ou aumento da formação patrimonial, justamente diante da sua natureza de sociedade de fato, não possuindo caráter familiar. Assim sendo,*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

para que haja o partilhamento de bens adquirido por um dos concubinos, por exemplo, é necessário a prova cabal de sua contribuição efetiva no patrimônio, sendo perfeitamente válidas as observações feitas por Álvaro Villaça Azevedo.” (Editora Revista dos Tribunais, p. 273).

Acrescento doutrina de Antonio Carlos Matteis de Arruda, que preleciona: *“Nessa nova lide também há pleno exaurimento do mérito com a prolação da sentença de liquidação, julgando-a procedente ou improcedente. Na primeira hipótese o liquidante estará legitimado a promover a subsequente execução, enquanto que na segunda (improcedência) lhe fica obstaculizada, em definitivo, a possibilidade de atuar in executivis.”* – *Liquidação de Sentença*, Editora Revista dos Tribunais, p. 71.

Entretanto, embora não possa se aplicar ao caso a possibilidade de reconhecimento de união estável, há de se perquirir a efetiva colaboração das partes para a aquisição do patrimônio, nos moldes do reconhecimento de uma sociedade de fato, conforme bem referiu o nobre procurador de justiça junto a esta Câmara, Dr. Ricardo Moreira Lins Pastl,

“...os documentos de fls. 70/78 e 83 indicam que Patrícia exerceu atividade remunerada na constância da união estável, havendo prestado, desse modo, contribuição direta à aquisição patrimonial disputada.

Com efeito, de 05/10/1992 até 02/01/1993, trabalhou na empresa Torralba Representações e Serviços Ltda, percebendo a quantia de Cr\$ 6.818,18 por hora (fl. 76), havendo laborado de 01/01/1993 à 03/05/1993 para a empresa DHZ- Construções Ltda., na função de auxiliar financeiro, com remuneração mensal de Cr\$ 1.680.000,00 (fls. 71 e 74/75). No período de 01/09/1995 a 28/02/1997, foi gerente administrativo-financeiro da empresa AZ Distr. Telecom. e Eletr. Ltda., com salário de R\$ 300,00 (fls. 71 e 73), e, de 12/08/1997 a 29/01/1998, exerceu o cargo de gerente financeiro, com vencimentos de R\$ 500,00, na empresa Silvestre Limpeza e Conservação Ltda. (fls. 72 e 77).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

Saliente-se, outrossim, que, ante a impossibilidade da continuidade da relação, as conviventes, de comum acordo, em 29/11/2001, celebraram acordo de partilha de bens (fl. 10), documento em que restou expressamente reconhecido por ambas que o imóvel adquirido durante o relacionamento (ainda que em nome somente de Roseli) era patrimônio comum, concordando em vendê-lo e repartir o produto, tocando metade para cada uma.

Posteriormente, em 02/01/2002, as partes retificaram esse anterior termo de acordo datado de 29/11/2001, facultando a possibilidade de locação do imóvel com repartição igualitária do locativo, concertos que são verdadeiramente significativos não só da natureza do relacionamento havido, como do reconhecimento do direito da convivente Patrícia à metade do imóvel perseguido.

De outro lado, a alegação da recorrente de ter sido coagida a firmar referidos documentos não restou demonstrada, mesmo que elipticamente, no contexto probatório dos autos, uma vez que inexistem elementos nos autos a este respeito. Pelo contrário, a prova coligida à fl. 19 (correspondência endereçada a Patrícia por Roseli), revela, expressamente, que Roseli simplesmente mudou de idéia em relação à divisão do apartamento e resolveu não mais partilhá-lo com Patrícia, afirmando textualmente que, "...quanto ao apartamento, sei que você vai ficar chateada, mas não posso mais dividi-lo com você, pois agora tenho um filho para criar sozinha, o que não vai ser fácil...", carta essa, datada de 20/02/2002, reconhecida como autêntica por Roseli no depoimento de fls. 116/117, e que afasta, por completo, a versão de ocorrência de coação" (fls. 176/178).

Ademais, mostra-se oportuna a menção ao provimento de nº 06 do Tribunal de Justiça deste Estado, que acresceriou o parágrafo único ao art. 215 da Consolidação Normativa Notarial e Registral (CNNR), permitindo o registro de documentos que comprovem o relacionamento afetivo entre duas



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

peçoas, "independente da identidade ou oposição de sexo", com as limitações doutrinariamente reconhecidas ao novo instituto, conforme consta do artigo publicado pelo Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, no site "www.migalhas.com.br", em edição de 09 de março de 2004:

"Tem sido bastante divulgado pela mídia o recente Provimento da Corregedoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul (nº 06/2004) que, acrescentando um parágrafo único ao art. 215 da Consolidação Normativa Notarial e Registral (CNNR), permite o registro de documentos que comprovem o relacionamento afetivo entre duas pessoas, "independente da identidade ou oposição de sexo".

Trata-se, sem dúvida, de louvável iniciativa daquele órgão do Tribunal de Justiça gaúcho, cuja repercussão nos meios de comunicação bem espelha a relevância social do tema e a oportunidade de sua edição, especialmente diante da resistência, por parte dos titulares de alguns cartórios, quanto ao lançamento de tais assentos. Isso não obstante o amplo e claro permissivo já previamente existente na CNNR (inc. VII do art. 215 e art. 217) e na Lei dos Registros Públicos (LRP – art. 127, inc. VII e § único), o que tornaria dispensável a edição do Provimento 06/2004, que, nesta medida, é até redundante, embora se trate de uma redundância necessária, ante a persistência de alguns em não visualizar o óbvio.

Como é natural diante de tão importante documento, vários questionamentos surgem. Propõe-se, aqui, singelamente, suscitar alguns, dando início ao debate em uma dimensão mais especializada, visto que as abordagens até agora realizadas têm-se dirigido ao público leigo.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

O primeiro aspecto que chama atenção está na própria ementa do diploma em exame. Ou seja, a circunstância de que ali consta a expressão "UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO". Estaria, com isso, significando a admissão de que as relações homossexuais (homoafetivas ou homoeróticas, como preferem alguns ilustres doutrinadores) são aptas a constituir a entidade familiar que desde a Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 3º) é conhecida como UNIÃO ESTÁVEL ?

Certamente não, até por que esbarraria em insanável inconstitucionalidade, tendo em vista que, ao menos enquanto não houver alteração constitucional, requisito indispensável à caracterização da união estável é a diversidade de sexos (homem e mulher). E, como notório, ato administrativo não revoga regra constitucional (embora se costume afirmar que em nosso país isso, por vezes, ocorre...).

É certo que algumas pioneiras decisões do Tribunal rio-grandense têm (embora por estreita maioria de votos, saliente-se) atribuído a essas relações efeitos assemelhados àqueles que a lei confere às uniões estáveis. Exame mais atento desses arestos, no entanto, mostra que o argumento central está fulcrado na atribuição de um tratamento analógico dessas relações – cuja existência não pode ser ignorada – com a união estável, tendo em vista que o ânimo que as informa está também no afeto entre duas pessoas. E, se observarmos o desenvolvimento histórico das concepções jurídicas que desaguaram no reconhecimento constitucional como família às relações de fato entre homem e mulher, veremos que fenômeno semelhante ocorreu, visto que tudo começou com a admissão de tutela jurídica com base na analogia com a sociedade de fato, sabidamente instituto de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

natureza obrigacional. E a maior prova disso está na Súmula 380 do STF.

Assim, a explicação para a chamada constante na ementa está no fato de que o Provimento em exame trata não apenas das relações entre pessoas do mesmo sexo, como também de sexos diversos, podendo as últimas, é claro, constituir união estável.

O registro dessas uniões (hetero ou homossexuais) terá efeito constitutivo da relação? Trago, neste ponto, à colação o precioso ensinamento de DÉCIO ANTÔNIO ERPEN, reconhecidamente nosso maior especialista em matéria registral, lançado em data anterior ao regramento em exame, e onde, de forma profética, antecipava-o:

"Não há previsão legal para se registrar o contrato concubinário que evoluiria para a união estável, isso em patamar de estado civil. Se houver pretensão de irreversibilidade ou estabilidade, há o instituto do casamento. Um contrato concubinário teria caráter definidor, com isso prevenindo-se futuros litígios. Todavia, e isso é possível, um contrato, de cunho probatório, com prova pré-constituída, com disposição sobre obrigações e bens. Tal avença que tem tido denominação de concubinato, pacto de bom viver, etc., segundo características de cada região, só encontra espaço registrável no Ofício de Títulos e Documentos, para fins: 1) de conservação; b) probatórios; e c) de autenticação da data. Essa cautela é elogiável e pode facilitar a pretensão a alimentos, ao usufruto vidual e até na conversão em casamento. Ressalvo que para desfrutar do direito a alimentos ou mesmo à sucessão, dispensável qualquer registro. Esse teria cunho declaratório, e não constitutivo" (INSTITUTO DA FAMÍLIA E OS REGISTROS PÚBLICOS - in Revista AJURIS 74/134).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

Com efeito, em se tratando de relações fáticas, a produção de efeitos jurídicos somente pode decorrer da comprovação em juízo dos requisitos postos na lei para sua caracterização. Não há previsão em lei de que se possa constituir por contrato a união estável, passando a produzir seus efeitos a partir daí. Ocorre que, assim como a posse, a união estável é fato do qual decorrem direitos.

Em verdade, nada mais é que a posse do estado de casado, sem que casamento exista. O art. 1.723 do Código Civil alinha como necessário para a configuração da união estável que estejam presentes a dualidade de sexos (homem e mulher), a publicidade, continuidade e duração do relacionamento, além do requisito subjetivo da intenção de constituir família.

Ora, mesmo que haja um contrato registrado no ofício competente, se não se fizerem presentes no mundo fenomênico esses requisitos, união estável não será. Por isso, é que os efeitos desse registro são exclusivamente (como salientado antes) para fins probatórios, de conservação e de autenticação de data.

Essa conclusão mais encontra reforço quando se percebe que o ato em estudo prevê até o registro de relações que estão em vias de se formar (ver referência às "pessoas que pretendam constituir uma união afetiva"), o que deixa transparente a finalidade meramente acautelatória do assento.

O registro de que se cuida aqui, por outro lado, não é apto a gerar efeitos contra terceiros. Não é essa sua finalidade. A atribuição de tais efeitos somente decorre do registro dos documentos relacionados no art. 219 da CNNR, que reproduz o art. 129 da Lei dos Registros Públicos (LRP- Lei 6.015/73). O art. 215 da CNNR,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

ao qual foi introduzido o parágrafo único, retrata, a sua vez, o art. 127 da LRP, o qual não prevê a geração de efeitos diante de terceiros, destinando-se, exclusivamente, reïter, a fins probatórios, de conservação e autenticação de data.

A impossibilidade de obtenção de tais efeitos, frise-se, é de especial importância quando se está diante de uma união estável, em que os companheiros escolhem regime de bens diverso da comunhão parcial (o que é amplamente permitido pelo art. 1.725 do Código Civil). Essa opção, não tendo efeitos perante terceiros, cria situações de embaraço, na hipótese, por exemplo, em que o credor de um dos companheiros peça a penhora de bens do outro, sob o argumento de que entre eles, havendo união estável, há comunicação dos bens adquiridos onerosamente em sua constância, os quais são comuns para todos os fins. Essa, por sinal, uma das maiores desvantagens da união estável em relação ao casamento, no qual, uma vez registrado no ofício imobiliário (art. 1.657 do Código Civil), o pacto antenupcial produzirá efeitos perante terceiros.

É certo que o novo regramento, por sua natureza, não tem o condão de criar direitos. Estes somente serão, ou não, admitidos pela jurisprudência, no exame de cada situação. No caso, por exemplo, de direitos hereditários, não há contemplação em lei de sua existência entre pares homossexuais. Somente no âmbito de uma união estável estão previstos (art. 1.790 do Código Civil), não cabendo, em matéria de direito sucessório, interpretação extensiva. Assim, caso desejem os parceiros de mesmo sexo ampararem-se mutuamente no caso de falecimento de um ou outro, somente poderão fazê-lo mediante testamento.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

Enfim, o Provimento 06/2004-CGJ constitui, sem dúvida, importantíssimo diploma para conferir maior segurança às relações jurídicas que se formam como decorrência do afeto entre duas pessoas, independentemente de sua orientação sexual. Relevante não apenas para as relações entre pessoas de mesmo sexo, como também para os heterossexuais, no âmbito de uma união estável”.

Assim, estou em dar parcial provimento ao recurso, para reconhecer a existência não de uma união estável, mas sim de uma sociedade de fato, mantendo, entretanto, a determinação de partilha do imóvel, nos estritos termos sentença ora hostilizada.

DES. RUI PORTANOVA (REVISOR)-

Reconheço a união estável. Acolho os exatos termos da bem lançada sentença, a qual tomo como razão do meu decidir.

DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT (PRESIDENTE)- Neste caso, como existe a separação, voto de acordo com o Relator.

DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT – PRESIDENTE

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70007911001, DE PORTO ALEGRE: “ POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO, EM PARTE, VENCIDO O DES. PORTANOVA.”



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



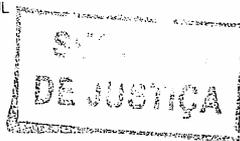
ACSP
Nº 70007911001
2003/CÍVEL

Julgador(a) de 1º Grau: REGIS DE O. MONTENEGRO BARBOSA

ANEXO C



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70010180081
2004/CÍVEL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. UNIÃO HOMOSSEXUAL.
O erro material não desafia embargos de declaração para sua correção. Rejeitado o reconhecimento de união estável entre dois homossexuais, justifica-se o caminho da eventual existência de uma sociedade de fato, sem que o acórdão tenha extrapolado do pedido inicial. **EMBARGOS DESACOLHIDOS.**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

OITAVA CÂMARA CÍVEL

Nº 70010180081

COMARCA DE PORTO ALEGRE



EMBARGANTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à **unanimidade, desacolher os embargos de declaração.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT (PRESIDENTE) E DES. JOSE ATAIDES SIQUEIRA TRINDADE.**

Porto Alegre, 25 de novembro de 2004.

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA,
Relator.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70010180081
2004/CÍVEL

RELATÓRIO

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA (RELATOR)

Trata-se de embargos de declaração opostos por Carlos W. e Theo L. C. M., no qual pretendem seja esclarecida diferença de redação constante no corpo do acórdão, quando do julgamento da apelação cível 70007336019, realizado por esta Oitava Câmara Cível, em data de 1º de julho de 2004, ainda mais sustentam os agravantes que o pleito se restringia unicamente à declaração de união estável, sem referência alguma à possível existência de sociedade de fato.

VOTOS

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA (RELATOR)

Não assiste razão ao embargante.

No acórdão consta ter sido unânime a decisão, enquanto que no extrato da ata registrou ter sido o julgamento parcialmente provido, o que evidencia um erro material, que não desafia embargos de declaração.

No que se refere à alegação de que não houve pedido alternativo na ação proposta, que se restringiu unicamente à declaração de existência de uma união estável entre homossexuais, que foi rejeitada pela maioria, igualmente não se sustenta, uma vez que semelhante relacionamento não encontra a proteção do Estado, nos termos da regra do Parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, o que está bem claro no julgamento do colegiado, que se direcionou no sentido de prover o recurso do Ministério Público, apontando para uma solução analógica, com invocação do texto da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, como solução para apuração de eventual patrimônio amealhado:

“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (Súmula 380 STF).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACSP
Nº 70010180081
2004/CÍVEL

O acórdão apontou, através do voto majoritário, já que não houve unanimidade, uma solução para o caso de dois homossexuais que alegam ter convivido sob o mesmo teto.

Desacolho os embargos.

DES. JOSE S. TRINDADE - De acordo.

DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT (PRESIDENTE) - De acordo.

DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT – PRESIDENTE

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 70010180081, DE PORTO ALEGRE: “
DESACOLHERAM OS EMBARGOS. UNÂNIME.”**

Julgador(a) de 1º Grau: MARIA INES LINCK

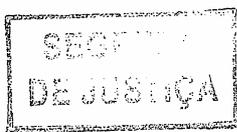


ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANEXO D



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL



APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL.
RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL.
SEPARAÇÃO DE FATO DO CONVIVENTE
CASADO. PARTILHA DE BENS. ALIMENTOS.

União homossexual: lacuna do Direito.

O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito.

Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil

Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva.

Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo.

A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hétero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica.

1



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo, geram as mesmas conseqüências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade a pessoa que são.

A união homossexual no caso concreto.

Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC) e demonstrada a separação de fato do convivente casado, de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano.

Via de conseqüência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha dos bens, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual.

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

APELAÇÃO CÍVEL

OITAVA CÂMARA CÍVEL

Nº 70021637145

COMARCA DE PORTO ALEGRE

APELANTE

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, dar parcial provimento ao apelo.

Custãs na forma da lei.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA E DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE.**

Porto Alegre, 13 de dezembro de 2007.

DES. RUI PORTANOVA,
Relator.
portanova@tj.rs.gov.br

RELATÓRIO

DES. RUI PORTANOVA (RELATOR)

Trata-se de apelação cível interposta por [REDAZIDO] P. contra sentença que julgou improcedente o pedido de Ação Declaratória de Reconhecimento e Dissolução de União Homossexual, cumulada com partilha de bens e pedido de alimentos, ajuizada em face do apelado [REDAZIDO]

A sentença atacada entendeu que o apelante não logrou êxito em provar que o réu esteve separado de fato de sua esposa nos Estados Unidos durante o alegado período de união estável homossexual, motivo pelo qual não seria possível o reconhecimento do relacionamento homoafetivo entre os litigantes.

A sentença reconheceu a existência relacionamento afetivo entre Mauro e Paul, mas centrou-se na falta de comprovação da separação de fato do réu.

Aduziu o julgador originário que, diante da ausência de pedido específico, relativo relação concubinária, tal relação não poderia ser reconhecida sob pena de a sentença ser *extra-petita*.

3

Número Verificador: 7002163714520071647450



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Resumidamente, em face de tais circunstâncias, julgou o pedido improcedente.

Agora apela Mauro sustentando, em síntese, que a sentença é contrária à prova dos autos, principalmente tocante à separação de fato do apelante e sua esposa. Assevera que manteve união estável com o demandado por quase 05 anos, sendo que entre ambos existiu forte relação de afeto, convivência *more uxoria* pública e notória, com comunhão de vida, mútua assistência, manutenção e fortalecimento do patrimônio, objetivando a criação de um núcleo familiar. Aduz que a sentença reconhece a relação amorosa entre eles, o que foi comprovado pelas fotos, documentos e testemunhas trazidas aos autos. Informa que o apelado sustentava duas irmãs e um sobrinho do recorrente.

Argumenta que participou da aquisição do patrimônio durante a relação e que administrou o mesmo, conforme se depreende da procuração que o apelado fez em seu favor.

Pede provimento para ver reconhecida a união estável homossexual, com a fixação de alimentos e partilha de bens.

Sucessivamente, na hipótese de não atendimento do requerimento principal, requer a condenação do apelado para indenização por serviços prestados.

O apelado apresentou contra-razões às fls. 682/701. Resumidamente, alega que é americano, que mantém o casamento com sua esposa nos Estados Unidos, que é advogado aposentado, possuindo alguns negócios e bens no Brasil em função dos significativos honorários que angariou em decorrência do trabalho no seu país de origem. Aduz que os fatos alegados pelo apelante não são verdadeiros. Admite que houve uma amizade e "algumas poucas relações sexuais", vindo o autor, posteriormente, a trabalhar para ele, sem que tal envolvimento viesse

4



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

caracterizar um relacionamento afetivo ou união estável. Diz que não moraram juntos como sustentado pelo recorrente. Tece considerações sobre o patrimônio amealhado no Brasil, defendendo a tese de que também pertence à sua esposa. Requer o não provimento da apelação.

Nesse grau de jurisdição (fls. 709/715), o Órgão Ministerial lançou parecer opinando pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

DES. RUI PORTANOVA (RELATOR)

O caso trata de uma pretensa relação homossexual requerendo o autor/apelante seja reconhecido tal relacionamento como união estável, com os demais direitos subseqüentes, principalmente os patrimoniais.

Sabe-se dos significativos avanços que o Judiciário – notadamente majoritariamente nessa Corte Gaúcha – vem apresentando nessa discussão acerca do reconhecimento das uniões homossexuais, outorgando os mesmos direitos decorrentes da união estável heterossexual.

Em que pese tal assunto não causar mais o mesmo impacto que causava até pouco tempo, a falta, ainda, de uma previsão legal que contemple mais expressamente o direito dos homossexuais em conviver em família, autoriza, antes de adentrar no caso concreto, a fazer algumas considerações, um pouco mais extensas, sobre a possibilidade jurídica do pedido e os fundamentos jurídicos autorizadores do reconhecimento da união homossexual e dos demais direitos decorrentes, notadamente os patrimoniais e alimentos.

Vejamos então.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

I - UNIÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL

A POSSIBILIDADE JURÍDICA

Importante, nesse momento, tecer algumas considerações sobre a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de relação estável homossexual. Tal manifestação decorre, fundamentalmente, do fato de o apelado ter alegado a *impossibilidade jurídica do pedido* como matéria de defesa, tese essa repisada nas contra-razões (fls. 682/701).

Dito isso, gostaria de lembrar que a possibilidade ou impossibilidade jurídica, não inviabiliza que uma pessoa venha a propor uma ação cível.

Vale a pena notar que o artigo 3º do CPC, é expresso em dizer que "para propor ou contestar ação é necessário ter **interesse e legitimidade**.

Negritei as palavras "interesse" e "legitimidade" para destacar que apenas duas das condições da ação, é que são requisitos para que alguém proponha ou conteste uma ação.

Ou seja, por raciocínio de eliminação, a eventual **impossibilidade jurídica de um pedido** não inviabiliza que alguém proponha a ação.

Na verdade, então, é possível dizer, que a presente ação – assim considerada como instrumento para a busca do direito – é viável e possível.

Com isso, se está autorizado a adentrar no mérito da questão.

E – viável a ação – cumpre investigar o tema de fundo à luz do ordenamento jurídico (inclusive a Constituição) e da Justiça do caso concreto, o que se passa a fazer a seguir.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

LACUNA.

Quando estamos em face de uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, vivemos um fato ainda não disciplinado em lei. Ou seja, estamos diante de uma lacuna.

No que diz com lacunas no Direito, a doutrina nos apresenta duas posições fundamentais: uma centrada na doutrina de Kelsen, outra baseada nas lições de Bobbio.

A primeira (de Kelsen) sustenta que o brocardo *permissitur quod non prohibetur* (o que não é proibido é permitido) afasta qualquer possibilidade de existência de lacuna no ordenamento jurídico. Entende o doutrinador que com essa máxima o sistema jurídico regula todas as condutas seja de forma positiva ou negativa. Esta forma de ver a questão da lacuna não é isenta de crítica. Contudo, aqui já encontramos um bom início para fundamentar a necessidade de se retirar consequências jurídicas (pessoais e patrimoniais) ainda que não haja expressa previsão legal a respeito das relações afetivas homossexuais.

Ocorre que, em todo o ordenamento jurídico, não se encontra um dispositivo legal proibindo seja a relação afetiva homossexual seja a proibição de que o juiz retire efeito das relações homossexuais. Não estamos diante daqueles casos em que a lei expressa e imperativamente proíbe o tipo de relacionamento e seus efeitos, tais como são os casos de nulidade de pleno direito dos casamentos. Logo, utilizando-se a mesma máxima e o mesmo raciocínio de Kelsen podemos dizer, sem medo de errar que, já que não é proibida, a união homossexual, ela é permitida pelo Direito.

Assim, tomando-se do espírito kelseniano, não se pode negar efeitos jurídicos a uniões entre pessoas do mesmo sexo. Mesmo sem se cogitar de lacuna no direito, é de rigor reconhecer juridicidade às uniões



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

afetivas homossexuais, porquanto a completude do sistema jurídico abarcaria tais relações de fato, mesmo sem expressa previsão legal a respeito.

Uma outra forma de ver a teoria das lacunas centra-se na doutrina de Norberto Bobbio em sua Teoria do Ordenamento Jurídico. A teoria do jurista italiano parte da idéia de incompletude. Assim, "se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna."(Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 115).

Para Bobbio, na mesma obra (p.139), a incompletude ocorre não no sentido da falta de uma norma a ser aplicada, mas da falta de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada. O autor entende por lacuna " a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas deveriam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de "ideológicas", para distinguir daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de "reais". Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas *de iure condendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são *de iure condito* (de direito já estabelecido)."

Dessa forma, a partir de Bobbio podemos dizer que estamos diante de uma lacuna na lei, porque há omissão quanto aos efeitos jurídicos da união afetiva homossexual. A lei não tem previsão quanto aos efeitos jurídicos decorrentes dessa união.

8



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

A idéia de existência de lacunas no direito ou no ordenamento jurídico é a idéia prevalente entre os juristas. Haverá sempre lacuna quando para uma solução jurídica para determinado caso se torne necessária e a legislação não ofereça uma solução que se adapte ao caso concreto em espécie. Nesse passo, o vocábulo "lacuna" designa os possíveis "vazios", ou melhor, os casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução (Maria Helena Diniz. Lacunas no Direito, p. 29).

Vale repetir, quando se trata de uniões homossexuais a lei não prevê nenhuma forma expressa de solução. Por igual, também nenhuma lei proíbe taxativa ou implicitamente que se retire efeitos de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Não há lei que ofereça solução jurídica para o caso. Há um vazio legal, pois em todo o ordenamento nacional não existe um direito objetivo que alvitre uma solução a ser tomada diante da ocorrência de tais uniões quando postas em juízo.

Enfim, há lacuna, pois estamos diante de um comportamento (comissão ou omissão) que não tem lei expressa permitindo. Também não há lei proibindo ou criando qualquer sanção para esta forma de união.

COLMATAÇÃO

Assim, estamos diante de uma lacuna no direito. E a lacuna deve ser preenchida. Como se sabe, mesmo não havendo previsão expressa no ordenamento jurídico o juiz deve buscar uma solução para decidir a respeito dos efeitos jurídicos dessa relação. Isto porque, como diz o artigo 126 do CPC *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei.* No mesmo sentido é o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Enfim, seja tomando-se Kelsen e sua teoria da completude, seja acompanhando Bobbio e a teoria das lacunas, o juiz deve julgar. *Data*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

venia, aquelas decisões que julgam improcedentes esse tipo de ação, sob o argumento de que não há lei a respeito, na verdade, estão pronunciando o *non liquet*.

A mesma lei que impede que o juiz deixe de julgar já projeta os critérios para suprir o vazio da lei.

Vale a pena continuar com o texto do artigo 126 do CPC: *...No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.* Não é outra a determinação do Código Civil no seu Artigo 4º da Lei de Introdução: *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

No presente caso, a lacuna será preenchida com princípios constitucionais e analogia. Para Bobbio a analogia e os princípios fazem parte do método de auto-integração para preenchimento de lacunas (Teoria do Ordenamento Jurídico, p.150). Para Maria Helena Diniz os princípios são também usados para o preenchimento de lacunas, mas fazem parte do método da heterointegração (Lacuna do Direito, p. 212) por entender como fonte subsidiária do direito.

PRINCÍPIOS: IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Segundo Roger Raupp Rios em "A Homossexualidade no Direito" (p.67) a concretização do princípio da igualdade se dá com a existência de um princípio geral de não discriminação por orientação sexual.

O autor exemplifica da seguinte forma.

De fato, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a concretização de uma ou outra



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação.

Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou sua conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia, se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os diferentes tratamentos, neste contexto, têm sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo.

A Constituição Federal, no artigo 3º, IV, reza como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nesse passo, a discriminação por orientação sexual é uma forma de tratar sem igualdade. Tratar desigualmente, com preconceito.

Outro princípio que deve ser invocado para preencher a lacuna jurídica é o previsto no artigo 1º, inciso III da Carta Política, o da dignidade da pessoa humana, o qual é um dos fundamentos da Estado Democrático de Direito.

O princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função de características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal. (Roger Raup Rios, ob. Cit. p.89)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

ANALOGIA À UNIÃO ESTÁVEL.

Certa a existência de lacuna a respeito do tema das uniões homossexuais, certo que o não reconhecimento de direitos aos parceiros do mesmo sexo significa uma afronta aos princípios constitucionais, cumpre, agora, ainda em na procura da colmatação da lacuna no Direito, buscar definição das conseqüências jurídicas em outro instituto jurídico. Ou seja, vamos entrar no campo da analogia, pois Bobbio entende por "analogia" o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*. (ob. cit. p. 151).

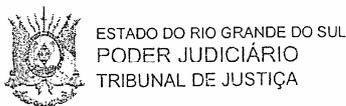
Convém que se diga logo, a solução para a hipótese de união homossexual seguirá, pela via analógica, as mesmas conseqüências das previsões legais a respeito das uniões estáveis, como a desnecessidade da prova da colaboração.

O processo analógico obedece a requisitos de aplicação, tal como alinhados por Maria Helena Diniz (p.162).

O primeiro requisito é o vazio legislativo. Ou seja, que o caso não tenha previsão na norma jurídica. Este requisito está plenamente preenchido. Não parece haver dúvida, apesar de muitas tentativas, o legislador brasileiro, ainda não se encorajou a colocar no repertório legislativo brasileiro, a disciplina legal para as uniões homossexuais.

O segundo requisito exige que o caso não contemplado em lei (a união homossexual) tenha com o previsto (união estável), pelo menos, uma relação de semelhança.

As semelhanças são evidentes. Ao primeiro, ambos os institutos são relações de afeto não formalizadas por celebrações oficiais, tais como ocorrem com o casamento. Em um e outro caso, as pessoas se unem pelo afeto e pela comunhão, pouco e pouco vão num crescendo de harmonia, a ponto de viverem como se casados fossem.



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Por fim, o terceiro elemento analógico exige que haja identidade essencial ou de fato que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação a qual se quer comparar a não contemplada. Este é o requisito que Bobbio (p.152) chama de *semelhança relevante*. Ou seja, terá que haver uma verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações.

Ora, indubitavelmente, a semelhança relevante de ambos os casos é o afeto informal. Os dois institutos centram-se em relações interpessoais de amor comum entre os parceiros.

Não se desconhece a importância deste sentimento, tanto para a elevação da solidariedade humana em geral como para a felicidade das pessoas em particular.

Os amantes que hoje vivem em união estável, também sofreram as agruras e as discriminações que hoje sofrem as famílias homossexuais. Esta é uma semelhança histórica relevante, que, por igual, faz aproximar algo que hoje está regulado (a união estável) com algo que ainda aguarda regulamentação legislativa.

No caso, temos um conjunto de normas (princípios constitucionais explícitos mais a lei da União Estável) das quais extraímos elementos que possibilitem sua aplicabilidade ao caso não previsto, mas similar.

DA DEVIDA PROTEÇÃO À UNIÃO HOMOSSEXUAL.

Como estamos a discutir a constituição de uma família, é evidente que a forma mais adequada de enfrentar o tema é tomando em consideração os fundamentos e os institutos que dizem respeito ao direito de família.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Vale a pena notar que há entendimento uniforme de que as relações homossexuais são relações que devem ser reguladas pelo Direito de Família, e, por isso, de competência das Varas de Famílias, tem encontrado resistências.

O foco para afirmar a especialidade das relações homossexuais está na proteção jurídica adequada àqueles que, em face de sua orientação sexual, unem-se, em seu sentimento de família, com pessoas de mesmo sexo.

As relações de índole emotiva, sentimental e afetiva entre pessoas do mesmo sexo gera conseqüências que devem ser tuteladas por uma ordem jurídica que se diz democrática e pluralista. De nada adianta a proteção genérica e ampla da lei se sua aplicação ficar presa às amarras da intolerância e do preconceito.

Há quem sustente a inaplicabilidade da lei da união estável às relações homossexuais em face da necessidade de que os sujeitos da uniões estáveis terem diversidade de sexo. Também, o texto constitucional do § 3º, do artigo 226, faria restrição aos sujeitos: homem e mulher.

Mas o próprio texto constitucional põe como princípio norteador e balizador do sistema o respeito à dignidade humana.

Para além do texto da legal, importa o princípio que ilumina o texto. Por isso é preciso dizer alto e bom som: a pessoa homossexual é pessoa. E como tal merece a proteção que a ordem jurídica confere aos as pessoas heterossexuais em situações análogas.

Vale a pena ressaltar que as decisões que têm entendido pela aplicação das regras da união estável às relações homossexuais, utilizam o primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Com isso, cumprem, à



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo, impedindo a segregação da pessoa homossexual.

Com isso, está-se, ao mesmo tempo cumprindo um dever jurídico (não discriminar) e ético (ser tolerantes com a diferença do próximo)

Só existem, assim, dois caminhos: ou se reconhece o direito às relações homossexuais e lhes imprime proteção ou se segrega, se marginaliza.

A primeira hipótese coaduna-se com a tolerância que deve permear as relações sociais.

A segunda, traz o preconceito, o sectarismo, o *apartheid* pela opção sexual. Implica em reconhecer como menor uma relação entre duas pessoas de mesmo sexo, sob o paradigma das relações heterossexuais. Ainda que corrente seja a heterossexualidade, o paradigma é outro: é o do gênero humano.

Nesse sentido a posição de JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS (*A relação homoerótica e a partilha de bens - Homossexualidade – Discussões Jurídicas e Psicológicas - Instituto Interdisciplinar de Direito de Família - IDEF, Editora Juruá, Curitiba/PR, 2001*):

É que o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica à união homossexual os mesmos efeitos dela.

Pouco importa se a relação é hetero ou homossexual. Importa que seja a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas. Importa que siga os elementos e os requisitos da união estável, independente do tipo de orientação sexual



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

que sigam. Negar-lhes esse direito é desprezar sua natureza humana e limitar em dignidade a pessoa que são.

II - O CASO CONCRETO

Apontados os fundamentos jurídicos justificadores do reconhecimento da união estável homossexual, resta verificar se o caso *sub judice* preenche os requisitos caracterizadores da união estável.

Nesse sentido, alega o recorrente (fl. 009) que conheceu o recorrido pela internet em meados de junho de 1999, quando o autor morava em Erechim e o réu em Miami, nos Estados Unidos.

Após inúmeros contatos, principalmente pela internet, encontraram-se pela primeira vez em outubro de 1999, em Frankfurt, na Alemanha, onde ficaram hospedados em um apartamento alugado pelo réu.

A partir dessa data, até meados do ano 2000, viajaram juntos pelos Estados Unidos, Brasil e Europa (Roma e Londres), sendo o demandado apresentado à família do autor quando estiveram em Erechim, onde o demandante residia na época. Refere que todas as viagens foram pagas pelo réu, pois não tinha condições de arcar com os custos em função da sua atividade a qual lhe rendia em torno de R\$1.800,00, ao passo que o réu é milionário.

Refere que fizeram planos de morar juntos. Para tanto, o réu outorgou ao autor procuração por instrumento público (fl. 215) em 26/06/2001, conferindo-lhe plenos poderes para administrar seus negócios aqui no Brasil, bem como, em novembro de 2000 (por escritura pública de compra e venda – fl. 349), adquiriu o réu o apartamento na Rua Duque de Caxias 173/703, onde viveram juntos até a separação em fevereiro de 2004.

Sustenta que, em que pese o patrimônio adquirido durante a constância da união estável tenha sido obtido a partir dos recursos do réu,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

participou da sua aquisição, inclusive administrando os bens e as aplicações financeiras feitas pelo apelado, como pode se depreender da procuração já referida.

Requer o reconhecimento da união estável homossexual, a condenação do requerido ao pagamento de alimentos (arbitrados em 20 salários mínimos) e partilha em 50%, para cada um dos conviventes, dos seguintes bens (fls.676/677):

- 1) uma fazenda, denominada *Fazenda Santa Rita*, localizada na estrada Cruz das Almas no município de Eldorado do Sul e os respectivos semoventes existentes nessa propriedade;
- 2) os veículos *Renault Clio*, *VW Fusca 1600* e *VW Parati CL*, todos licenciados em nome do autor, mas somente o Clio está na posse do apelante por força de decisão judicial;
- 3) 01 apartamento localizado na Rua Duque de Caxias, nº 179, apto. 703, a cobertura localizada no oitavo andar, a vaga na garagem respectiva a esse apartamento e os bens que guarnecem a residência;
- 4) 01 apartamento localizado na Av. Venâncio Aires, nº 1.026, apto. 01;
- 5) 01 casa de aproximadamente mil metros quadrados na Estrada de Belém Velho, na Vila Nova, em Porto Alegre, escriturada em nome de uma empresa que pertence exclusivamente ao demandado;
- 6) 50% das cotas sociais da pessoa jurídica PAIM & ALVES LTDA., na qual atuava como sócio gerente;
- 7) as aplicações financeiras junto ao Banco Safra (R\$5.000.000,00), Bradesco (R\$1.100.000,00), e empréstimo ao Instituto Criança com Diabetes (R\$2.000.000,00), fruto das atividades empresariais de ambos e que geram uma renda mensal superior a R\$150.000,00.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Por outro lado, o apelado, ao longo do processo (notadamente contestação e contra-razões de apelação) alega, preliminarmente, a carência da ação em face da impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, refere que seriam inverídicas as alegações do autor. Sustenta que é um advogado bem sucedido profissionalmente no seu país o que lhe rendeu a obtenção de U\$ 415.000.000,00 (quatrocentos e quinze milhões de dólares) em uma única ação (fato notório conforme fls. 200 e seguintes), sem contar demais honorários referentes a outras ações. Esclarece que vive no Brasil em função do interesse pelo povo, pela cultura e pelo interesse de realizar obras de caridade:

Tocante ao apelante, defende que a relação que tiveram não passou de uma amizade e de um vínculo profissional, onde o recorrente não passou de um tradutor e de um secretário particular do requerido. Admite a existência de relações sexuais entre as partes, asseverando que tal envolvimento não evoluiu para um relacionamento estável. Que os bens arrolados como comuns foram adquiridos exclusivamente por ele, não sendo lícito a partilha com o autor. Que o apartamento da Duque de Caxias, de onde foi afastado por decisão judicial, na verdade, era composto por duas unidades, uma o apartamento 703 e outra a cobertura onde morava. Com base nisso, defende que não moravam juntos como referido pelo apelante. Que o apelante é *“pessoa de origem humilde, não possui posses para nada, vive as raías da miserabilidade. Assim, é possível concluir que sempre teve interesse no patrimônio do requerido, razão pela qual forja uma relação que nunca existiu”* (fl. 688).

Em linhas gerais, esses são os vértices da contenda.

**VERIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL
EXISTENTE ENTRE AS PARTES.**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Inicialmente, cumpre destacar que a própria sentença hostilizada reconhece que entre o apelante Mauro e o apelado Daniel houve um relacionamento afetivo. Contudo, tal relacionamento seria de *natureza concubinária*, haja vista o acolhimento da tese do apelado no sentido de que não estava separado de fato da sua esposa norte americana, motivo pelo qual o pedido do autor/apelante não foi acolhido.

Vejamos trecho da sentença que retrata tal situação (fls. 663/664):

“(…)

O réu comprovou ser casado (fl. 176), além de ter colacionado evidências de que ainda está na vigência da relação familiar com a esposa, conforme se viu dos documentos das fls. 173/5; fato que veio corroborado com o depoimento da testemunha REGINA ALVES, que chegou a afirmar que conhecia a mulher dele (fl. 434).

Nessas condições, malgrado não se possa falar de carência da ação, do autor, é certo que se exige dele, a comprovação de que, na constância do relacionamento nutrido, o demandado estaria separado de fato da esposa. Pois bem, e desse ônus o autor não se desincumbiu. (...)

Não há, portanto, prova segura da separação de fato, entre os litigantes, único caminho possível de se admitir o reconhecimento jurídico da pretensão do autor, que pretende visualizar eficácia de família, na sua relação com o réu.

O demandado, no seu depoimento pessoal, chegou a aduzir que seus familiares conheciam o autor, inclusive a relação de afeto existente entre os dois, mas isso, por mais insólito que possa parecer, é menos que uma separação de fato em relação à esposa.

Vale observar, restou patenteada a relação amorosa entre os dois, fato inclusive admitido pelo réu; o que também foi provado com as fotografias que instruíram a inicial (fls. 66/7), e também objeto de menção das testemunhas arroladas pelo autor (fls. 425/9).

Na realidade, está-se diante de um relacionamento de perfil concubinário, que encontra matriz legal no art. 1727 do Código Civil, o qual, para os efeitos patrimoniais, exige prova de efetiva contribuição.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

De se destacar, não foi esse o pleito do autor, que denunciou relação jurídica diversa, de modo que não é pertinente, neste feito, o exame dessa contribuição entre os pretensos companheiros. A rigor, qualquer decisum em relação a esse particular viciará o feito, pois ensejará julgamento extra petita.”
(grifo não original)

Pelo que se depreende da fundamentação sentencial, ficou claramente demonstrado nos autos que, de fato, houve uma relação afetiva entre apelante e apelado, tanto que admitido por esse em seu depoimento pessoal de fls. 420/424.

De salientar, que o depoimento do réu /apelado, referido pela sentença, praticamente confessando a existência de relacionamento afetivo entre as partes, não é fato isolado do conjunto probatório dos autos.

A tarefa agora é saber se tal relacionamento preencheu os pressupostos caracterizadores da união estável, tais como “*convivência pública, continua duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”, conforme a previsão do art. 1.723 do Código Civil.

E, nesse rumo, a conclusão é favorável ao apelante.

Senão vejamos.

As viagens narradas na inicial e no apelo estão efetivamente comprovadas pelo passaporte do apelante (fls. 44/52) e pelo depoimento pessoal do réu (fl. 420) o qual confirma tais viagens, acrescentando o apelado a informação de que a partir delas “*procurava propiciar ao autor o que o depoente já tinha.*”

Note-se que tais viagens ocorreram, mais intensamente, a partir do segundo semestre de 1999, não havendo, necessariamente nesse período, evidência de vontade de constituição de família. A rigor, tal período assemelha-se a uma situação inicial de um relacionamento, onde as partes



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

estão ainda se conhecendo, tal qual ocorre num namoro ou uma lua de mel antecipada.

Efetivamente, as evidências mais claras de existência de uma relação estável começaram a se verificar a partir do ano de 2000.

Tal entendimento é corroborado a partir de várias situações contidas nos autos.

A saber, por exemplo:

1. tocante ao apartamento que servia de residência do par, na Rua Duque de Caxias 179/703, onde até a presente data o apelante reside por força de decisão judicial, o qual foi adquirido pelo réu em novembro de 2000 (fl. 36 e fl. 349); as contas de telefone e de luz desse imóvel (fl. 53 e 56) estão em nome do apelante Mauro, enquanto o condomínio e o IPTU estão em nome do réu (fls. 54 e 66);

2. a escritura pública de procuração, datada de 26/06/2001, onde o réu outorga ao autor *amplos e gerais poderes para representar o mandante em todos os atos, contratos ou iniciativas;*

3. a existência de um seguro de vida feito pelo réu em favor do apelante, em 24/06/2003 (fl. 43), onde consta como endereço do réu o apartamento da Rua Duque de Caxias 179/703, evidenciando que o requerido residia com o autor nesse local, ao contrário da sua defesa no sentido de que residia na cobertura e o autor no apartamento;

4. o fato de a conta de luz da fazenda em Eldorado do Sul, adquirida pelo réu, estar em nome do autor (fl. 60);

5. a ajuda que o réu prestava à família do autor pagando um plano de saúde da UNIMED ao seu sobrinho, conforme se constata da ata de audiência de fl.413, momento em que o réu entregou ao autor o cartão do plano de saúde;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

6. o auxílio que o autor prestou ao réu ficando ao seu lado quando o requerido fez tratamento hospitalar, aqui em Porto Alegre, em função de uma cirurgia de coluna e do alcoolismo do demandado. Fato esse reconhecido pelo próprio apelado no seu depoimento pessoal (fl. 423);

7. o auxílio que o requerido deu ao apelante pagando seu curso superior junto à PUCRS, conforme declaração do réu no depoimento pessoal (fl. 422);

8. a proximidade que o apelante tinha da família do réu, fato esse também reconhecido pelo requerido em seu depoimento e retratado pelas fotos de fls. 344/348. Da mesma forma, a carta que o réu enviou ao autor durante uma viagem nos EUA, demonstrando clara intimidade entre as partes, inclusive com a filha do réu (Molly) a qual pediu para que seu pai (o réu) através dessa carta, manifestasse sua preocupação para com a mãe do autor (fl. 320);

9. a convivência pública que os dois mantinham, freqüentando locais públicos juntos, conforme as testemunhas *Jairo Rocha, Odila e Jairo Joel* (fls.425/428 e 547) e o próprio requerido que admitiu tal fato em seu depoimento, ainda que com alguma relutância;

10. as cartas enviadas pelo demandado ao autor, uma à fl. 69 (traduzida às fls. 320/321v) e a outra de fl. 216, não traduzida e não impugnada pelo réu, donde se depreende (principalmente nessa última) claramente a existência de relacionamento amoroso a partir dos termos inicial e final da carta, respectivamente: "*Mauro, babe*" e "*Love, Dan*";

11. a contradição do réu verificada em seu depoimento onde, num momento, afirma que não morou junto com o autor no apartamento da Duque de Caxias 179/703, alegando que morava na cobertura, e o autor no andar inferior, sendo que, no mesmo depoimento, admite que dormiram juntos em algumas ocasiões, esclarecendo, com certeza, que tal ocorreu



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

quando a cobertura foi reformada e quando visitava o apelante no apartamento que era alugado por esse, antes da aquisição do imóvel aqui referido. Não se pode perder de vista, que nas contas de luz, telefone, IPTU, condomínio e proposta do seguro de vida, onde ora consta o autor e ora consta o réu como titulares dessas despesas, somente consta referência ao apartamento 703, sem nenhuma referência à cobertura.

A partir da análise do contexto probatório (o qual não se limita às situações destacadas acima), ficou demonstrado que a relação havida entre as partes foi muito além de um relacionamento profissional como sustentado pelo réu, o qual tentou defender que o autor não teria passado de um "intérprete" e "secretário pessoal".

Com efeito, o caso ora analisado demonstrou que no período em que estiveram juntos, autor e réu tiveram uma relação sólida, contínua, pública, com comunhão de esforços, companheirismo e auxílio mútuos. Restando plenamente configurado o ânimo de constituir um núcleo familiar.

É no sentido de reconhecer uma efetiva e concreta união estável a interpretação que se faz da ajuda financeira que réu prestava ao autor e à sua família, notadamente pelo pagamento dos estudos do requerente e do plano de saúde em favor do sobrinho. O mesmo se diga a respeito do fato de o réu outorgar amplos poderes por procuração ao autor. Contribui, ainda para o convencimento, o fato de o autor acompanhar o réu em suas internações hospitalares.

Por dúvida tudo isso leva a concluir que a relação entre as partes não se limitava a serviço prestado pelo autor, como intérprete e "secretário pessoal". Só isso não justifica o fato de o autor ser titular das contas de luz e telefone do apartamento em que residiram e da fazenda adquirida pelo réu, bem como os vultosos repasses de dinheiro à conta do autor e os pagamento das viagens pelos Estados Unidos e Europa.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Dito isso, efetivamente, resta demonstrado que o relacionamento que existiu entre autor e réu caracterizou o que a legislação brasileira conceitua como *união estável*, precisamente, no caso, uma *união estável homossexual* conforme sólida jurisprudência majoritária desta Corte.

Marcos temporais.

Convém lembrar aqui, que o apelante sustenta que o início da união se deu em junho de 1999, já tendo sido justificado que nesse ano a relação havida entre as partes não caracterizou nada mais que um namoro, motivo pelo qual não pode ser esse o marco inicial da relação.

É bem de ver que, tocante ao início da relação, o réu admite que se conheceram no segundo semestre de 1999 (fl. 420).

Por outro lado, é sustentado pelo recorrente que a relação acabou em fevereiro de 2004 (fl. 670), sendo essa alegação confirmada pelo réu o qual, em seu depoimento, admite que "*findou a amizade em março ou abril de 2004*".

Sendo assim, o apelo vai provido quanto ao pedido principal para reconhecer a união estável homossexual existente entre Mauro e Daniel Paul no período compreendido entre janeiro de 2000 e fevereiro de 2004.

Separação de fato entre o réu e sua esposa.

Evidenciada a existência de união estável homossexual entre as partes, resta esclarecer o tópico apontado pela sentença como impeditivo do seu reconhecimento, qual seja, a inexistência de separação de fato do réu e sua esposa norte-americana.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

O apelado alega que é casado com Sarah desde 1973, conforme se infere da certidão de casamento juntada à fl. 176 dos autos, defendendo não ter estado separado de fato durante a união com o autor.

Por outro lado, Mauro defende que o réu era separado judicialmente de sua esposa, não mais convivendo com ela, restando apenas a pendência quanto à regularização legal de sua situação, no país de origem do apelado.

Nesse rumo, assevera que Sarah e Daniel residem em cidades diferentes, ela em Falmouth e ele em Miami Beach.

Para tanto, junta às fls. 342/43, duas capas de revistas (*Newsweek* e *Men's Health*), a primeira encaminhada à Sarah no endereço Falmouth, Estado de Massachusetts, na 40 Oldmail Rd, e a segunda a Daniel no logradouro Miami Beach, Estado da Flórida, na 1573 Pennsylvania Ave.

Tal circunstância, já é bom indício de que Daniel era, realmente, separado de fato de sua esposa.

Contudo, a alegação do apelante de que o réu era separado de fato da ex-mulher ganha realmente força a partir das declarações do próprio requerido, aqui no Brasil, em vários documentos, boa parte deles dotados de fé pública, onde Daniel se qualificava ora como separado ora como separado judicialmente.

E tal circunstância fica evidente mediante a qualificação do réu Daniel Paul M. em vários documentos que, ao longo dos autos, de fato, evidenciam que Daniel se declarava separado da ex-mulher americana.

Vejamos que documentos são esses:

- *autorização de compra e venda do imóvel rural "Fazenda Centenária", em Bragança Paulista, fl. 380;*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

- contrato de locação de imóvel, onde o réu figurou como fiador do autor, fl. 376;
- escritura pública de procuração, datada de 26/06/2001, onde o réu outorga ao autor poderes para gestão e administração de seus negócios no Brasil, fl. 215;
- escritura pública de revogação da procuração acima, datada de 10/02/2004, fl. 35;
- contrato de promessa de compra e venda do apartamento da Duque de Caxias, fl. 36;
- "Escritura Pública de Compra e Venda de Imóveis" onde consta a aquisição do imóvel da Rua Duque de Caxias (apartamento 703 e box), fls. 349/350.

Por outro lado, as fotos juntadas pelo réu (fls.173/175 e 288), apontadas pela sentença, não se prestam para concluir a separação de fato de sua esposa. Vale a pena notar que tais fotos não possuem datas. Ademais, retratam momentos festivos de Daniel, juntamente com toda sua família e amigos. "Data venia", esses elementos não podem convencer da existência de relação afetiva entre o requerido e sua ex-esposa. O máximo que se pode dizer é que o apelado mantinha um convívio social com a ex-esposa o que, por certo, não deve deixar de existir.

Da mesma forma, a declaração de Sarah (fl. 361), informando que é "casada com DANIEL P. McINTYRE, desde 20 de Outubro de 1973, até agora", não possui a mínima força probatória, porquanto desprovida do local e da data em que foi feita. Consta nesse "documento" apenas um carimbo de autenticação notarial, datado de 05/01/2005, momento em que já não mais havia relacionamento entre as partes, mas ainda pendia de sentença o presente processo. Circunstâncias que comprometem a validade da declaração de Sarah.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Por igual, convence pouco o depoimento da testemunha Regina Alves (fl. 434), utilizado pela sentença para sustentar a inexistência de separação de fato. Refere o julgador originário que a testemunha em questão conheceu pessoalmente a esposa do demandado. Contudo, tal afirmação não se presta a demonstrar que o casal americano, realmente, não estava separado de fato no período da relação homossexual de Daniel.

É que a própria testemunha refere que *"a esposa do requerido esteve na loja da declarante no final do ano passado"*. Ou seja, a testemunha conheceu Sarah no final de 2004, o que faz presumir que a testemunha conheceu Sarah na mesma oportunidade em que esta esteve no Brasil em função da declaração de fl. 361, reconhecida 05/01/2005, momento em que os litigantes não estavam mais juntos, não comprovando assim, a inexistência de separação de fato no período da relação entre autor e réu.

A partir do conjunto dessas circunstâncias, principalmente o fato de, em várias ocasiões, o requerido ter se declarado "separado" ou "separado judicialmente", quando da sua qualificação em atos jurídicos aqui no Brasil, de rigor o reconhecimento de que o requerido estava separado de fato de sua esposa, durante a constância da relação estável homossexual.

Assim, conforme a previsão legal do §1º do art. 1.723 do Código Civil, o impedimento do inciso VI do art. 1.521 do mesmo código, não constitui obstáculo ao reconhecimento da união estável, pois o requerido estava separado de fato de sua esposa e/ou separado judicialmente, conforme suas próprias declarações.

Partilha dos bens.

Conforme fundamentação inicial do presente voto, uma vez reconhecida a união estável homossexual, uma das conseqüências



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

necessárias é a partilha dos bens adquiridos na constância da relação, nos mesmos moldes em que ocorre nas uniões heterossexuais, não importando se só um do par pagou em nome próprio os bens, porquanto presumido o esforço comum dos conviventes.

Tal partilha, segundo inteligência do art. 1.725 do Código Civil, reger-se-á pelo regime da comunhão parcial de bens, na ausência de pacto que estipule regime diverso, que é o caso presente.

Vejamos, então, separadamente, os bens arrolados pelo apelante a serem partilhados.

1) A fazenda, denominada Fazenda Santa Rita, localizada na estrada Cruz das Almas no município de Eldorado do Sul e os respectivos semoventes existentes nessa propriedade.

O apelante alega que tal bem foi adquirido durante a constância da união.

Tal alegação é confirmada pelo réu em seu depoimento pessoal, precisamente na fl. 420, onde declara: "A fazenda de Eldorado foi comprada em 2001, 2002."

Feito esse registro, tem-se que tal bem, bem como os semoventes pertencentes à fazenda, entram na comunhão, pois se trata de *bem adquirido na constância da união por título oneroso, ainda que só em nome de um dos conviventes* (art. 1.660, inciso I do CC).

2) os veículos Renault Clio, VW Fusca 1600 e VW Parati CL.

O apelante alega que tais veículos foram adquiridos durante a constância da união.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Tal alegação é confirmada pelo réu em seu depoimento pessoal, precisamente na fl. 421, onde declara: *"O depoente deixa registrado que três veículos foram adquiridos, um Clio, uma Camioneta Parati e um Fusca."*

Sendo assim, pelo mesmo fundamento do tópico anterior, tais veículos integram a partilha.

3) 01 apartamento localizado na Rua Duque de Caxias, nº 179, apto. 703, a cobertura localizada no oitavo andar, a vaga na garagem e os bens que guarnecem a residência.

O apelante alega que tais bens foram adquiridos durante a constância da união.

Tal alegação é confirmada pela Escritura Pública de Compra e Venda de Imóveis de fls. 349/350, devendo tais bens serem partilhados pelo mesmo fundamento legal anterior.

4) 01 apartamento localizado na Av. Venâncio Aires, nº 1.026, apto. 01.

O apelante alega que tal bem foi adquirido durante a constância da união.

Tal alegação é confirmada pelo réu em seu depoimento pessoal, precisamente na fl. 420, onde declara: *"Um apartamento da Venâncio Aires foi comprado talvez em 2003 e outro 2004"*

Assim, deverá ser apurado em liquidação de sentença se o apartamento em questão foi de fato adquirido dentro do período da união (janeiro de 2000 a fevereiro de 2004), em caso afirmativo, deve integrar a partilha pelos mesmos fundamentos dos bens acima.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

5) 01 casa na Estrada de Belém Velho, na Vila Nova, em Porto Alegre.

O apelante alega que tal bem foi adquirido durante a constância da união.

Tal alegação é confirmada pelo réu em seu depoimento pessoal, precisamente na fl. 420, onde declara: "A casa da Vila Nova foi comprada no ano de 2002."

Tal bem também integra a partilha.

6) 50% das cotas sociais da pessoa jurídica PAIM & ALVES LTDA., na qual o apelante atuava como sócio gerente.

O apelante alega que tais cotas foram adquiridas durante a constância da união.

Tal alegação é confirmada pelo réu em seu depoimento pessoal, precisamente na fl. 422, onde declara: "O depoente diz que fez investimento na indústria de calçados em Arroio dos Ratos. Como a situação no Brasil do depoente era irregular foi sugerido que Mauro ficasse a frente da empresa. Numa empresa, o Mauro é sócio com a metade do capital social. A outra metade pertence a uma senhora. (...) Essa empresa foi constituída em 2002, 2003. A sede em Arroio dos Ratos."

Comprova-se também a aquisição do capital social da referida pessoa jurídica, pela *Ficha de Cadastramento Eletrônica* junto à Receita Estadual da empresa *Paim & Alves Ltda.* onde consta o autor como sócio-gerente, juntamente com a testemunha Reginá Alves (fl. 113).

Tocante às cotas sociais de pessoa jurídica, aplica-se por analogia, ao presente caso, o regramento contido nos arts. 1.053 e 1.027 do CC.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Assim, tem-se que as cotas sociais da sociedade por responsabilidade limitada, sob pena de descapitalização da pessoa jurídica, não podem ser exigidas desde logo pelo convivente que se *separou judicialmente*, sendo permitida a partilha da cotas somente no momento da liquidação da empresa.

É facultado, contudo, com base nos normativos apontados, o recebimento periódico dos lucros, proporcionais às cotas a que terá direito, no momento da liquidação da empresa.

Dito isso, o apelo vai parcialmente provido aqui para determinar a partilha de 50% das cotas sociais da empresa *Paim & Alves Ltda*, ficando autorizado o apelante a levantar o valor das cotas a que tem direito somente quando da liquidação da empresa.

Desde já, é conferido ao recorrente o direito de levantar, periodicamente, o lucro proporcional aos 25% das cotas que tem direito, ficando o apelado com a titularidade dos outros 25% das cotas e a Sra. Regina Alves permanecendo titular dos 50% restantes.

9) as aplicações financeiras junto ao Banco Safra (R\$5.000.000,00), Bradesco (R\$1.100.000,00), e empréstimo ao Instituto Criança com Diabetes (R\$2.000.000,00).

O apelante alega que no período da união estável homossexual, o réu teria feito as seguintes aplicações financeiras:

a) *R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais) junto ao Banco Safra e R\$1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais) junto ao Banco Bradesco.*

Por primeiro, cumpre esclarecer que o bem aqui em discussão é o próprio dinheiro do réu, obtido a partir do seu trabalho nos EUA, o qual é seu bem particular e não perde essa natureza quando aplicado em



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

instituições financeiras. É diferente do que ocorre quando um dos conviventes adquire um bem, por título oneroso, ainda que em nome próprio, durante o período de convivência. Nessa hipótese o que será partilhado é esse bem adquirido durante a união, como ocorreu nos tópicos de 1 a 5 acima.

Assim, o que deve ser partilhado aqui são os rendimentos ou dividendos dessas aplicações, percebidos durante o período da união (janeiro de 2000 a fevereiro de 2004), pois se enquadram no conceito de *frutos dos bens particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento*, segundo o que dispõe o art. 1.660, inciso V do CC.

É bem de ver que, à luz de toda a fundamentação inicial, por analogia, o termo cônjuge deve ser lido como *convivente* e o termo casamento, como *união estável homossexual*.

Dito isso, o apelo aqui vai parcialmente provido para determinar a partilha tão somente dos rendimentos das aplicações financeiras feitas pelo ex-convivente Daniel Paul M., junto ao Banco Safra e ao Banco Bradesco, no período da união (e não a partilha do capital investido).

Tais valores deverão ser identificados em liquidação de sentença, devendo os respectivos bancos fornecer os extratos dessas aplicações para viabilizar o cálculo.

b) *empréstimo de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) ao Instituto Criança com Diabetes.*

O apelante postula a partilha de um "empréstimo" feito ao Instituto da Criança com Diabetes feito pelo réu.

Importante frisar que o réu/apelado alega que uma das suas motivações para viver no Brasil é sua vontade de fazer obras de caridade, como destacado no relatório da sentença hostilizada (fl. 660).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Não perco de vista também, a declaração do requerido em seu depoimento pessoal (fl. 420) dando conta que por dois anos tentou trabalhar no Haiti no ramo do "desenvolvimento social", não permanecendo lá em função da notória instabilidade política daquele país.

Considerado essa característica pessoal do réu e a natureza da instituição que recebeu o aludido "empréstimo", é lícito presumir que tal valor, na verdade, não se caracteriza um empréstimo propriamente dito, mas sim uma doação que o requerido fez a uma instituição filantrópica, não lhe rendendo frutos ou qualquer outra espécie de contraprestação pecuniária.

Diante disso e considerando a ausência de previsão legal que permita a partilha de tal espécie de valor, o numerário doado (ou mesmo que seja emprezado) ao Instituto da Criança com Diabetes deve ser excluído da partilha, pelo que nego provimento nesse ponto.

Alimentos.

Requer também o apelante seja condenado o apelado a lhe pagar alimentos.

Com efeito, o pedido não prospera.

A presente ação teve como objetivo principal o reconhecimento da união estável homossexual existente entre as partes.

Digo isso, para salientar que o contexto probatório dos autos deteu-se, praticamente, na demonstração dos fatos constitutivos e modificativos dessa pretensão.

A rigor, praticamente nada se discutiu acerca dos requisitos constitutivos da obrigação alimentar, principalmente tocante à necessidade do alimentado/apelante, limitando-se tal assunto, tão somente, ao seu pedido, e à sua negação, nos petítórios de ambas as partes.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Não fora isso, não perco de vista que o apelante é professor de inglês e atualmente formado em curso superior o qual foi pago pelo requerido como demonstrado aqui.

Destaque-se também que a união estável verificada entre autor e réu foi de 4 anos, concluindo-se que o apelante, bem ou mal, pode se manter durante sua vida fora esse período, seja ele anterior ou posterior à união. Não há, portanto, demonstração da necessidade do apelante na percepção de alimentos.

Diante dessas considerações, nego provimento ao presente pedido.

Sucumbência:

Considerando a inversão da sucumbência, tendo o autor, com o parcial provimento do seu apelo, decaído de parte mínima de seu pedido (art. 21, parágrafo único do CPC); condeno o réu ao pagamento, por inteiro, das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais arbitro em 15% sobre o valor do patrimônio partilhado.

ANTE O EXPOSTO, dou parcial provimento à apelação para:

1) reconhecer a união estável homossexual existente entre Mauro e Daniel Paul, compreendida no período entre janeiro de 2000 a fevereiro de 2004;

2) determinar a partilha dos bens adquiridos na constância da união conforme os termos da fundamentação.

Sucumbência conforme fundamentação.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA (REVISOR) - De acordo.

DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE - De acordo.

**DES. RUI PORTANOVA - Presidente - Apelação Cível nº 70021637145,
Comarca de Porto Alegre: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME."**

Julgador(a) de 1º Grau: MARCO AURELIO MARTINS XAVIER

<p>Confere Original eletrônico www.tj.rs.gov.br</p>	<p>Este é um documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:</p> <p>Signatário: RUI PORTANOVA Nº de Série do certificado: 4A81D56F906FCEB1 Data e hora da assinatura: 13/12/2007 16:58:49</p> <p>Para conferência do conteúdo deste documento, acesse, na internet, o endereço http://www.tj.rs.gov.br/site_php/assinatura e digite o seguinte número verificador: 7002163714520071647450</p>
---	--



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANEXO E



MBD
Nº 70012836755
2005/CÍVEL



APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Negado provimento ao apelo.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70012836755

COMARCA DE PORTO ALEGRE

APELANTE

APELANTES

APELADA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Número Verificador: 700128367552005989646



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD
Nº 70012836755
2005/CÍVEL

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores **DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS** e **DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL**.

Porto Alegre, 21 de dezembro de 2005.

DESA. MARIA BERENICE DIAS,
Presidente e Relatora.

RELATÓRIO

DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE E RELATORA)

Trata-se de recurso de apelação interposto pela sucessão de D. O. F., representada por N. S. F. e OUTROS contra a sentença que, nos autos da "ação de reconhecimento de união estável" cumulada com petição de herança que lhe move L. L. C. N., julgou procedente a demanda para declarar a união estável mantida entre L. L. C. N. e D. O. F., no período compreendido entre meados de 1980 e 28-8-1996, reconhecendo a autora como herdeira de D. e, conseqüentemente, declarou a nulidade da partilha realizada. Condenou, ainda, os demandados ao pagamento das custas processuais e honorários ao patrono da autora, fixados estes em R\$ 1.000,00, suspendendo, porém, a exigibilidade de tais encargos, porquanto lhes concedia o benefício da gratuidade judiciária (fls. 329-34).

Inconformada, a sucessão de D. O. F. postula a reforma da sentença, face à ausência de provas da existência da união estável. Refere que o fato de a apelante e D. terem adquirido um imóvel em conjunto não é suficiente para comprovar a suposta relação, além do que, na emenda à inicial, a apelada confessa não ter recebido a quantia referente ao seguro de vida deixado pela extinta. Igualmente, a prova produzida às fls. 25-58, 62-5, 67, 71-4 e 141-50 não se presta a corroborar a tese da apelada. Assevera ser



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD
Nº 70012836755
2005/CÍVEL

inverídica a assertiva da recorrida, no sentido de que os familiares da *de cujus* aceitavam a união homoafetiva mantida entre as duas, bem como "sabiam o que se passava". Aduz que a apelada, no ano de 1990, deixou o apartamento em comum para residir em um imóvel alugado e, quando retornou, não foi para reatar a relação, mas para ficar na posse do bem na hipótese de eventual falecimento de D., haja vista o periclitante estado de saúde que esta se encontrava, em razão do alcoolismo. Alega infração ao art. 226, §3º, da Constituição Federal. Requer o provimento do apelo (fls. 336-40).

A apelada oferece contra-razões (fls. 343-50).

O Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 351-6).

Subiram os autos a esta Corte, tendo a Procuradoria de Justiça opinado pelo conhecimento e desprovimento da inconformidade (fls. 359-69).

Foi observado o disposto no art. 551, §2º, do CPC.

É o relatório.

VOTOS

DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE E RELATORA)

A inconformidade não prospera.

Extrai-se dos autos, de forma inequívoca, a existência da união homoafetiva mantida entre a apelada L. L. C. N. e D. O. F. pelo período de dezesseis anos, cujo termo final deu-se com o falecimento desta, sucedido em 28-8-1996.

Os apelantes não contestam a coabitação mantida entre a apelada e a extinta e nem a relação afetiva havida em si, mas, tão-somente, a ausência de quanto à configuração de uma relação nos moldes de uma entidade familiar. Salientam, outrossim, que a recorrida somente teria retornado



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD
Nº 70012836755
2005/CÍVEL

à residência comum, após um período de separação em 1990, com o objetivo de ficar na posse do imóvel casal.

As inúmeras fotos, cartões e outros documentos acostados aos autos dão conta do forte relacionamento havido (fls. 26-8, 30-41, 46-8, 51-8, 61-5, 66-71). As fotografias demonstram diversos momentos da vida das consortes: viagens, aniversários, festas em casa, momentos com amigos, momentos em família, inclusive, com a presença da apelante N., etc.

Além de a apelada ser dependente de D. no centro de servidores do IPE e na farmácia Droganossa (fls. 42-4), ainda mantinham conta conjunta em lojas (fl. 45).

Outrossim, adquiriram, em condomínio, o imóvel localizado na Rua Jaguari, na razão de 18,51% para a apelada e 81,49% para a falecida. Contudo, no decorrer da relação, optaram por redefinir as frações ideais no percentual de 50% para cada uma (fls. 193-4), fato que denota comunhão de vida, de interesses e de embaralhamento patrimonial.

A prova oral também vem ao encontro da tese exposta na exordial, porquanto as testemunhas confirmam que L. e D. viviam como marido e mulher (fls. 310-21).

Não bastassem esses elementos, com o passar dos anos, o casal resolveu adotar o menino D. F. C., cujo nome, inclusive, foi escolhido em homenagem à falecida, cujo apelido era D., e que também foi eleita a madrinha do infante. A criança foi registrada em nome da apelada, constando como testemunhas a *de cujus* e a apelante N.

Ainda que tal adoção tenha sido procedida de forma irregular (à brasileira), tal circunstância denota o desiderato do par de formar uma família, haja vista o fato de não poderem gerar filhos entre si.

Nesse passo, cabe registrar que a falecida tratava D. como filho. Instituiu o afilhado como seu beneficiário no pecúlio GBOEX (fl. 60), desejava



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD
Nº 70012836755
2005/CÍVEL

transferir a sua parte no imóvel adquirido em conjunto com a recorrida para o infante (fl. 59), mandava cartões para a apelada em conjunto com o menino (fls. 66-70) e arcava com as despesas inerentes ao sustento deste (fls. 195-6 e 202-5). A simples leitura do cartão da fl. 71, escrito para o afilhado, não deixa dúvidas de que o tinha como filho.

Igualmente, não prospera a alegação de que a apelada teria retornado à residência comum, após uma separação, somente por interesses econômicos.

Nesse sentido, precisas as ponderações da julgadora *a quo* (fls. 332-3):

Diante disso, fica evidente que o fato da autora ter em algumas ocasiões saído da residência comum, por brigas e para proteger o filho das conseqüências disso, não descaracteriza a união estável, até porque em nenhum momento ela fez mudança, e sempre voltava para casa, aliás, isso também admitido pela demandada N. ao responder uma pergunta a respeito da separação: "depois ela voltou de novo" e nunca mais saiu até a morte da D. (fl. 316).

Além de ser comum entre os casais algumas brigas e rompimentos, na espécie, não se pode olvidar que a falecida estava doente (cirrose) e era alcoolista e, segundo a apelada, por vezes se tornava agressiva, fato que justificava o afastamento dela e do menino do lar comum.

Igualmente, não há falar em infração ao art. 226, §3º, da Constituição Federal.

A homossexualidade remonta às mais antigas civilizações, conforme muito bem observado pelo Des. José Carlos Teixeira Giorgis, em precisa análise histórica sobre o assunto, que péço vênha para transcrever:

É irrefutável que a homossexualidade sempre existiu, podendo ser encontrada nos povos primitivos, selvagens e nas civilizações mais antigas, como a romana, egípcia



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
 PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD
 Nº 70012836755
 2005/CÍVEL

e assíria, tanto que chegou a relacionar-se com a religião e a carreira militar, sendo a pederastia uma virtude castrense entre os dórios, citas e os normandos.

Sua maior feição foi entre os gregos, que lhe atribuíam predicados como a intelectualidade, a estética corporal e a ética comportamental, sendo considerada mais nobre que a relação heterossexual, e prática recomendável por sua utilidade.

Com o cristianismo, a homossexualidade passou a ser tida como uma anomalia psicológica, um vício baixo, repugnante, já condenado em passagens bíblicas (...com o homem não te deitarás, como se fosse mulher: é abominação, Levítico, 18:22) e na destruição de Sodoma e Gomorra.

Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico e, nesta linha, toda a prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação, condenado-se qualquer ato sexual que desperdiçasse o sêmen; já entre as mulheres, por não haver perda seminal, a homossexualidade era reputada como mera lascívia.

Estava, todavia, freqüente na vida dos cananeus, dos gregos, dos gentios, mas repelida, até hoje, entre os povos islâmicos, que tem a homossexualidade como um delito contrário aos costumes religiosos.

A idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, sabendo-se que na Renascença, artistas como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade (APC 70001388982, 7ª CC, Rel.: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 14/3/01).

Inconteste que o relacionamento homoafetivo é um fato social que se perpetua através dos séculos, não pode mais o Judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de sexo. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD
Nº 70012836755
2005/CÍVEL

atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Deixemos de lado as aparências e vejamos a essência.

Sobre o tema, manifestei-me no livro Homoafetividade – O que diz a Justiça:

A correção de rumos foi feita pela Constituição Federal, ao outorgar proteção não mais ao casamento, mas à família. Como bem diz Zeno Veloso, num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Restou o afeto inserido no âmbito de proteção do sistema jurídico. Limitou-se o constituinte a citar expressamente as hipóteses mais freqüentes – as uniões estáveis entre um homem e uma mulher e a comunidade de qualquer dos pais com seus filhos – sem, no entanto, excluir do conceito de entidade familiar outras estruturas que têm como ponto de identificação o enlaçamento afetivo. O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Assim, não há como deixar de reconhecer que a comunidade dos filhos que sobreviveram aos pais ou a convivência dos avós com os netos não constituem famílias monoparentais. Da mesma forma não é possível negar a condição família às uniões de pessoas do mesmo sexo. Conforme bem refere Roger Raupp Rios, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano (in Homoafetividade – o que diz a Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 13/14).

A Constituição Federal proclama o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à intimidade (art. 5º, *caput*) e prevê como objetivo fundamental, a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). Dispõe, ainda, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI). Portanto, sua intenção é a promoção do bem dos



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
 PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD
 Nº 70012836755
 2005/CÍVEL

cidadãos, que são livres para ser, rechaçando qualquer forma de exclusão social ou tratamento desigual.

Outrossim, a Carta Maior é a norma hipotética fundamental validante do ordenamento jurídico, da qual a dignidade da pessoa humana é princípio basilar vinculado umbilicalmente aos direitos fundamentais. Portanto, tal princípio é norma fundante, orientadora e condicional, tanto para a própria existência, como para a aplicação do direito, envolvendo o universo jurídico como um todo. Esta norma atua como qualidade inerente, logo indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo.

Nesse passo, os ensinamentos do jurista Ingo Wolfgang Sarlet:

"{...} Na feliz formulação de Jorge Miranda, o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste a sua igualdade. Também o Tribunal Constitucional da Espanha, inspirado igualmente na Declaração universal, manifestou-se no sentido de que "a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais.

Nesta mesma linha situa-se a doutrina de Gunter Durig, considerado um dos principais comentadores da Lei Fundamental da Alemanha da segunda metade do século XX. Segundo este renomado autor, a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que "cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda" (in Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Livraria do Advogado editora, 2001, p. 43/44).

Por conseguinte, a Constituição da República, calcada no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, se encarrega de

8



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD
Nº 70012836755
2005/CÍVEL

salvaguardar os interesses das uniões homoafetivas. Qualquer entendimento em sentido contrário é que seria inconstitucional. E quanto à tutela específica dessas relações, aplica-se analogicamente a legislação infraconstitucional atinente às uniões estáveis.

Nesse sentido, há precedentes de vanguarda desta Corte:

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas (TJRS, Apelação Cível nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 25/06/2003).

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos por maioria (TJRS, Embargos Infringentes nº 70003967676, 4º Grupo Cível, Relator: Desª Maria Berenice Dias, julgado em 9 de maio de 2003).

Diante de todos esses elementos, a existência da relação afetiva exsurge dos autos, revelando-se impositiva a manutenção da sentença que a reconheceu.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBD
Nº 70012836755
2005/CÍVEL

Nesses termos, correta se mostra a sentença de lavra da Dra. Jucelana Lurdes Pereira dos Santos que conferiu efeitos jurídicos à relação havida, reconhecendo direitos sucessórios à apelada.

Por tais fundamentos, é de ser negado provimento ao apelo.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (REVISOR) - De acordo.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL - De acordo.

DESA. MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº 70012836755, Comarca de Porto Alegre: "NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: JUCELANA LURDES PEREIRA DOS SANTOS

	<p>Este é um documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:</p> <p>Signatário: Nº de Série do certificado: 24538556AD6E67A40DF59FAA60FCA7B2 Data e hora da assinatura: 21/12/2005 14:16:24</p> <p>Para conferência do conteúdo deste documento, acesse, na internet, o endereço http://www.tj.rs.gov.br/site_php/assinatura e digite o seguinte número verificador: 700128367552005989646</p>
--	---

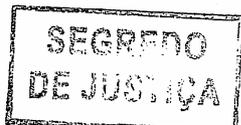


ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANEXO F



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL



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

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70013801592

COMARCA DE BAGÉ

MINISTERIO PUBLICO

APELANTE

LI. M. B. G.

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em **negar provimento ao apelo.**

Custas na forma da lei.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) E DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL.**

Porto Alegre, 05 de abril de 2006.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, irresignado com sentença que deferiu a adoção dos menores P.H. R.M. (3 anos e 6 meses) e J.V.R.M. (2 anos e 3 meses) a LI. M. B.G., companheira da mãe adotiva dos menores L. R.M.

Sustenta que: (1) há vedação legal (CC, art. 1622) ao deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem casadas ou viverem em união estável; (2) é reconhecida como entidade familiar a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher; (3) nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual; (4) de acordo com a doutrina, a adoção deve imitar a família biológica, inviabilizando a adoção por parselhas do mesmo sexo. Pede provimento.

Houve resposta.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

Nesta instância o Ministério Público opina pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR) -

A requerente LI.M.B.G., fisioterapeuta e professora universitária, postula a adoção dos menores P.H.R.M., nascido em 07.09.2002, e J.V.R.M., nascido em 26.12.2003. Relata que ambos são filhos adotivos de L.R.M., com quem a ora requerente mantém um relacionamento aos moldes de entidade familiar há oito anos.

Em anexo estão os processos em que foi deferida a adoção de ambos os menores, que são irmãos biológicos, a L.R.M.. Sinale-se que as crianças são cuidadas por L. desde o nascimento.

A r. sentença recorrida julgou procedente o pleito. O recurso é do Ministério Público e se baseia na impossibilidade de ser deferida a adoção conjunta a duas pessoas, salvo se forem casadas ou mantiverem união estável (art. 1.622 do Código Civil), o que não se configura no caso, diante do fato de que a pretendente da adoção e a mãe já adotiva das crianças são pessoas do mesmo sexo. O parecer ministerial nesta instância é no sentido do provimento (ressalvado o erro material evidente na conclusão, ao dizer que opina pelo "improvimento").



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

Com efeito, o art. 1.622 do Código Civil dispõe:

Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou viverem em união estável.

No caso destes autos, L. (que já é mãe adotiva dos meninos) e LI. (ora pretendente à adoção) são mulheres, o que, em princípio, por força do art. 226, § 3º, da CF e art. 1.723 do Código Civil, obstaría reconhecer que o relacionamento entre elas entretido possa ser juridicamente definido como união estável, e, portanto, afastaria a possibilidade de adoção conjunta.

No entanto, a jurisprudência deste colegiado já se consolidou, por ampla maioria, no sentido de conferir às uniões entre pessoas do mesmo sexo tratamento em tudo equivalente ao que nosso ordenamento jurídico confere às uniões estáveis. Dentre inúmeros outros julgados, vale colacionar, a título meramente exemplificativo, o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.

4



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.¹

Com efeito, o tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não consagradas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato.

Houve resistências inicialmente? Certamente sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno é rigorosamente o mesmo. Não se está aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

¹ AC 70009550070, J.EM 17.11.2004, Rel. Maria Berenice Dias.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade. É uma questão de opção, ou de determinismo, controversia esta acerca da qual a ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de qualquer forma, é uma decisão, e, como tal, deve ser respeitada.

Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o amor. São relações de amor, cercadas, ainda, por preconceitos. Como tal, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.

Em contrário a esse entendimento costuma-se esgrimir sobretudo com o argumento de que as entidades familiares estão especificadas na Constituição Federal, e que dentre elas não se alinha a união entre pessoas de mesmo sexo. Respondendo vantajosamente a tal argumento, colaciono aqui preciosa lição de Maria Celina Bodin de Moraes², onde aquela em. jurista assim se manifesta :

O argumento jurídico mais consistente, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do Texto Constitucional. Nele encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Alguns autores, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica,

² A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. In RTDC. v. 1.p. 89/112.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

entendem que 'qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei'.

O raciocínio jurídico implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da 'norma geral exclusiva' segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos³. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica⁴. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrario sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico.

Sem abandonar os métodos clássicos de interpretação, verificou-se que outras dimensões, de ordem social, econômica, política, cultural etc., mereceriam ser consideradas, muito especialmente para interpretação dos textos das longas Constituições democráticas que se forjaram a partir da segunda metade deste século. Sustenta a melhor doutrina, modernamente, com efeito, a necessidade de se utilizar métodos de interpretação que levem em conta trata-se de dispositivo constante da Lei Maior e, portanto, métodos específicos de interpretação constitucional devem vir à baila.

Daí ser imprescindível enfatizar, no momento interpretativo, a especificidade da normativa constitucional – composta de regras e princípios –, e considerar que os preceitos constitucionais são, essencialmente, muito mais indeterminados e elásticos do que as demais normas e, portanto, 'não predeterminam, de modo completo, em nenhum caso, o ato de aplicação, mas este se produz ao amparo de um sistema normativo que abrange diversas possibilidades⁵. Assim é que as normas constitucionais estabelecem,

³ E.Zietelman, Lüken im Recht, (1903) e D. Donati. Il problema delle ordinamento giuridico (1910) apud N. Bobbio. Teoria do Ordenamento Jurídico, (1950), Brasília-São Paulo: Fd. UNR-Polis, 1989, p. 132 e ss.

⁴ N. Bobbio. Teoria do Ordenamento. Op. cit. p.135.

⁵ E. Alonso Garcia. La Interpretacion de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 16.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
 PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
 Nº 70013801592
 2005/CÍVEL

*através de formulações concisas, 'apenas os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que hão de ser concretizados no momento de sua aplicação'*⁶.

Por outro lado, é preciso não esquecer que segundo a perspectiva metodológica de aplicação direta da Constituição às relações intersubjetivas, no que se convencionou denominar de 'direito civil-constitucional', a normativa constitucional, mediante aplicação direta dos princípios e valores antes referidos, determina o iter interpretativo das normas de direito privado – bem como a colmatação de suas lacunas –, tendo em vista o princípio de solidariedade que transformou, completamente, o direito privado vigente anteriormente, de cunho marcadamente individualístico. No Estado democrático e social de Direito, as relações jurídicas privadas perderam o caráter estritamente privatista e inserem-se no contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo-se em vista, em última instância, no ordenamento constitucional.

Seguindo-se estes raciocínios hermenêuticos, o da especificidade da interpretação normativa civil à luz da Constituição, cumpre verificar se por que a norma constitucional não previu outras formas de entidades familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, sendo imprescindível, neste caso, a via emendacional para garantir proteção jurídica às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ou se, ao contrário, tendo-se em vista a similitude das situações, estariam essas uniões abrangidas pela expressão constitucional 'entidade familiar'.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, 'impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família'⁷. Assim sendo, embora tenha ampliado seu prestígio constitucional, a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, 'deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela

⁶ J.C. Vieira de Andrade. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987. p. 120.

⁷ G. Tepedino. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.350.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
 PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
 Nº 70013801592
 2005/CÍVEL

jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes⁸. É o fenômeno da 'funcionalização' das comunidades intermediárias – em especial da família – com relação aos membros que as compõem⁹.

A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à 'forma' familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em consequência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao 'conteúdo' ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como 'instrumento', não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma razão, como os mesmo fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades 'familiares' torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual – a qual se configura como direito personalíssimo –, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente comprometido com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando, dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e a antecedente a qualquer outra forma de organização social.

⁸ Idem.

⁹ P. Perlingieri. Il diritto civile nella legalità costituzionale. Camerino-Napoli. ESI, 1984. p. 558.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

O argumento de que à entidade familiar denominada 'união estável' o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo serão 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 correspondentes. A prescindir da veste formal, a ser dada pelo legislador ordinário, a jurisprudência – que, em geral, espelha a sensibilidade e as convenções da sociedade civil –, vem respondendo afirmativamente.

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie – a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer –, mas uma manifestação particular do ser humano, e considerado, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidade de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar.

Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista dos seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, art. 226, §8º).

Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto.

É preciso atentar para que na origem da formação dos laços de filiação prepondera, acima do mero fato biológico, a convenção social. É Villela¹⁰ que assinala:

se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

Na mesma senda, leciona Hérítier¹¹ :

Não existem, até nossos dias, sociedades humanas que sejam fundadas unicamente sobre a simples consideração da procriação biológica ou que lhe tenham atribuído a mesma importância que a filiação socialmente definida. Todas consagram a primazia do social – da convenção jurídica que funda o social – sobre o biológico puro. A filiação não é, portanto, jamais um simples derivado da procriação.

Além de a formação do vínculo de filiação assentar-se predominante na convenção jurídica, mister observar, por igual, que nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social. Neste passo, é Nadaud que nos reporta:

Indépendamment de la forme de la filiation, on remarque que ce lien de filiation n'est qu'exceptionnellement, au regard de l'étendue des sociétés humaines, superposable à l'engendrement biologique ou à la procréation: il existe

¹⁰ VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte. ano 27, n. 21, 1979.

¹¹ Hérítier, Françoise. A Coxa de Júpiter – reflexões sobre os novos modos de procriação. In: **Estudos Feministas**. ano 8, 1º sem 2000. p. 98.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

em effet une "dissociation entre la 'verité bilogique de l'engendrement' et la filiation". Ce point est essentiel car il explique pourquoi, dans la plupart des sociétés, l'engendrement et la parenté sont deux choses distinctes. De la même façon, quand on parle de père et de mère, et donc d'un individu masculin ou féminin, il faut différencier ce qui est le sexe biologique de ce qui est le sexe social, lesquels, bien souvent, sont loin de se recouper: bon nombre de sociétés dissocient ainsi le sexe biologique du genre dans la genèse des liens de filiation.¹²

Melhor esclarecendo essa perspectiva, é novamente Héritier¹³ quem nos traz da antropologia um exemplo que evidencia que em organizações sociais tidas por primitivas o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino:

Num caso particularmente interessante encontrado entre os Nuer, é uma mulher, considerada como homem, que enquanto pai, se vê atribuir uma descendência. Nesta sociedade, com efeito, as mulheres que provam de terem sido casadas por tempo suficientemente longo, sua esterilidade definitiva, retornam a sua linhagem de origem, onde são consideradas totalmente como homens. Este é apenas um dos exemplos em que a mulher estéril, longe de ser desacreditada por não poder cumprir seu destino feminino, é creditada com essência masculina. A 'bréhaigne', como mostra a etiologia proposta por Littré, é uma mulher-homem (de 'barus' = 'vir' em baixo latim), mas, pode-se, segundo a cultura, tirar dessa assimilação conclusões radicalmente diferentes. Para os Nuer, a mulher 'brehaigne' acede ao status masculino. Como todo casamento legítimo é sancionado por importantes

¹² **EM TRADUÇÃO LIVRE:** Independentemente da forma da filiação, observa-se que esse laço não é senão excepcionalmente, em vista da diversidade das sociedades humanas, superponível ao engendramento biológico ou à procriação: existe, com efeito, uma "dissociação entre a 'verdade biológica do engendramento' e a filiação". Este ponto é essencial pois explica porque, na maior parte das sociedades, o engendramento e a parentalidade são coisas distintas. Do mesmo modo, quando se fala de pai e de mãe, e, portanto, de um indivíduo masculino ou feminino, é preciso diferenciar o sexo biológico do social, os quais, frequentemente, estão longe de coincidir: bom número de sociedades dissociam o sexo biológico do gênero na gênese dos laços de filiação.

Nadaud, Stéphane. Homoparentalité – une nouvelle chance pour la famille?. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2002. p. 45.

¹³ Héritier, Françoise. Op. cit. pp. 108/109.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

transferências de gado da família do marido à da esposa, este gado é repartido entre o pai e os tios paternos desta. De volta à casa de seus irmãos, a mulher estéril se beneficia, então, na qualidade de tio paterno, de parte do gado da compensação dada para suas sobrinhas. Quando ela, dessa forma, constitui um capital, ela pode, por sua vez, fornecer uma compensação matrimonial e obter uma esposa da qual ela se torna o marido. Essa relação conjugal não leva a relações homossexuais: a esposa serve seu marido e trabalha em seu benefício. A reprodução é assegurada graças a um criado, a maior parte das vezes de uma etnia estrangeira, que cumpre tarefas pastoris mas assegura também o serviço de cama junto a esposa. Todas as crianças vindas ao mundo são do 'marido', que a transferência do gado designou expressamente, segundo a lei social que faz a filiação. Elas portam seu nome, chamam-na 'pai', a respeitam e não se estabelece nenhum laço particular com seu genitor, que não possui direitos sobre elas e se vê recompensado por seu papel pelo ganho de uma vaca, por ocasião do casamento das filhas, vaca que é o prêmio por engendrar. Estatutos e papéis masculinos e femininos são aqui, portanto, independentes do sexo: é a fecundidade feminina ou sua ausência que cria a linha de separação. Levado ao extremo, esta representação que faz da mulher estéril um homem a autoriza a representar o papel de homem em toda sua extensão social.

Como se vê, nada há de novo sob o sol, quando se cogita de reconhecer a duas pessoas de mesmo sexo (no caso, duas mulheres), que mantém uma relação tipicamente familiar, o direito de adotar conjuntamente.

Resta verificar se semelhante modalidade de adoção constitui efetivo benefício aos adotandos, critério norteador insculpido no art. 1.625 do Código Civil.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

Nadaud¹⁴, em sua tese de doutorado, realizou estudo sobre uma população de infantes criados em lares de homossexuais, constatando que:

(...) globalement, leurs comportements ne varient pas fondamentalement de ceux de la population générale. Il ne s'agit donc pas d'affirmer que tous les enfants de parents homosexuels "vont bien", mais d'apporter une pierre supplémentaire à l'édifice des études qui montrent déjà que leurs comportements correspondent à ceux des autres enfants de leur âge. Ce qui revient absolument pas à nier leur spécificité.

Não é diferente a conclusão a que chegaram Tasker e Golombok¹⁵:

Ce qui apparait clairement dans la présente étude, c'est que les enfants qui grandissent dans une famille lesbienne n'auront pas nécessairement de problèmes liés à cela à l'âge adulte. De fait, les résultats de la présente étude montrent que les jeunes gens élevés par une mère lesbienne réussissent bien à l'âge adulte et ont de bonnes relations avec leurs famille, leurs amie e leurs partenaires. Dans les décisions de justice que statuent sur la capacité ou l'incapacité d'un adulte à élever un enfant, il conviendrait de ne plus se fonder sur l'orientation sexuelle de la mère pour évaluer l'intérêt de l'enfant.

¹⁴ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** (...) globalmente, seus comportamentos não variam fundamentalmente daqueles da população em geral. Não se trata de afirmar que todos os filhos de pais homossexuais "estão bem", mas de acrescentar uma pedra suplementar ao edifício dos estudos que mostram que seus comportamentos correspondem aos das outras crianças de sua idade. O que não significa, absolutamente, negar sua especificidade. Nadaud, Stéphane. Op. cit. p. 302.

¹⁵ **EM TRADUÇÃO LIVRE :** O que aparece claramente no presente estudo, é que as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta. De fato, os resultados do presente estudo mostram que os jovens cuidados por uma mãe lésbica alcançam bem a idade adulta e têm boas relações com suas famílias, seus amigos e seus parceiros. As decisões da justiça que avaliam a capacidade de um adulto em criar de uma criança não devem se fundar sobre a orientação sexual da mãe para avaliar o interesse da criança.

Tasker, Fiona L. e Susan Golombok – Grandir Dans une Famille Lesbienne. In: **Homoparentalité, état des lieux.** Coord.: Martine Gross. Paris: Éditions érès, 2005. p. 170.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

Idêntica é a pesquisa de C.J. Patterson¹⁶, da Universidade de Virgínia (USA), ao afirmar que:

Em resume, il n'existe pas de données que permettraient d'avancer que les lesbiennes et les gays ne sont pas des parents adéquats ou encore que le développement psychosocial des enfants de gays ou de lesbiennes soit compromis, sous quelques aspect que ce soit, par rapport à celui des enfants de parents hétérosexuels. Pas une seule étude n'a constate que les enfants de parents gays ou lesbiens sont handicapés, dans quelques domaine significatif que se soit, par rapport aux enfants de parents hétérosexuels. De plus, les résultats à ce jour laissent penser que les environnements familiaux fournis par les parents gays et lesbiens sont susceptibles de soutenir et d'aider la maturation psychosociale des enfants de la même manière que ceux fournis par les parents hétérosexuels.

Na Universidade de Valência (ESP), o estudo de Navarro, Llobell e Bort¹⁷ aponta na mesma direção:

Los resultados ofrecen de forma unánime datos que son coherentes con el postulado de la parentalidad como un proceso bidireccional padres-hijos que no está relacionado con la orientación sexual de los padres. Educar y criar a los hijos de forma saludable lo realizan de forma semejante los padres homosexuales y los padres heterosexuales.

¹⁶ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** *Em resumo, não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais. Nenhum estudo constata que os filhos de pais gays ou lésbicas são deficitários em qualquer domínio significativo, em relação aos filhos de pais heterossexuais. Além disso, os resultados atuais deixam pensar que os relacionamentos familiares fornecidos pelos pais gays e lésbicas são suscetíveis de sustentar e ajudar o amadurecimento psicossocial dos filhos do mesmo modo que aqueles fornecidos pelos pais heterossexuais.*

C.J. PATTERSON. Resultats des Recherches concernants l'homoparentalité. Texto cedido, por via eletrônica, pela Dra. Elizabeth Zambrano.

¹⁷ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** *Os resultados oferecem de forma unánime dados que são coerentes com o postulado da parentalidade como um processo bidireccional que não está relacionado com a orientação sexual dos pais. Educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais.*

Frias Navarro, Pascual Llobell e Monterde Bort. Hijos de padres homosexuales: qué les diferencia. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Elizabeth Zambrano.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

Também a Academia Americana de Pediatria (American Academy of Pediatrics), em estudo coordenado por Ellen C. Perrin¹⁸, concluiu:

A growing body of scientific literature demonstrates that children who grow up with 1 or 2 gay and/or lesbian parents fare as well in emotional, cognitive, social, and sexual functioning as do children whose parents are heterosexual. Children's optimal development seems to be influenced more by the nature of the relationships and interactions within the family unit than by the particular structural form it takes.

Como se vê, os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores.

É, portanto, hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Como assinala Rolim¹⁹:

¹⁸ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** *Um crescente conjunto da literatura científica demonstra que a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto a criança cujos pais são heterossexuais. O bom desenvolvimento das crianças parece ser influenciado mais pela natureza dos relacionamentos e interações dentro da unidade familiar do que pela forma estrutural específica que esta possui. Ellen C. Perrin : Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Elizabeth Zambrano.*

¹⁹ Rolim, Marcos. **Casais homossexuais e adoção.** Disponível em: <http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>. Acesso em: 31 mar. 06.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o suficiente para dizer: - "Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais" ? Ora, tenham a santa paciência. O que todas as crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas foram espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas. Por óbvio, aqueles que as maltrataram por surras e suplicios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; que as deixaram sem terem o que comer ou o que beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive, quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - "que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?"

Postas as premissas, passo ao exame do caso, a fim de verificar se estão aqui concretamente atendidos os interesses dos adotandos.

E também sob esse aspecto, a resposta é favorável à apelada.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

Como ressalta o relatório de avaliação, de fls. 13/17 :

Li. de 39 anos e L. de 31 anos, convivem desde 1998. Em abril de 2003 L. teve a adoção de P.H. deferida e, em fevereiro de 2004 foi deferida a adoção de J.V.. Na época Li. participou da decisão e de todo o processo de adoção auxiliando nos cuidados e manutenção das crianças.

Elas relatam que, procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças. Participam igualmente nos cuidados e educação dos meninos, porém, é Li. que se envolve mais no deslocamento deles, quando depende de carro, pois é ela quem dirige.

Li., diz que, é mais metódica e rígida do que L. e observou-se que é mais atenta na imposição de limites.

Segundo a Sra. Iara, mãe de Li., a família aceita e apóia Li. na sua orientação sexual, "ela é uma filha que nunca deu problemas para a família, acho que as crianças tiveram sorte, pois têm atenção, carinho e tudo o que necessitam, Li. os trata como filhos" (SIU). Coloca que Li. e L. se relacionam bem. Observou-se fotos dos meninos e de Li. na casa dos pais dela, eles costumam visitá-la aos finais de semana, quando almoçam todos juntos e convivem mais com as crianças e L.. Com a família de L. a convivência é mais freqüente, pois a mãe de L. auxilia no cuidado a J.V..

Com relação às crianças:

Os meninos chamam Li. e L. de mãe.

P.H. está com 2 anos e 6 meses, freqüenta a Escolinha particular Modelando Sonhos, a tarde. A professora dele, L. B. F., informou que o menino apresenta comportamento normal para sua faixa etária, se relaciona bem e adaptou-se rapidamente. Li. e L. estão como responsáveis na escola e participam juntas nos eventos na escolinha, sendo bem aceitas pelos demais pais de alunos.

Observou-se que, P.H. é uma criança com aparência saudável, alegre e ativo. J.V. faz tratamento constante para bronquite e, apesar dos problemas de saúde iniciais, apresenta aparência saudável e desenvolvimento normal para sua faixa etária. Durante a tarde, ele fica sob os cuidados da mãe de L. enquanto L. e Li. trabalham. A Sra. N. coloca que os meninos são muito afetivos com as mães e vice-versa.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

L. coloca que até agora, não sentiu nenhuma discriminação aos filhos e, P.H. costuma ser convidado para ir brincar na casa de coleguinhas da escolinha. São convidados para festas de aniversário de filhas de colegas de trabalho e amigos.

Situação atual:

Li. coloca que sempre pensou em adotar, o que se acentuou com a convivência com L. e as crianças, pois se preocupa com o futuro dos meninos, já que L. é autônoma e possui problema de saúde. E, ela já pensou em uma situação mais estável, trabalha com vínculo empregatício como professora da URCAMP, possuindo convênios de saúde e vantagens para o acesso dos meninos ao ensino básico e superior. Coloca "a minha preocupação não é criar polêmica mais resguardá-los para o futuro" (SIU).

Li. relata que, quando não está trabalhando, se dedica ao cuidado das crianças. Refere-se à personalidade de cada um, demonstrando os vínculos e convivência intensa que possui com os meninos. Diz que costuma limitar a vida social às condições de saúde das crianças, principalmente J.V..

(...)

Parecer:

De acordo com o exposto acima, s.m.j., parece que, Li. tem exercido a parentalidade adequadamente.

Com relação às vantagens da adoção para estas crianças, especificamente, conhecendo-se a família de origem, pode-se afirmar que, quanto aos efeitos sociais e jurídicos são inegáveis, quanto aos efeitos subjetivos é prematuro dizer, porém existem fortes vínculos afetivos que indicam bom prognóstico. (GRIFEI)

Por fim, de louvar a solução encontrada pelo em. magistrado Marcos Danúbio Edon Franco, ao determinar na sentença que no assento de nascimento das crianças conste que são filhas de L.R.M. e Li.M.B.G., sem declinar a condição de pai ou mãe.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

Ante o exposto, por qualquer ângulo que se visualize a controvérsia, outra conclusão não é possível obter a não ser aquela a que também chegou a r. sentença, que, por isso, merece ser confirmada.

Nego, assim, provimento ao apelo.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL (REVISOR) - De acordo.

DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) -

A Justiça tem por finalidade julgar os fatos da vida. E hoje temos diante dos olhos um fato: dois meninos têm duas mães. Esse fato a Justiça não pode deixar de enxergar.

Desde que nasceram, essas crianças foram entregues pela mãe biológica ao casal de lésbicas e por elas são criadas. Para criarem um vínculo jurídico, para assumirem a responsabilidade decorrente da maternidade, fizeram uso – como bem disse o Relator – de um subterfúgio: uma delas buscou a adoção. Mas passaram eles a ser criados por ambas, reconhecem as duas como mães, assim as chamam. Consideram-se filhos de ambas, ou seja, detêm com relação a elas a posse de estado de filho, estabelecendo com suas mães um vínculo de filiação.

De há algum tempo a Justiça já vem emprestando maior prestígio ao vínculo afetivo. É este que é reconhecido como o prevalente ao biológico. Paulo Lôbo, um dos nossos juristas maiores, inclusive encontra, em cinco normas constitucionais, fundamento de que a filiação não é estabelecida pelo critério biológico, mas pelo critério afetivo. Essa foi a escolha do legislador



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

constitucional. Ao dizer a Constituição que todos os filhos são iguais independentemente de sua origem, não está preocupado com a verdade biológica (CF § 6º do art. 227). Ao estabelecer nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo a igualdade de direitos, também faz uma escolha pela filiação afetiva. Ao referir à “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, inclui os filhos adotivos, com a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida, não sendo relevante a origem ou a existência de um outro pai, que seria o genitor (CF, § 4º do art. 226). O direito à convivência familiar e não à origem genética constitui prioridade absoluta de crianças e adolescentes (CF, art. 227, *caput*). Igualmente o legislador, ao impor a todos os membros da família o dever de solidariedade de uns aos outros: dos pais para os filhos e dos filhos para os pais e de todos em relação aos idosos, também não está priorizando a filiação biológica (CF arts. 229 e 230).²⁰ Assim, tem assento constitucional a priorização da filiação afetiva ou socioafetiva, como alguns preferem dizer.

Então, mister reconhecer que as duas mães mantêm um vínculo de filiação com essas crianças. Uma delas tem vínculo jurídico decorrente da adoção, buscando a outra o reconhecimento em juízo da filiação para assumir as responsabilidades decorrentes do poder familiar. Fazem isso porque são sabedoras das dificuldades que a ausência desse vínculo pode gerar aos filhos, eis que todos os pais responsáveis querem preservar sua prole.

Ao depois, a apelada tem vínculo laboral, que garantirá maior segurança a eles. É funcionária pública e professora universitária, ao contrário

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 515.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

de sua parceira, que, inclusive, tem problemas de saúde. Quer dar aos filhos a segurança de que, se vier a falecer, terão direitos. Também quer ter a certeza, de que se vier a falecer a mãe adotiva, terá a possibilidade de ficar com a guarda dos filhos, porque, se não tiver vínculo nenhum, quiçá, nem com a guarda dos filhos poderá permanecer. Então, a pretensão desta mãe é a de se impor obrigações e assegurar direitos aos filhos, estabelecendo um vínculo jurídico com eles.

Em face disso é que a única observação que eu faria ao detalhado e preciso voto do eminente Relator é um questionamento sobre a legitimidade do Ministério Público em veicular o recurso de apelação contra a sentença que deferiu a adoção. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre as funções do Ministério Público, está o de (art. 201, inc. VIII): "zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis". Assim, inclusive, creio que teria o Ministério Público legitimidade para ingressar com ação de adoção cada vez que se defrontasse com esta situação consolidada para regulamentar a situação jurídica das crianças.

É chegada a hora de acabar com a hipocrisia e atender ao comando constitucional de assegurar proteção integral a crianças e adolescentes. Como há enorme resistência de admitir a adoção por um par homossexual, mas não há impedimento a que uma pessoa sozinha adote alguém, resolvendo o casal constituir família, somente um busca a adoção. Não revela sua identidade sexual e no estudo social que é levado a efeito, não são feitos questionamentos a respeito disso. A companheira ou o companheiro não é submetido à avaliação e a casa não é visitada. Via de conseqüência, o estudo social não é bem feito. Para a habilitação deveria atentar-se a tudo isso, para assegurar a conveniência da adoção. Aliás, este foi o subterfúgio utilizado pelas mães dessas crianças.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

Ora, ao acolher-se eventualmente o recurso interposto por quem tem o dever legal de proteger crianças e adolescentes, o que isto mudaria? Afinal, o que quer o agente ministerial? Que essas crianças sejam institucionalizadas? Que as mães se separem?

Pelo jeito é isso que pretende o recorrente pois toda a linha de argumentação que é vertido no recurso é de que a convivência poderia gerar conseqüências de ordem comportamental ou na identidade sexual das crianças. Ora, se é perniciosa a convivência o que quer o recorrente é acabar com o convívio, é afastar os filhos de suas mães. Quem sabe colocá-las em um abrigo ou entregá-las em adoção a um casal heterossexual.

Então, não consigo encontrar outra justificativa para o recurso a não ser o preconceito. A falta de lei nunca foi motivo para a Justiça deixar de julgar ou de fazer justiça. A omissão do legislador não serve de fundamento para deixar de reconhecer a existência de direitos. O certo é que o acolhimento da apelação deixaria as crianças ao desabrigo de um vínculo de filiação que já existe. Ao não se manter a filiação dessas crianças com a sua mãe, estaríamos mantendo esta feia imagem da Justiça, que é a da Justiça cega, com os olhos vendados. Temos de continuar, cada vez mais, buscando uma Justiça mais rente à realidade da vida.

O voto do eminente Relator, que é uma decisão pioneira no Brasil, bem retratou esta realidade. Acompanho-o, em todos os seus termos.

É como voto.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70013801592
2005/CÍVEL

DESA. MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº
70013801592, Comarca de Bagé: "NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

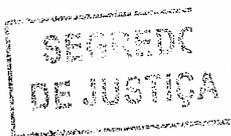
Julgador(a) de 1º Grau: MARCOS DANILO EDON FRANCO

	<p><i>Este é um documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:</i></p> <p><i>Signatário:</i> <i>Nº de Série do certificado: 730F175594222E56E53FB954D4B8EF64</i> <i>Data e hora da assinatura: 07/04/2006 11:45:24</i></p> <p><i>Para conferência do conteúdo deste documento, acesse, na internet, o endereço http://www.tj.rs.gov.br/site_php/assinatura e digite o seguinte número verificador: 700138015922006264635</i></p>
---	--



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL



ANEXO G

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRECEDENTES.

1. Não ocorre carência de fundamentação na decisão que deixa de se referir expressamente ao texto de lei que subsidiou a conclusão esposada pelo julgador quanto à decisão do caso. 2. Está firmado em vasta jurisprudência o entendimento acerca da competência das Varas de Família para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. 3. Não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, pois a Constituição Federal assegura a todos os cidadãos a igualdade de direitos e o sistema jurídico encaminha o julgador ao uso da analogia e dos princípios gerais para decidir situações fáticas que se formam pela transformação dos costumes sociais. 4. Não obstante a nomenclatura adotada para a ação, é incontroverso que o autor relatou a existência de uma vida familiar com o companheiro homossexual. 5. No entanto, embora comprovada a relação afetiva entretida pelo par, não há prova suficiente da constituição de uma entidade familiar, nos moldes constitucionalmente tutelados. Por igual, não há falar em sociedade de fato, por não demonstrada contribuição à formação do patrimônio, nos moldes da Súmula 380 do STF. AFASTADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70016239949

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

COMARCA DE PORTO ALEGRE

APELANTE

APELADO

APELADO

1



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à **unanimidade, em afastar as preliminares e negar provimento à apelação.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES.ª MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) E DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL.**

Porto Alegre, 20 de dezembro de 2006.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

Cuida-se de apelação interposta por RAFAEL EDSON C. em face da sentença que julgou improcedente a ação para “reconhecimento de relação homoafetiva estável e sociedade de fato” (SIC) ajuizada contra o ESPÓLIO DE MARCO C., representado pela inventariante EDITA D. C. (fls. 280/288).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

Sustenta que: (1) deve a sentença ser desconstituída porque, em audiência, foi determinada a expedição de ofício à Delegacia de Polícia para encaminhamento de cópia de inquérito policial no qual o irmão do falecido afirmou que eles moravam juntos, mas não houve tal providência; (2) no mérito, deve ser reformada a decisão, uma vez que viveram em relação homoafetiva por mais de três anos como demonstram as provas dos autos, entre as quais as fotografias tiradas nas viagens que fizeram juntos; (3) compartilhavam a vida cotidiana e houve publicidade do relacionamento entre pessoas próximas, já que o preconceito torna os casais homoafetivos discretos e reservados; (4) não andavam de mãos dadas e evitavam troca de carinhos em público por receio da reação da sociedade, mas as pessoas percebiam a existência de uma relação de afeto entre eles; (5) o falecido era homossexual assumido; (6) trouxe aos autos uma declaração firmada pelo *de cujus* reconhecendo que o apelante residia na rua Cel. Bordini, nº 275/25, endereço de ambos; (7) as testemunhas e a própria irmã de MARCOS reconhecem a união. Requer a desconstituição da sentença ou a sua reforma para que reste reconhecida a relação homoafetiva mantida com o falecido (fls. 296/307).

Houve contra-razões (fls. 310/327).

O Ministério Público, neste grau de jurisdição, suscita preliminar absoluta de incompetência da Vara de Família. Se superada esta questão, manifesta-se pelo conhecimento da apelação e rejeição da prefacial suscitada em razões recursais e, no mérito, pelo seu não-provimento (fls. 333/343).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

Sobreveio pedido do apelante para juntada de documento apio a demonstrar a relação de dependência em convênio para assistência odontológica (fls. 344/347). Manifestaram-se sobre a questão o apelado e o Ministério Público (fls. 349/352 e 354).

Foi atendido o disposto nos arts. 549, 551 e 552 do CPC.

É o relatório.

VOTOS

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

Primeiramente, deixo de conhecer da petição e documento das fls. 344/347. A ação foi ajuizada em junho de 2005 e, em que pese a declaração da fl. 346 ser produzida em agosto de 2006, se refere a procedimentos odontológicos realizados de fins de 2002 a 2003. E mais, o cadastro juntado foi levado a efeito em junho de 2002, também antes da propositura da demanda. Vê-se que não caracterizam documentos novos, pois podiam ser trazidos ao conhecimento do juízo antes de finda a instrução do feito.

Inicialmente afastado a prefacial de incompetência do juízo suscitada pela em. Procuradora de Justiça ANGELA CÉLIA PAIM GARRIDO.

São vários os precedentes desta Corte que consolidam o entendimento diverso do alegado:

Número Verificador: 7001623994920061471031



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRECEDENTES. 1. (...). 2. Está firmado em vasta jurisprudência o entendimento acerca da competência das Varas de Família para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. 3. Não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, pois a Constituição Federal assegura a todos os cidadãos a igualdade de direitos e a o sistema jurídico encaminha o julgador ao uso da analogia e dos princípios gerais para decidir situações fáticas que se formam pela transformação dos costumes sociais. 4. (...). AFASTADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70015169626, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/08/2006)

*RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA DA VARA DE FAMILIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO EM SOCIEDADE DE FATO. A competência para julgamento de separação de sociedade de fato de **casais formados por pessoas do mesmo sexo, e das varas de família**, conforme precedentes desta Câmara, por não ser possível qualquer discriminação por se tratar de união entre homossexuais, pois é certo que a Constituição Federal, consagrando princípios democráticos de direito, proíbe discriminação de qualquer espécie, principalmente quanto a opção sexual, sendo incabível, assim, quanto a sociedade de fato homossexual. Conflito de competência acolhido.*

(Conflito de Competência Nº 70000992156, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 29/06/2000) (negritei)

*INTIMACAO PESSOAL DO MINISTERIO PUBLICO. RELACOES HOMOSSEXUAIS. (...) COMPETENCIA DAS VARAS DE FAMILIA. (...) Em razão da data do acórdão **que definiu a competência das varas de***

5



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

família para apreciação de relações que envolvem afeto homossexual, se mostra hígida a sentença, proferida pela titular da Sexta Vara Cível, por ser anterior a decisão do colegiado.

(Apelação Cível Nº 599348562, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 25/11/1999) (negritei)

RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO 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, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido.

(Agravo de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999)

Além disto, o Ministério Público sustenta a impossibilidade jurídica do pedido, por carência de previsão legal para regular o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

Aqui, igualmente, há entendimento sufragado por esta Corte em ambas as Câmaras de Direito de Família. Cito, neste sentido, o precedente da lavra do em. Des. José Ataídes Siqueira Trindade na AC nº 598626655:

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à 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

6



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 598362655, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS. RELATOR: JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 01/03/2000).

Não há dúvida quanto à viabilidade de serem processadas e julgadas as lides onde se controverte a natureza jurídica das relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo. É um fato da vida que algumas pessoas firmam laços afetivos e estreitam a convivência como se uma família fossem, não obstante pertençam ao mesmo sexo. Esta realidade não pode o Direito ignorar. E é por reconhecer novas perspectivas culturais e relações sociais que a Constituição Federal salvaguarda os direitos de todos os cidadãos à busca da tutela jurisdicional.

Não se olvide que exatamente para as situações que demandam pronunciamento judicial sem expressa previsão legal a legislação confere ao juiz o poder de apreciar o caso concreto se valendo da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, conforme autoriza o art. 4.º da LICC.

A despeito de a legislação em vigor conceber a união estável como uma entidade familiar formada na convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher que pretendem constituir uma família, não se pode deixar ao abandono jurídico as relações similares formadas por pessoas do mesmo sexo.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

Sobre o tema, já me pronunciei nos seguintes termos, por ocasião do julgamento da Apelação Cível 70009550070 em 17 de novembro de 2004:

O tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não vinculadas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato.

Houve resistências inicialmente? Claro que sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno, a meu ver, é rigorosamente o mesmo. Vejam: não estou afirmando que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que estou dizendo é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelha a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a affectio que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a affectio conjugal do que a affectio societatis.

(...)

Por fim, vai afastada também a preliminar buscando a desconstituição da sentença.

Equivoca-se o apelante ao sustentar que não houve a expedição de ofício para apresentação de documentos que constituiriam prova substancial porque tal providência se deu em outubro de 2005, como atesta a certidão da fl. 57 e o documento da fl. 58.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

Ademais, depois daquela data, em dezembro de 2005, foi o apelante intimado para falar acerca dos documentos apresentados pelo demandado e teve ciência de que a instrução seria encerrada (fl. 163). Sobreveio manifestação do recorrente sem qualquer referência ao cumprimento ou não daquela diligência (fl. 164). Igualmente, quando intimado para apresentação de memoriais (fl. 179), silenciou sobre o tema (fls. 180/185).

Por sua pertinência, no ponto, integram estas razões de decidir excerto do parecer da em. Procuradora de Justiça ANGELA CÉLIA PAIM GARRIDO (fl. 335):

Importante consignar que, em audiência realizada no dia 23/11/2005, as partes concordaram em encerrar a coleta da prova oral, sendo homologada a desistência das testemunhas faltantes, com a concordância da parte adversa e do Ministério Público. Saliente-se que ciente do encerramento da instrução, em 23/12/2005, o autor silenciou sobre a mencionada prova, concluindo-se que anuiu com a dispensa. Note-se que não houve interposição de recurso e que em memoriais a autor/apelante nada referiu acerca de tal pedido, evidenciando a prescindibilidade dessa prova.

Assim, ocorreu a preclusão, ou seja, a perda do direito de praticar o ato, com base no artigo 183 do Código de Processo Civil, que dispõe: "decorrido o prazo, extingui-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato".

Em que pese o apelante sustentar a relevância do depoimento do irmão de MARCOS junto à Delegacia de Polícia - diz que naquela declaração ele afirma que "o Autor residia com o falecido"- poderia ter indicado este testemunho na sua prova oral. Ademais, a comprovação de que houve residência sob o mesmo teto, por si só, não basta para o reconhecimento de que se tenha formado entre o *de cujus* e o apelante uma entidade familiar aos moldes das uniões estáveis.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

Estão, assim, rejeitadas todas as preliminares.

No mérito, não assiste razão ao apelante.

RAFAEL historia na petição inicial que começou a relação com MARCOS em 24 de junho de 2000, passando a morar com ele dois meses depois. A relação perdurou até poucos meses antes da morte de MARCOS, cujo óbito se deu em dezembro de 2004 (fls. 03 e 09). Pleiteou o apelante o reconhecimento da relação estável homoafetiva havida entre ambos para que daí advenham seqüelas jurídicas.

Na contestação, o demandado confirma que eles tiveram um "affair", negando que a relação foi estável (fl. 34).

Para que sejam atribuídos os importante direitos gerados a partir do reconhecimento da formação de uma entidade familiar não basta que se perceba a existência de uma relação de afeto entre o apelante e o falecido. As conseqüências jurídicas, no plano pessoal e patrimonial, são relevantes e exigem **evidências fáticas robustas da vida familiar de modo público, contínuo, duradouro e com o objetivo de constituir família** (art. 1.723 do CCB).

Há que restar indubitadamente demonstrada que a relação teve todas estas características e os elementos dos autos não trazem essa certeza!



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVFI

Início pelo documento da fl. 10, cuja declaração é extremamente precária para provar a residência sob o mesmo teto. A mesma precariedade vejo no termo de compromisso de estágio da fl. 12, preenchido e firmado por RAFAEL em dezembro de 2003, e cujo endereço é o mesmo do apartamento de MARCOS – até porque ambos são do ano de 2003 e não provariam a alegada convivência nos anos anteriores.

O cartão da fl. 13 e as fotografias servem, tão-somente, para afirmar a vinculação afetiva entre ambos (fls. 14/24). Destaco que no cartão, ao cumprimentar RAFAEL pelo aniversário, em março de 2002, MARCOS escreve laconicamente “ - 23 anos do Rafael – (o início)”.

No contrato com a locadora de vídeos MARCOS autoriza que RAFAEL também retire fitas e o qualifica como “amigo” (fl. 56).

Quanto às testemunhas, ELIANE, vizinha, morava no mesmo andar em apartamento em frente ao do falecido. De suas declarações não se extrai a certeza quanto ao caráter do relacionamento tampouco acerca da contínua coabitação (fls. 88/94). MELISSA foi colega de aula de RAFAEL e a única a afirmar que viviam juntos (fls. 94/99). FÁBIO pouca informação agrega ao deslinde do litígio, pois cuidava do estacionamento no qual MARCOS deixava o carro e via ambos chegando e saindo juntos (fls. 99/101).

NAIARA foi colega de faculdade e trabalhou com MARCOS. Menciona que o falecido comentou que estavam namorando e sustenta que com esta conotação via o relacionamento de ambos. Acerca da moradia sob o mesmo teto refere: “Eu sei que o Rafael passou um tempo na casa do MARCOS, mas foi em função de um problema que ele teve com a família



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

dele, que ele teve que ficar no MARCOS. Ficou um período lá. Eu não considero morar porque ele não foi de mudança para lá. Ele não levou nada. (...)” (fls. 104/107). PAULO RICARDO foi amigo do falecido por vinte anos e assevera que a relação era de namoro (fls. 107/110):

J: Então para o senhor nunca houve uma união um pouco mais profunda, no sentido de construírem juntos as coisas? T: Não, de maneira alguma, tanto que quando eu fiquei sabendo disso, para mim foi uma surpresa, porque o próprio Marcos nunca teve essa pretensão de construir ou ter uma relação estável a ponto de formar um casal. Para mim tudo isso foi uma surpresa.

Acrescenta que nem sempre RAFAEL estava no apartamento de MARCOS:

MP: O senhor tinha conhecimento que o Rafael efetivamente morava lá ou ficava lá por uns dias? T: Eu acho mais que ele ficava, porque o Marcos me comentava que às vezes ia na casa do Rafael pegar uma camiseta, pegar algumas coisas dele para o final de semana, coisa assim. Acho que mais eventualmente ele parava lá, apesar que num período ele realmente esteve morando lá por um período, mas foi um tempo.

Para JANICE, também pessoa íntima a RAFAEL, o relacionamento foi um namoro e não reconhecia na fala do *de cujus* qualquer intenção de formação de uma família, pois “ele nunca colocava as coisas como sendo ‘as nossas coisas’, ‘a nossa casa’, a ‘nossa vida em comum’” (fls. 110/111):

MP: Para a senhora, como amiga que partilhava da intimidade do Marcos, e para outros amigos, era de conhecimento que o Rafael e o Marcos moraram juntos? T: Não sei se colocaria dessa forma assim, o Marcos dizia: ‘O Rafael está lá em casa um tempo,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

*está vivendo lá em casa', não sei se a palavra é morar,
mas ele morou um tempo na casa do Marcos.*

Seguem nesta linha as declarações de DIANA e ALINE, irmã e sobrinha do falecido (fls. 112/114).

Reporto-me, igualmente, às declarações prestadas por diversas pessoas perante a autoridade policial acerca da morte de MARCOS, entre os quais ANTONIO que trabalhava com o *de cujus* na empresa da família: "Nunca viu ou soube se Marcos tinha algum relacionamento amoroso com alguém..." (fl. 124).

Na réplica o apelante diz que "o fato de terem deixado de residir sob o mesmo teto, dias antes do fato da morte, por si só não enseja o fim da união estável" (fl. 47). No depoimento pessoal, RAFAEL informa que morou com o falecido até março, depois voltou a residir com seus pais, em que pese continuarem a relação. Menciona ainda que houve uma briga e depois voltaram (fl. 84), em diz: "acontecia de eu brigar, tipo ir para a casa da minha mãe e ficar lá, fugir e depois voltar, mas nunca saí de lá....." (fl. 86). E acrescenta que deixaram de morar juntos em março de 2004 (fl. 88). Ou seja, já se rompera a alegada coabitação ao tempo do óbito!

Por todo o exposto, não há dúvidas acerca do relacionamento afetivo e íntimo entre MARCOS e RAFAEL, inclusive com um período de coabitação – o que a cada dia se torna mais usual entre namorados. Entretanto, especialmente pela tênue linha que hoje distingue namoros de uniões estáveis se torna essencial que se revele, de algum modo, o elemento volitivo que vincula os pares: a intenção de formar um núcleo familiar.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

Ao que se percebe, MARCOS detinha a administração econômica e em face do óbito não se pode contar com seu depoimento pessoal para conhecer o caráter que dava ao relacionamento. No entanto, este *animus* poderia se mostrar em contas bancárias em nome de ambos, com a inclusão como dependente em plano de saúde ou com o compartilhamento de um convívio em agremiações sociais (clubes, entidades de classe, etc.). Nada disto se vê na prova dos autos.

MARCOS era titular em plano de saúde (ULBRA SAÚDE), sem inclusão de dependente (fl. 44) e cartão de crédito (AMERICAN EXPRESS), mas no cartão adicional consta sua irmã DIANA R.C., como se vê do extrato de conta referente ao mês de setembro de 2004 (fl. 43).

Não falo aqui da dependência financeira como condição para a caracterização da união estável, mas de traços também na organização econômica da alegada vida conjunta capazes de mostrar a intensa vinculação que passa também por cuidados mútuos – como a preocupação com a assistência à saúde, por exemplo.

Assim, parece evidente que, ao menos para o falecido, não havia intenção de uma plena comunhão de vida e interesses com o apelante.

Chamo atenção à justificativa oferecida por RAFAEL para o fato de não compartilharem o cartão de crédito. Informa que o *de cujus* ofereceu o cartão e ele não quis, “eu sei que ia se incomodar com a família dele” (fl. 86). Se de fato vivessem em uma entidade familiar reconhecida por todos, pouco provável que a família do falecido a isto se opusesse.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

Por outro lado, é frágil a alegação de que a falta de publicidade da convivência se deve ao preconceito da sociedade com os pares homossexuais. Se estivesse fortemente presente a intenção de formar um núcleo familiar dariam esta importância à aceitação pública? E se assim pensavam, como levaria adiante a idéia de uma adoção que o apelante menciona em seu depoimento pessoal (fl. 82)?

Assim, a constatação acerca da homossexualidade de MARCOS e o fato de entre ele e RAFAEL ter existido uma relação afetiva não implica concluir que formaram faticamente uma entidade familiar – e disto não há prova.

Por derradeiro, friso que, mesmo na perspectiva da sociedade de fato (conforme equivocadamente dado à ação, que confunde conceitos), não cabe o acolhimento do pleito, por ausente qualquer prova de contribuição do apelante à formação do patrimônio, condição indispensável à atribuição dos correspondentes direitos, nos moldes do enunciado sumular nº 380 do STF.

Por tais fundamentos, NEGOU PROVIMENTO à apelação.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL (REVISOR) - De acordo.

DES.ª MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

Vou acompanhar os eminentes Colegas, ainda que todos conheçam a posição que tenho em relação ao reconhecimento de uniões que chamo de homoafetivas.

Nesse tipo de relacionamento, ainda permeado pelo preconceito, claro que não há como ser exigido o requisito da publicidade tal qual nas relações heterossexuais. Daí a necessidade de o par acautelar-se na busca da formação de elementos comprobatórios da existência da união, para permitir que ela venha a ser reconhecida. No, não vejo esta preocupação por parte de qualquer um dos envolvidos. Como bem posto pelo Relator, existiu, foi uma vinculação afetiva, mas não uma união estável. Eles, durante algum tempo, até viveram na casa do *de cujus*, mas não existe nada que demonstre a existência de um vínculo com o intuito de constituição de uma família.

Ao menos dois fatos chamaram-me a atenção quando li atentamente o processo: já estavam separados desde março e o falecimento aconteceu em dezembro, sendo que, durante esse período, o falecido teve outras relações afetivas com outras pessoas.

Talvez o ponto mais candente seja o fato de o falecido ter feito, durante a alegada união, um seguro-saúde, o seguro ULBRA, e, segundo dito pelo próprio autor, no seu depoimento pessoal, à fl. 85, não foi ele indicado como beneficiário.

Ressalto que, nessas uniões ainda permeadas pelo preconceito, há que se buscar a identificação dos elementos configuradores não tanto na publicidade ou na prova oral, que sabemos é difícil. Isso atribui ao par o ônus de produzir justificativas que permitam à Justiça emprestar-lhes os direitos que vêm, cada vez mais, sendo reconhecidos.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

Com essas observações, acompanho o eminente o Relator.

DES.ª MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº
70016239949, Comarca de Porto Alegre: "AFASTARAM AS
PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1ª Grau: MARIA INES LINCK

	<p>Este é um documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:</p> <p>Signatário: Nº de Série do certificado: 730F175594222E56E53FB95404B8EF64 Data e hora da assinatura: 22/12/2006 17:59:45</p> <p>Para conferência do conteúdo deste documento, acesse, na internet, o endereço http://www.tj.rs.gov.br/site_php/assinatura e digite o seguinte número verificador: 7001623994920061471031</p>
--	--