

A RELAÇÃO HOMOERÓTICA E A PARTILHA DE BENS

José Carlos Teixeira Giorgis*

RESUMO: O presente artigo pretende – ao elucidar com as dimensões mais atuais – abordar cientificamente o debate moderno em torno dos direitos e benefícios que na eventualidade de uma união estável ou seu desfazimento acarretam no campo jurídico-social. E em suma estudo aplicado, fruto de uma decisão judicial, prolatada no Tribunal Judicial do Rio Grande do Sul, no ano de 2000.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família – União Estável – Homossexualismo – Patrimônio – Preconceito – Comportamento sexual – Decisão judicial.

ABSTRACT: Purpose of the article is explaining the recently dimension, broach a subject and benefice that in the eventuality of a steady union or its separation cause the juridical-social field. The study in short applied, source of a judicial sentence, judgment in the Judicial Court of the Rio Grande do Sul in the year of 2000.

KEY WORDS: Family law – Steady union – Homosexuality – Patrimony – Preconception – Sexual behavior – Judicial sentence.

1. Notas Iniciais

Não constitui novidade nos tribunais o assomo de constantes controvérsias judiciais que envolvem pares homossexuais e que vêm recolhendo deles exame apurado, sem desvio da equidade e do bem comum.

Lembra Gaston Berger que a humanidade se assemelha a um automóvel correndo a toda velocidade na noite e que se não tiver faróis dianteiros certamente acontecerá uma catástrofe.

Embora a imagem não se preste para indicar a situação do direito de família, é inegável que a ciência jurídica é retardatária em relação aos fatos e lerdá em sua construção, indo a reboque dos acontecimentos.

* O autor é Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Procurador do Estado aposentado, exerce o Magistério há mais de 40 anos.

Todavia, parece evidente que ela necessita acompanhar os cotejos sociais e suas respostas devem positivar ou regulamentar as fricções existentes, com respeito à autonomia individual e à dignidade da pessoa, que são categorias informadoras na configuração do ser atual.

Uma das questões diz com a partilha do patrimônio havido por homossexuais de vida comum, que tem sido costumeiramente solvida nas regras do direito obrigacional, como se fora uma sociedade de fato.

Assim, o parceiro tem direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida à existência de sociedade de fato com os requisitos do artigo 1.363 do Código Civil, aceitando-se uma mútua obrigação de combinar ânimos para lograr fim, eis que a negativa da incidência de dita regra tão ampla e clara, significa prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio de preferência sexual, desconhecendo a realidade que esta união, embora criticada, existe e produz efeito de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abarca e regula.

O Direito não regula sentimentos, contudo dispõe sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e:

Hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante.¹

O tema, pois, não mais causa frêmito nas Cortes, sendo já freqüentes as inserções de casos semelhantes nos repertórios da jurisprudência e causa de debates em seminários.

A intenção a que se propõe é discutir as relações homossexuais como entidades similares à união estável.

2. A União Estável

¹ STJ, 4ª Turma, Resp. nº 148897-MG, rel.Min.Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.02.98.

É verdade que nesta cogitação resta o empecilho de considerar tais relações como união estável, em vista da prescrição constitucional e das Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, que exigem a diversidade de sexos.

Leciona-se que a relação sexual entre duas pessoas capazes do mesmo sexo é um irrelevante jurídico, pois a relação homossexual voluntária, em si, não interessa ao Direito, em linha de princípio, já que a opção e a prática são aspectos do exercício do direito à intimidade, garantia constitucional de todo o indivíduo (art. 5º, X).

Nesta medida, a escolha por esta conduta sexual não poderá acarretar, para os envolvidos, qualquer tipo de discriminação, o que decorre do princípio da isonomia.

Todavia, por mais estável que seja, a união sexual entre pessoas do mesmo sexo, que morem juntas ou não, jamais se caracteriza como uma entidade familiar, o que resulta, não de uma realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuro cidadãos.

A união entre um homem e uma mulher pode ser, pelo menos potencialmente, uma família, porque o homem assume o papel de pai e a mulher de mãe, em face dos filhos.

Parceiros do mesmo sexo, dois homens ou duas mulheres, jamais oferecem esta conjugação de pai e mãe, em toda a complexidade psicológica que tais papéis distintos envolvem.

Como argumento secundário, arremata o festejado mestre paranaense, a união de duas pessoas do mesmo sexo não forma uma família porque, primeiramente, é da essência do casamento, modo tradicional e jurídico de constituir família, a dualidade de sexos.

Em segundo lugar por que, mesmo as uniões livres estáveis, consagradas pela Lei Fundamental como entidades familiares, são formadas necessariamente por um homem e uma mulher (CF, art. 226, par. 3º).

Menos por força de a Constituição expressamente dizê-lo, mais por que a concepção antropológica de família supõe as figuras de pai e de mãe, o que as uniões homossexuais não conseguem imitar.

Ainda, se numa família monoparental, o ascendente que está na companhia do filho, resolve ter uma relação com terceiro do mesmo sexo, ainda que de forma continuada, isto não implica, juridicamente, em trazer este terceiro para dentro da noção de família, mesmo que haja moradia comum, pois família continua sendo, aí, o ascendente e seu filho, excluído o parceiro do mesmo sexo daquele.

Não vingam aqui, o argumento de que nestas famílias monoparentais não exista a figura de pai e mãe, pois falta de figura de outro ascendente; mas a substituição só é admissível juridicamente, para o parceiro integrar o ente familiar, se houver respeito à dualidade de sexos que originariamente se apresentava, o que só acontece com nova esposa ou companheira do pai, que substitui a mãe.

Portanto:

É admissível o reconhecimento judicial de uma sociedade de fato entre os parceiros homossexuais, se o patrimônio adquirido em nome de um deles resultou da cooperação comprovada de ambos, sendo a questão de direito obrigacional, nada tendo a ver com a família.²

Não é a posição que se adotará, como adiante se justifica.

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 de atribuir à união homossexual os mesmos efeitos dela.

Afirma-se de que nas culturas ocidentais contemporâneas, a homossexualidade tem sido, até então, a marca de um estigma, pois se relega à marginalidade aqueles que não têm suas preferências sexuais de acordo com determinados padrões de moralidade.

Essa estigmatização não é só em relação a homo ou heterossexualidade, mas para qualquer comportamento sexual *anormal*,

² Czajkowski, Rainer. "Reflexos jurídicos das uniões homossexuais". Jurisprudência Brasileira, Curitiba: Juruá, 1995, p.97-107.

como se isto pudesse ser controlado e colocado dentro de um *padrão normal*.³

É que o sistema jurídico pode ser um *sistema de exclusão*, já que a atribuição de uma posição jurídica depende do ingresso da pessoa no universo de titularidades que o sistema define, operando-se a exclusão quanto se negam às pessoas ou situações as portas de entrada da moldura das titularidades de direitos e deveres.

Tal negativa, emergente de força preconceituosa e estigmatizante dos valores culturais dominantes em cada época, alicerçam-se em juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado, mas este medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos que emanam das parcerias de convívio e afeto.⁴

3. A Homossexualidade

É irrefutável que a homossexualidade sempre existiu, podendo ser encontrada nos povos primitivos, selvagens e nas civilizações mais antigas, como a 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, nesta linha, toda a prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação,

³ Pereira, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.43.

⁴ Fachin, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.114.

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.

Do ponto de vista psicológico e médico, a homossexualidade configura a atração erótica por indivíduos do mesmo sexo, *uma perversão sexual* que atinge os dois sexos, sendo considerado homossexual quem pratica atos libidinosos com indivíduos do mesmo sexo ou exibe fantasias eróticas a respeito (Delton Croce e Delton Croce Júnior), ou *inversão sexual* que se caracteriza pela atração por pessoas do mesmo sexo (Guilherme Oswaldo Arbenz), ou, ainda, por *perversão sexual* que leva os indivíduos a sentirem-se atraídos por outros do mesmo sexo (Hélio Gomes), com repulsa absoluta ou relativa para os do sexo oposto.⁵

Teorias de cunho psicanalítico, social e biológico explicam as causas da homossexualidade sob diferentes pontos de vista, havendo se alterado o conceito, eis que a homossexualidade deixou de ser tida como uma patologia, tanto que, em 1985, o Código Internacional de Doenças (CID) foi revisado, mudando-se o homossexualismo, então entre os distúrbios mentais, para o capítulo os *sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais*, ou seja, um desajustamento social decorrente da discriminação religiosa ou sexual.

Em 1995, na última revisão, o sufixo *ismo* que significa doença, foi substituído pelo sufixo *idade*, que designa um modo de ser, concluindo os cientistas que a atividade não podia mais ser sustentada enquanto diagnóstico médico, por que os transtornos derivam mais da discriminação e da repressão social, oriundos de um preconceito do seu desvio sexual.

⁵ Brito, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000, p.46-48.

A proibição da homossexualidade é considerada como violação aos direitos humanos pela Anistia Internacional, desde 1991.⁶

Ensina o lusitano Asdrúbal de Aguiar que, genericamente, os sexos de nomes contrários se atraem e os de sexo do mesmo nome repelem-se, daí chamar-se o homossexualismo de *inversão sexual*, cumprindo, desde logo, distinguir entre os indivíduos capazes de relacionar-se com outros do sexo homônimo, os que assim procedem por um pendor independente de sua vontade (*verdadeiros homossexuais, invertidos*) e os que se comportam por imitação, por vício, por curiosidade ou até por divertimento (*pseudo-homossexuais ou perversos*), criando-se duas grandes categorias de homossexualidade, a inversão e a perversão.⁷

A história genética da humanidade propugna uma moral sexual mais liberal, na qual as práticas sexuais devem ser consideradas primeiro como mecanismos de união e apenas secundariamente como meios de procriação e que o comportamento homossexual tem sido censurado pelas sentinelas da moral ocidental judaica-cristã, e tratado como doença na maioria dos países.⁸

Para Desmond Morris, todavia, a função primária do comportamento sexual é a reprodução da espécie, a qual é manifestamente posta de lado no *acasalamento* homossexual, ressaltando ele que nada existe biologicamente anormal num *ato de pseudocópula homossexual*, o que muitas espécies fazem, em variadíssimas circunstâncias, sendo a constituição de casais homossexuais apenas despropositada sob o aspecto reprodutivo, visto que não produz descendência e que desperdiça adultos potencialmente reprodutores.⁹

Não é negando direitos à união homossexual que se fará desaparecer o homossexualismo, pois os fundamentos destas uniões se assemelham ao casamento e à união estável, sendo o afeto o vínculo que une os parceiros, à semelhança dos demais casais, e que gera efeitos jurídicos.

⁶ Brito, ob. cit. p.43/46.

⁷ Martins da Silva, Américo Luís. *A evolução do Direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio: Lúmen Juris, 1996, p.300.

⁸ Wilson, Edward. *A natureza humana*. São Paulo: USP, 1981, p.141.

⁹ Martins da Silva, ob.cit.p.305.

A homossexualidade é considerada um distúrbio de identidade e não mais uma doença, não sendo hereditária nem uma opção consciente, eis que, como ensina o psicólogo Roberto Graña, a homossexualidade é fruto de um pré-determinismo psíquico primitivo, também estudado a partir das contribuições da etiologia sob a denominação de *imprinting*, originado nas relações parentais das crianças desde concepção até os três ou quatro anos de idade.

Já aí, nesta tenra idade, constitui-se o núcleo da identidade sexual na personalidade do indivíduo que será mais ou menos corroborada de acordo com o ambiente em que ela se desenvolva, o que posteriormente determinará sua orientação sexual definitiva.

Portanto, a homossexualidade não é opção livre, é determinismo psicológico inconsciente.¹⁰

Esclarece Oswaldo Pataro que na etiologia do homossexualismo em seres humanos, apontam-se quatro possibilidades explicativas: anomalia genética, perturbação endócrina, condição psicológica ou mistura de duas ou mais destas possibilidades.

Freud, um dos primeiros a idealizá-la, aceitava que a orientação era uma anormalidade do desenvolvimento emocional, sendo fator essencial à fixação do jovem à sua mãe e hostilidade ao pai, o que acabaria por levá-lo a uma tendência de comportamento feminino; ou seja, as formas de homossexualismo masculino e feminino representam uma espécie de imaturidade emocional decorrente da falta de identificação com o papel adulto em seu próprio sexo.

Após várias teorias, lembra Pataro que a psicanálise propôs que o homossexualismo é um *desvio adquirido* do impulso sexual, que expressa um fracasso do aparecimento edípiano e uma regressão a impulsos e fantasmas pré-genitais, derivado de diversos fatores, uns constitucionais, outros acidentais e ainda outros pertencentes à estrutura familiar e às personalidades dos pais.¹¹

¹⁰ Guimarães, Marilene Silveira. "Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas". Direito de família, aspectos constitucionais, processuais e civis, v. 2 São Paulo: Revista dos Tribunais, p.201-202.

¹¹ Martins da Silva, ob.cit.p.304-305.

Anote-se que a tese de que o homossexualismo provém do estado da natureza com origens biológicas e não culturais, ganha corpo atualmente, em vista de descobertas por cientistas canadenses de que a região do cérebro ligada às funções de aprendizagem é 13% maior nos homossexuais, restando sugerido que há um componente biológico na orientação sexual; sublinhe-se, também, que o corpo caloso do cérebro, ligado à habilidade verbal e motora, é também maior naquele núcleo (Witelson, 1994), que gêmeas idênticas têm três vezes mais probabilidades de serem lésbicas que gêmeas fraternas (Pillard e Bailey, 1993), que os homossexuais têm mais microestrias em suas impressões digitais (Kimura, 1994), e que o hipotálamo, parte do cérebro que regula o apetite, a temperatura do corpo e o comportamento sexual, é menor nos homossexuais (Levy, 1994).

Também se diz que:

La homosexualidad es tal vez una de las desviaciones sexuales que más difícilmente podría ser atacada o reprobada con base solamente a argumentos derivados de una sexología comparada. Tanto si nos remontamos a las costumbres de las sociedades paralelas a la nuestra, o incluso si acudimos a las conductas de otras especies animales habremos de rendirnos a la evidencia de que se trata de un fenómeno corriente sobre el cual se han añadido diversas consideraciones de orden cultural y alguno que otro prejuicio. Nuestra sociedad occidental mantiene una actitud totalmente prohibitiva de la homosexualidad. Esta prohibición se refleja no solamente en una serie de pautas morales y religiosas, calificando de vergonzosa, ridícula, denigrante o pecaminosa este tipo de conducta sino también en determinadas sanciones jurídicas, que en algunas épocas o países han llegado incluso a la castración y la pena de muerte.¹²

Ainda se declara que dificilmente se pode esperar uma atitude unânime sobre a homossexualidade na ética teológica do protestantismo alemão, pois:

El desconcierto frente a un fenómeno considerado un tabú religioso se pone de manifiesto también en que casi siempre se encuadra la homosexualidad dentro de la competencia del médico. Más que discutibles, desde un punto de vista objetivo, son afirmaciones como

¹² Sabaté, Luis Muñoz. *Sexualidad y derecho. Elementos de sexología jurídica*. Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1976, p.199-201.

las de que la "homosexualidad congénita en sentido estricto es extraordinariamente rara (en cualquier caso los homosexuales por herencia tienen que extinguirse pronto... ya que no se reproducen).

O la afirmación de que, como es posible acabar con la homosexualidad adquirida mediante un tratamiento médico, lo que hay que hacer en la mayoría de los casos es exigir del afectado que se someta a cuidados médicos. Se afirma también que por "parte médica se han hecho ya experimentos con hormonas sexuales, registrándose buenos resultados curativos.

Continuamente encontramos análogas muestras de esta desorientación o media-orientación.¹³

Para renomado psicanalista, toda época produz crenças sobre a *natureza* do bem e do mal, do sujeito e do mundo, que, aos olhos dos contemporâneos, sempre aparecem como óbvias e indubitáveis.

Os séculos XIV, XV, XVI e XVII criaram a feitiçaria. E, porque a crença na bruxaria existia, *existiam bruxas*. As bruxas eram um efeito da crença em bruxaria, e sem esta crença não haveria mulheres que sentissem, agissem, se reconhecessem e fossem reconhecidas como bruxas.

Tampouco haveria moralistas, religiosos, médicos, etc., que se debatessem em infundáveis querelas sobre as causas e as manifestações do diabolismo ou sobre a competência dos que estavam autorizados a distinguir as falsas das verdadeiras feiticeiras, mas com o advento do imaginário racionalista e cientificista dos séculos XVIII e XIX pereceram as crenças na feitiçaria e, com elas, as feiticeiras.

Outros tempos, outras crenças, outros sujeitos.

Acrescenta ele, que nas crenças a respeito da sexualidade, como as crenças da feitiçaria, também são apresentadas como fundadas em *atos evidentes por si mesmos*.

Assim, desde o século XIX, passou-se a crer na existência de uma divisão natural dos sujeitos em *heterossexuais, bissexuais e homossexuais*, crença que se impõe como um dado imediato da consciência, como algo *intuitivo*, e, portanto, universalmente válido para todos os sujeitos em qualquer circunstância espaço-temporal.

¹³ Thielick, Helmut. *Sexualidad y crimen*, 3º ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1990, p.49-50.

No entanto, com um pouco de imaginação, pode-se conjecturar um futuro em que esta classificação fosse flexibilizada e enriquecida, com outros tipos sexuais, como os *multissexuais*, *assexuais* e *alien-sexuais*, estes últimos homens e mulheres que se sentiriam atraídos por seres extraterrestres; neste universo remoto, ideologicamente copiado da cultura moral, as novas gerações aprenderiam como é que sente, sabendo que sente, uma atração multissexual ou alien-sexual, daí surgindo livros, vídeos, programas, com informações sobre o assunto, encontros e conferências seriam realizadas para apurar as causas, as origens genéticas, psicológicas ou históricas daquelas características sexuais, aparecendo movimentos em defesa dos direitos civis dos alien-sexuais, outros os acusando de terem uma tendência sexual antinatural, posto que, se todos fossem atraídos por extraterrestres, à reprodução da espécie terráquea estaria ameaçada...

Fora deste enfoque, toda a discussão sobre a chamada *homossexualidade* corre o risco de tornar-se um exercício fútil para mentes acadêmicas, e, na linha de Wittgenstein, Foucault ou Richard Rorty, pensa-se que todos são seres de linguagem, pois nada, em a subjetividade ou sexualidade, escapa ao modo como se aprende a perceber, sentir, descrever, definir ou avaliar moralmente o que se é nossa subjetividade e nossas sexualidades são realidades lingüísticas, não existindo uma coisa sexual objetiva que preexistia à forma como se conhece lingüisticamente, a palavra não é aquilo que se diz, falsa ou verdadeiramente, o que a suposta coisa sexual é em si, mas aquilo que a palavra diz que ela é.

Acredita-se que se é heterossexual, bissexual ou homossexual por que o vocabulário sexual coage a identificar desta maneira; vocabulário, no entanto, que não surge do nada, nem representa, para a razão, a *verdade* sobre a homossexualidade, ignorada pelo obscurantismo dos que vieram antes.

Uma vez criados, os dispositivos lingüísticos de crenças ou os hábitos morais e intelectuais, tornam-se quase absolutos na demarcação do limite de possibilidades das identificações sexuais de cada indivíduo, sem chance de se escolher as preferências sexuais, assim como não se opta pela língua materna.

As inclinações sexuais, como disse Freud, são contingentes, arbitrárias e casuais, o que não significa que sejam

gratuitas, pois se está preso ao repertório sexual da cultura, até que outras práticas linguísticas produzam novos modos de identificação moral dos indivíduos.

Entretanto, ninguém é senhor da morada sexual, podem tornar-se livres para reescrever moralmente a versão imposta à forma de amar e desejar sexualmente, eis que ninguém pode escolher que tipo de desejo ou atração sexual será a sua, mas qualquer um pode aprender a definir o que sente conforme seus padrões éticos.

Assim, discutir-se homossexualidade, partindo da premissa que todos são heterossexuais, bissexuais ou homossexuais, significa acumpliciar-se com um jogo de linguagem que se mostrou violento, discriminador, preconceituoso e intolerante, e que já levou a acreditar que certas pessoas humanas são *moralmente inferiores*, só pelo fato de sentirem atração por outras do mesmo sexo biológico.

É possível abandonar o vocabulário onde consta a idéia de homossexualidade, assim como já se recusa a discutir sobre bruxas e bruxarias com o glossário da Inquisição.

E nesta cidade ideal da ética humanitária e democrática, as pessoas serão livres para amar sexualmente de tantas formas quantas possa inventar, e onde o único limite para a imaginação amorosa será o respeito pela integridade física e moral do semelhante.

Heterossexuais, bissexuais e homossexuais serão, para Freire Costa, *figuras curiosas, nos museus de mentalidades antigas e na vida terão desaparecido*, como rostos de arcia no limite do mar.¹⁴

Propõe o autor, então, o termo *homoerotismo* para aludir ao que hoje se chama homossexualidade, procurando evitar que o homem moderno, preso aos hábitos, desse tal sentido a quaisquer práticas eróticas entre indivíduos do mesmo sexo biológico, já que trocando o vocabulário, também se mudam as perguntas, encontrando-se respostas que não podem ser achadas quando se utiliza a terminologia hetero ou homossexual.

¹⁴ Costa, Jurandir Freire. *A ética e o espelho da cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p.118-122.

Como diz Rorty, trocando-se o vocabulário, trocam-se os problemas e com isto, algumas realidades que pareciam absolutamente importantes, passam a não ter qualquer importância.¹⁵

A homossexualidade não existe, nunca existiu, e sim a sexualidade, voltada para um objeto qualquer de desejo, que pode ou não ter genitália igual, e isso é detalhe, mas não determina maior ou menor grau de moral ou integridade.¹⁶

4. As Uniões Homossexuais e o Direito Comparado

A questão dos direitos dos casais do mesmo sexo tem sido debatida no mundo, e o argumento básico, em favor do tratamento igualitário, é no sentido de que as uniões homoeróticas devem ter os mesmos direitos que outros casais, ao demonstrar um compromisso público um para o outro, em desfrutar uma vida de família, a qual pode ou não incluir crianças, o que exige isonomia legal.

A Convenção Européia é, até o presente, um desapontamento para os casais do mesmo sexo e para os transexuais, tendo o Tribunal Europeu adotado uma visão restritiva em relação ao direito ao casamento, o qual limita aos heterossexuais, não aceitando que os homossexuais possam ter uma *vida familiar*.

Todavia, alguns países, incluindo a Grã-Bretanha, foram mais longe do que o preconizado pela Convenção e começaram a conceder direitos a casais do mesmo sexo.

Assim, na Inglaterra, em 1999, ocorreu o caso de Martin Fitz Patrick e John Thompson, que viveram juntos até a morte prematura do último, então inquilino de um imóvel, para indagar-se se o primeiro, podia continuar o contrato de locação ou tinha que devolver o bem.

Ou seja, se Fitz Patrick podia ser considerado como *esposo* de Mr. Thompson ou como um *membro de sua família*.

A Câmara de Lordes disse *não* para a primeira questão, mas afirmou a segunda, que o parceiro remanescente poderia ser tido como integrante da família, por que a relação homossexual

¹⁵ Costa, ob.cit. p.113/116.

¹⁶ Abreu, Caio Fernando. *Pequenas epifanias*. Porto Alegre: Sulina, 1996, p.49.

comprometida tinha as características de amor, afeto, apoio e companheirismo, normalmente presentes nas relações familiares.

No Canadá, o Supremo Tribunal foi mais longe e defendeu que a expressão *cônjuge*, quando utilizada em determinadas partes da legislação, não deveria restringir-se aos formalmente casados, mas estendida a casais do mesmo sexo.

Desenvolvimentos mais radicais ocorreram em alguns países da Europa Setentrional.

As nações nórdicas (Dinamarca, Suécia, Noruega e Islândia) têm a concepção de *parceria registrada*, permitindo que casais homossexuais comprometidos registrem seus relacionamentos, sendo tratados como se consorciados fossem, não se lhes aceitando adotar crianças, o que foi já superado pelo parlamento holandês, com a possibilidade de que tais pessoas casem e adotem, cânone que passou a vigir em 1º de abril deste ano.

Assevera Bainham que os movimentos europeus estão lastreados na noção de igualdade e neutralidade como entre diferentes tipos de relações familiares, podendo tais reformas *progressistas* ser vistas como reflexo de uma visão do compromisso com os direitos humanos.

No Canadá, a discriminação, com base na orientação sexual, viola a garantia constitucional da igualdade.

Mas há também uma dimensão adicional para os debates que dizem com o sexo e com os gêneros masculino e feminino, indagando-se o cabimento, no mundo moderno, de agarrar-se à visão tradicional de que o casamento deve envolver um homem e uma mulher ou que a parentalidade envolva necessariamente duas pessoas, um pai e uma mãe.

Argumenta-se que o compromisso entre duas pessoas ou em relação à criança, não depende do sexo ou gênero destas pessoas, o que aceito, implicaria emergir o casamento ou a parentalidade, no futuro, como conceitos neutros quanto ao gênero, aos invés de específicos¹⁷.

Agregue-se que, na Hungria, a Corte Constitucional considerou que existindo o instituto do *common-law marriage*,

¹⁷ Bainham, Andrew. *Direitos humanos, crianças e divórcio na Inglaterra*. Curitiba: UFPA/IBDFam, 2001, p.12-15.

semelhante à união estável brasileira, que reconhece aos casais heterossexuais os direitos econômicos do casamento, tal regra estende-se aos homossexuais, revisando, para tanto, a Lei de Coabitação de 1996, excetuando-se, contudo, o direito à adoção.

No Canadá, os benefícios de saúde foram estendidos aos parceiros do mesmo sexo, também admitindo que pudessem ser tratados como membros de uma união estável; o governo oferece benefício médico, dentário e oftalmológico aos parceiros dos empregados homossexuais.

Ali, uma província reconheceu, em 1997, a possibilidade de tutela e adoção por homossexuais.

Nos Estados Unidos, embora o Congresso tenha aprovado a Lei de Defesa do Casamento (*Defense of marriage Act, 1997*), pela qual os Estados não precisam reconhecer o registro de casamentos homossexuais de outros Estados, lei cuja constitucionalidade ainda se debate, o Estado de Havaí aceitou benefícios recíprocos aos casais homossexuais do quadro de seus servidores públicos, incluindo direito à pensão, saúde e indenização em caso de morte (1997), no que foi secundado pelo Estado de Oregon (1998).

Embora o campo ainda não se tenha dilatado, os Estados Unidos concedem asilo político a homossexuais, desde que comprovada a perseguição, além de atribuir indenização por abuso sexual entre pessoas de mesmo sexo. Algumas empresas, como a Disney, Microsoft, IBM e Kodak, por exemplo, reconhecem a parceria doméstica entre pessoas do mesmo sexo, a fim de perceber benefícios médicos e pensão.

A França foi a primeira nação católica a reconhecer legalmente a união homossexual, ao aprovar um Pacto Civil de Solidariedade entre pessoas de mesmo sexo, garantindo direito à imigração, à sucessão e declaração de renda conjunta, excetuada a adoção (1998).

Em Israel, a lei de Igual Oportunidade de Emprego (1992), proíbe a discriminação contra empregados baseada em sua orientação sexual, o que também acontece no Exército, tendo já acontecido decisão judicial em favor de um homossexual quanto aos benefícios previdenciários relativos ao seu parceiro enfermo.

Em Mendoza, província Argentina, foi atribuído ao parceiro os benefícios da saúde; na Espanha, foi rejeitada a lei de parceria registrada, mas na Catalúnia foi aprovada a parceria doméstica para homossexuais e heterossexuais, com garantia de direitos trabalhistas e pensão; na Alemanha, Portugal e Finlândia estuda-se legislação sobre casamento entre pessoas de mesmo sexo, reconhecimento de uniões homoeróticas e parceria registrada.¹⁸

5. As Uniões Homossexuais e o Princípio da Dignidade da pessoa humana

Em magistério paradigmático, se recorda que os temas da ordem e da sexualidade são envoltos em uma aura de silêncio, despertando sempre enorme curiosidade e profundas inquietações, tendo lenta maturação por gravitarem na esfera comportamental, existindo tendência a conduzir e controlar seu exercício, acabando por emitir-se um juízo moral voltado exclusivamente à conduta sexual.

Por ser fato diferente dos estereótipos, o que não se encaixa nos padrões, é tido como imoral ou amoral, sem buscar-se a identificação de suas origens orgânicas, sociais ou comportamentais.

O conceito de normal versus anormal decorre, para a ilustrada doutrinadora e magistrada, de uma sacralização do conceito de família, que é historicamente associada a casamento e filhos, supondo sempre uma relação heterossexual.

Entretanto, as uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos, sendo incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à margem determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.

Subtrair direitos de alguns e gerar o enriquecimento injustificado de outros afronta o mais sagrado princípio constitucional, o da dignidade, e se a palavra de ordem é a cidadania e a inclusão dos

¹⁸ Dagnese, Napoleão. *Cidadania no armário. Uma abordagem socio-jurídica acerca da homossexualidade*. São Paulo: LTr, 2000, p.71-75.

*excluídos, uma sociedade que se deseja aberta, justa, pluralista, solidária, fraterna e democrática não pode conviver com tal discriminação.*¹⁹

A partida para a confirmação dos direitos dos casais homoeróticos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor fundante do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X), que, como assevera Luiz Edson Fachin, formam a base jurídica para a construção do *direito à orientação sexual como direito personalíssimo*, atributo inerente e inegável da pessoa e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.²⁰

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é prólogo de várias cartas constitucionais modernas (Lei Fundamental da República Federal Alemã, art. 1º; Constituição de Portugal, art. 1º; Constituição da Espanha, art. 1º; Constituição Russa, art. 21; Constituição do Brasil, art. 1º, III, etc.).

Alicerça-se na afirmação *kantiana* de que o homem existe como um fim em si mesmo e não como mero meio (imperativo categórico); diversamente dos seres desprovidos de razão que têm valor relativo e condicionado e se chamam *coisas*; os seres humanos são pessoas, pois sua natureza já os designa com um fim, com valor absoluto.

Reputa-se que o princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado apriorístico, preexistente a toda a experiência, verdadeiro *fundamento* da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais.

Assim, não é só um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem econômica, política, cultural, com densificação constitucional.

¹⁹ Dias, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.17-21.

²⁰ Fachin, cit. p.114.

É um valor supremo, e acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana; a dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz à concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade.

Não basta a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica.²¹

Assim, a idéia de dignidade humana não é um algo puramente apriorístico, mas que deve concretizar-se no plano histórico-cultural, e para que não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa.

Neste sentido, assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e protecional da dignidade.

Como limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade é algo que pertence necessariamente a cada um e que não pode ser perdido e alienado, pois se não existisse, não haveria fronteira a ser respeitada; e como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, que é dependente da ordem comunitária, já que é de perquirir até que ponto é possível o indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade.

Sinaliza ainda o douto constitucionalista gaúcho, que:

Uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana,

²¹ Silva, José Afonso. "A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia". Revista de Direito Administrativo, nº 212/91-93.

*vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação.*²²

A contribuição da Igreja na afirmação da dignidade da pessoa humana como princípio elementar sobre os fundamentos do ordenamento constitucional brasileiro, antes da Assembléia Constituinte, se efetivou em declaração denominada *Por uma Nova Ordem Constitucional*, onde os cristãos foram instados a acompanhar e posicionar-se, quando se tentasse introduzir na nova carta elementos incompatíveis com a dignidade e a liberdade da pessoa.

Ali constou que:

Todo o ser humano, qualquer que seja sua idade, sexo, raça, cor, língua, condição de saúde, confissão religiosa, posição social, econômica, política, cultural, é portador de uma dignidade inviolável e sujeito de direitos e deveres que o dignificam, em sua relação com Deus, como filho, com os outros como irmão e com a natureza como Senhor.

*Por isso, todos os seres humanos são fundamentalmente iguais em direitos e dignidade, livres para pensar e decidir de acordo com sua consciência; para expressar-se, organizar-se em associações e buscar sua plena realização, mas em profundo respeito à liberdade e à dignidade dos outros seres humanos, tendo sempre em vista o bem comum. Mas não é suficiente o reconhecimento formal dessa dignidade e igualdade fundamentais. É preciso que este reconhecimento seja traduzido na promoção de condições concretas para realizar e reivindicar os direitos fundamentais de todos os homens e de todas as mulheres, tais como: direito à vida e a um padrão digno de existência, direito à saúde e ao lazer; direito à educação, inclusive religiosa, e a escolher o tipo de educação desejada para os filhos; direito à liberdade religiosa; direito ao trabalho e à remuneração suficiente para o sustento pessoal e da própria família; direito de todos à propriedade, submetida à sua função social, direito de ir e vir; direito de entrar no país e dele sair; direito à segurança, à preservação da própria imagem e participação na vida política.*²³

²² Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.46-49.

lves, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 57-159.

Desta forma, a consagração do princípio da dignidade humana implica em considerar-se o homem como centro do universo jurídico, reconhecimento que abrange todos os seres, e que não se dirige a determinados indivíduos, mas a cada um individualmente considerado, de sorte que os efeitos irradiados pela ordem jurídica não hão de manifestar-se, a princípio, de modo diverso ante duas pessoas.

Dá-se segue de que:

*A igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto na elaboração da regra de Direito quanto em relação à sua aplicação, já que a consideração da pessoa humana é um conceito dotado de universalidade, que não admite distinções.*²⁴

Em trabalho ainda inédito, magistrado gaúcho estabelece as extremas entre o princípio da dignidade humana e a orientação sexual, assim compreendida esta como a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, e que podem orientar-se para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos (bissexualidade).

Ou, especificamente as discriminações em face da homossexualidade, uma vez que a diferenciação é gerada em vista desta direção de desejo ou conduta sexual. Afirma:

A sexualidade consubstancia uma dimensão fundamental da constituição da subjetividade, alicerce indispensável para a possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade.

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, sendo o reconhecimento da dignidade da pessoa humana o elemento central do Estado de Direito, que promete aos indivíduos, muito mais que abstenções de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

²⁴ Nobre Júnior, Edilson Pereira. "O direito brasileiro e o princípio da dignidade humana". Revista dos Tribunais, nº 777/ p.475.

A afirmação da dignidade humana no direito brasileiro, repele quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa desta noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais, quanto por sua pura e simples desconsideração.

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém em função de sua orientação sexual, é dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, como se tal aspecto não se relacionasse com a dignidade humana.

Diante destes elementos, conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, fortalecendo estigmas sociais e espezinhando um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.²⁵

6. As Uniões Homossexuais e o Princípio da Igualdade

O alcance do princípio da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.

Ou seja, a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas o instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente a todos, sendo este o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral.

Em suma, conforme afirma o abalizado constitucionalista paulista:

Todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.²⁶

A concretização da igualdade em matéria de sexo, retorna juiz riograndense, exponencializada pela proibição de discriminação, se examinada com cuidado, alcança o âmbito da orientação homossexual.

²⁵ Rios, Roger Raupp. *Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo*. Trabalho de pós-graduação, inédito.

²⁶ Mello, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico da igualdade*. 3^o ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.9-10.

De fato, quando alguém atenta para a direção do envolvimento, por mera atração, ou por a conduta sexual de outrem, valoriza a direção do desejo, isto é, o sexo da pessoa com que o sujeito deseja se relacionar ou efetivamente se relaciona, mas esta definição (da direção desejada, de qual seja a orientação sexual do sujeito, isto é pessoa do mesmo sexo ou de sexo oposto) resulta tão só da combinação dos sexos de duas pessoas.

Ora, se um for tratado de maneira diferente de uma terceira pessoa, que tenha sua sexualidade direcionada para o sexo oposto, em razão do sexo da pessoa escolhida, conclui-se que a escolha que o primeiro fez suporta um tratamento discriminatório unicamente em função de seu sexo.

Fica claro, assim, que a discriminação fundada na orientação sexual do sujeito esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu próprio sexo.

O sexo da pessoa escolhida, se homem ou mulher, em relação ao sexo do sujeito, vai continuar qualificando a orientação sexual como causa de tratamento diferenciado ou não, em relação àquele.

Não se diga, outrossim, que inexistente discriminação sexual porque prevalece tratamento igualitário para homens e mulheres diante de idêntica orientação sexual, pois o argumento peca duplamente, ao buscar justificar uma hipótese de discriminação (homossexualismo masculino), invocando outra hipótese de discriminação (homossexualismo feminino).

O raciocínio desenvolvido acerca da relação entre o princípio da igualdade e a orientação sexual, aduz ainda o culto magistrado, é uma espécie de discriminação por motivo de sexo, isso significando que, em linha de princípio, são vedados no ordenamento jurídico pátrio os tratamentos discriminatórios fundados na orientação sexual.

Tem-se de investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é afinado, em concreto, com os valores

prestigiados no sistema normativo constitucional, se guarda harmonia com eles.²⁷

A idéia da igualdade interessa particularmente ao Direito, pois ela se liga à idéia de Justiça, que é a regra das regras de uma sociedade e que dá o sentido ético de respeito a todas as outras regras.

Na esteira da igualdade dos gêneros e com a evolução dos costumes, principalmente a partir da década de 60, desmontam-se privilégios e a suposta superioridade do masculino sobre o feminino, e a sexualidade legítima autorizada pelo Estado começa a deixar de existir unicamente por meio do casamento, eis que, com a evolução do conhecimento científico, torna-se possível reprodução mesmo sem ato sexual.²⁸

7. A Travessia para uma nova família

Algumas têm sido as decisões judiciais que acabam por extrair conseqüências jurídicas das relações entre as pessoas do mesmo sexo, mostrando-se ainda um tema permeado de preconceitos, mas a convivência homossexual em nada se diferencia da união estável, não podendo ser vista como tal apenas pela restrição contida na Carta Maior.

Entretanto, é imperioso que, através de uma interpretação analógica, se passe a aplicar o mesmo regramento legal, pois inquestionável que se trata de um relacionamento que tem base no amor.²⁹

Sob o prisma jurídico, conforme nos elucidra a melhor doutrina:

Não há efeitos distintos das uniões concubinárias e das uniões homossexuais, já que ambas, fora do Direito de Família, somente podem ser cuidadas como sociedade de fato, desde que evidentemente

²⁷ Rios, Roger Raupp. "Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade" Brasília. Conselho da Justiça Federal, Revista do Centro de Estudos Judiciários Brasileiros, v. 6, 1998, p.29-30.

²⁸ Pereira, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.61-62.

²⁹ Dias, Maria Berenice. "Efeitos patrimoniais das relações de afeto". Repensando o direito de família. Belo Horizonte: IBDFam, 1999, p.57.

sejam preenchidos os requisitos para a configuração de tais entidades, possibilitando o reconhecimento do direito de partícipe da relação – que for prejudicado em decorrência da aquisição patrimonial em nome tão somente do outro – ao partilhamento dos bens adquiridos durante a constância da sociedade de fato, na medida da sua efetiva contribuição para a formação ou incremento patrimonial.³⁰

Muito antes das leis de união estável, o Supremo Tribunal Federal vinha mandando partilhar bens decorrentes de sociedade de fato entre concubinos, desde que comprovado o esforço comum.

O mesmo raciocínio serve às uniões entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que, por mútua colaboração, formem uma sociedade de fato, que, desfeita, exige repartição igualitária dos bens, sob pena de estar um dos parceiros se enriquecendo injustamente à custa do outro.³¹

Uma hermenêutica construtiva, baseada numa interpretação atualizada e dialética, afirma que a partilha da metade dos bens havidos durante a comunhão de vida mediante colaboração mútua, é um exemplo de via que pode ser trilhada, expondo perante o próprio sistema jurídico suas lacunas, daí por que equívoca a base da formulação doutrinária e jurisprudencial acerca da diversidade dos sexos como pressuposto do casamento.

O grande mestre paranaense lembra que:

A técnica engessada das fórmulas acabadas não transforma o tema em algo perdido no ar quando ensinar é percorrer a geografia do construir, exigindo o estudo, em seu mapa cartográfico do saber, o construído e não a indução ao dado.

Não se deve, então, conviver com uma atitude de indiferença ou de renúncia a uma posição avançada na inovação e mesmo na revisão e superação dos conceitos, atribuindo, abertamente, para fomentar questionamentos e fazer brotar inquietude que estimule o estudo e a pesquisa comprometidos com seu tempo e seus dilemas.³²

³⁰ Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo, uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.491.

³¹ Oliveira, Euclides de. “*União homossexual gera direitos patrimoniais limitados*”. Nova realidade do direito de família, COAD, 1998, p.39.

³² Fachin, Luiz Edson. *Elementos críticos de direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.2, *passim*.

Da mesma forma assevera o jurista, quando afirma:

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, está-se à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza da proteção constitucional, nada justificando que se desqualifique o reconhecimento dela, pois o só fato dos conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais.³³

"Além disso, as uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas, não como modalidade de casamento".³⁴

Embora ainda tímido em qualificar a relação como entidade familiar, não me divorcio da possibilidade do uso analógico dos institutos jurídicos existentes e dos princípios do Direito, para admitir efeitos patrimoniais na união homossexual, tal como se faz no casamento ou na união estável, como uma comunidade familiar.

A família não suporta mais a estreita concepção de núcleo formado por pais e filhos, já que os laços biológicos, a heterossexualidade, a existência de, pelo menos, duas gerações, cederam lugar aos compromissos dos vínculos afetivos, sendo um espaço privilegiado para que os opostos possam vir a se tornar complementares.

Atualmente, a família, além da sua função de reprodução biológica, produz também sua própria reprodução social, através da função ideológica que exerce ao vincular a introjeção, por seus membros, de valores, papéis, padrões de comportamento que serão repetidos pelas sucessivas gerações, deixando a família nuclear de se constituir em modelo prevalente.

A progressão do número de divórcios, filhos criados pelo pai ou pela mãe, filhos criados em famílias reconstruídas por novos casamentos, aconchegam os novos arranjos cada vez mais freqüentes na sociedade, não comportando mais a simples reprodução dos antigos modelos para o exercício dos papéis de mães e pais, experiência que vai além do fato biológico natural, mas adquire o estatuto de uma experiência psicológica, social, que pode ou não

³³ Dias, ob.cit. p.88.

³⁴ Oliveira, José Lamartine Corrêa de. *Direito de Família. Direito matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990, p.215.

acontecer, independentemente a fecundação, gestação e do dar à luz e amamentar.

Ressignificar a família na função balizadora do périplo existencial é um imperativo de nossos dias, revitalizá-la com o aporte de novas e mais satisfatórias modalidades de relacionamento entre os seus membros é indispensável para se aperfeiçoar a convivência humana:

*Repensá-la é tarefa a ser por todos compartilhada por sua transcendência com a condição humana.*³⁵

A família contemporânea não corresponde àquela formatada pelo Código Civil, constituída por pai e mãe, unidos por um casamento regulado pelo Estado, a quem se conferiam filhos legítimos, eis que o grande número de famílias não matrimonializadas, oriundas de uniões estáveis, ao lado de famílias monoparentais, denota a abertura de possibilidade às pessoas, para além de um único modelo.

Hoje, a nova família busca construir uma história em comum, não mais a união formal, eventualmente sequer se cogita do casal, o que existe é uma comunhão afetiva, cuja ausência implica a falência do projeto de vida, já não se identifica o pai como marido, eis que papéis e funções são diversos, e a procura de um outro desenho jurídico familiar passa pela superação da herança colonial e do tradicional modo de ver os sujeitos das relações familiares como entes abstratos.³⁶

Flagra-se o descompasso entre o avanço constitucional do direito de família e a existência de algumas famílias sociológicas, que ainda se mantêm à margem da família jurídica, diante dos valores e princípios constitucionais que norteiam o ordenamento brasileiro, tais como a uniões sexuais entre parentes, pai e filha, e as famílias de fato resultantes da união de pessoas do mesmo sexo.

³⁵ Zamberlan, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.13-14 e 149-151).

³⁶ Fachin, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.7, *passim*.

Embora aceitando que alguns valores e princípios tradicionais ainda prevalecem em matéria de conjugalidade:

O que obsta que relações entre pessoas de mesmo sexo, pois a sexualidade se vincula ainda à procriação, impedindo outros modelos, reconhece o mestre carioca que a realidade fática de ditas uniões, tal como ocorreu com a união livre, deve percorrer caminho também difícil e tortuoso, mas vai atingir o status de família em tempos não muito distantes.³⁷

8. As Uniões Homossexuais como comunidades familiares

Como já anotado, desde que afastada a possibilidade de emoldurar a união homoerótica como forma de casamento, o que não acha respaldo na doutrina e nos repertórios dos tribunais, toca examiná-la como uma forma de comunidade familiar, aparentada com a união estável, esta também vedada pela prescrição constitucional vigente (CF, art. 226, par. 3º).

Não desconheço a tese que sustenta a inconstitucionalidade da regra constitucional invocada, por violar os princípios da dignidade humana e da igualdade ao discriminar o conceito de homossexualidade, mas que cede ante a afirmação do Supremo Tribunal Federal de que:

A existência de hierarquia entre as normas constitucionais originárias, dando azo de uma em relação a outras, é impossível com o sistema de Constituição rígida.³⁸

Isto, além de afrontar o princípio da unidade constitucional.

Aparenta adequada, pois, a filiação ao uso razoável da analogia e uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, principalmente o direito de igualdade.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo, destinado originariamente a situação diversa, ou seja comunidade formada por um homem e uma mulher, mas onde a

³⁷ Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *Família não-fundada no casamento*. Revista dos Tribunais, nº 771/p.62 e 68.

³⁸ STF, ADIn nº 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU 10.05.96.

semelhança autorizadora seria a ausência de laços formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre sexos opostos.

O argumento avança no sentido da concretização da Constituição, pois conferindo uma unidade diante da realidade histórica, fazendo concorrer os princípios constitucionais, dentre os quais se destaca o isonômico e a decorrente proibição por motivo de sexo e de orientação sexual.

Todavia, embora a analogia tenha o mérito de reconhecer o caráter familiar das uniões homossexuais, o reconhecimento destas uniões ao direito de família prescinde da união estável como paradigma, pois se uma emenda constitucional retirasse da carta a previsão da união estável, sem mais nada, o procedimento não impediria que a legislação e a jurisprudência continuassem a desenvolver e atualizá-lo, reconhecendo a pertinência tanto da união estável quanto das uniões homossexuais; e, portanto, a qualificação jurídica familiar às uniões homossexuais não depende da existência da união estável, cuidando-se, pois, mais que uma analogia, de comunhão de características típicas do conceito de família às duas situações.³⁹

Aliás, a jurisprudência local já havia dito que:

É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre os homossexuais, ante os 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 onde renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preconceitos 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 as coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos.⁴⁰

Dir-se-á, talvez, que a utilização da analogia apenas socorre para preencher alguma lacuna (LICC, art.4º e CPC, art. 126),

³⁹ Rios, *Dignidade...* cit. p.31-34.

⁴⁰ TJRS, Oitava Câmara Cível, APC 598 362 655, rel. Des. José Siqueira Trindade, j. 01.03.2000.

mas na verdade o ordenamento jurídico, visto como um todo, encarrega determinados órgãos, no caso os juízes, para atribuírem soluções aos casos concretos, mesmo naquelas situações em que não existem regras legais específicas, eis que, como asseveram Aftalión, García y Vilanova:

Contra la opinión de algunos autores que han sostenido que en el ordenamiento jurídico existen lagunas- o sea, casos o situaciones no previstas – que serían necesarios llenar o colmar a medida que las circunstancias mostrasen la conveniencia de hacerlo, debemos hacer notar que el ordenamiento jurídico es pleno: todos os casos en que puedan presentarse se encuentran previstos en él (...) No hay lagunas, porque hay jueces.⁴¹

Se o juiz não pode, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular, ele próprio, a regra de direito aplicável,⁴² não é menos verdade que a hermenêutica não deve ser formal, mas antes de tudo real, humana e socialmente útil; e se ele não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, decidindo contra ela, alude o Ministro Sálvio de Figueiredo:

Pode e deve, por outro lado, optar interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.⁴³

Já que a proibição de decidir pela equidade não há de ser entendida como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução.⁴⁴

9. Conclusão

Assim não é desarrazoado, firme nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, por

⁴¹ TJRS, Oitava Câmara Cível, AGI 599 075 496, rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17.06.99, quando se decidiu pela competência da Vara de Família para apreciar demandas que envolvessem relações de afeto(homossexuais).

⁴² STF, RBDP nº 50/159.

⁴³ RSTJ nº 26/378.

⁴⁴ RSTJ, nº 83/168.

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

10. Bibliografia

ABREU, C. F. **Pequenas epifanias**. Porto Alegre: Sulina, 1996.

ALVES, C. F. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAINHAM, A. **Direitos humanos, crianças e divórcio na Inglaterra**. Curitiba: Juruá, UFP/IBDFam, 2001.

BRITO, F. A. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000.

COSTA, J. F. **A ética e o espelho da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

CZAJKOWSKI, R. **Reflexos jurídicos das uniões homossexuais. Jurisprudência Brasileira**, Curitiba: Juruá, 1995.

DAGNESE, N. **Cidadania no armário: uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade**. São Paulo: LTr, 2000.

DIAS, M. B. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto**. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: IBDFam, 1999.

_____. **União homossexual, o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FACHIN, L. E. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo**. A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FACHIN, R. A. G. **Em busca da família do novo milênio**. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GAMA, G. C. N. **O companheirismo, uma espécie de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUIMARÃES, M. S. **Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas**. Direito de família, aspectos constitucionais, processuais e civis, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- MARTINS DA SILVA, A. L. **A evolução do Direito e a realidade das uniões sexuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.
- MELLO, C. A. B. **Conteúdo jurídico da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- NOBRE JÚNIOR, E. P. O direito brasileiro e o princípio da dignidade humana. **Revista dos Tribunais**, nº 777, p. 475.
- OLIVEIRA, E. **União homossexuais geram direitos patrimoniais limitadas. Nova realidade do direito de família**. COAD, 1998.
- OLIVEIRA, J. L. C. **Direito de Família: direito matrimonial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.
- PEREIRA, R. C. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- RIOS, R. R. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade Brasília. v. 6, **Revista do Centro de Estudos Judiciários Brasileiros: Conselho da Justiça Federal**, 1998.
- SABATÉ, L. M. **Sexualidad y derecho**. Elementos de sexología jurídica. Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1976.
- SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, J. A. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. n. 212, p. 91-93.
- STF, ADIn nº 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU 10.05.96.
- STJ, 4ª Turma, Resp. nº 148897-MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.02.98.
- THIELICK, H.. **Sexualidad y crimen**: 3 ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1990.
- TJRS, Oitava Câmara Cível, APC 598 362 655, rel. Des. José Siqueira Trindade, j. 01.03.2000.
- WILSON, E. **A natureza humana**. São Paulo: USP, 1981.
- ZAMBERLAN, C. O. **Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Recebido para publicação em 22/04/2001
Aceito para publicação em 15/06/2001