

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AMOR E DO AFETO:
UM ESTUDO MULTIDISCIPLINAR SOBRE ADOÇÃO POR FAMÍLIAS
HOMOAFETIVAS**

MARCELO ALVES HENRIQUE PINTO MOREIRA

RIO DE JANEIRO

2008

MARCELO ALVES HENRIQUE PINTO MOREIRA

DRE: 103.140.779

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AMOR E DO AFETO:
UM ESTUDO MULTIDISCIPLINAR SOBRE ADOÇÃO POR FAMÍLIAS
HOMOAFETIVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leandro Ribeiro

Rio de Janeiro

2008

Moreira, Marcelo Alves Henrique Pinto.

A Constitucionalização do Amor e do Afeto: Um Estudo Multidisciplinar sobre a Adoção por Famílias Homoafetivas / Marcelo Alves Henrique Pinto Moreira. – 2008.

65 f.

Orientador: Prof. Leandro Ribeiro.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 62 – 64.

1. Homossexualidade 2. Homossexuais – Direitos 3. Adoção. 4. Direito de Família

CDU 347.628:613.885

MARCELO ALVES HENRIQUE PINTO MOREIRA

DRE: 103.140.779

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AMOR E DO AFETO:
UM ESTUDO MULTIDISCIPLINAR SOBRE ADOÇÃO POR FAMÍLIAS
HOMOAFETIVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, cujo objetivo é traçar um perfil psicológico, social e jurídico das famílias homoafetivas, demonstrando que estas apresentam possibilidades reais de criação de um ambiente saudável e ideal para a criação da prole, devendo ser reconhecido a estas o direito à adoção de menores.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Presidente da Banca Examinadora

Professor Examinador

Professor Examinador

Segundo Rudolph Jhering, a luta pelo direito e pela justiça é responsabilidade de cada um para com a sociedade, garantindo a todos a democracia. Assim, dedico este trabalho a todos aqueles que se insurgem diante das injustiças sociais, e travam batalhas cotidianas contra a intolerância, o ódio e o preconceito, contribuindo para a melhoria de nossa sociedade e suas instituições, bem como a evolução do pensamento jurídico.

AGRADECIMENTOS

Antes de mais nada gostaria de agradecer às forças divinas pela proteção a mim dispensada, por sempre me indicarem os caminhos do certo e do justo e me por fazerem entender a importância de minha missão presente neste trabalho.

Agradeço também aos meus pais, Mario e Sonia, e às minhas irmãs Mariana e Marília por entenderem o estresse advindo do desempenho de um trabalho árduo como este, bem como todo o apoio e consideração que por mim tiveram.

Não poderia me esquecer, por óbvio, de agradecer à minha amada noiva Julieanne que ouviu de mim e comigo leu todas as críticas, teses, defesas, entrevistas, estatísticas, doutrinas, jurisprudências, legislações e artigos. Debateu comigo os temas, entendeu todos os fins-de-semana perdidos e me apoiou incondicionalmente em todos os momentos. Esse trabalho também é seu!

Aos meus amigos pela empolgação, o ânimo e o apoio moral e científico que deram a mim nesta longa cruzada jurídica, contribuindo para o sucesso deste trabalho.

Ao meu Professor Orientador, Prof. Leandro Ribeiro, por me ajudar a trilhar os caminhos, dar rumo às minhas idéias e desenvolver uma tese com base forte e contundente.

Aos servidores e colaboradores da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que muitíssimo me ajudou com as pesquisas e a obtenção da bibliografia deste trabalho.

E a todos aqueles que me ajudaram de forma direta ou indireta. Não posso nomeá-los todos, sob pena de ser injusto ao esquecer-me de listar alguém.

RESUMO

MOREIRA, Marcelo Alves H. Pinto “*A constitucionalização do amor e do afeto: um estudo multidisciplinar sobre a adoção por casais homoafetivos*”. 2008. 69 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho tem por objetivo defender o direito de casais homossexuais adotarem, propondo um estudo sistemático das disposições constitucionais e das legislações inferiores, demonstrando que a lacuna legislativa não pode ser, de forma alguma, meio de se infringir o texto da *Lex Magna*, promovendo, por exemplo, o preconceito e a discriminação. Através da análise de teses e trabalhos acadêmico-científicos de diversas áreas do conhecimento, traça-se o perfil do indivíduo homossexual, demonstrando que sua orientação sexual não está vinculada a patologias ou perversões psiquiátricas, sendo caráter inerente a este. Assim, não haveria qualquer empecilho para o exercício pleno de sua paternidade/maternidade, estando as famílias homoafetivas aptas para formarem um lar saudável e digno para a criação, educação e socialização da criança e do adolescente. O posicionamento retrógrado e preconceituoso que não reconhece o direito das famílias homoparentais à adoção de menores deve ser banido, pois o sistema jurídico brasileiro, na verdade, reconhece princípios democráticos que não permitem tal tipo de interpretação excludente e marginalizadora.

Palavras-chave: Adoção, Família, Homossexualidade, Criança, Adolescente, Preconceito, Paternidade, Maternidade, Educação, Socialização.

ABSTRACT

This work has the goal to defend the homosexual couples' right to adopt, proposing a systematical study of the constitutional and *infra* laws provisions, demonstrating that the legal's gap cannot ever be a way to disobey the *Lex Magna's* text, causing, for example, the preconception and discrimination. Examining thesis and academic-scientific works from many knowledge areas, we can form the homosexual being's profile, demonstrating that s/he sexual orientation is not linked to diseases or psychiatrics' perversions, because the homosexuality is a character inherent to s/he. So, there is no obstacle to the full exercise of his/her father/motherhood. The homoaffective families are able to form a healthy and decent home to children and teenagers education and socialization. The retrograde and harmful position that does not recognize the homoparental families' right to adopt must be vanished, because the Brazilian juridical system, in fact, recognizes democratic principles that don't allow this kind of exclusionary and marginalizer interpretation.

Keywords: Adoption, Family, Homosexuality, Child, Teenage, Preconception, Fatherhood, Motherhood, Education, Socialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AMOR E DO AFETO	10
1.1 Breve histórico da família ocidental	10
1.1.1 <u>Pré-História e Idade Antiga</u>	10
1.1.2 <u>Aspectos das famílias gregas e romanas</u>	11
1.1.3 <u>O Direito Canônico e da família medieval</u>	13
1.2 Dos conceitos clássicos de família	14
1.3 Da família na Constituição Federal de 1988	15
1.3.1 <u>Famílias alternativas e proteção do Estado</u>	18
1.3.2 <u>Constitucionalização do amor e do afeto</u>	20
1.4 Da definição contemporânea de família	21
2 DA HOMOSSEXUALIDADE	22
2.1 Homossexualidade ou homossexualismo?	22
2.2 Homossexualidade através dos tempos	23
2.3 Homossexualidade sob a ótica das ciências: respostas?	26
2.3.1 <u>Medicina</u>	27
2.3.2 <u>Psicologia e Psiquiatria</u>	28
2.3.3 <u>Biologia</u>	29
2.4 Homossexualidade, direitos humanos e proteção constitucional	30
3 DA ADOÇÃO	36
3.1 Lineamentos históricos	37
3.2 Conceituação e natureza jurídica	38
3.3 Requisitos, procedimentos e efeitos da adoção	39
4 DA ADOÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS	42
4.1 Aspectos jurídicos sobre a família homoafetiva: união estável	42
4.2 Aspectos psicossociais sobre a homoparentalidade	50
4.3 Possibilidade de adoção por famílias homoafetivas	53
4.3.1 <u>Adoção por famílias homoafetivas e o Projeto de Lei 2.285/07</u>	58
5 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62
ANEXOS	65

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como título “A Constitucionalização do Amor e do Afeto: um Estudo Multidisciplinar sobre Adoção por Famílias Homoafetivas”; ao enfatizar a natureza do trabalho, buscamos compreender a dinâmica legal/constitucional contemporânea do Direito de Família e a evolução deste instituto. Concomitante a um estudo multidisciplinar sobre a homossexualidade e seu caráter natural e inerente ao indivíduo, defendemos a possibilidade sócio-jurídica de famílias homoafetivas adotarem menores de idade.

O título é um desafio que lançamos ao presente estudo acadêmico, pois intencionamos sintetizar o arcabouço de normas constitucionais e legais acerca do Direito de Família e dos Direitos Humanos, comprovando que a atual dinâmica jurídica da família brasileira preconiza o amor e o afeto como elo jurídico entre os componentes, relegando as formalidades a segundo plano. Reconhecida uma unidade doméstica como família, a ela são reconhecidas todas as prerrogativas, como o direito de adoção, o que aqui se defende.

Tem a presente monografia fundamento básico nos princípios democráticos insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê, dentre outros, os direitos de liberdade, igualdade, vedação à discriminação e dignidade, não assistindo razão a qualquer posicionamento que venha a discriminar os diversos tipos de famílias e/ou seus componentes.

O primeiro capítulo faz um resgate histórico da família Ocidental, traçando um plano cronológico que demonstra a evolução do conceito jurídico desta instituição social. Paralelamente, aponta sua dinâmica constitucional contemporânea, frisando a existência novos tipos familiares oriundos de relações de fato, sem as clássicas formalidades inerentes ao instituto em estudo. Finalizamos essa primeira parte do estudo propondo um conceito mais abrangente e democrático de família.

No segundo capítulo realiza-se estudo sobre a homossexualidade, suas origens e pontos de vistas de diferentes áreas do conhecimento humano, concluindo que esta é uma característica inerente ao indivíduo e, portanto, um direito humano a ser previsto, respeitado e protegido, vedando-se qualquer discriminação à pessoa por sua orientação homossexual.

As características e procedimentos jurídicos da adoção são tratados no terceiro capítulo.

Por fim, o quarto capítulo busca todos os temas tratados anteriormente, ligando-os através de um encadeamento lógico, subsidiado pelo pensamento jurisprudencial reconhecendo a existência jurídica da família homoafetiva e de todos os efeitos dela decorrentes.

Esperamos atender às expectativas da sociedade, bem como desejamos que este trabalho represente um avanço no estudo Direito e na defesa do grupo homossexual, alvo de inúmeras injustiças e vergonhosa marginalização.

1 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AMOR E DO AFETO

1.1 Breve histórico da família ocidental

Antes de adentrar nos estudos a que o presente trabalho se destina, necessário se faz conhecer a essência do conceito de família, seus aspectos sócio-históricos, ainda que de modo sumário, de sorte a se demonstrar a existência de uma evolução no modo da sociedade entender este instituto.

Certos de que o sistema jurídico brasileiro tem sua origem na historiografia Ocidental clássica, neste ponto limitar-nos-emos somente às bases jurídico-fáticas que contribuíram para formação da família brasileira contemporânea.

1.1.1 Pré-História e Idade Antiga

Os primórdios da História denotam que a garantia da sobrevivência daquele ser que viria a configurar o homem contemporâneo deu-se exatamente quando o indivíduo passou a viver em grupos de mútua cooperação, unindo esforços para lutar contra as intempéries naturais, como o clima, os predadores, as doenças e a fome.

Embora inexistam dados concisos, os pesquisadores, de um modo geral, defendem que a origem da família coincide com a própria origem da organização dos grupos humanos em decorrência da necessidade de mútua proteção e cuidado. A mulher, com o enfraquecimento devido à gestação e à amamentação, passou a unir-se ao homem para dele obter a alimentação e o cuidado seu e de sua prole, enquanto o homem dispunha de pessoas que plantassem, colhessem e com ele fossem à caça. Assim possibilitou-se a fixação do grupo à terra, iniciando o processo de desenvolvimento das grandes civilizações.

Desde a Pré-História até os dias atuais o conceito de família e a forma do homem entender esta instituição social modificaram-se profundamente. Entretanto, a essência do grupo familiar permanece, qual seja, a mútua proteção e cooperação que proporciona a sobrevivência do ser humano, sua consolidação como ator social e sua acolhida em tempos de dificuldade e senilidade.

Como se observa nas famílias pré-históricas, a segurança proporcionada por aquele grupo organizado, ainda que de forma primitiva, era muito mais relevante que a consangüinidade. As relações de parentesco na historiografia Ocidental somente

passaram a ser observadas a partir das famílias gregas e romanas, identificando-se com o culto aos antepassados que muito contribuiu para a agregação ao redor do *pater* e a estruturação patriarcal do instituto familiar.

1.1.2 Aspectos das famílias gregas e romanas

Na Grécia a família era representada pelo grupo ligado ao ancestral comum, aditando-se os cônjuges e enteados, genros e noras.

Já em Roma coexistiam a *gens*, que tinha como chefe o *pater familiaes* (o ascendente comum mais idoso), e os parentes em linha reta, como filhos, netos e bisnetos, além da esposa e dos respectivos bens. Esta fórmula romana é fundamental para a compreensão e regulamentação do instituto família previsto em praticamente todos os códigos civis modernos, como o alemão de 1896, o de Napoleão de 1804 e o brasileiro de 1916.¹

Especula-se que num primeiro momento da história Romana, a família teria vivido sob a autoridade feminina, fundamentando o parentesco gerado pela uteridade, muito embora não haja registros históricos concisos. Tal teoria conspiratória acredita que a liderança da família romana teria sido retirada das mãos da mulher e repassada ao homem, criando-se um novo sistema familiar, fundado exclusivamente na autoridade masculina.

O homem era considerado em Roma o chefe político, religioso e juiz; era o *pater familiaes* que exercia o chamado *ius vitae ac necis*² sobre todos os membros de seu grupo, impondo penalidades e tratando-os como coisas pertencentes ao seu patrimônio. Era ele, e tão somente ele, que adquiria e administrava os bens da família, que exercia o *patria potestas*³ sobre os filhos e a *manus* sobre a mulher, sendo a família romana um reflexo da própria estrutura administrativa de Roma.

Coexistiram em Roma duas espécies de parentesco: a *agnatio* e a *cognatio*. A *agnatio* era a designação dada aos descendentes masculinos do *pater*, à mulher na condição de subordinada, bem como aos filhos adotados e a todos os demais sujeitos ao poder do chefe familiar, não sendo relevante a vinculação consanguínea entre eles, mas um parentesco meramente civil, formado pela vontade do patriarca.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva “Instituições de Direito Civil – Direito de Família”, vol. V, p. 16-17.

² “Direito de vida e morte”

³ Poder de família

Já na *cognatio*, a consangüinidade era o laço que unia os parentes, baseando-se na filiação e na descendência parental. Era feita assim a distinção entre a família *proprio jure* e a família *communi juris*, sendo que aquela criada a partir da consangüinidade não possuía o mesmo valor da família de nome, que surgia da vontade do *pater*.

É a partir de Roma que a união entre um homem e uma mulher passa a interessar ao mundo jurídico, gerando nele seus efeitos.

Pela *conventio in manun*, a mulher e seu patrimônio passavam a pertencer e ser administrados pelo marido, o chamado *manus maritalis*. Esta forma de união se dava de três formas: (i) *confarreatio* (união dos patrícios que permitia que os filhos nascidos dela participassem dos cultos sacerdotais; era o matrimônio religioso celebrado na presença de testemunhas); (ii) *coemptio* (reservada aos plebeus e constituía-se numa espécie de casamento civil, segundo Gaio, onde o pai vendia a filha para o futuro marido); e (iii) *usus* (forma de usucapião em que o homem adquiria a posse da mulher após o prazo de um ano de convivência desde que aquela não se ausentasse da casa por três noites consecutivas, *usurpatio trinoctium*). Existia ainda a *conventio sine manus*, em que a mulher continuava ligada à família de seu pai, não pertencendo ao marido, muito comum após o século IV d.C.

Há também no Direito Romano a figura do *concubinatus*, admitida com as *Lex Julia de Adulteriis*, *Julia de Maritendis Ordinibus* e *Lex Papia Poppaea*, formando um quase-casamento, distinto das *justae nuptiae* por não garantir os efeitos decorrentes do casamento e por não apresentar o *consensus nuptialis* ou *affectio maritalis*, mas previam efeitos jurídicos, como a regularização da prole comum. Essa é a origem da atual união estável.

Como havia sido proibido o casamento entre os plebeus e os patrícios, a *affectio maritalis* foi a forma de união encontrada pelos romanos, apresentando-se como *legitimus*, sendo a companheira livre para casar-se com o companheiro e devendo ser mantida em sua companhia por toda a vida. Somente no Direito Justiniano é que este tipo de formação de família foi rebaixado, sendo considerado inferior ao matrimônio, isto graças às influências do cristianismo; o casamento sacro foi prestigiado e em lei fixaram-se diferenças entre os filhos nascidos da esposa e os

nascidos da concubina, como forma de desestimular essa espécie de união, tal e qual ocorreu no Direito Brasileiro com o advento do Código Civil de 1916.

1.1.3 O Direito Canônico e a família medieval

O casamento romano sempre foi monogâmico, mas não era mais que um fato social. Com o advento Cristianismo, adotado como religião oficial do Império Romano, a partir do século IV, o mesmo tornou-se um sacramento.

A simples celebração fática foi elevada a rito sacramental, simbolizando a união de Cristo e de sua Igreja, passando o casamento a ser considerado uma união indissolúvel e abençoada por Deus, conforme o princípio até hoje recitado em cerimônias matrimoniais: *"o que Deus uniu, o homem não separa"*.

A partir da Idade Média, fortalecido o Poder Espiritual, a Igreja começou a interferir de forma decisiva nos institutos familiares e, como ela e o Estado se confundiam nas pessoas do rei e do papa, as suas normas eram também as normas estatais.

Nos meados da Idade Média, a Igreja somente empenhou-se realmente em combater tudo o que pudesse desagregar o seio familiar: o aborto, o adultério, a homossexualidade e principalmente o concubinato, principalmente com as teorias de Agostinho e Ambrósio, muito embora a manutenção de concubinas fosse prática comum entre reis e mesmo entre o clero.

Pela doutrina católica, o casamento constituía-se através do simples consenso dos nubentes e era um ato indissolúvel; uma vez casados, nada além da morte poderia separar os noivos, agora formando *"uma só carne"*. Este casamento perpétuo tinha a função de garantir a ordem social, impedindo que instituições sociais e cânones eclesiásticos ruíssem, punindo aqueles que ousassem se separar com penas variadas, como proibição de comungar, de batizar filhos tidos como ilegítimos, de ser sepultado, excomunicação e ameaças de eterna danação no inferno.

Na Idade Média, passou a fazer parte do rito matrimonial a autorização das famílias dos noivos, sempre influenciadas por sua situação social e econômica, principalmente da mulher, cabendo a esta a entrega de um dote, algo muito semelhante a uma indenização, ficando assim solteiras as moças que não pudessem pagá-lo.

No ano de 1564, Portugal, como país católico, tornou obrigatórias em todas as suas terras, incluindo as colônias, as Normas do Concílio de Trento relativas ao casamento, que foram introduzidas mais tarde nas Ordenações Filipinas e que vigoraram entre nós até a promulgação do Código Civil de 1916. Como o casamento civil era desconhecido do mundo, o que tornava válida a união entre um homem e uma mulher era o casamento religioso realizado pela Igreja.

Embora tenha instituído as modificações supracitadas, a Igreja Católica tratou de perpetuar a estrutura patriarcal da família romana, onde o homem é o centro da unidade familiar, detentor do poder de direção e comando de todos os membros, tal e qual a autoridade de Deus e do Papa sobre os homens. Com essa medida ficava mais fácil manter a coesão e a ordem da sociedade, com líderes despóticos e absolutistas dentro de cada casa e no comando governamental.

A contribuição do Direito Canônico no processo de formação e de desenvolvimento do Direito Civil é visível ainda hoje no sistema jurídico brasileiro, podendo-se citar como exemplo os impedimentos matrimoniais descritos no artigo 1.521 e seguintes do Código Civil.

Superado o breve histórico, passa-se a estudar a família brasileira contemporânea, realizando-se um estudo comparado entre o ordenamento civil de 1916, as alterações impostas pela Constituição de 1988 e sua sedimentação no Código Civil de 2002.

1.2 Dos conceitos clássicos de família

Nesse ponto inicial do presente estudo, necessário se faz verificar o entendimento da doutrina em relação à definição de família, como forma de se estabelecer um estudo da evolução jurídica do conceito deste instituto.

Para Clóvis Beviláqua

“é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo de consangüinidade, (...), somente os cônjuges e a respectiva progênie”⁴. (grifou-se)

Orlando Gomes refere-se à família como

“pessoas descendentes de ancestral comum, unidas pelos laços de parentesco, às quais se ajuntam os afins. Neste sentido, abrange, além dos cônjuges e da prole, os parentes colaterais

⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. “Direito de família”. Rio de Janeiro: Rio, 1976

até certo grau, como tios, sobrinhos, primos e os parentes por afinidade, sogros, genro, nora, cunhados.”⁵ (grifou-se)

Para Silvio de Salvo Venosa

“a família em um conceito amplo é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder.”⁶ (grifou-se)

Maria Berenice Dias afirma que **“a família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca”**.⁷ (grifou-se).

Embora a regulamentação mais democrática e abrangente do Direito de Família proposta pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, ainda há uma pluralidade de conceituações da família, coincidentes em certos pontos, dissonantes em outros, mas insuficientes para definir a complexidade deste núcleo de relações.

Passa-se, então, a delinear a regulamentação constitucional da família brasileira demonstrando a ruptura conceitual proposta pela Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB atual.

1.3 Da família e da Constituição Federal de 1988

Conforme menção supra, a Constituição Federal de 1988 trouxe ao sistema jurídico brasileiro uma série e mudanças de ordem democrática, reconhecendo direitos humanos e princípios gerais consagrados na doutrina e no direito comparado, como forma de se contrapor à rigidez e aos desmandos operados pela ditadura militar.

As regras constitucionais atinentes à família, englobando-se também crianças, adolescentes e idosos, encontram-se no Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo VII, artigos 226 a 230. No caso do presente estudo são mais relevantes os artigos 226 e 227.

⁵ GOMES, Orlando. “Direito de família”. Rio de Janeiro: Forense, 1968

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. “Direito Civil, Direito de Família”. 6ª edição, Vol. VI, São Paulo: Atlas, 2003

⁷ DIAS, Maria Berenice. “Direito das famílias”. 1ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

É de suma importância as inovações constitucionais trazidas ao sistema jurídico brasileiro contemporâneo, pois estas possibilitaram a existência de uma nova conceituação de família. Listam-se as seguintes modificações:

- a) A dita família concubinária deixa de existir, passando a ser reconhecida a união estável como tipo familiar (art. 226, §3º CRFB).

Art. 226. A **família, base da sociedade**, tem **especial proteção do Estado**. (omissis)

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

- b) A família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes passa a receber o mesmo tratamento que a família clássica, conceituada amplamente em período anterior a 1988 (art. 226, §4º CRFB).

Art. 226. (omissis)

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

- c) O pátrio poder é substituído pelo poder de família, exercido igualmente pelo homem e pela mulher, sem quaisquer distinções e/ou privilégios, conforme o artigo 226, §5º, em consonância ao artigo 5º, I da CRFB:

Art. 226. (omissis)

§ 5º - Os **direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher**. (grifou-se)

- d) O divórcio ganha *status* constitucional (artigo 226, §6º CRFB).

Art. 226. (omissis)

§ 6º - O **casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano** nos casos expressos em lei, **ou comprovada separação de fato por mais de dois anos**.

- e) As crianças e adolescentes passam a gozar de maior proteção do Poder Público, reconhecendo-lhes direitos e deveres, sendo a família protetora primordial e direta destes direitos (artigo 227 CRFB, de onde surgiu a Lei 8.069/90, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

- f) A distinção que havia no Código Civil de 1916 entre filhos adotivos e naturais e entre filhos “legítimos” e “ilegítimos” deixa de existir, passando todos a possuírem mesma proteção jurídica (artigo 227, §6º CRFB).

Art. 227. (*omisis*)

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.
(grifou-se)

Verifica-se que o tratamento que a Constituição dispensou aos assuntos supramencionados está em perfeita consonância com os objetivos da República Federativa do Brasil previstos no artigo 3º, I e IV da Constituição, quais sejam, o de **“construir de uma sociedade livre, justa e solidária”** e o de **“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”**, bem como às garantias fundamentais previstas no artigo 5º, *caput* (**liberdade e igualdade**) e o inciso X (**inviolabilidade da intimidade e da vida privada**).

Assim sendo, o Estado não pode afastar de sua proteção as famílias formadas por meios não consagrados pelo costume e seus componentes, pois lhe é vedado utilizar-se de critérios discriminatórios que suprimam direitos e deveres dos cidadãos, porque todos são livres para exercerem aquilo que a legislação lhes permita ou não lhes proíba (artigo 5º, II CRFB). Portanto, a sociedade brasileira passou a reconhecer e buscou também proteger as formas de família não consagradas pela História e pelos padrões morais judaico-cristãos em que se baseia nossa socialização. São as denominadas “famílias alternativas”.

Embora muitos teóricos afirmem que este movimento indica o fim das instituições família e casamento, pode-se verificar que tal conclusão é falaciosa, pois o que ocorre é a evolução destes conceitos e o reflexo de como a sociedade interpreta atualmente estes institutos. Tal ruína preconizada pelo pensamento

conservador representaria, sem sombra de dúvidas, o fim do próprio grupo macro-social.

1.3.1 Famílias alternativas e proteção do Estado

Embora não seja esse o objetivo da doutrina jurídica nacional, cabe aqui uma crítica: o conceito “família alternativa” deve ser considerado com muita cautela e prudência, pois possui certa carga de preconceito, senão veja-se.

A partir do momento em que se chama de alternativa a família não constituída pelo casamento cria-se um critério discriminatório entre o que é “padrão” e o que é “alternativo”, sendo mais justo chamar ambos tipos de “família” simplesmente. Entretanto, o vocábulo “alternativo” também indica algo que pode ser escolhido ao invés de outro, então adotar-se-á tal nomenclatura neste trabalho com fim puramente didático, pois a dinâmica constitucional criou a possibilidade do cidadão escolher qual o tipo de família organizará, sem que isso constitua diferenciações de direitos.

Como já mencionado, a família alternativa é aquela concebida por meios que não o casamento, instituto jurídico mencionado no artigo 226, §§1º e 2º da CRFB e regulado pelos artigos 1.511 a 1.582 do Novo Código Civil – CC/02. Reconhecem-se os seguintes tipos familiares no texto constitucional:

- a) **Família monoparental:** Formada por um dos pais e seus descendentes. É muito comum no Brasil, em que os filhos são fruto de relacionamentos inconseqüentes, não planejados, gerando crises das mais diversas ordens. O pai acaba por não reconhecer seu filho, fazendo surgir a antiga figura da “mãe solteira”, embora a realidade venha demonstrando também a existência de “pais solteiros”. A doutrina não se manifestou com muita profundidade sobre este tipo de família, mas Taísa Ribeiro Fernandes⁸, também considera como monoparentais as famílias formadas pelo avô/avó criando seus netos, tios/tias criando seus sobrinhos, adultos criando irmãos menores, e até mesmo o homem/mulher abandonado(a) criando os filhos havidos no relacionamento anterior de seu ex-cônjuge.

⁸ FERNANDES, Taísa Ribeiro. “União homossexuais: efeitos jurídicos”, 1ª edição, São Paulo: Método, 2004, p. 47-48.

b) **União estável:** A Lei 9.278/96 regulamentou o artigo 226, §3º CRFB, conceituando como união estável a entidade familiar em que haja “convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família” (artigo 1º), cujos direitos e deveres do casal são análogos ao casamento, quais sejam: (i) respeito e consideração mútua, (ii) assistência moral e material recíproca e (iii) guarda, sustento e educação dos filhos comuns (artigo 2ª e incisos). Os efeitos patrimoniais são semelhantes ao do regime de comunhão parcial de bens (artigo 5º), sendo reconhecido, inclusive, o direito ao divórcio (artigo 7º). Como a Constituição e o artigo 8º da citada lei afirmam que será facilitada a conversão da união estável em casamento, há grande discussão sobre a possibilidade de reconhecimento desta para as famílias homoafetivas, objeto de discussão dos próximos capítulos.

Embora muitos afirmem que o rol dos tipos familiares insculpidos no texto constitucional seja taxativo⁹, ousamos concordar com os defensores da tese de que este é meramente exemplificativo¹⁰, pelas razões de não ser possível que uma legislação consiga prever todos os modos de se formar uma família. Além do mais, restringir o reconhecimento institucional da família somente a um grupo conceitual e legal restrito configuraria distinção preconceituosa, o que é claramente vedado pelo ordenamento constitucional.

Não se olvide, por oportuno, que aquilo que a Constituição não veda expressamente, é permitido, principalmente quando a seu favor operam uma série de princípios constitucionais como será observado em tempo oportuno. Portanto, nada obsta que outras formas de famílias alternativas sejam identificadas, como o caso das famílias homoafetivas, devendo a Ciência do Direito buscar entendê-las e regulamentá-las, respeitando a dinâmica da sociedade.

Concluindo, a Constituição estabeleceu que todas as formas familiares seriam protegidas pelo Estado, e assim deve ser, sob pena de infringir a regra do artigo 3º, III CRFB. Resta saber, afinal, qual a definição de família e os limites de abrangência desta proteção institucional.

⁹ Dentre muitos, Maria Helena Diniz, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Miguel Reale, Débora Vanessa Caús Brandão

¹⁰ Por exemplo, Maria Berenice Dias, Roger Raupp Rios, Paulo Luiz Netto Lôbo

1.3.2 Constitucionalização do amor e do afeto

As inovações constitucionais deram conformação democrática às instituições sociais, alterando-se a forma jurídica de compreendê-las, principalmente a família.

Antes de 1988 somente era considerada como família a unidade doméstica oriunda do casamento, formada pelo marido, pela esposa e sua prole comum. Quaisquer figuras incompatíveis com tal estrutura – pessoas não casadas, filhos adotivos, filhos havidos fora do casamento – eram desconsiderados da proteção do Estado.

Após 1988, tais figuras foram incorporadas à família, suprimindo padrões discriminatórios que não conferiam a estas pessoas prerrogativas e direitos reconhecidos somente aos membros das famílias clássicas (formadas pelo casamento).

Nesse sentido, a partir do momento em que a Constituição rompe com padrões morais antigos e amplia o conceito de família, abrange as mais diversas espécies de estruturas familiares. Passa, assim, a reconhecer como requisitos básicos para a formação da unidade familiar o amor e o afeto e nada além, abandonando-se as formalidades jurídicas discriminatórias, como o matrimônio civil e filhos legítimos, por exemplo.

Embora esses requisitos não estejam expressos no texto da Lei Fundamental, é facilmente percebido que a nova forma de se entender a família revogou os antigos requisitos e considerou exclusivamente o amor e o afeto formadores dos vínculos familiares.

Tal conclusão se dá pelo seguinte raciocínio: (i) **não se reconhece mais uma relação pecaminosa de concubinato, mas uma união estável perfeita, sem vícios**; (ii) foram **suprimidas todas as distinções que havia entre filhos de diferentes origens**; (iii) foram **reconhecidas as famílias monoparentais**, e (iv) **passa o divórcio a ter tratamento constitucional, sendo forma de se extinguir um casamento quando já não há mais os laços que unem o casal**, ou seja, o amor, o afeto e o ânimo mútuo de comunhão de uma vida em comum. Portanto, outro não pode ser o entendimento senão que os únicos requisitos para a formação da família são o amor e o afeto.

Conclui-se que, ainda que a Constituição não tenha elencado expressamente o amor e o afeto como requisitos formadores da família, o exercício hermenêutico demonstra ser essa a realidade.

1.4 Da definição contemporânea de família

Após toda a exposição aqui trazida, ousamos propor um novo conceito de família, que busca abranger a complexidade e as peculiaridades desta instituição em nossa sociedade. Antes, porém, algumas considerações.

Os conceitos doutrinários clássicos, de um modo geral, buscam os laços de consangüinidade para delimitar a família. Entretanto, isso acaba por excluir os filhos adotivos ou os outros menores componentes das famílias monoparentais, o que é impossível diante do atual ordenamento jurídico.

Considerar como família exclusivamente o trinômio pai, mãe e filho(s) também incorre em inconstitucionalidade, pois negligencia os casais que não podem ou não querem ter herdeiros, bem como os casais homoafetivos sem prole.

Assim sendo, conceituamos família como ***“todo e qualquer microssistema social nuclear em que as pessoas se unem por laços de amor e afeto, comprometendo-se a se ajudarem moral e materialmente, a manterem as finanças e os bens comuns, a respeitarem-se mutuamente e a criarem conjuntamente os filhos de quaisquer origens, quando for o caso”***.

2 DA HOMOSSEXUALIDADE

Neste ponto do trabalho será abordada a homossexualidade, tão viva e presente na sociedade brasileira contemporânea, porém sempre alvo de acaloradas reações, com grandes dificuldades de aceitação, muito embora haja um avanço significativo nesse sentido, conforme demonstrar-se-á ao longo deste trabalho.

Será demonstrado que a homossexualidade é inerente ao indivíduo, não fazendo parte de sua escolha racional, mas é o resultado de um somatório de fatores que vão além de seu alvedrio. Assim sendo, a orientação homossexual está abarcada pela proteção dos direitos humanos, não devendo ser, de forma alguma, alvo de discriminação e preconceito.

2.1 Homossexualidade ou homossexualismo?

Antes de adentrar no estudo aprofundado do tema, faz-se necessário este pequeno intróito.

A primeira vez que se usou o substantivo “homossexual” foi em 1869 pelo médico húngaro Karoly Benkert, em uma carta escrita por ele ao Ministério da Justiça da Alemanha do Norte em defesa dos homens homossexuais perseguidos por questões políticas.

O prefixo grego *hómos* significa “igual”, enquanto o sufixo *sexual* é latino, significando “relativo ao sexo”. Assim, homossexual é o “*indivíduo que têm preferência evidente pela relação sexual com pessoas do mesmo sexo*”.¹¹

Entretanto, durante muitos séculos, a homossexualidade foi tida como pecado, doença e crime, criando bases profundas para o preconceito e a discriminação contra os quais a sociedade deveria lutar. Assim, cunhou-se a expressão “homossexualismo”, cujo sufixo *-ismo* indica doença.

Porém, como será demonstrado em momento oportuno, a Medicina contemporânea não mais classifica o indivíduo homossexual como portador de uma patologia, sendo politicamente correta a expressão “homossexualidade”, que indica estado de fato, situação, mais coerente com a atual dinâmica científica, cultural e jurídica acerca do tema.

¹¹ RODRIGUES, Arnaldo Canger “Transexualismo, travestismo e homossexualismo”, Arquivos da Polícia Civil de São Paulo, p. 9.

Assim, durante este trabalho, será utilizado o termo “homossexual” para designar o indivíduo cujo destinatário de seu erotismo é alguém do mesmo sexo que o seu, e “homossexualidade” para designar o exercício da sexualidade da pessoa homossexual, expurgando toda e qualquer forma de preconceito presente no vernáculo.

Quanto aos vocábulos “gay” e “lésbica”, embora componham nomes de movimentos e associações de defesa de interesses comuns dos cidadãos homossexuais, bem como possuem razoável aceitação popular, podem, em certa medida, carregar um tom de preconceito, além de serem substantivos populares, não muito adequados para um trabalho científico como o presente.

2.2 Homossexualidade através dos tempos

Como o presente trabalho visa a defender o direito de casais homoafetivos adotarem menores de idade, ou seja, é tema adstrito ao território brasileiro, e, portanto, relaciona-se intimamente à soberania nacional, o sumário histórico apresentado refere-se à História Ocidental, de onde vêm as bases da sociedade brasileira contemporânea. Entretanto, o movimento homossexual atinge o mundo em sua totalidade, tendo significados diferentes em cada cultura e época, até por ser a homossexualidade um fator humano, independentemente de era ou povo.

Não é difícil reportar-se ao berço da cultura ocidental quando se trata de homossexualidade. Na Grécia Antiga, o relacionamento homossexual masculino entre adulto e menores impúberes era socialmente aceitável, fazendo parte de um ritual de iniciação à vida adulta, sendo condenado o relacionamento sexual entre indivíduos maiores. As figuras ilustres da época que eram notadamente homossexuais destacam-se, dentre outros, Aristóteles, Alexandre, o Grande, bem como personagens mitológicos, como Aquiles.

Não se pode olvidar também a poetisa Sappho, da Ilha de Lesbos, que escrevia poemas eróticos homossexuais, relatando relações entre mulheres, razão pela qual foram cunhadas as expressões “safismo” e “lesbianismo” para designar a homossexualidade feminina, ou mesmo “safadeza”, como forma de classificar atos imorais, pornográficos.

Quanto à expressão “sodomia” para designar a homossexualidade masculina, dispomos de um posicionamento muito particular, pois a palavra é oriunda de

Sodoma, cidade do Vale do Mar Morto que, segundo a Bíblia, foi destruída pela ira de Deus pela prática de horrendos pecados. O texto bíblico jamais explicitou quais eram essas infrações dos sodomitas, mas em algum momento foram relacionados à homossexualidade, em perfeita consonância com uma mentalidade preconceituosa que tende a classificar o amor entre pessoas do mesmo sexo como práticas diabólicas, anti-divinas, merecedoras do ódio de Deus e da destruição em massa.

Em Roma era comum que as legiões levassem escravos e eunucos para substituírem as mulheres em campos de batalha, sendo proibida a prática da homoafetividade entre cidadãos romanos. A transgressão a tais dispositivos sofria rígidas penas previstas na *Lex Scantinia*, que, na prática, era letra morta¹².

Sob os auspícios dessa legislação romana, os líderes católicos e reis medievais intensificaram a criminalização destes atos e a perseguição dos sujeitos que não eram praticantes das formas convencionais de sexo, em consonância com uma “*moralidade divina e natural*” traduzida na Bíblia e estudada por Tomás de Aquino. As penas cominadas a tais pecados chegavam à queima dos condenados na fogueira¹³.

Em sua teoria naturalista, Tomás de Aquino afirma que toda criação é boa, porque vem de Deus. Assim, tudo que contraria a ordem natural não é divino e não é bom, devendo ser expurgado. Os ditos pecados *contra naturam*, por sua conectividade com Deus são de pior ordem que as outras classes de transgressões. Nesse ínterim, a masturbação, a homossexualidade e a zoofilia são muitíssimo mais graves do que o adultério, a violação, o estupro e a sedução.

Esse maniqueísmo de Tomás de Aquino está até hoje fortemente arraigado na sociedade Ocidental, havendo uma eterna batalha entre os opostos¹⁴. Suas idéias são determinantes para a base teórica de muitos estudiosos que insistem em não reconhecer certos direitos aos homossexuais, como a adoção, pois, segundo estes, a relação sexual tem fim exclusivamente procriativo.

Quaisquer atos ou métodos contrários à consecução do ordenamento divino do “*crescei-vos e multiplicai-vos*” não podem ser considerados bons e moralmente

¹² WESTERMACK, E. “Cristianity and morals”, Londres, 1939, p. 371-372.

¹³ Dentre os crimes imputados aos Cavaleiros Templários para legitimar sua aniquilação figurava a “sodomia”.

¹⁴ O mais curioso é que as filosofias Orientais tendem a equilibrar os opostos (Yin-Yang), enquanto nas civilizações Ocidentais busca-se a polarização do mundo.

aceitáveis (como homossexualidade, métodos contraceptivos, modalidades de ato sexual não procriativas entre outros).

Diante de tal situação, na evolução do tempo, a homossexualidade não era passiva de compreensão, mas o contrário. Sofreu repressão por ser classificada como atitude criminosa, marginal e pecaminosa. Ser homossexual era, na época, tão grave quanto ser negro, mulher, ateu, mendigo, judeu, prostituta ou burguês falido, como se observa na obra de Gil de Vicente e outros contemporâneos.

Entretanto, com a sobrevivência do Renascimento, em que os intelectuais da época buscavam nas bases greco-latinas a filosofia e a arte, a prática homossexual passou a ser mais evidente, conforme se percebe das biografias e implicitamente das obras de nomes como Leonardo da Vinci, Michelângelo, Miguel de Cervantes, Shakespeare, dentre outros¹⁵.

Até o início do século XX ainda não se podia falar de um “movimento homossexual”, numa “classe gay”, pois ainda era prática publicamente reprimida e cientificamente negligenciada, até que Sigmund Freud, em 1905 publica sua obra “Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade”, deixando claro que a homossexualidade não é uma perversão, tampouco uma enfermidade. O Pai da Psicanálise defendia em seus estudos que seria uma extrema violação de direitos qualquer punição destes indivíduos, muito embora tenha classificado a homossexualidade como aberração sexual, posto que qualquer repressão aos homossexuais é causa fundamental para eclosão de doenças nervosas.

Muitos cientistas passaram a estudar o comportamento sexual humano e até os dias atuais tentam encontrar uma resposta absoluta sobre as origens e os motivos da homossexualidade. Porém, a dificuldade reside justamente no fato da base psíquica homossexual provavelmente pertencer à seara da fração da mente humana ainda não desvendada.

Tal fato, aliado a uma tradição tendente a marginalizar e a criminalizar a homossexualidade, causa dificuldades para avançar em pesquisas e conclusões científicas, possibilitando que ainda hoje existam teorias e defesas preconceituosas e discriminatórias, muito embora haja um arsenal jurídico e científico enorme que visa coibir tais práticas.

¹⁵ Rol de nomes retirados do sítio eletrônico < www.jfsservice.com.br>. Acessado em: 14/03/08.

Porém é muito recente uma certa organização política do grupo homossexual no mundo, lutando pela integração social e pelo reconhecimento de direitos, como uniões familiares, efeitos sucessórios, responsabilidade alimentar, adoção e outros. Seguramente pode-se afirmar que essa movimentação surge concomitante às teorias do amor livre e da contracultura norte-americana da década de 60 e 70, embora nomes de famosos homossexuais já haviam sido bastante propagados, tais como Tchaikovsky, Salvador Dalí, Virgínia Woolf, Marcel Proust, Oscar Wilde, James Dean, Rocky Hudson e outros¹⁶.

A problemática da aceitação da homossexualidade em dias atuais se agrava quando em 1981 médicos dos Estados Unidos passam a estudar casos de pneumocistose e sarcoma de Kaposi que acometiam jovens homossexuais aparentemente saudáveis, com diagnósticos e sintomas completamente fora dos padrões da medicina da época. Artigos apelidaram a moléstia de “câncer gay” ou “peste gay”, culminando no aprofundamento da discriminação pela orientação sexual. Em contrapartida, fortaleceu um movimento de pessoas homossexuais em busca de seus direitos e o respeito aos ordenamentos jurídicos democráticos, tendo sido feliz a Constituição da República Federativa do Brasil ao expurgar quaisquer formas de discriminação, lançando bases para o reconhecimento da família homoafetiva e os efeitos dela decorrentes.

2.3 Homossexualidade sob a ótica das ciências: respostas?

Conforme demonstrado anteriormente, nenhuma pesquisa até o momento conseguiu provar com precisão quais os fatores que levam um indivíduo a orientar-se pela hetero ou homossexualidade. O que se percebe é a tentativa dos grupos financiadores de tais investigações ditas científicas de encontrarem escusas ou razões para aprofundar o preconceito e a discriminação contra os homossexuais.

Essa busca desenfreada de causas para a homossexualidade, bem como a crença de que sua determinação biológica implicaria uma indulgência automática do sujeito homossexual, recorre-se a

“argumentos particularistas ou naturalistas para defender o direito que têm os indivíduos de ser respeitados em suas vidas públicas ou

¹⁶ Rol de nomes retirados do sítio eletrônico < www.jfsservice.com.br>. Acessado em: 14/03/08.

privadas, independente de traços físicos ou de suas preferências morais, emocionais, sexuais ou religiosas”¹⁷.

O que ocorre é que o Direito, por sua característica e seu objeto de estudo, não pode analisar certos temas sob sua exclusiva ótica. Tendo o presente trabalho o objetivo de defender o reconhecimento do direito à adoção por famílias homoafetivas, esse estudo não pode ser puramente jurídico, pois as capacidades afetivas, de relacionamento e o exercício da parentalidade são objetos de estudo de outras ciências, que não a jurídica.

Defender a possibilidade de sujeitos homossexuais adotarem e exercerem em conjunto a parentalidade, demonstrando a inexistência de riscos das mais variadas espécies aos adotandos, demanda um estudo multidisciplinar sobre a homossexualidade e sua implicação no mundo jurídico, que passa a ser feito no presente momento.

2.3.1 Medicina

A percepção da homossexualidade pela medicina se deu primeiramente como doença, havendo inclusive publicações médicas afirmando que esta é uma enfermidade que acarreta a diminuição de faculdades mentais do indivíduo e que seria contagiosa.

Várias pesquisas foram realizadas, sem sucesso, tentando identificar diferenças anatômicas e fisiológicas que pudessem identificar o indivíduo como homossexual ou não. Há também estudos endocrinológicos fracassados que tentam atribuir a disfunções hormonais a causa da homossexualidade, sendo sua “cura” a reposição dessas substâncias.

O importante a se ressaltar é que a Classificação Internacional de Doenças – CID, editada periodicamente pela Organização Mundial de Saúde – OMS, em sua 9ª edição (1985), ainda identificava a homossexualidade como um diagnóstico psiquiátrico pertencente ao capítulo das doenças mentais.

Somente na CID-10, em 1993, é que a homossexualidade deixa de ser classificada como enfermidade, passando a ser considerada como sintoma decorrente de circunstâncias psicossociais, tendo o termo “homossexualismo” desaparecido em 1995.

¹⁷ COSTA, Jurandir Freire “O Referente da Identidade Homossexual”, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 49.

Assim, a comunidade médica passou a ver a homossexualidade como estado de fato, decorrente de circunstâncias não patológicas, sendo doença apenas os distúrbios e ansiedades decorrentes do preconceito e da rejeição, excetuando-se a disforia de gênero (transexualismo).

2.3.2 Psicologia e Psiquiatria

A homossexualidade era tida como anomalia psicológica, variante da neurose, distúrbio que inverte o comportamento humano, promovendo desvio e perturbação da identidade sexual, fruto de um determinismo psíquico primitivo, que se origina nas relações parentais, desde a concepção até os três ou quatro anos de idade.

Diante de toda a produção científica iniciada após a obra de Freud, a Associação Americana de Psiquiatria retirou a homossexualidade da lista de distúrbios mentais em 1973, muito embora ainda haja inúmeros grupos não-científicos que mantêm a errônea idéia de que a homossexualidade é um desvio de identidade. No Brasil somente em 1999 o Conselho Federal de Psicologia, através de sua Resolução 01/99¹⁸, reconhece expressamente que a homossexualidade não é uma doença, distúrbio nem perversão, embora não seja também uma livre opção do indivíduo.

Cabe aqui lembrar a importante lição de Sigmund Freud, já explicitada anteriormente, que a homossexualidade, mesmo não sendo uma opção do indivíduo, não é uma doença, uma perversão, nem uma disfunção, mas é característica inerente do indivíduo, uma das várias possibilidades de desenvolvimento da sua identidade sexual.

Há certa tendência mundial em aceitar que a homossexualidade decorre de fatores domésticos, quando o menino se afasta do pai e passa a se identificar com a mãe, seja por violência, ausência ou mesmo um papel masculino passivo ou nulo na estrutura familiar ou vice-versa¹⁹. Entretanto, não há pesquisas e estudos conclusivos acerca deste ponto.

Particularmente não concordamos com este posicionamento, porque, embora não seja esta área o objeto de nosso estudo, empiricamente pode-se observar que muitas famílias com pais e mães amorosos e participantes em proporções iguais na vida dos filhos também geram indivíduos homossexuais. Assim, não haveria um

¹⁸ ANEXO A

¹⁹ OLIVEIRA, Basílio de "Concubinato: novos rumos", Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 311.

padrão científico observado, mas meras suposições e especulações com uma “maquiagem” técnico-científica.

Se fosse verdade o que essa teoria afirma, a “cura” para a homossexualidade seria simplesmente estabelecer juridicamente um padrão comportamental do pai e da mãe. Nesse ínterim, seriam proibidas famílias monoparentais e adoção por solteiros, pois poderiam “desenvolver a homossexualidade” nas crianças, classificando, por via transversa, a homossexualidade como doença e desvio de caráter.

Ainda que existam inúmeros estudos nas áreas de Psicologia e Psiquiatria sobre o tema, os teóricos ainda não são unânimes, sendo as origens e os motivos da homossexualidade ainda uma incógnita.

2.3.3 Biologia

Muitos pesquisadores desta área, notadamente da área da Genética²⁰, vêm tentando comprovar que a homossexualidade deriva de um determinismo natural, onde indivíduos pertencentes a uma certa classe, com desenvolvimento genético em certo sentido são homossexuais, portanto, passíveis de caridade em decorrência de seu “problema” não ter “cura”.

Os dados colhidos são inúmeros, mas os resultados são díspares e inconcludentes. Não há um padrão biogenético de ocorrência de casos de homossexualidade.

Descobrir uma razão genética para a homossexualidade significa comprovar seu caráter patológico, configurando verdadeiro absurdo, pois legitimaria alguns posicionamentos preconceituosos, como por exemplo, não permitir a adoção de menores por homossexuais, sob a alegação de que, por serem doentes, portadores de distúrbios genéticos, não poderiam ser bons pais ou mães.

Assim, não se descobriu até o presente momento qualquer tipo de ligação entre a carga genética e a homossexualidade.

2.4 Homossexualidade, Direitos Humanos e proteção constitucional

²⁰ O nome mais importante é do Dr. Dean Hamer, do Instituto Nacional do Câncer dos EUA, cujo primeiro resultado foi publicado na revista *Science* de 1993.

Dentre tudo o que foi afirmado até este ponto, o mais importante e fundamental a se ressaltar é que, quanto à orientação homossexual, embora não haja total certeza sobre suas origens,

“é provavelmente o **resultado de uma complexa interação de fatores ambientais, cognitivos e biológicos**. Na maioria das pessoas, a orientação sexual se forma muito cedo, quando ainda criança [...] **os seres humanos não escolhem se querem ser gays ou heterossexuais**. A orientação sexual surge para a maioria das pessoas no início da adolescência sem que tenha havido qualquer experiência sexual anterior. **Embora tenhamos a possibilidade de escolher se vamos demonstrar ou não os nossos sentimentos**, os psicólogos **não consideram que a orientação sexual seja uma opção consciente que possa ser modificada por um ato da vontade.**”²¹ (grifou-se)

Assim, a homossexualidade não é doença, mas também não é uma opção do indivíduo, configurando uma característica inerente à sua natureza. Aliás, a sexualidade, de modo geral, é individual e pessoal, compondo um rol de elementos que particularizam e individualizam cada ser humano.

Portanto, o Direito não pode utilizar a homossexualidade como padrão discriminatório, por ser uma característica inerente ao indivíduo. Ao fazê-lo, infringe os princípios constitucionais da igualdade (artigo 5º, *caput* e inciso I) e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), além do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos sem qualquer forma de preconceitos (art. 3º, IV).

Modernamente entende-se por direitos humanos como aqueles fundamentais e necessários ao exercício pelo homem de sua dignidade enquanto pessoa humana, devendo a sociedade política consagrar e criar meios de protegê-los e observá-los.

Sob a ótica da doutrina mais acertada sobre o tema,

“Uma das tendências marcantes do pensamento moderno é a convicção generalizada de que o **verdadeiro fundamento de validade - do direito em geral e dos direitos humanos em particular** - já não deve ser procurado na esfera sobrenatural da revelação religiosa, nem tampouco numa abstração metafísica - a natureza - como essência imutável de todos os entes no mundo. **Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou**. O que significa que **esse fundamento não é**

²¹ Texto retirado do folheto “Orientação Sexual e Homossexualidade” da Associação Americana de Psicologia, traduzido por RAMIRES, Luiz e PICAZIO, Claudio. Disponível em: <www.glfssite.net/academia/arquivos/orient_lula_picazio.doc>. Acesso em: 28/08/2007.

outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias.”²² (grifou-se)

Como se observa, os Direitos Humanos abarcam todas as formas de proteção da pessoa humana, de sua personalidade, sua individualidade, defendendo sua dignidade e auto-estima, com o fito de proporcionar a cada indivíduo a convivência pacífica com os seus, em uma rede de mútuo respeito e tolerância advinda de uma noção de justiça, Direito e organização social.

O diploma legal que lança as bases de Direitos Humanos a serem observadas por todas as nações do mundo é a Resolução 237/1948 da ONU – Organização das Nações Unidas, a consagrada Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. Este pacto traduz em seu bojo a responsabilização dos Estados por garantir a todas as pessoas que convivam em seus territórios o respeito, a liberdade, a vida, a igualdade e a segurança pessoal através de medidas como abolição da escravidão, não-discriminação, erradicação de preconceitos, vedação à tortura, condenação mediante juízo natural competente e investido de jurisdição, dentre outras medidas que protejam a integridade física, psíquica, cultural e social do homem. Tais princípios estão previstos no artigo 5º e incisos da CRFB.

Em sendo a homossexualidade característica inerente ao indivíduo, como são a raça, o sexo, o tipo físico, a herança cultural, etc., sua orientação homossexual independe de regulamentação jurídico-legal, desde que, obviamente, observe-se o decoro e os limites do aceitável, conseqüências lógicas de uma convivência em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, é a brilhante lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

“É inquestionável que, à luz do texto constitucional de 1988, a orientação sexual da pessoa é atributo inerente de sua personalidade, merecendo respeito e acatamento por toda a sociedade, que deve ser livre, justa e solidária, preservando a dignidade da pessoa humana, independentemente de suas preferências ou opções sexuais. O afeto existe na maior parte das uniões homossexuais, é idêntico ao elemento psíquico e volitivo das uniões conjugais e companheiris, não há dúvida.”²³ (grifou-se)

²² COMPARATO, Fábio Konder “Fundamento dos Direitos Humanos”, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, p. 10 *et. seq.* Disponível em: <www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em: 27/09/2007.

²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da “A união civil entre pessoas do mesmo sexo”, in “Revista de Direito Privado”, Vol. II, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2000, p. 170.

Apesar do brilhantismo do pensamento acima esposado, este respeitável doutrinador, embora defenda que, em sendo a homossexualidade inerente ao ser humano e por haver o elemento afeto para unir as famílias homo e heteroafetivas, ambas seriam detentoras dos mesmos direitos, conclui suas considerações afirmando que entre os homossexuais não se pode falar juridicamente em família, porque sua homossexualidade não é

“considerada natural – ou normal (*sic*), somente sendo possível a sua prática entre um homem e uma mulher, permitindo inclusive a perpetuação da estirpe [...], há obstáculo a que outras práticas sexuais - ainda que presentes na realidade fática, possam ser consideradas justificadamente”²⁴.

Os argumentos são inverossímeis e incoerentes, porque em sendo a homossexualidade semelhante à heterossexualidade, como o próprio autor reconheceu, não há que se falar em “diferenças”, “naturalidade” ou mesmo em “controle estatal das relações sexuais”. Repise-se, a Constituição não permite preconceito e discriminação, além das relações sexuais pertencerem à esfera da intimidade. O que se veda é exatamente a subversão dessa liberdade. A observância e o respeito à liberdade sexual são tão importantes para a configuração da dignidade da pessoa humana que o Código Penal a protege, notadamente entre os artigos 213 a 216-A.

Quanto à filiação e perpetuação da espécie humana, vale lembrar que a dinâmica constitucional consubstanciou o instituto da adoção como ficção jurídica através da qual menores tornam-se filhos dos adotantes, como se os laços de sangue existissem. Assim, uma família homoafetiva pode ter uma prole em conjunto através da adoção. Basta boa vontade dos operadores do Direito em reconhecer, legislar e regulamentar tal situação.

Há que se observar também o princípio da igualdade dentro dessa sistemática hermenêutica. A partir do momento em que se configura a homossexualidade como característica inerente ao indivíduo, esta não pode ser tida como padrão para que se confira ou não direitos aos cidadãos, sob pena de se infringir o princípio da isonomia, pois entre homossexuais e heterossexuais não há diferenças jurídico-axiológicas, posto que ambas orientações sexuais são

²⁴ Idem, p. 171.

provenientes de um mesmo processo psíquico, cujas variáveis apontaram para um ou outro lado.

Em nosso ordenamento jurídico “o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas”²⁵. O tratamento não-isonômico só se justifica quando há infração a princípio legal, tornando-se o transgressor desigual em relação aos indivíduos não infratores, justificando a aplicação de penalidades. Pode ocorrer também quando o padrão discriminatório visa à proteção de grupos notadamente hipossuficientes, como consumidores em negócios jurídicos com fornecedores, trabalhadores nas relações de emprego, crianças, adolescentes e idosos nas questões de família e proteção de seus direitos, entre outros, sendo aplicação pura e simples do princípio da equidade.

Então, dizer, por exemplo, que um consumidor é parte mais fraca em relação ao fornecedor e por isso em seu favor deve ser invertido o ônus da prova é perfeitamente aceitável, pois o Estado cria bases jurídicas para equalização desses dois grupos antagônicos e notadamente desproporcionais. Porém, concluir-se, como muitos teóricos o fazem, que um casal homoafetivo não pode viver em união estável ou que não pode adotar porque simplesmente sua orientação sexual é destinada a pessoas do mesmo sexo, configura-se preconceito e discriminação, pois, como já comprovado, a homossexualidade é característica inerente ao indivíduo, e utiliza-la como padrão discriminatório implica absurdo, inconstitucionalidade incomensuráveis e um ataque pungente às instituições jurídicas democráticas e de Direitos Humanos.

Se é verdade que os Direitos Humanos objetivam tutelar a dignidade da pessoa humana, em via indireta, protegem a felicidade, pois seu arsenal jurídico garante uma vida pacífica e segura do m,erro alvedrio do Estado e das outras pessoas.

Destarte, a liberdade para o exercício pleno e desimpedido da sexualidade é condição ínsita da natureza humana, merecedora da proteção jurídica em conjunto com seus outros bens imateriais tutelados pelo ordenamento, como o direito à diversidade, à privacidade, à igualdade, à individualidade e ao respeito.

Conforme José Carlos Teixeira Giorgis:

“A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços

²⁵ MORAES, Alexandre de “Direito constitucional”, 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 66.

constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a **promoção positiva de suas liberdades**.²⁶ (grifou-se)

Embora infundável a discussão sobre o que é e qual é a finalidade do Direito, aqui nos arriscamos em dizer que este decorre da eterna necessidade dos grupos humanos de se organizarem, como forma de se garantir uma convivência equilibrada. Tradicionalmente, porém, a História nos revela que sua aplicação sempre foi no sentido de reprimir organizações e/ou manifestações não previstas ou não aceitas juridicamente.

Ainda que a realidade contemporânea do Direito não tenha se afastado totalmente de suas origens, a evolução dos Direitos Humanos, notadamente os chamados da Quarta Geração, aponta no sentido que ordenamento jurídico tem por fim, ainda que ideal, a convivência igualitária, solidária e fraterna entre os homens.

Por isso, não seria completamente errado ou tolo afirmar que o humano tem como objetivo perseguir a felicidade. E, para sua efetivação, o Estado deve munir-se de todos os meios que garantam a vida, liberdade em todos os sentidos, proteção ao trabalho, dignidade da pessoa humana, vedação à discriminação e ao preconceito, proteção das famílias, dos menores e dos idosos, do meio-ambiente, respeito às diferenças, dentre outras.

Ou seja, a análise do direito de ser homossexual ou heterossexual é o mesmo que se falar em direito de ser homem ou mulher, no direito de ser branco ou negro, no direito ter essa ou aquela cor de olhos, de cabelos, certa altura e tipo físico: é o direito de ser respeitado por sua natureza.

Portanto, diante do exposto, não há diferenças de quaisquer naturezas entre indivíduos hetero e homossexuais, não podendo haver padrões de discriminação entre ambas classes por sua orientação sexual. Afinal, ter essa ou aquela orientação sexual está compreendida pela liberdade sexual, construindo direitos que compõem e configuram a dignidade da pessoa humana, não sendo esta um prêmio ou uma conquista, mas uma garantia constitucional.

Assim, às famílias homoafetivas também devem ser conferidos o direito à união estável, ao pacto antenupcial, à sucessão, a alimentos, à pensão por morte ou

²⁶ GIORGIS, José Carlos Teixeira "A natureza jurídica da relação homoerótica" in Revista AJURIS, n.º 88, Tomo 1, Porto Alegre, 2002, p. 244.

invalidez permanente do companheiro, à adoção, dentre muitos outros, derrubando diferenças práticas entre as classes de famílias hetero ou homoafetivas.

3 DA ADOÇÃO

Após o estudo da família brasileira contemporânea, de suas características, de seus requisitos formadores e dos aspectos jurídicos que a envolvem, somada ao estudo multidisciplinar sobre a homossexualidade, passa-se a dissertar sobre o instituto da adoção para melhor entendimento do tema global do presente trabalho.

Verifica-se pelos capítulos anteriores que o ordenamento jurídico atual expurga, ao menos em tese, o preconceito e a discriminação injusta, tendo o Estado brasileiro como pilares a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Nesse ínterim, a Constituição de 1988 reconheceu as ditas famílias alternativas, promovendo profundas alterações na família convencional, constituída pelo casamento, relegando à legislação infraconstitucional sua regulamentação. Dentre essas modificações, buscar-se-á tratar neste capítulo daquelas atinentes à adoção, seu conceito, seus requisitos e seus efeitos.

A adoção é ficção jurídica através da qual o adotando torna-se filho do(s) adotante(s), surtindo todos os efeitos jurídicos decorrentes da filiação natural, razão pela qual este instituto também é conhecido como filiação civil.

Diferem-se a filiação civil da natural única e exclusivamente pela origem: enquanto aquela decorre de laços biogenéticos, gerando efeitos no mundo jurídico, esta constitui-se por sentença judicial. Entretanto, em ambos os casos estão presentes os requisitos de amor e de afeto para constituição da família, bem como são conferidos os mesmos direitos aos dois tipos de filhos, inexistindo qualquer diferenciação jurídica.

A adoção tem papel social importante e fundamental, pois busca proporcionar a menores abandonados a convivência saudável em uma família, bem como garantir-lhes efeitos sucessórios e alimentares a que não possuem acesso. Verifica-se, portanto, a presença da questão de ordem pública envolvendo o estudo em comento, razão pela qual há um controle estatal através do Poder Judiciário sobre a constituição do vínculo civil de filiação.

Entretanto, antes de adentrar no estudo da adoção sob a luz do atual ordenamento jurídico brasileiro, é interessante conhecer a evolução deste instituto através dos tempos e a modificação de seu significado e natureza jurídica.

3.1 Lineamentos históricos

Assim como realizado anteriormente, o estudo do histórico da adoção será apresentado através da ótica da historiografia ocidental, onde estão presentes as origens, preceitos e princípios que envolvem a regulamentação deste instituto no sistema jurídico nacional.

A evolução histórica da adoção é muito peculiar. Na Antiguidade era utilizada como forma de perpetuar o culto doméstico, principalmente pela linha masculina, como se observa entre os hebreus, gregos e romanos.

Tanto na Grécia quanto em Roma, cada família possuía seus próprios deuses, representados pelos antepassados mortos, e uma liturgia específica, determinada pelo patriarca que também era o chefe religioso. O grupo familiar desprovido de descendentes certamente não perpetuaria seu culto da *sacra privata*. Acreditavam estes povos que tal fato acarretaria na condenação eterna das almas dos membros de sua família e de seus antepassados ao esquecimento e à perdição no limbo.

A primeira definição dada à adoção foi a de Cícero no *Pro Domo* 13,14: “Adotar é pedir à religião e à lei aquilo que da natureza não se pôde obter”. Essa é a idéia primordial e fundamental do instituto na época, vinculando a adoção aos interesses, necessidades ou carências do adotante, sendo o adotado mero personagem responsável por suprir essas expectativas.

Para atender a necessidade de continuação dos cultos familiares romanos, foi criado o instituto da adoção na Lei das XII Tábuas, organizado sob duas formas: *adrogatio* e *adoptio*. A *adrogatio* abrangia não somente o adotado, mas também sua família, não sendo permitida aos estrangeiros. Era ato formal em que se reuniam em praça pública o representante do Estado, da religião e do povo, e indagavam o adrogante e o ad-rogado sobre as pretensões de adoção; a *adoptio* referia-se à adoção de um *sui juris*, pessoa capaz, emancipada ou mesmo um *pater familias* que abandonava o culto familiar e assumia o do adotante.

Para ambas modalidades era necessário que o adotante possuísse idade mínima de 60 anos, fosse homem, não tivesse filhos naturais e a diferença de idade entre adotante e adotado fosse, no mínimo, 18 (dezoito) anos. Na fase imperial a mulher podia adotar desde que tivesse autorização do imperador.

Durante muitos séculos o instituto da adoção serviu-se dessa principiologia jus-romanista, sendo meio para suprir uma carência de pessoas sem filhos naturais

legítimos. A versão original do artigo 368 do Código Civil de 1916 – CC/16 permitia que somente maiores de 50 (cinquenta) anos sem prole legítima ou legitimada pudessem adotar. O artigo 370 complementava a idéia estatuidando que “*ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher*”.

Com a superveniência da Lei 3.133/57, a idade foi reduzida para 30 (trinta) anos, eliminou-se a exigência da ausência de prole legítima ou legitimada e instituiu a diferença etária entre adotante e adotado de 16 (dezesesseis) anos. Assim, o enfoque da adoção passou a ser o interesse do menor em ser adotado.

Entretanto, a referida lei também alterou o artigo 337 do CC/16, afirmando que os menores adotados por famílias com prole não teriam direito à sucessão hereditária, sendo filhos, mas não herdeiros. Tal situação perdurou até a promulgação da CRFB, cujo artigo 227, §6º, dentro da lógica democrática constitucional, aboliu toda e qualquer forma de discriminação entre os filhos, independentemente da origem dos seus laços de filiação.

Tal norma se repetiu no artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, regulamentando a adoção de menores, inspirando fortemente o modelo adotado pelo atual Código Civil.

3.2 Conceituação e natureza jurídica

A delimitação do conceito e da natureza jurídica da adoção sempre foi controvertida, devendo-se à pluralidade de faces que lhes foram atribuídas ao longo da História.

A escola francesa tradicional admite que a natureza do instituto é a de um contrato, sendo necessária a emissão de duas vontades: a do adotante e a do adotado, por si ou por seus representantes. Os maiores expoentes desse pensamento são Eduardo Espínola, Colin e Capitant, os irmãos Mazeaud, Ennecceres, Plainol, Joserant, Laurent, Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda e outros.

Em outra linha de pensamento, mais atual e coerente com o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, a adoção é um instituto de ordem pública, produzindo efeitos na esfera individual familiar, representando ficção jurídica para constituição de laços civis de filiação, como se natural fosse. Dentre os teóricos destacam-se Ruggiero e Maroi, Antônio Chaves, Arnoldo Wald e Venosa.

Cabe aqui tecer críticas à escola francesa, pois reconhecer natureza contratual à adoção é vincular o instituto aos efeitos puramente econômicos, regido pelo Livro das Obrigações do Código Civil. Entretanto, a realidade jurídica demonstra que o vínculo da adoção é moral, ou ainda, afetivo. Os efeitos decorrentes do instituto em comento são os afeitos à filiação, ou seja, o adotado deixa de ser filho de sua família original e passa a sê-lo do(s) adotante(s), sendo, portanto, constitutiva a sentença que o decreta.

3.3 Requisitos, procedimentos e efeitos da adoção

Como já mencionado, o instituto da adoção é regulado pelos artigos 39 a 52 do ECA e pelos artigos 1.618 a 1.629 do CC/02. É também um rito especial cujas características, requisitos e *iter* procedimental passam a ser analisados.

Convém frisar, antes de qualquer análise, que o artigo 23 do ECA é claro ao estatuir que “*A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder*”, entendendo-se, aqui, “pátrio poder” como poder de família, como o ordenamento jurídico passou a denominar a responsabilidade e obrigação de educação e comando da família exercido em igualdade pelos pais. Assim, a pobreza e a miséria não constituem requisitos para que seja o menor retirado do seio de sua família e entregue a uma família substituta mais abonada.

O primeiro requisito, e o mais importante e que possui maior peso no momento que o órgão julgador deferir a adoção, é aquele disposto no art. 43 do ECA e no art. 1.625 do CC/02, qual seja, a adoção deve representar, efetivamente, o melhor para o adotando, cujos liames serão caracterizados pelos relatórios da equipe de psicólogos e assistentes sociais que, ao menos em tese, acompanham as famílias peticionantes e o comportamento dos menores nesses lares durante fase específica do processo.

O primeiro requisito para adoção é faixa etária: o adotante deve ser maior de 18 (dezoito) anos (art. 1.618 do CC/02 revogou tacitamente o *caput* do art. 42 do ECA) e a diferença de idade entre adotante e adotado é, de pelo menos 16 (dezesseis) anos (art. 42, §3º do ECA). Por oportuno, o adotando deve contar com, no máximo, 18 (dezoito) anos à data da propositura da ação de adoção, salvo se já estiver sob guarda do peticionante (art. 40 do ECA).

Pode haver adoção por duas pessoas, a dita adoção conjunta, desde que essas sejam casadas ou convivam em união estável e que ambos atendam aos requisitos supramencionados (art. 42, §2º do ECA).

Conforme o disposto no art. 41 do ECA, a adoção é meio pelo qual atribui-se a um menor de idade a condição de filho do adotante, como se este natural fosse. Isso significa que esta é uma medida extrema em que os pais biológicos são destituídos do poder familiar, os naturais laços de filiação são desfeitos, novos documentos são expedidos, passando o adotante a ser pai/mãe do adotado, agora seu filho, modificando até mesmo seu nome. Passam a inexistir quaisquer vínculos entre os antigos pais e o adotando, exceto para os impedimentos ao casamento (art. 1.626 do CC/02).

Por conta da gravidade e da complexidade que envolvem este processo, os pais ou representantes legais do adotando devem emitir seu consentimento sobre a adoção do menor (art. 45 do ECA), a não ser que esses sejam desconhecidos, já tiverem sido destituídos do poder de família ou esteja o adotando exposto ou ainda abandonado e não reclamado por qualquer parente há mais de um ano (art. 45, §1º do ECA c/c art. 1.624 do CC/02). Se o adotado for maior de 12 anos, seu consentimento também deve ser emitido (art. 45, §2º do ECA).

Urge aqui ressaltar que, embora os termos do artigo 45 e seguintes do ECA sejam perfeitamente constitucionais e democráticos, sendo meio de se evitar fraudes e a chamada “adoção à brasileira”²⁷, na realidade, tal medida pode gerar desconfortos aos adotantes, pois os pais biológicos podem vir a persegui-los, extorqui-los e/ou chantageá-los, como é bastante comum ouvirmos nos noticiários.

Os Juízos Orfanológicos ou as autoridades judiciárias legalmente designadas manterão registro de menores a serem adotados e de pessoas que gostariam de adotar, como forma de organizar e facilitar a conjunção desses interesses complementares (art. 50 do ECA).

Após escolha do menor e propositura do pedido de adoção, o Juízo competente, nos termos do art. 46 do ECA, fixará prazo para o estágio de convivência, em que será observada a evolução afetiva entre adotante e adotado,

²⁷ Mães que, por razões das mais variadas, abandonam seus filhos nas maternidades e/ou permitem que pessoas levem o recém-nascido e o registrem diretamente, sem passar pelas fases da adoção. Muitas vezes tal medida configura fraude, porque, em estado puerperal, a mãe não possui discernimento suficiente para renegar ou não seu poder de família, configurando verdadeiro tráfico de crianças.

sendo ao fim lavrado relatório por peritos judiciais que darão base para o órgão julgador verificar se está presente ou não o requisito do art. 43 do ECA. Entretanto, tal prazo de convivência é dispensado no caso do adotando ser menor de 01 (um) de idade ou se já estiver sob a guarda e a proteção dos adotantes por tempo razoável, suficiente para se verificar se aquela família oferece o melhor para a criança (art. 46, §1º do ECA).

Com base no relatório emitido pelos assistentes sociais e psicólogos, bem como pela emissão de concordância dos pais e do adotado, quando for o caso, o Juiz, verificando que aquele vínculo civil de filiação será o melhor para o menor, constitui-lo-á por sentença, que será título bastante para traslado ao registro civil (art. 47 do ECA).

Constituem-se, então, os laços de filiação entre adotante e adotado, passando a serem pai/mãe e filho, cancelando-se registro original do menor, excluindo-se toda e qualquer referência aos pais antigos. A sentença poderá atribuir ao adotado, mediante pedido prévio, o sobrenome do adotante, podendo inclusive seu prenome ser alterado (art. 47, §§2º, 3º e 5º do ECA). Esses efeitos se dão a partir do trânsito em julgado da sentença que deferiu a adoção.

Em termos sumários e práticos, esse é o procedimento de adoção de menores em âmbito nacional.

4 DA ADOÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

Após toda a exposição trazida à colação, verifica-se que já dispomos de um conjunto sólido para defesa do tema central do presente trabalho, ou seja, a possibilidade da adoção por famílias homoafetivas.

Para tanto, urge iniciar esta parte do estudo com a análise dos mais variados aspectos da família homoafetiva e de sua capacidade para adoção de menores.

4.1 Aspectos jurídicos sobre a família homoafetiva: união estável

Como foi demonstrado até este ponto, a intenção da Lei Maior ao alterar a forma de se compreender a família foi ampliar esse conceito e abarcar as ditas famílias alternativas – realidade social brasileira muito forte e presente –, estendendo a proteção do Estado a todas as comunidades familiares unidas por laços de amor e afeto.

Nesse ínterim, não deve o Direito cerrar os olhos para outra realidade social: a existência de famílias homoafetivas, que são aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo e possível filiação.

Há muitos teóricos que ainda se recusam a aceitar esse tipo familiar, sob os auspícios de argumentos preconceituosos e carregados de velhos pontos de vista de uma moralidade religiosa, incompatíveis com a contemporânea dinâmica social.

Ao negarem a existência da família homoafetiva, tais teóricos criam um padrão discriminatório plenamente dissonante com os objetivos da República Federativa do Brasil, como liberdade e vedação à discriminação, insculpidos no bojo do artigo 3º da CRFB, senão veja-se.

Para alcançar tal conclusão, basta simples raciocínio lógico-hermenêutico: quando um homem e uma mulher resolvem ligar-se por laços de amor e afeto, assumindo o compromisso de mútua ajuda moral e material, seja pelo casamento ou através da união estável, ser-lhes-ão conferidas todas as proteções do Estado previstas no artigo 226, *caput* CRFB. Entretanto, dois indivíduos do mesmo sexo também podem unir-se por laços de amor e afeto, assumindo o compromisso de mútuo respeito e consideração, com recíproca ajuda moral e material, conforme o aduzido no artigo 2º e seus incisos da Lei 9.278/96.

Não reconhecer a possibilidade acima mencionada, a família homoafetiva, implica discriminação do cidadão por sua orientação sexual, em frontal confronto à letra do artigo 3º, I e III CRFB. Em outras palavras, seria o mesmo que dizer que somente a família heteroafetiva é juridicamente aceita e qualquer tipo de família homoafetiva é indigno da proteção que o Estado dispensa às famílias, por ser a homossexualidade padrão meritório de tratamento desigual.

Entretanto, a sociedade, de um modo geral, vem reconhecendo a existência da família homoafetiva, principalmente após a publicação da Instrução Normativa INSS n.º 25/2000²⁸, que disciplina os procedimentos adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão pago ao(à) companheiro(a) homossexual. O Estado brasileiro, com esta medida, reconhece pela primeira vez no Brasil a existência de união estável e da família homoafetiva.

Após tal ato normativo, bancos e seguradoras vêm estendendo benefícios de planos de saúde, seguro de vida, planos de previdência privada dentre outros ao(à) companheiro(a) homossexual, demonstrando uma aceitação social e o reconhecimento da família homoafetiva. Tais medidas vêm sendo copiadas por alguns institutos de previdência social dos servidores públicos, como no Município do Rio de Janeiro, além de planos de saúde de grandes sociedades empresárias, como Furnas Centrais Elétricas e Companhia Vale do Rio Doce.

Como consequência lógica da evolução conceitual aqui demonstrada, o Estado do Rio de Janeiro, em louvável atitude, apresentou ao Supremo Tribunal Federal - STF em 27/02/2008 a Arguição de Descumprimento Fundamental, processada através do n.º ADPF 132²⁹, demonstrando, em suma, que, quando o Estado manifesta posicionamentos contrários ao reconhecimento da união estável entre indivíduos homossexuais, seja por atos administrativos, seja por omissão legal, seja por decisões judiciais, está descumprindo princípios fundamentais da Constituição, os direitos de igualdade (artigo 5º, caput), liberdade e autonomia da vontade (artigo 5º, II), dignidade da pessoa humana (artigo 1º, IV) e segurança jurídica (artigo 5º, *caput*).

Tal ação tem por objetivo reconhecer a união estável entre cidadãos homossexuais, estendendo aos companheiros as benesses previstas aos cônjuges e companheiros de servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro, previstas no

²⁸ ANEXO B

²⁹ ANEXO C

Decreto-lei Estadual n.º 220/75. Até o presente momento o Plenário do STF ainda não julgou o mérito desta questão.

Não se pode olvidar também que a Lei 11.340/05, a famosa Lei Maria da Penha, que visa à proteção da mulher contra a violência doméstica, ao delimitar seu âmbito de proteção, no artigo 5º, parágrafo único, reconhece a existência da família homoafetiva, sendo a única legislação brasileira que a menciona expressamente. É a segunda vez que o Estado reconhece esse tipo de família, desta vez, através de lei federal.

Alguns teóricos, como Débora Vanessa Caús Brandão, Rainer Czajkowski e Washington de Barros Monteiro, não reconhecem a possibilidade jurídica de homossexuais comporem uma família sob o simplório argumento de lhes faltar capacidade procriativa natural. Se isso fosse verdade, também não poderiam ser reconhecidas como família aquelas formadas por casais estéreis, por possuírem a mesma deficiência. Entretanto, isso não ocorre por ser discriminação injusta, além da procriação não ser o objetivo exclusivo da união afetiva entre duas pessoas. Não se pode olvidar, por oportuno, que, pela dicção do artigo 227, §6º da CRFB, a adoção é uma ficção jurídica que substitui a concepção natural, criando laços de filiação entre adotante e adotado, ou seja, a “capacidade procriativa natural” atinge a todos os tipos familiares, suprimindo possíveis deficiências da família.

Muito embora o artigo 226, §3º CRFB e o artigo 8º da Lei 9.278/96 afirmem que será facilitada a conversão da união estável em casamento (e sobre tal norma jurídica repousa interpretação puramente gramatical em que se suportam os antagonistas à união homossexual), ousamos entender ser possível que um casal homoafetivo seja declarado como vivendo em união estável por não haver na legislação citada a exigência da heterossexualidade, relegando ao exercício hermenêutico acima demonstrado o reconhecimento do direito de homossexuais unirem-se. Não se olvide que a favor dos casais homossexuais há os princípios constitucionais democráticos que lhes asseguram tratamento humano, digno e sem discriminações e preconceitos, bem como pelo fato de ser reconhecido a todo e qualquer cidadão brasileiro a liberdade de pensamento e a autonomia de vontade.

Aliás, cabe ressaltar que, embora o tema do presente estudo seja especificamente a união estável nas famílias homoafetivas, é de extrema importância estudar a possibilidade de união estável entre cidadãos homossexuais à

medida que o artigo 42, §2º do ECA estatui que a adoção conjunta será deferida a somente a casais ou conviventes em união estável.

O Direito brasileiro ainda caminha com dificuldades no sentido de conferir validade jurídica às famílias homoafetivas. Entretanto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS³⁰, como era de se esperar, deu um passo maior que todos os outros, formando conjunto denso de decisões favoráveis, conforme se verifica dos exemplos abaixo:

“(…) 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 colmatção 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 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. (...) 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.

Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo gera 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”. (Apelação Cível 70021637145, 8ª Câmara Cível TJRS. Relator: Des. Rui Portanova. Julgamento: 13/12/2007) (grifou-se).

“(…) 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

³⁰ ANEXO D

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. (...) 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. (...) (Apelação Cível 70016239949, 7ª Câmara Cível TJRS. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 20/12/2006) (grifou-se).

Conforme se nota, o Judiciário Gaúcho tem posicionamento firmado quanto ao reconhecimento da legalidade e legitimidade das uniões homossexuais, reconhecendo-lhes os efeitos da união estável, conforme os ditames legais do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC: diante de uma questão em que há uma lacuna da lei, o TJRS aplica os preceitos do Direito de Família por analogia e julga sob o pálio dos princípios gerais do direito previstos no texto da Constituição, como liberdade, isonomia, vedação à discriminação e dignidade da pessoa humana.

O órgão julgador, defronte a uma questão de alta indagação quanto a presente, em que há relevante clamor social e extrema controvérsia, deve despir-se completamente de preconceitos e de convicções pessoais, políticas e religiosas, e interpretar o pleito jurisdicional conforme as disposições constitucionais e sob os auspícios de noções de Justiça. Taxar de ilegal a união entre dois indivíduos homossexuais, negando-lhes as proteções estatais ou reconhecer tão somente os efeitos patrimoniais atinentes a uma sociedade de fato significa abandonar direitos preciosos desses cidadãos, classificando-os como inferiores em relação aos heterossexuais. Assim, uma decisão judicial que não reconhece a união estável homoafetiva constitui preconceito e discriminação chancelados pelo Poder Público.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a questão ainda é, infelizmente, negligenciada por seus Desembargadores. E o absurdo ser perfaz quando o Órgão Especial do TJRJ julgou procedente a Representação por Inconstitucionalidade n.º 2004.007.00166, retirando do ordenamento jurídico estadual o parágrafo 7º do artigo 29 da Lei Estadual 285/79, que reconhecia o companheiro homossexual como

beneficiário da pensão paga pelo IPERJ – Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro.

Entretanto, apesar disso, o Poder Judiciário do Rio de Janeiro foi pioneiro em deferir adoções a homossexuais solteiros, quando o Dr. Juiz Siro Darlan era titular do Juizado de Menores. Merece aplausos a atuação deste Magistrado, pois mantém sua brilhante atuação judicante na 12ª Câmara Cível, conforme se destaca³¹:

“(...) Inicialmente, convém ressaltar que a nova dogmática constitucional impõe a efetividade imediata dos direitos fundamentais, os quais configuram declaração mais pormenorizada daquilo que implica ‘dignidade’ que é justo que os homens reconheçam-se uns aos outros.

Nesse sentido impõe-se a interpretação das normas constitucionais em consonância ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consoante previsto no artigo 1º, III da Constituição da República. Outrossim, o artigo 3º da Constituição da República trata dos objetivos fundamentais da República, como a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo e cor. Ainda, o clássico artigo 5º da Carta Magna prevê que todos são iguais perante a lei. De forma específica, o artigo 226 da Constituição da República dispõe que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Adotada esta ordem de idéias, observa-se que o ser humano detém um valor que lhe é intrínseco, excluída apreciação acerca de origem, raça, sexo e cor, cabendo a ele ser concedido o cuidado o cuidado inerente de sua condição de ser humano.

‘(...) Um Estado que se quer democrático, onde a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de fundamento da República, não pode, sob pena de contrariar frontalmente o ordenamento constitucional, partir de uma perspectiva de exclusão de arranjos familiares, atenda-se, tecnicamente, entidades familiares não mencionadas expressamente pela CF, a que denominamos entidades familiares implicitamente constitucionalizadas. (...)’ Adotados tais parâmetros, vislumbro que a relação homoafetiva merece proteção como entidade familiar, não podendo o Poder Judiciário se manter alheio ou distante das novas concepções que permeiam a sociedade. Não se pode denegar a tutela jurisdicional, sendo certo que a união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar, não podendo os julgadores se manterem arraigados a meros conceitos ultrapassados, em dissonância à evolução social. (...)”. (Apelação Cível 2006.001.09083, Lavratura de voto vencido, 12ª Câmara Cível TJRJ. Revisor: Des. Siro Darlan. Data da lavratura: 01/11/2006) (grifou-se).

Outra questão concernente ao assunto abordado é a tendência de parte da jurisprudência e da doutrina em fazer concessão outrora apontada às famílias

³¹ ANEXO E

homoafetivas: se de um lado não reconhece a união estável, por outro, declara a existência de uma sociedade de fato entre o casal. Tal solução atende somente às questões patrimoniais, mas negligencia completamente as relações decorrentes da constituição da família.

A referida solução, embora represente, de certo modo, um pequeno avanço jurídico, de outro lado representa ainda o pensamento preconceituoso arraigado na mentalidade coletiva brasileira, pois ainda se recusa de chamar de família a união entre homossexuais, relegando-os à frieza do conceito de “sociedade de fato”, que representa uma sociedade empresária informalmente constituída, o que não condiz com a complexidade de relações afetivas, patrimoniais, atuariais, sucessórias e reais atinentes às famílias.

O Próprio STF, em outra oportunidade, reconheceu a possibilidade de união estável nas famílias homoafetivas, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3300³²:

“(..) o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. (...): ‘A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades.

³² ANEXO F

Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao **emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso.** Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: **união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar.** Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. **Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. (...)** (ADI 3300, Tribunal Pleno do STF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 03/02/2006) (grifou-se).

O reconhecimento da legalidade e da juridicidade da família homoafetiva vai além de simples declaração judicial, pois, além de representar verdadeira vitória a este grupo tão desrespeitado e marginalizado de nossa sociedade, tem importância jurídica à medida que são reconhecidos efeitos e prerrogativas às famílias, previstas tanto na CRFB quanto nas legislações extravagantes, como, por exemplo, direito de percepção de pensão, efeitos sucessórios, possibilidade de inscrever o(a) parceiro/parceira como dependente do plano de saúde oferecido pela empregadora, benefícios de previdência privada, impenhorabilidade do bem de família, divórcio e seus efeitos patrimoniais, direito a alimentos, e direito à adoção conjunta.

Quanto aos efeitos sucessórios e previdenciários aqui ressaltados, o Superior Tribunal de Justiça – STJ também teve oportunidade de apreciar pedidos de reconhecimento de união estável nas famílias homoafetivas, posicionando-se favoravelmente, conforme se demonstra pelos acórdãos abaixo³³:

“(...) 5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: (...) 7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário,

³³ ANEXO G

configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, (...)". (REsp 395.904/RS, 6ª Turma STJ. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Julgamento: 13/12/2005) (grifou-se).

Assim, é patente a existência da família homoafetiva, que em nada difere da família heteroafetiva, seja concebida pelo casamento, seja aquela formada por meios alternativos, cabendo aos operadores de Direito e a seus teóricos o desenvolvimento destes conceitos e sua aplicação, unificando pensamentos, teses e jurisprudência, buscando regulamentação legal, dirimindo conflitos e expurgando dúvidas.

4.2 Aspectos psicossociais sobre a homoparentalidade

As regras do processo de adoção são claras quando estatuem que somente será deferido tal pedido se a família representar ambiente saudável, tanto material quanto pelas questões de amor e afeto ao menor. Assim, além da questão jurídica estudada no item anterior, há também os aspectos psicossociais envolvendo a matéria da família homoafetiva, da homoparentalidade e dos efeitos desta sobre os filhos, o que confirma a tese defendida no presente trabalho.

Necessário se faz ressaltar que são inúmeros os casos de menores brasileiros convivendo de certa forma no seio de famílias homoafetivas, de maneira mais ou menos intensa.

Vozes³⁴ têm argumentado que a existência das famílias homoafetivas e a prática da homoparentalidade devem ser proibidas, sob a falsa alegação que estas causam danos irremediáveis às crianças, das mais variadas espécies, o que não se coaduna com a verdade apresentada nas rotinas familiares do mundo inteiro.

Inicialmente, convém ressaltar que há praticamente consenso na comunidade científica atinente ao fato que “pai” e “mãe” são papéis sociais interpretados pelos indivíduos, carregando em si o conjunto de atos que estes devem adotar no curso da socialização, como se conclui da seguinte leitura:

“Há um mito que cerca não apenas o casal homossexual com filhos, mas todo relacionamento homoafetivo de que **um tem que exercer**

³⁴ Dentre elas, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Débora Vanessa Caús Brandão, Rainer Czajkowski.

um papel ativo (considerado masculino) e outro o passivo (entendido como feminino), embora saibamos que gênero é uma categoria social, historicamente flexível e, portanto, mutante, sujeita às modificações de cada sociedade em seus diversos momentos. A flexibilização dos papéis sociais de gênero aponta para um maior questionamento do ser masculino e feminino, independente da orientação do desejo.”³⁵

Nada impede que casais homoafetivos eduquem com sucesso uma criança, pois, “de acordo com a psicanálise, a função materna e paterna são exercidas pela linguagem (...) qualquer pessoa, independente do sexo biológico, pode suprir essa carência”.³⁶ Assim, as ditas “figura paterna” e “figura materna” podem ser exercidas independentemente do parentesco ou mesmo do sexo.

Como visto, a família homoafetiva tem validade jurídica, posto que formada por laços de amor e de afeto, constituindo ambiente saudável e normal para o desenvolvimento dos filhos, conforme os dados que seguem.

Em meados de 1970 foram estudadas as relações existentes no seio de famílias alternativas da Califórnia, principalmente homoafetivas, e seus impactos na criação, educação e socialização dos filhos³⁷. Os pesquisadores concluíram que a prole destas famílias demonstra mesmo nível de ajustamento encontrado nas crianças das famílias heteroafetivas. **“As meninas são tão femininas quanto as outras e os meninos tão masculinos quanto os demais”**. Concluíram também que a homossexualidade dos pais não afeta a sexualidade dos filhos, fato que só reforça a tese de que a homossexualidade é estado de fato, característica inerente ao indivíduo, portanto não é doença, tampouco contagiosa.

Outra pesquisa realizada em 1976³⁸ constatou que mães homossexuais são tão aptas quanto as heterossexuais para criar e educar a prole. E a ausência da “figura paterna” é compensada por meios alternativos, como brinquedos, terapias, parentes, como tios e avôs, bem como outras pessoas próximas, como professores, vizinhos, amigos, etc. Não foram identificadas tendências homossexuais e/ou confusões na identidade sexual das crianças por conta exclusivamente da

³⁵ AZEVEDO, Ana Maria Andrade e SILVA, Maria Cecília Pereira da “Trabalho sobre homoparentalidade”, anais do 44º Congresso da IPA

³⁶ MAIA, Acyr apud MAZZARO, Marcos. “Família Gay”, in SuiGeneris, Rio de Janeiro, A.4. N. 40, 1998.

³⁷ FLAKS, FICHER, MASTERPASQUA e JOSEPH “Filhos de lésbicas e gays”, apud HARRIS, Judith Rioch “Diga-me com quem andas”, São Paulo: Editora Objetiva, 1999, p. 80.

³⁸ MELVIN, LEVIS, FRED e WOLMAR “Aspectos clínicos do desenvolvimento da infância e da adolescência”, 3ª edição, Porto Alegre: Artes Médicas, 1993, p. 99.

orientação sexual da família, tampouco impulsos incestuosos das mães, concluindo que **“a criação em lares formados por lésbicas não leva, por si só, a um desenvolvimento psicossocial atípico ou constitui um fator de risco psiquiátrico”**.

A Associação Americana de Psicologia, em 1995, concluiu profunda pesquisa sobre a questão da homoparentalidade, constituída de uma amostragem muito densa e de observação regular, concluindo que

“as evidências sugerem que o ambiente doméstico promovido por pais homossexuais é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento ‘psicológico das crianças’. A maioria das crianças, em todos os estudos, funcionou bem intelectualmente e não demonstrou comportamento ego-destrutivos prejudiciais à comunidade. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, auto-estima, habilidade de liderança, ego-confiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daqueles encontrado com deus pais heterossexuais.”³⁹

Convém ressaltar, embora seja óbvio, que a analisada unidade familiar homoafetiva que representa âmbito familiar ideal para a criação e a educação da prole, é aquela social, afetiva e psicologicamente bem estruturada, cujos laços se dão em decorrência do amor e do afeto, lastreados na confiança, no respeito mútuo, na durabilidade e na publicidade, umbrais sólidos e seguros para as relações microssociais familiares.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a paternidade/maternidade independem da orientação sexual dos pais, sendo esta última completamente irrelevante para a boa educação e criação da prole⁴⁰. O ambiente familiar homoafetivo é também saudável e propício ao desenvolvimento sadio do menor enquanto indivíduo, assim como ator social. Qualquer argumento contrário é baseado em preconceito e discriminação, por que não se basear em conclusões científicas, mas tão-somente em convicções pessoais.

³⁹ WALD, Michael “Same-sex couples: marriage, families and children: an analysis of proposition 22”, Stanford: The Stanford Institute of Reserach on Women and Gender and The Stanford Center on Adolescence, 1999, p. 28.

⁴⁰ MCNEILL, Kevin F., “The lack of differences between gay/lesbian and hetreossexual parents: a review of the literature”, University of Columbia, 1999.

4.3 Possibilidade de adoção por famílias homoafetivas

A beleza e a complexidade do presente tema são exatamente as problemáticas sociais envolvidas, dentre elas a tendência natural do ser humano em resistir aos movimentos que buscam revolver antigos padrões e pensamentos. Muitos juristas⁴¹ são completamente contrários ao reconhecimento deste direito sob a falsa alegação que a família homoafetiva não oferece subsídios à criação saudável dos filhos.

Entretanto, o que parte da doutrina e dos leigos vêm apregoando é um verdadeiro absurdo axiológico, no sentido de endemoninhar a família homoafetiva, associando-a a perversões psicóticas e a um nível de desestruturação tal que as tornaria incapazes de se criar satisfatoriamente uma criança.

Entretanto, profissionais gabaritados realizaram as pesquisas supratranscritas, demonstrando de vez por todas que famílias homoafetivas são plenamente capazes de constituir família sólida e compor um ambiente bom para criação de seus filhos, bem como que entre a hetero e a homoparentalidade não há diferenças de quaisquer espécies, havendo os mesmos efeitos sobre seus respectivos filhos. Assim sendo, não pode o Direito deixar de apreciar essa dinâmica social que vem ocorrendo há muito tempo, mas que até agora o Estado, por seu poder legiferante, ainda não regulamentou do modo socialmente necessário e satisfatório.

Quando o tema é a adoção por indivíduo homossexual solteiro, não há maiores debates na jurisprudência, ou seja, o pensamento jurídico brasileiro, de certa forma, já avançou em reconhecer parte dos direitos tangíveis às famílias homoafetivas monoparentais.

A problemática reside quando se defende o direito de adoção conjunta pela família homoafetiva, ou seja, por ambos companheiros/companheiras. Isso porque a norma contida no artigo 42, §2º do ECA estatui, *in verbis* que:

“a adoção por ambos os cônjuges ou concubinos (*sic*) poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos (*sic*) de idade, comprovada a estabilidade da família.”

Como o ECA foi publicado em 1990, ou seja, doze anos antes do Novo Código Civil, onde lê-se “concubinos”, deve ser lido “conviventes em união estável” e

⁴¹ Vide nota de rodapé nº. 35.

“vinte e um anos” deve ser substituído por “dezoito anos”. Assim, os mais conservadores utilizam-se da letra fria do artigo 226, §3º da CRFB e do artigo 1º da Lei 9.278/96 para vedar o reconhecimento da união estável entre homossexuais, sem atentar para a lógica sistemático-jurídica esposada ao longo deste trabalho, principalmente no item 4.1.

Da mesma forma que ocorre com a união estável, também não há legislação proibindo o deferimento da adoção conjunta às famílias homoafetivas, ocorrendo, portanto, uma omissão legal. Assim, tal a omissão deve ser suprida, nos termos do artigo 4º da LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais do direito, devendo o julgador ter em mente o fim social e o bem comum a que se destinam tanto a lei quanto a dicção jurisdicional (artigo 5º da LICC). E a CRFB contemporânea dispõe de um enorme arsenal de princípios democráticos que não permitem que o pedido de adoção conjunta seja indeferido pelo Poder Judiciário.

Deve-se ter em mente que, no momento da análise do caso concreto, expurgar-se-á qualquer análise moral sobre a homossexualidade. Não faz parte do crivo conceitual se a achamos correta ou não, se ela é ou não natural, se ela ofende ou não a vontade de Deus. Simplesmente pelo fato de pesquisas científicas idôneas comprovarem que a orientação sexual é inerente e particular de cada indivíduo, este padrão discriminatório deve ser abandonado, por se basear em caráter inerente ao indivíduo, configurador da proteção dispensada pelos Direitos Humanos. Considerar-se-ão, portanto, os princípios constitucionais, tais como liberdade (de pensamento e mesmo sexual), direito a tratamento igualitário, dignidade inerente à pessoa humana, direito de não ser discriminado, bem como os fins sociais a que se destina o direito da adoção pleiteado por famílias homoafetivas.

Como já asseverado, uma família homoafetiva não dispõe de capacidade de constituir prole natural, por ser biologicamente necessária a presença dos gametas masculino e feminino para formar o embrião que originará o novo indivíduo humano. Entretanto, quando a atual Constituição Federal rompe a prevalência dos filhos naturais sobre os adotivos, o instituto da adoção passa a ser ficção jurídica, suprimindo a filiação natural.

E como sendo direito constitucionalmente previsto, a adoção não deve ser negligenciada às famílias homoafetivas, conforme anotam os princípios da igualdade

(artigo 5º, *caput* e inciso I CRFB), da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III CRFB) e o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil em promover o bem de todos sem qualquer forma de preconceitos (art. 3º, IV CRFB).

Pela dicção do artigo 43 do ECA e do artigo 1.625 do CC/02, a adoção será deferida observando-se sempre a melhor alternativa para o menor adotando. Ao ser proposto pedido de adoção por uma família, seja ela hetero ou homoafetiva, deve o Juízo competente anotar prazo de estágio de convivência, com acompanhamento das equipes de psicólogos e assistentes sociais (art. 46 do ECA).

Se forem observados os ajustamentos e a saudável convivência do menor adotando no seio da família, mesmo que ela seja homoafetiva, outra não pode ser a sentença senão a procedente, pois estará atendido o requisito do art. 43 do ECA e do art. 1.625 do CC/02.

Não é novidade a criatividade do povo brasileiro em face das adversidades e das lacunas jurídicas. Como a jurisprudência uníssona é favorável à adoção por solteiros homossexuais, muitos ingressam com ações de adoção como se assim o fossem, e, após o deferimento do pedido, voltam a conviver com seus(as) companheiros(as), formando uma família homoafetiva com prole.

Entretanto, tal medida acarreta conseqüências jurídicas que podem vir a ser prejudiciais ao filho no futuro, pois este terá direitos sucessórios, alimentares, previdenciários e atuariais somente pela linhagem do pai ou mãe que efetivamente o adotou.

Ademais, há também a possibilidade do vínculo existente entre o casal homossexual venha a ser desfeito, não podendo o menor dispor do direito à pensão alimentícia ou à visitação como teria qualquer outra criança, filha de uma família heteroafetiva.

O pai ou a mãe que não adotou o menor no caso hipotético apresentado encontrará sérias dificuldades em inscrevê-lo no plano de saúde oferecido por seu empregador, bem como perceber benefícios como auxílio-escola, salário-família, pensões previdenciárias por morte, acidente e outros.

Há também uma questão social importante a ser considerada. Verifica-se que existe uma infinidade de menores abandonados nos orfanatos e instituições, dependentes dos poucos recursos e da caridade alheia, sonhando com o dia em que serão finalmente aceitos e amados por uma família de verdade. Negar um pedido de

adoção conjunta a um casal homoafetivo pode selar para sempre um destino triste e sem volta para este menino ou menina, que será entregue às ruas depois de certa idade, onde terá contato com toda a sorte de desgraças e condutas degradantes do ser humano, com conseqüências sentidas diretamente pela sociedade como um todo.

Pelo exposto, percebe-se que indeferir a adoção conjunta às famílias homoafetivas, nos termos do artigo 42, §2º do ECA, além de representar preconceito e discriminação pela orientação homossexual dos indivíduos, implica diretamente em sérios prejuízos ao menor adotando que terá seu leque de direitos e interesses reduzidos à metade. Além disso, cria um padrão discriminatório e desproporcional entre os adotados por famílias heteroafetivas e homoafetivas.

Entretanto, o Poder Judiciário brasileiro teve a oportunidade de deferir dois pedidos de adoção realizados por famílias homoafetivas, nos famosos casos de Catanduva/SP e Bagé/RS.

Os cabeleireiros da cidade de Catanduva, interior de São Paulo, Vasco Pedro da Gama e Júnior de Carvalho possuíam relacionamento público e estável já há 14 (quatorze) anos quando ingressaram, em 2004, com pedido de adoção, sendo-lhes deferido o direito de adotar a menor Theodora Rafaela Carvalho da Gama, escolhida pelo casal em um orfanato, após regular estágio de convivência e expedição de parecer positivo da equipe de psicólogos e assistentes sociais, bem como do próprio Ministério Público. Assim, em decisão inédita, o Juízo da Vara Única de Infância e Juventude de Catanduva deferiu o sonhado direito de adotar conjuntamente Theodora em 01/11/2006, passando a ser esta a primeira família homoafetiva com prole oficialmente reconhecida em território brasileiro.

O segundo caso foi a do casal de mulheres em Bagé, interior do Rio Grande do Sul, em que o Juízo deferiu a adoção conjunta a ambas conviventes de três irmãos menores de idade. Elas já cuidavam dos dois mais velhos desde o nascimento, quando a mãe biológica lhes ofereceu o terceiro recém-nascido. Em sua sentença, o MM. Juízo **argumentou que "a sociedade não pode ignorar a relação entre pessoas do mesmo sexo", que ele qualifica como "um determinismo biológico, e não uma mera opção sexual". O magistrado enfatizou que "o homossexualismo (sic) não afeta o caráter nem a personalidade de ninguém". Ao conceder a adoção, considerou a excelente criação e ambiente de afeto em**

que vivem as crianças, satisfazendo todos os requisitos que muitas vezes não estão presentes nos lares de casais "*considerados normais pela sociedade*". Entretanto, o Ministério Público impetrou recurso de apelação, tendo o mesmo sido julgado improcedente por unanimidade, em acórdão inédito e de brilhante lavra⁴², conforme se verifica abaixo:

(...) 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. (...) 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, controversa 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. (...) 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 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. (...)

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. (...) 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. (...) (Apelação Cível 70013801592, 7ª Câmara Cível TJRS. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 05/04/2006) (grifou-se).

Conclui-se, então, que razões não faltam para seja deferido o pedido de adoção proposto por uma família homoafetiva, seja porque é juridicamente possível sua existência, seja porque esta oferece ambiente saudável para a criação do menor, seja porque não deferi-la represente preconceito e discriminação. O que falta é boa vontade do pensamento jurídico brasileiro, teórico e prático, para implementar

⁴² ANEXO H

e regulamentar expressamente a questão abordada.

E, tendo-se em vista o *munus publico* que envolve a atividade do profissional de Direito, defender os direitos de classes marginalizadas, cuja aplicação ainda demanda controvérsias, significa movimentar o pensamento jurídico e ajudar a sociedade a compreender e a se desenvolver constantemente. Reconhecer o direito de adoção às famílias homoafetivas é de suma importância na luta contra o preconceito, bem como visa integrar os cidadãos e construir um futuro melhor para os menores abandonados e para todo o grupo social.

4.3.1 Adoção por famílias homoafetivas e o Projeto de Lei 2.285/07

Muito nos apraz saber que em outubro de 2007 foi proposto Projeto de Lei 2.285/07 no Congresso Nacional que visa a criação de um Código de Direito de Família.

Desenvolvido por profissionais da melhor estirpe, este Estatuto das Famílias está em perfeita consonância com a dinâmica constitucional contemporânea, sendo mais coerente e efetivo que o atual Código Civil, que, apesar de ter sido publicado em 2002, seu projeto é da década de 1970. Embora renovador, já estava um tanto desatualizado quando de sua publicação.

O mencionado Projeto de Lei traz uma redação clara e objetiva, condensando pensamentos doutrinários e jurisprudenciais, regulamentando as relações de família de modo democrático e abrangente, tal e qual orientam os princípios constitucionais. Isso confirma as alegações trazidas ao bojo desse trabalho, e demonstra a grande relevância e pertinência dos temas aqui abordados.

O que nos interessa no presente trabalho é o renovador artigo 68 do referido Projeto de Lei, pois prevê a união estável das famílias homoafetivas, reconhecendo-lhes direitos à adoção, à herança, aos benefícios previdenciários e outros. Diz o mesmo *verbis*:

“Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I – guarda e convivência com os filhos;

II – a adoção de filhos;

III – direito previdenciário;

IV – direito à herança” (grifou-se)

Tal projeto vem em boa hora e torcemos para que o mesmo seja integralmente aprovado, muito embora saibamos que ainda haverá um sem fim de discussões e impugnações. Mas é o maior passo já dado na legislação brasileira quanto à regulamentação da união homossexual.

5 CONCLUSÃO

Após o intenso estudo aqui apresentado, conclui-se que a noção e o conceito da instituição família evoluíram em conjunto com a sociedade Ocidental, refletindo os movimentos históricos e sociológicos por esta experimentados. Entretanto, como é de praxe, o Direito – aqui compreendido como Ciência Jurídica informada por suas fontes formais e materiais – demorou para reconhecer e regulamentar essas novas orientações clamadas pelo grupo social.

Mesmo assim, a atual Constituição da República Federativa do Brasil traz ao longo de seu texto uma série de princípios democráticos, tendentes a equalizar todos os cidadãos brasileiros, reconhecendo-lhes a dignidade inerente à pessoa humana, proibindo, assim, quaisquer tipos de preconceitos e discriminação por características naturais de cada pessoa.

Em sendo a homossexualidade uma característica individual e natural, fora do alcance do poder volitivo do ser humano enquanto indivíduo, quaisquer teses que se utilizam desta orientação sexual para embasar defesas que visem à vedação de direitos a homossexuais configuram preconceito e discriminação.

Pesquisas realizadas desde a década 1970 vêm observando a criação de filhos por pais homossexuais e seus companheiros, sendo todas unânimes ao concluir que a família homoafetiva é de fato ambiente saudável para educação e socialização das crianças.

Concomitantemente, o artigo 42, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que o requisito mais importante para se deferir o pleito de adoção é o melhor resultado para o adotando. Assim, o melhor seria que a criança tivesse os vínculos de filiação com ambos pais ou mães, para que tivesse assegurado seus direitos atuariais, sucessórios e patrimoniais em relação a ambos.

Sendo favorável o laudo conclusivo dos psicólogos e dos assistentes sociais, não há que se denegar o direito de adoção às famílias homoafetivas.

Não digam os conservadores e legalistas que a lei proíbe a adoção conjunta a famílias homoafetivas porque há que se verificar a união estável, e esta só é prevista para casais heteroafetivos. A dinâmica constitucional equipara todos os seres humanos e prevê a todos os mesmos direitos. Assim, não se pode negar que entre pessoas do mesmo sexo podem ser observados os requisitos de estabilidade,

publicidade e vida conjunta, essenciais para configuração do vínculo afetivo formador da família, como prevêem a doutrina, a jurisprudência e o próprio Projeto de Lei 2.285/07.

Portanto, é possível que as famílias homoafetivas adotem conjuntamente menores de idade, passando a constar em suas certidões o nome de ambos pais ou mães, por ser esse tipo familiar juridicamente possível, além de ser essa a melhor opção para o menor, quando a família peticionante represente um ambiente saudável, tanto materialmente quanto pela existência do amor e do afeto, em cujo seio poderá ser criada de forma a tornar-se um cidadão de bem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AZEVEDO, Ana Maria Andrade e SILVA, Maria Cecília Pereira da. **Trabalho sobre homoparentalidade**, anais do 44º Congresso da IPA.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**, Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, p. 10 *et. seq.* Disponível em: <www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em: 27/09/2007.

COSTA, Jurandir Freire. **O Referente da Identidade Homossexual**, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

COSTA, Nelson Nery. **Constituição federal anotada e explicada**, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre Homoafetividade**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**, 1ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o Preconceito e a Justiça**, 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais: efeitos jurídicos**, 1ª edição, São Paulo: Método, 2004.

FILHO, João Bosco. **Papai é Gay!**, Artigo disponível em <<http://www.artnet.com.br/~marko/papaigay.htm>>. Acesso: em 27/09/2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A união civil entre pessoas do mesmo sexo**, in "Revista de Direito Privado", Vol. II, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2000.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A natureza jurídica da relação homoerótica**, in Revista AJURIS, n.º 88, Tomo 1, Porto Alegre, 2002.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de família**, Rio de Janeiro: Forense, 1968.

HARRIS, Judith Rioch. **Diga-me com quem andas**, São Paulo: Editora Objetiva, 1999.

LIS, Tâmara. **Saindo do Armário e Olhando para o Espelho**, site Zona Pink Disponível em: <<http://www.jfsservice.com.br/missgay/missgay2003/vips.apl>>. Acesso em: 08/08/2007.

LISBOA, Sandra Maria. **Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MAZZARO, Marcos. **Família Gay**, in *SuiGeneris*, Rio de Janeiro, A.4. N. 40.

MCNEILL, Kevin F. **The lack of differences between gay/lesbian and hetreossexual parents: a review of the literature**, University of Columbia, 1999.

MELVIN, LEVIS, FRED e WOLMAR. **Aspectos clínicos do desenvolvimento da infância e da adolescência**, 3ª edição, Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

Ministério da Saúde. **Programa Nacional Contra DST e AIDS**, Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMISBD1B398DPTBRIE.htm>>. Acesso em 08/08/2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Basílio de. **Concubinato: novos rumos**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3192>>. Acesso em: 15/01/2008.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Arnaldo Canger. **Transexualismo, travestismo e homossexualismo**, Arquivos da Polícia Civil de São Paulo.

STRUCHINER, Noel. **Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo**”, in MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; PROGREGINSCHI, Thamy. (Org.). “Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito”, 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 399-416.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família**, 6ª edição, Vol. VI, São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Michael. **Same-sex couples marriage, families and children**: an analysis of proposition 22, Stanford: The Stanford Institute of Reserach on Women and Gender and The Stanford Center on Adolescence, 1999.

WESTERMACK, E. **Cristianity and morals**, Londres, 1939.

ANEXOS

- ANEXO A Resolução 01/99 do Conselho Federal de
Psicologia
- ANEXO B Instrução Normativa do INSS/DC n.º
25/2000
- ANEXO C Petição inicial da ADPF 132
- ANEXO D Jurisprudência do TJRS
- Apelação Cível 70021637145
 - Apelação Cível 70016239949
 - Apelação Cível 70017073933
 - Embargos Infring. 70011120573
- ANEXO E Lavratura do voto vencido na Apelação
Cível 2006.001.09083/TJRJ
- ANEXO F Acórdão da ADI 3300
- ANEXO G Jurisprudência do STJ
- REsp 238.715/RS
 - REsp 395.904/RS
- ANEXO H Acórdão da apelação proferida no caso
de Bagé/RS (segunda adoção deferida a
casais homoafetivos)

RESOLUÇÃO CFP Nº 001/99
DE 22 DE MARÇO DE 1999

**"Estabelece normas de atuação
para os psicólogos em relação à
questão da Orientação Sexual"**

O CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO que o psicólogo é um profissional da saúde;

CONSIDERANDO que na prática profissional, independentemente da área em que esteja atuando, o psicólogo é freqüentemente interpelado por questões ligadas à sexualidade.

CONSIDERANDO que a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade;

CONSIDERANDO que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão;

CONSIDERANDO que há, na sociedade, uma inquietação em torno de práticas sexuais desviantes da norma estabelecida sócio-culturalmente;

CONSIDERANDO que a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações;

RESOLVE:

Art. 1º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade.

Art. 2º - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3º - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º - Revogam-se todas as disposições em contrário.

Brasília, 22 de março de 1999.

ANA MERCÊS BAHIA BOCK
Conselheira Presidente

INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 25 - DE 7 DE JUNHO DE 2000 – DOU DE 8/6/2000

Publicada no DOU 110-E de 08.06.2000 com incorreção

Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

FUNDAMENTAÇÃO *LEGAL:*
Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0

A DIRETORIA COLEGIADA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em reunião extraordinária realizada no dia 07 de Junho de 2000, no uso da competência que lhe foi conferida pelo inciso III, do artigo 7º, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela [Portaria nº 6.247, de 28 de dezembro de 1999](#), e

CONSIDERANDO a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0;

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios, resolve:

Art. 1º - Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.

Art. 2º - A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da [IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000](#).

Art. 3º - A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos:

I declaração de Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

II disposições testamentárias;

III declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);

IV prova de mesmo domicílio;

V prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

VI procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

VII conta bancária conjunta;

VIII registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado;

IX anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

X - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XI ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o

segurado como responsável;

XII - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;

XIII quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Art. 4º - Para a referida comprovação, os documentos enumerados nos incisos I, II, III e IX do artigo anterior, constituem, por si só, prova bastante e suficiente, devendo os demais serem considerados em conjunto de no mínimo três, corroborados, quando necessário, mediante Justificação Administrativa JA.

Art. 5º - A Diretoria de Benefícios e a DATAPREV estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa.

Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

CRÉSIO <i>Diretor-Presidente</i>	DE	MATOS <i>do</i>	ROLIM INSS
PAULO <i>Diretor</i>	ROBERTO <i>de</i>	T.	FREITAS <i>Administração</i>
LUIZ <i>Diretor</i>	ALBERTO <i>de</i>		LAZINHO <i>Arrecadação</i>
SEBASTIÃO <i>Diretor</i>	FAUSTINO <i>de</i>	DE	PAULA <i>Benefícios</i>
MARCOS <i>Procurador Geral</i>	MAIA		JÚNIOR

(*) Republicada por ter saído com incorreção, do original, no D.O. nº 110-E, de 8/6/2000, Seção 1, pág 4.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADPF - 132

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Coordenadoria de

Processamento Inicial

27/02/2008 16:55 25832



O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e no art. 1º e segs. da Lei nº 9.882, de 3.12.99, vem apresentar **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**, indicando:

1. como *preceitos fundamentais violados*, o direito à igualdade (art. 5º, *caput*); o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade (art. 5º, II); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV); e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*), todos contidos na Constituição da República; e

2. como *atos do Poder Público causadores da lesão*:

a) o art. 19, II e V e o art. 33, I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei nº 220, de 18.07.1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. Inteiro teor em anexo, doc. nº 1), se interpretados de maneira discriminatória em relação aos homossexuais;

b) o conjunto de decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais, inclusive e notadamente o do Rio de Janeiro, que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

Subsidiariamente, caso esse Eg. Tribunal entenda não ser hipótese de cabimento de ADPF – o que se admite apenas para argumentar, sem conceder – o autor requer que o pedido seja conhecido como Ação Direta de Inconstitucionalidade, para o fim de se atribuir interpretação conforme aos referidos dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio de Janeiro e também ao art. 1723 do Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), que dispõe sobre o regime jurídico da União Estável¹. A interpretação requerida deverá excluir a possibilidade de se dar a tais disposições normativas aplicação geradora de consequência discriminatória incompatível com a Constituição.

A demonstração da satisfação dos requisitos processuais, bem como da procedência do pedido, de sua relevância jurídica e do perigo da demora será feita no relato a seguir.

I. NOTA PRÉVIA²

SÍNTESE DAS IDÉIAS QUE FUNDAMENTAM A PRESENTE AÇÃO

I.1. As relações homoafetivas e o Direito

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

¹ Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), art. 1.723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

² Algumas idéias, informações e passagens da presente peça foram colhidas em Luís Roberto Barroso, “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”, *Revista de Direito do Estado* 5:167, 2007.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

desdobramento, assumiram publicamente relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.

2. Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. De fato, tais parcerias existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o Direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejável situação de insegurança. Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional, pelos motivos que serão apresentados ao longo da presente petição.

I.2. Fundamentos filosóficos

3. A presente ação se assenta sobre dois fundamentos filosóficos. O primeiro deles é que o homossexualismo é um fato da vida. Seja ele considerado uma condição inata ou adquirida, decorra de causas genéticas ou sociais, a orientação sexual de uma pessoa não é uma escolha livre, uma opção entre diferentes possibilidades. Deve-se destacar, ademais, que o homossexualismo – e as uniões afetivas entre,

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

pessoas do mesmo sexo que dele decorrem – não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos.

4. O segundo fundamento filosófico da ação aqui proposta consiste no reconhecimento de que o papel do Estado e do Direito, em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos. O Poder Público não pode nem deve praticar ou chancelar o preconceito e a discriminação, cabendo-lhe, ao revés, enfrentá-los com firmeza, provendo apoio e segurança para os grupos vulneráveis. Às instituições políticas e jurídicas toca a missão de acolher – e não de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

II.3. Fundamentos jurídicos

5. A presente ação se desenvolve em torno de duas teses centrais. A primeira é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A segunda tese é a de que, ainda quando não fosse uma consequência imediata do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo, sob pena de se produzir discriminação inconstitucional.

6. Os princípios em questão são o da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. A analogia, por sua vez, impõe a extensão, a uma hipótese não prevista no ordenamento, da norma aplicável à situação mais próxima. Pois bem: a situação que melhor se equipara à da união afetiva não é, por certo, a *societate de fato*, em que duas ou mais pessoas empreendem esforços para fins comuns, geralmente de natureza econômica. A analogia adequada, como se constata singelamente, é a da união estável, situação em que duas pessoas compartilham um projeto de vida comum, baseado no afeto. Chega-se aqui ao conceito-chave no equacionamento do tema: é sobretudo a *afetividade*, não a sexualidade ou o interesse econômico, que singulariza as relações homoafetivas e que merece a tutela do Direito.

II. QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES

DIREITO DE PROPOSITURA E CABIMENTO DA ADPF

II.1. Legitimação ativa e pertinência temática

7. Nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, a legitimação ativa para a ADPF recai sobre os que têm direito de propor ação direta de inconstitucionalidade, constantes do elenco do art. 103 da



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

Constituição Federal³. Nesse rol, estão incluídos os Governadores de Estado. A pertinência temática, por sua vez, não é difícil de demonstrar, o que se fará na seqüência.

8. Com efeito, no Estado do Rio de Janeiro existe grande número de servidores que são partes em uniões homoafetivas estáveis. Diante disso, colocam-se para o Governador do Estado e para a Administração Pública questões relevantes relativamente às normas sobre licenças por motivo de doença de *pessoa da família* ou para acompanhamento de *cônjuge*, bem como sobre previdência e assistência social. A indefinição jurídica acerca da aplicabilidade de tais normas aos parceiros de uniões homoafetivas sujeita o Governador, como chefe da Administração Pública, a conseqüências jurídicas perante o Tribunal de Contas do Estado, o Ministério Público e a Justiça estaduais, seja qual for a linha interpretativa pela qual venha a optar. Ademais, após a Constituição de 1988 e a legislação subsequente, que expandiram de forma importante o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade no país, parece impróprio que o Chefe do Executivo Estadual adote determinada interpretação que se apresenta controversa sem levar a questão, pelos meios próprios, ao Supremo Tribunal Federal⁴.

³ CF, art. 103: "Pode propor a ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

⁴ Como se sabe, o reconhecimento de legitimidade ativa ao Presidente da República e ao Governador de Estado para a propositura das ações de controle abstrato até levou alguns autores a questionar a subsistência da tese, tradicional no Direito brasileiro, de que as referidas autoridades poderiam negar aplicação a lei ou ato normativo que considerassem inconstitucional. Em certos casos, como na questão ora discutida, sequer se cuida de negar aplicação, mas sim da necessidade



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

9. De parte isto – que já seria suficiente –, existem milhares de parcerias afetivas unindo pessoas do mesmo sexo no Estado do Rio de Janeiro. É natural e legítimo, assim, que o Governador do Estado, agente público eleito, represente também os interesses dessa parcela da coletividade. Note-se que as demandas relacionadas com a matéria aqui discutida deságuam perante o Poder Judiciário do Estado, que tem produzido decisões divergentes. A pacificação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, terá impacto positivo sobre pessoas domiciliadas no Estado e sobre as instituições estaduais.

10. Caracterizadas a legitimação ativa e a pertinência temática, cabe agora examinar a presença dos requisitos de cabimento da ADPF.

II.2. Cabimento da ADPF

11. A Lei nº 9.882, de 3.12.99, que dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental⁵, contemplou duas modalidades possíveis para o instrumento: a arguição autônoma e a incidental. A arguição aqui proposta é de natureza *autônoma*, cuja matriz se encontra no *caput* do art. 1º da lei específica, *in verbis*:

inafastável de se adotar uma das interpretações possíveis. Ainda assim, parece mais do que desejável que o Chefe do Poder Executivo se valha da legitimidade que lhe é conferida para provocar a manifestação desse Eg. STF e afastar o risco de adotar solução posteriormente declarada inconstitucional, em prejuízo de direitos fundamentais e da própria segurança jurídica. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, 2006, p. 69-71.

⁵ Anteriormente à promulgação desse diploma legal, a posição do Supremo Tribunal Federal era pela não-autoaplicabilidade da medida. V. *DJU*, 31 mai.1996, AgReg na Pet 1.140, Rel. Min. Sydney Sanches.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

*“Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.*⁶

12. A ADPF autônoma constitui uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. Tem por singularidade, todavia, o parâmetro de controle mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle mais amplo, compreendendo os atos do Poder Público em geral, e não apenas os de cunho normativo.

13. São três os pressupostos de cabimento da arguição autônoma: (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental; (ii) um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; (iii) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Confira-se, a seguir, a demonstração da satisfação de cada um deles na hipótese aqui examinada.

(i) Ameaça ou violação a preceito fundamental

⁶ A arguição incidental decorre do mesmo art. 1º, parágrafo único, I: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, combinado com o art. 6º, § 1º da mesma lei: “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (grifo acrescentado).



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

14. Nem a Constituição nem a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução “preceito fundamental”. Nada obstante, há substancial consenso na doutrina de que nessa categoria hão de figurar os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa tipificação, compreendendo, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (art. 5º e segs). Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais *sensíveis* (art. 34, VII), cuja violação justifica a decretação de intervenção federal⁷.

15. Conforme será aprofundado a seguir, na questão aqui posta os preceitos fundamentais vulnerados são: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), um dos fundamentos da República; os direitos fundamentais à igualdade e à liberdade (art. 5º, *caput*), reforçados pela enunciação de que um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro é a promoção de uma sociedade livre e sem preconceitos (art. 3º, IV); e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, entendido, também, como corolário imediato do Estado de direito⁸).

⁷ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2006, p. 250.

⁸ Nesse sentido, a título de exemplo, v. STF, *DJU*, 5 nov 2004, MS 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes: “Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público”.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

(ii) Ato do Poder Público

16. Como decorre do relato explícito do art. 1º da Lei nº 9.882/99, os atos que podem ser objeto de ADPF autônoma são os emanados do Poder Público, aí incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Na hipótese aqui versada, como apontado inicialmente, os atos do Poder Público violadores dos preceitos fundamentais em questão são de ordem normativa e judicial. Os atos normativos consubstanciam-se no art. 19, II e V e no art. 33 (incluindo seus dez incisos e seu parágrafo único), todos do Decreto-lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), que têm a seguinte dicção:

“Art. 19 - Conceder-se-á licença:

(...)

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

(...)

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;” (Redação dada pela Lei nº 800/1984).

“Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

- IV - financiamento imobiliário;*
 - V - auxílio-moradia;*
 - VI - auxílio para a educação dos dependentes;*
 - VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;*
 - VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;*
 - IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;*
 - X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.*
- Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas”.*

17. Os dispositivos transcritos conferem direitos aos familiares de servidores públicos – como assistência médica e auxílio-funeral – ou mesmo aos próprios servidores em razão de eventos que ocorram aos membros de sua família. Nesse segundo caso, encontra-se, por exemplo, a licença concedida ao servidor pela doença de familiar. Tornou-se pacífico que tais direitos devem ser estendidos aos servidores que mantêm uniões estáveis heterossexuais. Porém, existe incerteza se podem ser aplicados às uniões homoafetivas. O autor da presente ação entende que sim, mas a tese não é pacífica.

18. Os atos de natureza judicial que motivam a presente ação consistem no conjunto de decisões proferidas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, predominantemente, vem negando equiparação entre as uniões homoafetivas e as uniões estáveis convencionais. De fato, inúmeros acórdãos recentes negam a possibilidade de se atribuir o *status* de entidade familiar a essas uniões. Confirmam-se, exemplificativamente:



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

“RELACIONAMENTO ENTRE HOMENS HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO FALECIDO. PLEITO OBJETIVANDO A HABILITAÇÃO COMO PENSIONISTA. REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA DA DEVIDA INSCRIÇÃO COMO DEPENDENTE. DESCABIMENTO. RECURSO PROVIDO. Ainda que evidenciada, por longo tempo, a relação homossexual entre dois homens, a ela não se aplicam as disposições da Lei nº 8.971/94, sob alegação de existência de união estável. Sobretudo porque, a Carta Magna, em seu artigo 226, estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, consignando no parágrafo 3º que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Esse preceito constitucional, pois, tem por escopo a união entre pessoas do sexo oposto e não elementos do mesmo sexo. Por outro lado, ausente comprovação da inscrição do autor como dependente do associado junto à ré para fins de recebimento do benefício ora pretendido (pensionamento post mortem), sendo certo, ademais, que não se confunde com aquele contratado às fls. 29 (proposta de pecúlio), mostra-



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

se de rigor a improcedência do pedido”⁹ (decisão em anexo, doc. n° 2).

“Ação declaratória. Busca de reconhecimento de união estável entre homossexuais. Sentença de improcedência. Nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei 8.971/94, protegem a pretensão rebatida pela decisão apelada. O conceito de família não se estende a união entre pessoas do mesmo sexo. Não demonstrado o esforço comum, também não há que se falar em divisão de patrimônio ou de habilitação no inventário de um dos companheiros, falecido. Precedentes. Desprovemento do recurso”¹⁰ (decisão em anexo, doc. n° 3).

19. Embora haja decisões esporádicas em sentido diverso¹¹, o fato é que o entendimento jurisprudencial majoritário viola

⁹ TJRJ, j. 19 jun. 2007, AC 2006.001.59677, Rel. Des. Antonio Eduardo Duarte.

¹⁰ TJRJ, j. 9 mar. 2006, AC 2005.001.28033, Rel. Des. Renato Simoni. No mesmo sentido, v. TJRJ, j. 28 nov. 2007, AC 2007.001.44569, Rel. Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira (decisão em anexo, doc. n° 4).

¹¹ A título de exemplo, v. TJRJ, j. 5 abr. 2005, AC 2004.001.30635, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim: União estável. Relação homoafetiva entre mulheres. Dado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscricção de qualquer forma de discriminação sexual, não há impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pela Lei 8.971/94 e 9.278/96. Interpretação sistemática do disposto no par. 3. do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e a mulher referida na dita norma, esta' vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o conceito de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, ate' mesmo para fins previdenciários. Pedido de partilha de patrimônio pretensamente comum que, na hipótese, e' indeferido por estar evidenciada a inexistência de relação estável como unidade familiar, tanto que o vínculo perdurou por apenas dois anos, no curso dos



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

direitos fundamentais das pessoas envolvidas, razão pela qual o autor pede ao Supremo Tribunal Federal que reconheça este fato e supere esta orientação.

(iii) Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade (subsidiariedade da ADPF)

20. *A exigência de “inexistir outro meio capaz de sanar a lesividade” não decorre da matriz constitucional do instituto, tendo sido imposta pelo art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.* Como se sabe, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm construído o entendimento de que a verificação da subsidiariedade em cada caso depende da *eficácia* do “outro meio” referido na lei, isto é, da espécie de solução que as outras medidas possíveis na hipótese sejam capazes de produzir¹². O *outro meio* deve proporcionar resultados semelhantes aos que podem ser obtidos com a ADPF.

qual a autora se relacionou, engravidou e deu à luz a um filho de seu ex-patrão, tudo a demonstrar que a relação entre as companheiras não gozava de estabilidade. Seja como for o cotejo entre a prova testemunhal e documental revela que não há qualquer prova de que a autora tenha contribuído para a aquisição do pequeno patrimônio adquirido após o início da relação, mesmo porque não tinha bens nem emprego, não caracterizada, pois, uma sociedade de fato. Sentença reformada. Recurso provido. Precedente citado: Resp 148897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 10/02/1998” (decisão em anexo, doc. nº 5). No mesmo sentido, v. TJRJ, j. 21 mar. 2006, AC 2005.001.34933, Rel.ª Des.ª Leticia Sardas” (inteiro teor em segredo de Justiça).

¹² Embora na ADPF nº 17 (DJU 28 set. 2001), o Relator, Min. Celso de Mello, não tenha conhecido da arguição, por aplicação da regra da subsidiariedade, esse ponto não lhe passou despercebido, como se vê da transcrição da seguinte passagem de seu voto: “É claro que a **mera possibilidade** de utilização de outros meios processuais **não basta**, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, **pois**, para que esse postulado possa **legitimamente** incidir, **revelar-se-á** essencial que os instrumentos disponíveis **mostrem-se** aptos a sanar, **de modo eficaz**, a situação da lesividade.

Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade **não pode** – e não deve – ser invocado para **impedir** o exercício da ação constitucional de arguição de



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

21. Ora, a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e eficácia contra todos, elementos que, como regra, não podem ser obtidos por meio de ações de natureza subjetiva. Ademais, caso se pretendesse vedar o emprego da ADPF sempre que cabível alguma espécie de recurso ou ação de natureza subjetiva, o papel da nova ação seria totalmente marginal e seu propósito não seria cumprido. É por esse fundamento, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, que o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Esse é o entendimento que tem prevalecido nesse Eg. STF¹³.

descumprimento de preceito fundamental, **eis que** esse instrumento **está vocacionado** a viabilizar, numa dimensão **estritamente** objetiva, a **realização jurisdicional** de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a **indevida** aplicação do princípio da subsidiariedade **poderia** afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, **o que representaria**, em última análise, a **inaceitável** frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com **grave** comprometimento da própria **efetividade** da Constituição.

Daí a **prudência** com que o Supremo Tribunal Federal **deve** interpretar a regra inscrita no **art. 4º, § 1º**, da Lei nº 9.882/99, em ordem a **permitir** que a utilização da **nova** ação constitucional possa **efetivamente** prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público” (negrito no original).

¹³ *DJU*, 2 dez. 2002, p. 70, ADPF 33-5, Rel. Min. Gilmar Mendes: “De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.

(...) Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata –, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

22. No caso presente, a impugnação se volta, em primeiro lugar, contra lei estadual anterior à Constituição de 1988. Na linha da tradicional jurisprudência dessa Eg. Corte, trata-se de objeto insuscetível de impugnação por outra ação objetiva, sendo certo que apenas um mecanismo dessa natureza será capaz de afastar a lesão em caráter geral, pondo fim ao estado de inconstitucionalidade decorrente da discriminação contra casais homossexuais. Da mesma forma, inexistente qualquer ação objetiva que possa ser instaurada contra a linha jurisprudencial que prevalece na justiça estadual, em violação dos preceitos fundamentais aqui destacados.

III. NO MÉRITO

OS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS E A SOLUÇÃO IMPOSTA PELA ORDEM JURÍDICA

III.1. Preceitos fundamentais violados

23. Como foi referido, os atos do Poder Público – notadamente as decisões judiciais – que negam reconhecimento jurídico às uniões entre pessoas do mesmo sexo violam de forma direta um

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogados ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

(...) Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

(...) Assim, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional".



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

conjunto significativo de preceitos fundamentais, que incluem: a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o direito à liberdade, do qual decorre a proteção à autonomia privada, bem como o princípio da segurança jurídica. Confira-se uma exposição objetiva de cada uma das violações.

a) Princípio da igualdade

24. A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma *“sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”*. O art. 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República *“construir uma sociedade livre, justa e solidária”* e *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*. O caput do art. 5º reafirma que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*. O constituinte incluiu, ainda, menções expressas de rejeição ao racismo¹⁴ e à discriminação contras as mulheres¹⁵.

25. Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição proíbe todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a

¹⁴ CF/88, art. 5º, XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

¹⁵ CF/88, art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas¹⁶. Embora tais considerações já fossem suficientes para evidenciar o evidente vício de inconstitucionalidade decorrente do não reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, duas observações parecem importantes.

26. Em primeiro lugar, veja-se que a jurisprudência desse Eg. STF reconhece de maneira pacífica a possibilidade de aplicação direta do princípio da igualdade para afastar práticas discriminatórias, ainda quando não haja legislação infraconstitucional dispondo sobre determinada questão específica. E isso até mesmo para impor aos particulares um dever de não-discriminação¹⁷, superando eventuais considerações sobre a autonomia privada das partes envolvidas. Com muito mais razão, não deve essa Eg. Corte hesitar em coibir discriminação praticada pelo próprio Poder Público, a quem se reconhece não apenas a obrigação de se abster de violar direitos fundamentais, mas também um dever positivo de atuar na sua proteção e promoção¹⁸.

¹⁶ Nesse sentido, v. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 48.

¹⁷ A jurisprudência do STF fornece o seguinte exemplo: "(...) I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional (...)" (STF, DJU 19 dez. 1997, RE 161243/DF, Rel. Min. Carlos Velloso). Na doutrina, acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais, v. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004.

¹⁸ Sobre o chamado dever de proteção, v. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, 2007, p. 257: "Outra importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

27. Em segundo lugar, é preciso constatar que a ofensa ao princípio da igualdade, na hipótese, ocorre de forma direta, afetando seu núcleo essencial. Com efeito, embora o referido princípio envolva diversas sutilezas e complexidades, o ato impugnado ofende o seu conteúdo mais tradicional e elementar, relacionado à chamada igualdade formal. Em termos simples, cuida-se da proibição de que a ordem jurídica confira tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais. Tal comando não se dirige apenas ao legislador, exigindo também que os intérpretes, ao atribuir sentido e alcance às leis, evitem a produção de efeitos discriminatórios *in concreto*. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, eles deverão proceder inclusive de forma *corretiva*, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição, exatamente o que se pede na presente ação.

28. Isso não significa que toda e qualquer desequiparação seja inválida. Pelo contrário, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios. Aliás, a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores. O que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação seja razoável e o fim por ela visado seja legítimo¹⁹. Nesse ponto, vale notar que certos critérios são considerados especialmente suspeitos pela ordem constitucional, como aqueles baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (art. 3º, IV). No item

fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados”.

¹⁹ Luís Roberto Barroso, Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1ª. ed. 1999), p. 161.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

gênero, por certo, está implícita a orientação sexual. No caso de uma classificação suspeita, agrava-se o ônus argumentativo de quem vai sustentá-la.

29. De qualquer forma, porém, não seria necessário elencar razões para impedir o tratamento diferenciado. A lógica é exatamente a inversa. Onde não exista motivo legítimo a exigir distinção, a regra há de ser o tratamento igualitário. Com a ressalva de que, em um Estado democrático e pluralista, tais motivos devem ser amparados por argumentos de razão pública e não por visões de mundo particulares, de ordem religiosa ou moral. Ainda quando endossadas por numerosos adeptos ou mesmo pela maioria, fato é que tais concepções não são obrigatórias e não podem, portanto, ser impostas pelo Poder Público.

30. No caso em exame, nenhum princípio ou valor protegidos pela Constituição são promovidos por meio do não reconhecimento das uniões afetivas desenvolvidas entre pessoas do mesmo sexo. Ao contrário, o que se produz é uma violação direta ao propósito constitucional de se instituir uma sociedade pluralista e refratária ao preconceito. Não por acaso, os principais argumentos invocados para tentar defender a desequiparação pecam pela incoerência²⁰, ingressam no terreno da simples intolerância²¹ ou são

²⁰ É o caso, por exemplo, do argumento de que as uniões homoafetivas não devem ser reconhecidas pela impossibilidade de procriação. Ora, há muito se cristalizou o entendimento de que o elemento central das uniões estáveis e do próprio conceito de família são a afetividade e o propósito de se construir uma convivência voltado ao respeito e apoio mútuos. Interpretado com coerência, o argumento da impossibilidade de procriação deveria servir para negar reconhecimento também às uniões formadas por casais estéreis ou mesmo àqueles que simplesmente não queiram ter filhos. A rigor, serviria até para negar *status* familiar às chamadas famílias monoparentais. Isso vai de encontro a todo o desenvolvimento teórico



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

embasados por concepções religiosas²². Certamente respeitáveis, mas insuscetíveis de imposição coativa em um Estado laico.

31. Nesses termos, a violação ao princípio da igualdade é verdadeiramente manifesta, não havendo um único argumento defensável no espaço público capaz de justificar a desequiparação jurídica entre as uniões afetivas com base na orientação sexual dos envolvidos.

b) Direito à liberdade, do qual decorre a autonomia privada

32. Um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar formalmente aos indivíduos um direito de escolha entre diferentes projetos de vida lícitos, como também propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar²³. A liberdade, em sua feição geral, é pressuposto para o desenvolvimento da

experimentado pelo direito de família sob o influxo da Constituição de 1988, caracterizado pela prevalência da afetividade em detrimento das estruturas rigidamente hierarquizadas e voltadas à mera reprodução de padrões tradicionais.

²¹ É o caso de estigmas tradicionais como as idéias de que os homossexuais seriam por natureza promíscuos ou indignos de confiança.

²² Nesse domínio, destacam-se os argumentos de desrespeito a um suposto padrão "normal" de moralidade ou aos valores cristãos. A ordem jurídica conta com normas e instrumentos para coibir condutas prejudiciais a terceiros. Saindo desse campo, é preciso reconhecer que o estabelecimento de *standards* de moralidade já justificou, ao longo da história, variadas formas de exclusão social e política, valendo-se do discurso médico, religioso ou da repressão direta do poder. Quanto aos valores cristãos, tal discussão certamente é pertinente no âmbito interno das confissões religiosas, que são livres para manifestar suas crenças e convicções de maneira pacífica. Não se trata, contudo, de argumento capaz de justificar práticas discriminatórias por parte de um Estado laico.

²³ Registre-se que para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. As pessoas devem ter liberdades individuais que não podem ser cerceadas pela maioria, pela imposição de sua própria moral. Sobre o tema, v. Ronald Dworkin, *Sovereign virtue*, 2000, p. 453 e ss..



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

personalidade. No entanto, certas manifestações da liberdade guardam conexão ainda mais estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade, merecendo proteção reforçada²⁴. É o caso, por exemplo, da liberdade religiosa, de pensamento e de expressão. E também da liberdade de escolher as pessoas com quem manter relações de afeto e companheirismo. De maneira plena, com todas as conseqüências normalmente atribuídas a esse *status*²⁵. E não de forma clandestina.

33. Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos significa privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não-regulado pelo Direito. Esta seria, na verdade, uma forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas.

²⁴ Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 241: "Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Tais liberdades não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que sejam".

²⁵ Nesse sentido, v. Érika Harumi Fugie, *Inconstitucionalidade do art. 226, §3º, da CF?*, *Revista dos Tribunais* 813:64, 2003, p. 76: "De modo que a liberdade de expressão sexual, como direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objeto a própria pessoa. Assim, é dotado de uma especificidade e se insere no *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo do indivíduo. De maneira que o aniquilamento de um direito de personalidade ofusca a pessoa como tal. A esses direitos mais preciosos relativos à pessoa se atribui a denominação de medula da personalidade. Assim, o direito à orientação sexual, em sendo um direito de personalidade, é atributo inerente à pessoa humana".



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

34. A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. O princípio da razoabilidade ou proporcionalidade²⁶, largamente empregado por esse Eg. STF, exige que a imposição de restrições seja justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. No caso, por se tratar da dimensão existencial da autonomia privada, apenas razões de especial relevância – como a necessidade de conciliação com o núcleo de outro direito fundamental – poderiam justificar uma ponderação para o fim de compatibilizar os interesses em conflito.

35. Ocorre, porém, que o não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a determinadas concepções particulares, que podem até ser majoritárias, mas que não se impõem como juridicamente vinculantes em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de *perfeccionismo* ou autoritarismo moral²⁷, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar *indivíduos*

²⁶ Sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, v. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, 2007, p. 311 e ss.; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 244; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 116-7; e Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 152-3.

²⁷ Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, 2005, p. 205: "La concepción opuesta al principio de autonomía tal como lo he presentado se suele denominar 'perfeccionismo'. Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores".



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

*adequados*²⁸. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

c) Princípio da dignidade da pessoa humana

36. É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana²⁹. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo³⁰; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”³¹.

²⁸ Reinhold Zippelius, *Teoria geral do Estado*, 1997, p. 370-1: “O moderno Estado totalitário, que intervém em todos os sectores da vida e para o qual servem como exemplo a Rússia estalinista e a Alemanha nazi, reclama realizar as suas idéias políticas, económicas e sociais mesmo na esfera privada (...). No moderno Estado totalitário pretende-se subordinar aos objetivos de Estado e colocar ao seu serviço não só a economia, o mercado de trabalho e a actividade profissional, mas também a vida social, os tempos livres, a família, todas as convicções e toda a cultura e os costumes do povo”.

²⁹ Ana Carla Harmatiuk Matos, *União de pessoas do mesmo sexo – aspectos jurídicos e sociais*, 2004, p. 148: “Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana”.

³⁰ Esta é, como se sabe, uma das máximas do *imperativo categórico* kantiano, proposições éticas superadoras do utilitarismo. V. Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1951. V. tb. Ted Honderich (editor), *The Oxford companion to Philosophy*, 1995, p. 589; Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005; e Ricardo Terra, *Kant e o Direito*, 2005.

³¹ V. Charles Taylor, A política do reconhecimento. In: *Argumentos filosóficos*, 2000; José Reinaldo de Lima Lopes, O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas. In: Celio Golin; Fernando Altair Pocahy e Roger Raupp Rios (org.), *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas*, 2003.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

37. Em primeiro lugar, tal exclusão funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório. As relações afetivas são vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares. O indivíduo é tratado, então, como meio para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos.

38. Em segundo lugar, a discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A idéia de *igual respeito e consideração* se traduz no conceito de “reconhecimento”, que deve ser atribuído às identidades particulares, ainda quando sejam minoritárias. O não reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal. A distinção ora em exame, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos ao longo da história, caracterizando uma verdadeira política

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name, located at the bottom right of the page.

25



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

oficial de discriminação. Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana.

d) Princípio da segurança jurídica

39. O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança, indispensáveis à paz de espírito e, por extensão, à paz social. A importância da segurança jurídica é reconhecida de maneira enfática pela jurisprudência desse Eg. Tribunal, justificando até mesmo que, em certas circunstâncias, sejam preservados os efeitos de atos inconstitucionais ou se lhes conceda alguma sobrevida, a despeito da gravidade do vício que ostentam. Não é preciso sequer chegar perto desses extremos para constatar que a exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um regime específico similar, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica. A demonstração do argumento é simples.

40. As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu enquadramento jurídico. Esse quadro de incerteza – alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes – afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros. Vale dizer: criam-se problemas para as pessoas diretamente envolvidas e para a sociedade.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada na parte inferior esquerda da página.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

41. Os primeiros afetados são, por certo, os partícipes das relações homoafetivas. O desenvolvimento de um projeto de vida comum tende a produzir reflexos existenciais e patrimoniais. Diante disso, é natural que as partes queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, dentre outros. Todos esses aspectos encontram-se equacionados no tratamento que o Código Civil dá às uniões estáveis³². Sua extensão às relações homoafetivas teria o condão de superar a insegurança jurídica na matéria.

42. Da mesma forma, a indefinição sobre o regime aplicável afeta também terceiros que estabeleçam relações estatutárias ou mesmo negociais com algum dos envolvidos na parceria homoafetiva³³. O primeiro grupo identifica exatamente a relação entre o Estado e os servidores públicos, que envolve uma série de direitos atribuídos aos servidores e seus familiares, como o direito a licenças – por motivo de doença do companheiro ou para acompanhá-lo em caso de transferência do direito à inclusão do companheiro no plano de saúde funcional, ao auxílio-funeral, ao auxílio-doença, dentre muitos outros. Tais direitos já são reconhecidos aos servidores que mantêm uniões afetivas heterossexuais estáveis, de modo que a única discussão aqui diz respeito à legitimidade de se discriminar indivíduos com base em sua orientação sexual.

³² Código Civil, art. 1.725: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

³³ Sobre o tema, vejam-se Hélio Borghi, *União estável & casamento – Aspectos polêmicos*, 2003, p. 60, e Zeno Veloso, *União estável*, 1997, p. 86-7. Vale notar que os autores tratam da união estável heterossexual. No entanto, uma vez reconhecidas as uniões homoafetivas, a mesma lógica lhes seria aplicável.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

43. No plano negocial, lembre-se que, como regra, pessoas que vivem em união estável necessitam de anuência do companheiro, por exemplo, para alienar bens e conceder garantia. Dúvida haverá, também, sobre a responsabilidade patrimonial por dívidas individuais ou dívidas comuns aos companheiros. Há incertezas jurídicas, portanto, quanto a formalidades e quanto a aspectos de direito material envolvendo as relações entre parceiros homoafetivos e terceiros. Ainda que essas relações não sejam diretamente afetadas pela definição do regime jurídico dos servidores, é certo que este tende a ser tomado como elemento indicativo e, de qualquer forma, a ordem jurídica deve guardar coerência interna.

44. Nesse sentido, é necessário dar verdadeiro enquadramento jurídico às uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. É perfeitamente possível interpretar o Direito posto de forma a se obter esse resultado e não se vislumbra nenhum outro valor de estatura constitucional que aponte em sentido oposto. Também por esse motivo, portanto, impõe-se o acolhimento da presente ADPF. Após essas considerações sobre o conteúdo dos preceitos fundamentais violados na hipótese, cumpre aprofundar a discussão a respeito das soluções possíveis à luz da ordem constitucional.

A handwritten signature in black ink, consisting of several stylized, overlapping strokes.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

III.2 A solução imposta diretamente pela aplicação adequada dos referidos preceitos fundamentais: inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável

45. Os preceitos fundamentais aqui descritos são dotados de inegável densidade normativa e devem ser aplicados diretamente ao caso, determinando que as relações homoafetivas sejam submetidas ao regime jurídico da união estável. A aplicação direta de princípios constitucionais não suscita maior controvérsia, sendo admitida pela jurisprudência desse Eg. STF³⁴. Em relação ao princípio da igualdade, como foi mencionado, há inclusive precedente de aplicação direta às relações privadas, a despeito da inexistência de legislação infraconstitucional específica. Com muito mais razão, tal princípio deve ser imposto ao próprio Poder Público, impedindo que promova a desequiparação entre indivíduos com base em critérios irrazoáveis.

46. A partir dessa conclusão, torna-se necessário conferir aos dispositivos indigitados do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro interpretação conforme à Constituição para reconhecer que os direitos ali previstos devem ser aplicados também às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Do mesmo

³⁴ Como se sabe, esse Eg. Tribunal admite até mesmo que órgãos administrativos apliquem diretamente a Constituição, sem intermediação legislativa. Tal entendimento foi cristalizado, *e.g.*, na MC na ADC 12/DF – DJU, 1 set. 2006, Rel. Min. Carlos Britto – de cuja ementa se extrai o seguinte trecho: “A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade”. Com muito mais razão, não se pode negar ao Poder Judiciário em geral, e ao STF em particular, a possibilidade e até mesmo o dever de aplicar diretamente o núcleo dos princípios constitucionais.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

modo, deve o STF declarar que, à luz da ordem constitucional e legal em vigor, as uniões homoafetivas não de receber, por parte da jurisprudência, o mesmo tratamento jurídico das uniões estáveis convencionais, sob pena de se produzirem reiteradas violações a preceitos fundamentais.

47. Há apenas uma última observação a fazer: a conclusão a que se acaba de chegar não é afetada pelo art. 226, § 3º, da Constituição, que protege expressamente a união estável entre homem e mulher³⁵. Como se sabe, esse dispositivo teve como propósito afastar definitivamente qualquer discriminação contra as companheiras, consolidando uma longa evolução que teve início, sintomaticamente, em decisões judiciais. Não faria nenhum sentido realizar uma interpretação a *contrario sensu* do referido artigo, de modo a expandir seu sentido e convertê-lo em norma de exclusão, ou seja, exatamente o oposto de seu propósito original. Tal interpretação seria claramente incompatível com os preceitos fundamentais referidos, devendo ser rechaçada.

III.3. Uma solução alternativa: reconhecimento da existência de uma lacuna normativa, a ser integrada por analogia

48. O Direito tem a pretensão de regular todas as situações relevantes para o convívio social, ainda quando não haja norma específica. Para tanto, são previstos métodos de integração da ordem jurídica, como a analogia e o recurso aos costumes e princípios

³⁵ CF/88, art. 226, § 3º: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

gerais do Direito. O ponto não é controverso e dispensa comentários adicionais.

49. Pois bem. Ainda que esse Eg. STF entenda impossível a aplicação direta dos preceitos fundamentais referidos para regular as relações homoafetivas, parece inegável que há uma situação de fato a exigir tratamento jurídico. Como referido, a existência de uma orientação homossexual, que é indiscutivelmente lícita, produz como consequência inevitável o surgimento de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, que são, portanto, igualmente lícitas. No âmbito de tais uniões ou, pelo menos, sob a sua constância, relações existenciais e patrimoniais são travadas, com repercussão para os envolvidos e mesmo para terceiros. Seria no mínimo anacrônico fingir que tal situação não existe, mantendo os casais homossexuais e os indivíduos que com eles estabelecem relações em um verdadeiro limbo jurídico.

50. A aplicação dos métodos de integração ao caso é natural e intuitiva. O conhecimento convencional registra que a analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para dada situação de fato a uma outra situação semelhante, que não foi prevista pelo legislador. Para que a analogia seja cabível, é necessário que as duas situações apresentem os mesmos elementos essenciais, que terão motivado determinado tratamento jurídico. É exatamente essa a hipótese em discussão.

51. Com efeito, os elementos essenciais da união estável são identificados pelo próprio Código Civil e estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas:



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

convivência pacífica e duradoura, movida pelo intuito de constituir entidade familiar. Como se sabe, a doutrina e a jurisprudência contemporâneas destacam que a família deve servir de ambiente adequado para o desenvolvimento de seus membros, apresentando como traços característicos a comunhão de vida e assistência mútua entre os envolvidos, emocional e prática.

52. Pois bem. Parece impossível negar a presença de tais elementos nas uniões entre pessoas do mesmo sexo sem incorrer em preconceito contra os próprios indivíduos homossexuais. Seria como afirmar que essas pessoas não seriam capazes de estabelecer vínculos afetivos e de confiança. Como afirmar, em síntese, que seriam incapazes de amor e companheirismo. Nenhum argumento de razão pública embasaria assertivas como essas.

53. Por tudo isso, nada mais natural do que estender o regime jurídico da união estável, previsto no art. 1723, do Código Civil, às uniões entre pessoas do mesmo sexo. **Veja-se que não se trata aqui de mera interpretação de lei, mas sim da interpretação da legislação ordinária à luz dos princípios constitucionais, atividade que esse Eg. STF tem desenvolvido em diversas oportunidades.** Vale o registro, aliás, de que tal solução já foi acolhida em diversas decisões judiciais. A título de exemplo, confira-se a seguinte ementa de acórdão do TRF da 4ª Região:

“A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão”³⁶.

³⁶ TRF 4ª Reg., DJU, 10 ago. 2005, AC 2000.71.00.009347-0, Rel. João Batista Pinto Silveira.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

IV. DOS PEDIDOS

IV.1. Pedido cautelar

54. A presença do *fumus boni iuris* – na verdade, do bom direito – foi demonstrada ao longo da exposição. Já o *periculum in mora* se manifesta (i) nos riscos para o Governador e para a Administração Pública que se vêem cotidianamente obrigados a tomar decisões que podem gerar impugnações judiciais e, mais que isso, procedimentos sancionatórios e (ii) na frustração de direitos fundamentais de parceiros em relações jurídicas homoafetivas, que estão sujeitos, inclusive, ao trânsito em julgado dos pronunciamentos judiciais respectivos. Por tais razões, pede-se a este Eg. Tribunal que declare, em sede de liminar, a validade das decisões administrativas que equiparem as uniões homoafetivas às uniões estáveis e que suspenda o andamento dos processos e os efeitos das decisões judiciais que hajam se pronunciado em sentido contrário.

IV.2. Pedido principal

55. Por todo o exposto, o requerente espera que seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que essa Eg. Corte declare que o regime jurídico da união estável deve se aplicar, também, às relações homoafetivas, seja como decorrência direta dos preceitos fundamentais aqui explicitados – igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica – seja pela aplicação analógica do art. 1.723 do

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

Código Civil, interpretado conforme a Constituição. Como consequência, pede-se que este Eg. Tribunal:

- a) Interprete conforme a Constituição a legislação estadual aqui indigitada – art. 19, II e V e art. 33, do Decreto-lei nº 220/75 –, assegurando os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis;
- b) Declare que as decisões judiciais que negam a equiparação jurídica referida violam preceitos fundamentais.

IV.3. Pedido subsidiário

56. Por fim, subsidiariamente e por eventualidade, caso este Eg. Tribunal entenda pelo descabimento da ADPF na hipótese – o que, repita-se, admite-se apenas para argumentar, sem conceder –, requer o autor seja a presente recebida como ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que o que se pretende é a interpretação conforme a Constituição (i) dos arts. 19, II e V, e 33 do Decreto-lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) e, bem assim, (ii) do art. 1723 do Código Civil, para o fim de determinar que este dispositivo não seja interpretado de modo a impedir a aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas, impondo-se, ao revés, sua aplicação extensiva, sob pena de inconstitucionalidade.



PODER EXECUTIVO ESTADUAL

57. No tocante às normas da legislação estadual pré-constitucional, é importante enfatizar que a lógica dominante na Corte, reiterada na ADIn nº 2, é a de que lei anterior à Constituição e com ela incompatível estaria revogada. Conseqüentemente, não seria de se admitir impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade, cujo propósito é, em última análise, retirar a norma do sistema. Se a norma já não está em vigor, não haveria sentido em declarar sua inconstitucionalidade. Esse tipo de raciocínio, todavia, não é válido quando o pedido na ação direta é o de interpretação conforme a Constituição. É que, nesse caso, não se postula a retirada da norma do sistema jurídico nem se afirma que ela seja inconstitucional no seu relato abstrato. A norma permanece em vigor, com a interpretação que lhe venha a dar a Corte.

Nestes termos,


P. deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 25 de fevereiro de 2008.



LUCIA LÉA GUMARÃES TAVARES

Procuradora-Geral do Estado



SÉRGIO CABRAL

Governador do Estado



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.



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

M.J.S.P.

APELANTE

..
D.P.M.

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.

Custas na forma da lei.



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 MAURO JOSÉ DO S. 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 DANIEL PAUL M.

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*.



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 caracterizar um relacionamento afetivo ou união estável. Diz que não



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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.

I - UNIÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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.

LACUNA.



RP

Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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 conseqüências 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 afetivas homossexuais, porquanto a completude do sistema jurídico



RP

Nº 70021637145

2007/CÍVEL

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.



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 *vocabulo “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 venia*, aquelas decisões que julgam improcedentes esse tipo de ação, sob o



RP

Nº 70021637145

2007/CÍVEL

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



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)



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.



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 lei, 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 risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo, impedindo a segregação da pessoa homossexual.



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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 que sigam. Negar-lhes esse direito é desprezar sua natureza humana e limitar em dignidade a pessoa que são.



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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. 669) 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, participou da sua aquisição, inclusive administrando os bens e as aplicações



RP

Nº 70021637145

2007/CÍVEL

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.

Por outro lado, o apelado, ao longo do processo (notadamente contestação e contra-razões de apelação) alega, preliminarmente, a



RP

Nº 70021637145

2007/CÍVEL

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 raias 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.

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*



RP

Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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.

*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)*



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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, contínua 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 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.



RP

Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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;

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);



RP

Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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 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



RP

Nº 70021637145

2007/CÍVEL

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.

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.



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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.

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



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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'sHealth*), 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;*
- *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;*



RP

Nº 70021637145
2007/CÍVEL

- 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.

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.



RP

Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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 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.



RP

Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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.

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.



RP

Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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.

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.”*



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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 Regina 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.

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.



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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 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



RP

Nº 70021637145

2007/CÍVEL

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).

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



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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 petitórios de ambas as partes.

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.



RP
Nº 70021637145
2007/CÍVEL

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.

DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACENDA (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."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RP

Nº 70021637145
2007/CÍVEL

Julgador(a) de 1º Grau: MARCO AURELIO MARTINS XAVIER



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. 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

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70016239949

COMARCA DE PORTO ALEGRE

R.E.C.

APELANTE

..
E.M.C. P.I.E.D.A.C.

APELADO

.C.

APELADO



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).



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).

Sobreveio pedido do apelante para juntada de documento apto a demonstrar a relação de dependência em convênio para assistência



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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 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.*



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

(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 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



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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.

Sobre o tema, já me pronunciei nos seguintes termos, por ocasião do julgamento da Apelação Cível 70009550070 em 17 de novembro de 2004:



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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 conjugalis 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.

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



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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.

Estão, assim, rejeitadas todas as preliminares.

No mérito, não assiste razão ao apelante.



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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 indubitavelmente demonstrada que a relação teve todas estas características e os elementos dos autos não trazem essa certeza!

Inicio 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



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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 continua 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 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):



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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, 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).



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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: “acontecía 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.

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



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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.

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



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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 equivocado nome 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)

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



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

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 cuius*, 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.

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."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LFBS
Nº 70016239949
2006/CÍVEL

Julgador(a) de 1º Grau: MARIA INES LINCK



JAST
Nº 70017073933
2006/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL ESTÁVEL. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL.

É juridicamente possível o pedido de reconhecimento e dissolução de união homossexual estável, bem como o pedido de partilha de bens móveis e indenização por dano moral. Contudo, mantém-se o indeferimento da petição, por falta de interesse jurídico da autora, quanto aos pedidos de posse e propriedade de um animal e manutenção no imóvel locado, onde residia com a ré.

Apelação parcialmente provida, por maioria.

APELAÇÃO CÍVEL

OITAVA CÂMARA CÍVEL

Nº 70017073933

COMARCA DE PORTO ALEGRE

S.O.L.

APELANTE

..

T.G.M.

APELADA

..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em dar parcial provimento ao recurso, vencido o Des. Presidente, nos termos dos votos a seguir transcritos.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor **DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCE**DA.

Porto Alegre, 09 de novembro de 2006.

DES. JOSÉ S. TRINDADE,
Relator.



JAST
Nº 70017073933
2006/CÍVEL

DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS,
Voto Vencido.

RELATÓRIO

DES. JOSÉ S. TRINDADE (RELATOR)

Ação. Trata-se de ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva cumulada com partilha de bens móveis e dano moral.

Partes. Apelante: Sheila.

Apelada: Tanara.

Sentença recorrida. A decisão de fls. 104/105 indeferiu a petição inicial, com base no art. 295, III, do CPC.

Objeto. Apelação com pedido preliminar de concessão do benefício AJG e, no mérito, para que seja decretada a nulidade da sentença, visando o prosseguimento regular do feito.

Razões recursais. Preliminarmente, postula a apelante que lhe seja concedido o benefício da gratuidade judiciária. No mérito, alega que manteve com a apelada união homoafetiva por aproximadamente cinco anos, relação que gerou direitos e deveres entre as partes, os quais devem ser reconhecidos pelo Judiciário. Sustenta não haver dúvida quanto ao seu interesse processual, pois adquiriram por esforço mútuo os bens móveis que guarneciam o lar. Aduz que foi presenteada pela recorrida com um cachorro chamado Michel, que considera ser o substituto do filho que não puderam ter frente à impossibilidade de geração de vida entre pessoas do mesmo sexo. Informa que, com a separação, vieram as propostas conciliatórias, mas não compuseram em nenhuma das tentativas, razões pelas quais se justifica a propositura da demanda. Salaria que também há interesse processual quanto ao dano moral que sofreu. Requer seja dado provimento ao apelo, para que



JAST
Nº 70017073933
2006/CÍVEL

seja decretada a nulidade da sentença prolatada, visando o prosseguimento do feito (fls. 114/119).

Contra-razões. Ao contra-arrazoar a apelada, preliminarmente, requer que lhe seja concedido o benefício da AJG e indeferida a benesse legal à apelante. No mérito, pugna pela manutenção da sentença (fls. 122/141).

Ministério Público de 1º grau. Na origem, a agente ministerial exarou parecer no sentido de dar provimento ao apelo para determinar o prosseguimento da ação de dissolução de união estável, mantendo-se o afastamento da pretensão de indenização por danos morais (fls. 161/167).

Os autos foram remetidos para esta Corte.

Ministério Público de 2º grau. Em parecer de fls. 170/175, a Procuradora de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

DES. JOSÉ S. TRINDADE (RELATOR)

Recurso em condições de ser conhecido.

No mérito, merece ser parcialmente provido.

A autora/apelante ajuizou a presente ação de reconhecimento e dissolução de união homossexual estável, cumulada com partilha de bens móveis e dano moral. Pretende também, obter a posse e propriedade de um cachorro que teria sido presenteado pela ré a ela. Ainda, postula a sua manutenção no imóvel que servia de residência às litigantes.

A petição inicial foi indeferida, com base no art. 295, III, do CPC, entendendo a Magistrada singular que falta à autora interesse jurídico no pedido.

Deve ser mantido o indeferimento da petição inicial quanto à pretendida posse e propriedade do cachorro, por faltar interesse processual à autora.



JAST
Nº 70017073933
2006/CÍVEL

Conforme se vê do documento de fl. 145 juntado pela apelada, em 23/06/2006 as ora litigantes celebraram acordo em audiência, devidamente homologado, em sede de cautelar inominada, tratando da questão que envolve o animal de estimação. Ali foi reconhecido que a propriedade do animal era de TANARA (ora ré), e, à autora (SHEILA), foi assegurada a possibilidade de, semanalmente, por 24 horas, ficar na posse do cachorro.

Assim, a questão envolvendo o animal de estimação já foi solvida noutra ação, descabendo sua rediscussão no presente feito, faltando interesse processual da autora no ponto.

Pelo mesmo motivo, também deve ser mantido o indeferimento da petição inicial quanto à pretendida manutenção da autora no imóvel onde reside, porque à evidência que a matéria refoge ao âmbito de análise nesta especializada de Direito de Família.

Segundo se extrai do contrato de locação de fls. 147/150, o imóvel onde reside a autora foi locado de uma terceira pessoa (mãe da ré). Tal relação contratual é estranha ao presente feito e deve ser discutida e resolvida na seara própria, ou seja, na esfera cível comum, que tenha competência para o julgamento de matéria envolvendo locações. Aliás, a apelada noticia nas contra-razões ao recurso que a locadora (sua genitora) já ajuizou a ação competente para reaver o imóvel.

Portanto, falta interesse processual à apelante em pretender a sua manutenção no imóvel locado.

Contudo, ao contrário do entendimento externado na sentença hostilizado, há interesse processual da autora em ver reconhecida e dissolvida a união homossexual que alega ter mantido com a ré, em ver partilhados os alegados bens móveis porventura adquiridos nesse período, e, ainda, em postular indenização por dano moral.



JAST
Nº 70017073933
2006/CÍVEL

Quanto à possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união homossexual estável, embora a matéria ainda seja controvertida, há muito me filio ao entendimento favorável.

Conforme já referi noutros julgamentos, é possível o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante os princípios fundamentais contidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual.

E justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso País, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos.

No mesmo sentido ora esposado há precedentes da 7.^a Câmara Cível e do 4.^o Grupo Cível deste Tribunal, *ex vi* das ementas que transcrevo:

“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 a o sistema jurídico encaminha o julgador ao uso da analogia e dos



JAST
Nº 70017073933
2006/CÍVEL

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 Nº 70015169626, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/08/2006*).

“AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA.” (*Embargos Infringentes Nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/06/2005*).

E ao contrário do sustentado na sentença, no caso em julgamento há interesse patrimonial a justificar a intervenção judicial, vez que a autora pleiteia expressamente meação sobre bens móveis que teriam sido adquiridos na vigência da união (fl. 03, item 5 e 14).



JAST
Nº 70017073933
2006/CÍVEL

Por fim, também entendo que há interesse processual e possibilidade jurídica do pedido de indenização por dano moral no âmbito desta ação, inegavelmente atrelada ao direito de família.

A responsabilidade civil é possível de ser apurada no âmbito do Direito de Família, porque dispõe o art. 186 do CC/02 que “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. E todo ato ilícito é passível de reparação.

No âmbito do Direito de Família, há direitos/deveres decorrentes da união estável (art. 1.724, CC/02) – incluindo-se aí, analogicamente, a união homossexual -, os quais, se violados e causarem dano, caracterizam ato ilícito *passível* de indenização.

E também, conforme o artigo “RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA”, da autoria de RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, publicado na obra “Direitos Fundamentais do Direito de Família”, Editora Livraria do Advogado, Coordenadores Belmiro Pedro Welter e Rolf Madaleno, págs. 359/371, extrai-se que a responsabilização pode decorrer de ato ilícito absoluto, nos termos do art. 186 e 187 do CC, ou de fato tipificado no direito de família ou no das sucessões. Refere que o direito moderno preocupa-se com o respeito à pessoa humana e com a pronta responsabilização dos que a ofendem; para isso, a responsabilidade civil é instrumento eficaz. Refere também que na medida em que se alcança a exata compreensão do conceito “dignidade da pessoa humana”, logo se percebe o aumento das hipóteses de ofensa a tais direitos, e se ampliam as oportunidades para a existência do dano. Ainda, enumera exemplificativamente regras do Código Civil em vigor sobre condutas a serem observadas pelos cônjuges, pais, parentes, herdeiros, tutores e curadores, cujo descumprimento gera direito à indenização: arts. 1.637, 1.638, 1.752, e outros.



JAST
Nº 70017073933
2006/CÍVEL

Assim, a visão moderna do Direito Civil, que também protege o princípio da dignidade da pessoa humana, não afasta a responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família.

No mesmo sentido refere VITOR UGO OLTRAMARI, ao tratar da “ATUALIDADE DO DANO MORAL”, na obra “O Dano Moral na Ruptura da Sociedade Conjugal”, Editora Forense, págs. 38/39, com enfoque na responsabilidade civil no campo do Direito de Família, quando diz que a obrigação de reparar o dano por quem pratica ato ilícito, contida no art. 927 do CC, completa-se com as disposições dos artigos 186 a 188, ainda que o dano seja exclusivamente moral, previsto pelo art. 186, CC/02.

Contudo, não bastam condutas (ação ou omissão) que podem levar à responsabilização do seu autor.

É que devem estar presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil – ação ou omissão, dano injusto, relação de causalidade, fator de atribuição, que ordinariamente é a culpa em sentido lato – (de que fala RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, na obra precitada, pág. 368).

Com efeito, MARIA ISABEL PEREIRA DA COSTA, no excelente artigo “Família: do Autoritarismo ao Afeto – Como e a quem indenizar a omissão do afeto?”, publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, IBDFAM, n.º 32, págs. 20/39, também alude que “**Os elementos da responsabilidade civil não se esgotam na ocorrência do ato ilícito e na existência da culpabilidade. Necessária se faz também a presença do nexo de causalidade entre o ato ou fato do agente e a ocorrência do dano. Não é necessário que o dano seja imediato, mas deve ser demonstrado o liame entre o dano e o fato gerador**”.

E ela diz mais: “**Também é preciso aquilatar o dano e a sua extensão, pois o dano é um elemento primordial na caracterização da responsabilidade civil. Este pode ser material ou moral**”.



JAST
Nº 70017073933
2006/CÍVEL

Assim, entendo perfeitamente possível o pedido de indenização por dano moral na presente ação, não havendo necessidade de qualquer emenda à petição inicial no ponto (sugerida pela Dra. Procuradora de Justiça), já que tal pretensão foi exaustivamente exposta na petição inicial, devendo arcar a autora, eventualmente, com a conduta processual de não “descrever uma conduta geradora do dever de indenizar” (sentença, fl. 105).

No tocante ao pedido de AJG feito pela ré/apelada e impugnação ao pedido da autora do mesmo benefício, expostos nas contra-razões, devem ser deduzidos e enfrentados primeiramente no juízo singular.

Pelas razões expostas, o voto é pelo parcial provimento da apelação, desconstituindo parcialmente a sentença, para afastar o indeferimento da petição inicial relativamente ao reconhecimento e dissolução da união homossexual, partilha de bens móveis e indenização por dano moral, mantendo-se o indeferimento da petição inicial quanto à posse e propriedade do animal e quanto à manutenção no imóvel locado pela autora.

DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS (PRESIDENTE E REVISOR)

Eminentes colegas. Andou bem o em. Relator, no meu ponto de vista, quanto à guarda do cão “*Michel*” e a respeito da manutenção da autora no imóvel locado, com a confirmação da sentença.

Quanto ao mais, passando pelo reconhecimento e dissolução da chamada união homoafetiva, peço vênica para divergir, embora não desconheça que a sociedade moderna vem caminhando na trilha seguida pelo em. Relator.

Na verdade, laboriosa jurisprudência, passo a passo, vem se acomodando, mas ainda há boa parte que não se alinha ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.



JAST
Nº 70017073933
2006/CÍVEL

Comungo desse entendimento, ao menos por ora, embora continue a meditar sobre o tema, e por isso mesmo até não avanço muito sobre essa instigante questão.

Concluo dizendo, apenas, que se a união estável não se constitui entre pessoas impedidas de se casar, não pode ser aceita em casos tais, entre pessoas do mesmo sexo.

Por isso, fazendo minha a fundamentação da sentença, estou em que o pedido efetivamente se ostenta juridicamente impossível, levando à carência de ação.

Observando, outrossim, que a questão da repartição de bens e a indenização por dano moral, passando pelo reconhecimento da união estável, seguem a mesma sorte. Apenas podendo, eventualmente, render ensejo à discussão em ação própria.

Portanto, renovada vênia, nego provimento ao recurso.

DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA - De acordo com o Relator.

DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS - Presidente - Apelação Cível nº 70017073933, Comarca de Porto Alegre: "POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO, EM PARTE, VENCIDO O DES. PRESIDENTE."

Julgador(a) de 1º Grau: JUCELANA LURDES PEREIRA DOS SANTOS



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO.

A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar.

A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas.

EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA.

EMBARGOS INFRINGENTES

QUARTO GRUPO CÍVEL

Nº 70011120573

COMARCA DE PORTO ALEGRE

C.W.T.L.C.M.

EMBARGANTES;
EMBARGADO.

M.P.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Quarto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, acolher os embargos infringentes, vencidos os Desembargadores Antonio Carlos Stangler Pereira e Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores **ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA (PRESIDENTE), MARIA BERENICE DIAS, RUI PORTANOVA, LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES E**



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

JOSÉ S. TRINDADE.

Porto Alegre, 10 de junho de 2005.

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS (RELATOR) -

Adoto, de início, o relatório constante no parecer do douto Procurador de Justiça, Dr. Miguel Bandeira Pereira (fls. 246-257), a seguir transcrito e complementado:

“Apreciando apelação interposta pelo Ministério Público, nos autos de ação declaratória de reconhecimento de união estável promovida por CW e TLMC, a Colenda 8ª Câmara Cível desse Tribunal, por maioria, deu parcial provimento à inconformidade, assentando a impossibilidade do reconhecimento de união estável entre dois homens, de modo a merecer proteção do Estado como entidade familiar, face o art. 226, § 3º da Constituição Federal (fls. 199 a 203).

O voto condutor da maioria proveu o recurso apenas para reconhecer a existência de sociedade de fato entre os autores, em que a contribuição de cada um deva ser apurada de acordo com a sua eventual participação na formação do patrimônio, através de posterior liquidação de sentença.

O douto voto minoritário, da lavra do eminente Desembargador Rui Portanova, que negava provimento ao apelo do Ministério Público, assentou a existência de lacuna no direito para a solução concreta, além da ausência de proibição legal no reconhecimento da união estável na hipótese. Afirmou, ainda, que a completude do



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

sistema jurídico pode abarcar essas relações de afeto, mesmo sem expressa previsão da lei a respeito. Por fim, asseverou que a analogia mais adequada para preencher a lacuna existente na lei é a figura da união estável e não a da sociedade de fato, haja vista que os requerentes não se uniram com fim de exercerem atividade econômica, mas tão-somente pelo afeto mútuo.

*Ao acórdão foram opostos embargos de declaração pelos autores (fls. 208 a 213), desacolhidos (fls. 216 a 217), após o que sobreveio o presente recurso de embargos infringentes, onde os recorrentes reafirmam que “mantêm sim, entre si, de há tempos uma união estável entre pessoas do mesmo sexo, a qual pretendem dar continuidade *ad eternum*, compartilham domicílio civil, os afazeres da residência, bem como as obrigações daí decorrentes, e pretendem deixar, um para o outro, todo o patrimônio do qual possam dispor entre si, bem como os direitos futuros sobre benefício previdenciário.” Informam a aquisição conjunta de imóvel no sentido de demonstrar os seus propósitos, argumentando, também, em torno do valor constitucional da dignidade humana. Concluem deva prevalecer o voto vencido (fls. 222 a 233).*

Respondido o recurso (fls. 238 a 242) pelo agente ministerial com atuação junto à 8ª Câmara Cível, subiram os autos, vindo, a seguir, com vista.”

O Ministério Público manifesta-se pelo conhecimento e desacolhimento do recurso.

É o relatório, que foi submetido à douta revisão.

VOTOS

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS (RELATOR) -

A providência nos reservou, neste crepúsculo de poder jurisdicional, o exame de autos peculiares. Em primeiro, pelo tema sempre instigante. Depois, pelas excelentes e eruditas peças subscritas pelos advogados Roger Caetano e Cláudio Tessari, pelos agentes do Ministério Público, João Hubert Jacottet Neto, Ricardo Moreira Lins Pastre e Miguel



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

Bandeira Pereira, e pela sentença da operosa e culta magistrada Dr.^a Maria Inês Claraz de Souza Linck.

Os apelados ajuizaram uma ação declaratória para afirmar a união estável que os vincula há mais de quinze anos, timbrada pelo afeto, companheirismo e carinho, sob o mesmo teto, com notoriedade e de forma ostensiva.

Observe-se que bem poderiam se socorrer de provimento nº 06/04-CGJ, deste Tribunal, que autorizou “*as pessoas plenamente capazes independente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial*” a registrar documentos que digam respeito a tal relação e que se estende também às pessoas que pretendam construir uma união afetiva na forma do expediente referido. A leitura deste provimento deixa à calva a inexistência de qualquer veto à orientação sexual, franqueando o registro a qualquer parilha que viva em união estável, desde que formada por pessoas capazes e em público congresso afetivo.

É conhecida a posição que adotei em 14 de março de 2001, quando a Sétima Câmara, por maioria acolheu por primeira vez no País a possibilidade de reconhecer-se a relação homoerótica uma união estável (AC 70001388982), que peço vênha para transcrever e adotar como fundamento deste voto:

“Leciona Rainer Czajkowski 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).

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 porque mesmo as uniões livres estáveis, consagradas pela Constituição como entidades familiares, são formadas necessariamente por um homem e uma mulher (art. 226, par. 3º).

Menos por força da 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, 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 nessas famílias monoparentais não exista a figura de pai e mãe, pois falta a figura de outro



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 (Reflexos jurídicos das uniões homossexuais, *Jurisprudência Brasileira*, Editora Juruá, Curitiba, 1995, p. 97/107).*

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.

É de Rodrigo da Cunha Pereira a afirmação 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 à homo ou heterossexualidade, mas para qualquer comportamento sexual anormal, como se isto pudesse ser controlado e colocado dentro de um padrão normal (Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 43).

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 a pessoas ou situações às quais as portas de entrada da moldura das



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

titularidades de direitos e deveres é negada.

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 esse medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos que emanam das parcerias de convívio e afeto (Luiz Edson Fachin, Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, em “A nova família: problemas e perspectivas”, Editora Renovar, Rio, 1997, p.114, passim).

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, 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.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 exhibe 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 (Fernanda de Almeida Brito, União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos, Editora LTr, São Paulo, 2000, p.46/48).

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*



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

social, oriundos de um preconceito do seu desvio sexual.

A proibição da homossexualidade é considerada como violação aos direitos humanos pela Anistia Internacional, desde 1991 (Fernanda de Almeida Brito, ob.cit. p. 43/46).

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 (Américo Luís Martins da Silva, A evolução do Direito e a realidade das uniões sexuais, Editora Lúmen Juris, Rio, 1996, p.300).

Lembra Edward Wilson que 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 (A natureza humana, Editora da USP, 1981, p.141).

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

reprodutores (Américo Luís Martins da Silva, cit. p. 305).

Não é negando direitos à união homossexual que far-se-á desaparecer o homossexualismo, como acentua Marilene Silveira Guimarães, pois os fundamentos dessas 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.

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 a concepção até os três ou quatro anos de idade. Já aí, nessa tenra idade, constitui-se o núcleo da identidade sexual na personalidade do indivíduo, que será mais ou menos corroborado de acordo com o ambiente em que ele se desenvolva, o que posteriormente determinará sua orientação sexual definitiva. Portanto, a homossexualidade não é opção livre, é determinismo psicológico inconsciente (Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, in Direito de família, aspectos constitucionais, processuais e civis, Ed. RT, v. 2. p. 201/202).

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 dessas possibilidades.

Freud, um dos primeiros a idealizá-la, aceitava que a orientação era uma anormalidade do desenvolvimento emocional, sendo fator essencial a 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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 edipiano 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 (Américo Luís Martins da Silva, 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 (Levay, 1994).

Afirma Luis Muñoz Sabaté que “la homosexualidad es tal vez una de las desviaciones sexuales que más difícilmente podría ser atacada o reprobada com 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 proihbición se refleja no solamente em



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

una serie de pautas morales y religiosas, calificando de vergonzosa, ridícula, denigrante o pecaminosa este tipo de conducta sino también em determinadas sanciones jurídicas, que en algunas épocas o países han llegado incluso a la castración y la pena de muerte” (*Sexualidad y derecho. Elementos de sexología jurídica, Editorial Hispano-Europea, Barcelona, 1976, p.199/201*).

*Helmut Thielick, ex-Reitor das Universidades de Tübingen e Hamburgo, alude que dificilmente se pode esperar uma atitude unânime sobre a homossexualidade na ética teológica do protestantismo alemão, pois “el desconcierto frente a um fenómeno considerado um tabú religioso se pone de manifesto también em 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 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 com hormonas sexuales, registrándose buenos resultados curativos”. Continuamente encontramos análogas muestras de esta desorientación o media-orientación” (*Sexualidad y crimen, 3ª edição, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1990, p. 49/50*).*

Com extrema precisão, Jurandir Freire Costa informa que toda a 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,



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

agissem, reconhecessem-se 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 o renomado psicanalista que, nas crenças a respeito da sexualidade, como as crenças da feitiçaria, também são apresentadas como fundadas em fatos 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.

No entanto, com um pouco de imaginação, pode-se conjecturar um futuro em que essa 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 multisssexual ou alien-sexual, daí surgindo livros, vídeos, programas, com informações sobre o assunto, encontros e conferências seriam realizados 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 ter uma tendência sexual antinatural, posto que, se todos fossem atraídos por extraterrestres, a reprodução da espécie terráquea estaria ameaçada...



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

Fora desse 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, nem 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 nossa sexualidade são realidades lingüísticas, não existindo uma coisa sexual objetiva que preexista 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 porque 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 lingüísticas produzam novos modos de identificação moral dos indivíduos.

Entretanto, ninguém é senhor da morada sexual, pode tornar-se livre 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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 nessa cidade ideal da ética humanitária e democrática, as pessoas serão livres para amar sexualmente de tantas formas quantas possam 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 areia no limite do mar (A ética e o espelho da cultura, 3ª edição, Editora Rocco, Rio de Janeiro, 2000, p. 118/122).

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.

Como diz Rorty, trocando-se o vocabulário trocam-se os problemas e, com isso, algumas realidades que pareciam absolutamente importantes passam a não ter qualquer importância (Jurandir Freire Costa, ob.cit. p. 113/116).



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

Para Caio Fernando Abreu, 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 (Pequenas epifanias, Editora Sulina, Porto Alegre, 1996, p. 49).

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.

Como noticia Andrew Bainham, 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 FitzPatrick 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 FitzPatrick 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 comprometida tinha as características de amor, afeto, apoio e companheirismo, normalmente



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 vigor 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, ao invés de específicos (Direitos humanos, crianças e divórcio da Inglaterra, UFP/IBDFAM, Editora Juruá,



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

Curitiba, 2001, p. 12/15).

Acrescento que, na Hungria, a Corte Constitucional considerou que existindo o instituto do common-law marriage, 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).



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 (Napoleão Dagnese, Cidadania no armário. Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade, LTr Editora, São Paulo, 2000, p.71775).

Em magistério paradigmático, Maria Berenice Dias lembra 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 X 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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 excluídos, uma sociedade que se deseja aberta, justa, pluralista, solidária, fraterna e democrática não pode conviver com tal discriminação (União homossexual, o preconceito, a justiça, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, p.17/21).

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 (Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, em A nova família: problemas e perspectivas, Editora Renovar, Rio, 1997, p. 114).

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 à toda 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.

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 (José Afonso Silva, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, Revista de Direito Administrativo, nº 212 / p. 91/93).

Assim, a idéia de dignidade humana não é 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.

Ingo Sarlet, em obra proeminente, menciona que nesse 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 protetional da dignidade.

Como limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade é algo



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

que pertence necessariamente a cada um e que não pode ser perdida e alienada, 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 à 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 o douto constitucionalista gaúcho que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, 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 (A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, p. 46/49).

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, efetivou-se 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.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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.” (Cleber Francisco Alves, O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja, Editora Renovar, Rio, 2001, p. 157/159).

Dessa 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, em princípio, de modo diverso ante duas pessoas.

Daí 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 (Edilson Pereira Nobre Júnior, O direito brasileiro e o princípio da dignidade



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

humana, *Revista dos tribunais*, nº 777 / p. 475).

Em magistério original, Roger Raupp Rios 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, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (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.

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.

A afirmação da dignidade humana, no direito brasileiro, repele quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa dessa 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.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 (Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo, trabalho inédito).

Ainda a atentar-se para o princípio da igualdade.

Celso Antonio Bandeira de Mello dita que 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 equitativamente a todos, sendo esse o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral.

Em suma, dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, 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 (Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1999, p. 9/10).

A concretização da igualdade em matéria de sexo, diz Roger Raupp Rios, exponencializada pela proibição de discriminação, se examinada com cuidado, alcança o âmbito da orientação sexual homossexual.

De fato, quando alguém atenta para a direção do envolvimento, por mera atração, ou pela 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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 (Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

homossexualidade, *Revista do Centro de Estudos Judiciários Brasileiros, Conselho da Justiça Federal, 1998, v. 6, p. 29/30).*

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 a reprodução mesmo sem ato sexual (Rodrigo da Cunha Pereira, A sexualidade vista pelos tribunais, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p. 61/62).

Muito raras 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, passe-se a aplicar o mesmo regramento legal, pois inquestionável que se trata de um relacionamento que tem base no amor (Maria Berenice Dias, Efeitos patrimoniais das relações de afeto, in Repensando o direito de família, IBDFam, Belo Horizonte, 1999, p. 57).

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, sob o prisma jurídico, 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 sejam preenchidos os requisitos para a configuração de tais entidades, possibilitando o reconhecimento do direito de partícipe da relação - que for prejudicado em



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 (O companheirismo, *uma espécie de família*, Editora RT, São Paulo, 1998, p. 491).

Observa Euclides de Oliveira que, 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 (União homossexual gera direitos patrimoniais limitados, in Nova realidade do direito de família, COAD, 1998, p. 39).

Buscando uma hermenêutica construtiva, baseada numa interpretação atualizada e dialética, Luiz Edson Fachin 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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

comprometidos com seu tempo e seus dilemas (Elementos críticos de direito de família, Editora Renovar, Rio, 1999, p. 2, passim).

Como conclui Maria Berenice Dias, 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 (ob. cit. p. 88).

Além disso, como apregoam José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, as uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas, não como modalidade de casamento (Direito de Família. Direito Matrimonial, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, p. 215).

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.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 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 (Cristina de Oliveira Zamberlan, Os novos paradigmas da família contemporânea. Uma perspectiva interdisciplinar, Editora Renovar, Rio, 2001, p.13/14 e 149/151).

Segundo Rosana Amara Girardi Fachin, 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 conferia 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 diversas, 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 (Em busca da família do novo milênio. Uma



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo, *Editora Renovar, Rio, 2001, p. 7, passim*).

É ainda Guilherme Calmon Nogueira da Gama que flagra 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 as uniões sexuais entre parentes, pai e filha, e as famílias de fato resultantes da união de pessoas do mesmo sexo.

Embora aceitando que alguns valores e princípios tradicionais ainda prevalecem em matéria de conjugalidade, o que obsta 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 (Família não-fundada no casamento, RT nº 771, p. 62 e 68).

Como foi observado no início, 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 (ADIn nº 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU 10.05.96), além de afrontar o princípio da unidade constitucional.

Aparenta-me adequado, pois, filiar-me ao uso razoável da



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

analogia e uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, principalmente o direito de igualdade.

Como explica Roger Raupp Rios, a equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente à situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher, mas onde a 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, segundo Rios, 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 (Dignidade da pessoa humana, *cit. p. 31/34*).*

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

onda 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.” (TJRS, Oitava Câmara Cível, APC 598 362 655, rel. Des. José Siqueira Trindade, j. 01.03.2000).

Dir-se-á, talvez, que a utilização da analogia apenas socorre para preencher alguma lacuna (LICC, art. 4º e CPC, art. 126), 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 assevera Aftalión, Garcia y Vilanova, contra la opinión de algunos autores que han sostenido que em el ordenamiento jurídico existen lagunas - o sea, casos o situaciones no previstas - que serían necesario llenar o colmar a medida que las circunstancias mostrasen la conveniencia de hacerlo, debemos hacer notar que el ordenamiento juridico es pleno: todos os casos em que puedan presentarse se encuentran previstos em él (...) No hay lagunas, porque hay jueces (voto do Des. Breno Moreira Mussi, no AGI 599 075 496, julgado pela Oitava Câmara Cível do TJRS, em 17.06.99, quando definiu que as demandas que envolvem relações de afeto são da competência das Varas de Família).

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 (STF, RBDP 50/159), 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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

Ministro Sálvio de Figueiredo, pode e deve, por outro lado, optar interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum (RSTJ 26/378), 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 (RSTJ 83/168).”

A respeito da questão, reproduzo alguns pensamentos recentemente divulgados na imprensa em artigo intitulado “*Como uma onda no ar*”:

“A homossexualidade desfila rumo à praça da apoteose, tantos são os fatos e as incidências que o fenômeno ganha nestes dias, nas novelas discutindo a possibilidade de adoção de crianças, nas reportagens pugnando pela aprovação da lei da parceria civil, na literatura, no cinema.

O fenômeno não é nacional, como descobri nas férias ao colocar em dia a leitura de meus apreciados livros policiais, onde sempre havia uma detetive lésbica, um artista homossexual, um personagem uranista.

No filme, a universitária abandona marido e filhos por sua professora, que logo a desampara, atraída por outra aluna, embora as cenas de tórridas tardes; num vale a pena ver de novo, projeta-se o cultuado episódio do aidético que luta contra a discriminação, enquanto se comove com árias.

O termo homossexualidade foi cunhado em 1869 pelo médico húngaro Karoli Maria Kertbeny para designar, segundo uma terminologia clínica, todas as formas de amor carnal entre as pessoas do mesmo sexo, impondo-se nas sociedades ocidentais à palavra heterossexualidade, que foi criada em 1888.

A história revela que os homossexuais foram perseguidos durante séculos como verdadeiros párias, sodomitas, homófilos ou pederastas, portadores de anomalias e taras, sendo a homossexualidade considerada, sucessivamente, como inversão, perversão, sintoma derivado de circunstâncias psicossociais, desajuste comunitário, desvio adquirido do impulso sexual, enquanto prestigiados cientistas atuais a atribuem a um estado da natureza com fortes origens biológicas e não culturais.

Segundo Freud, não é uma vantagem, mas nada



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

dela deve envergonhar, não é um vício ou aviltamento, nem doença, mas uma variação da função libidinosa provocada por uma interrupção do desenvolvimento sexual, enquanto para o discurso psiquiátrico do século passado a homossexualidade era tida como uma anomalia psíquica, mental ou de natureza constitutiva, sempre como uma expressão de um distúrbio da identidade ou da personalidade.

Os tempos modernos apresentam alguns sinais extravagantes e inéditos, e que foram precisamente flagrados por Elisabeth Roudinesco, apreciada historiadora e psicanalista francesa: há entre os homossexuais um febril desejo de família, uma pungente vontade de se normalizar.

Dê-se uma freada nas épocas e recorde-se o passado.

Nas sociedades pretéritas os homossexuais percorriam as estradas da abjeção, da desonra e da infâmia, alimentando a longa história da raça maldita, de que foram expressão Wilde, Proust, Rimbaud, Genet, aceitando um destino de anormalidade, preferível a seus olhos à monotonia do estabelecimento, combatendo sempre todos os tipos de opressão, como a familiar, colonial e sexual.

Durante muito, os homossexuais preferiram os nichos de isolamento, as comunidades alternativas, os guetos da obscuridade, cumprindo atitudes que intentavam o escândalo, o desprezo pelos costumes e pelas regras da convivência, sendo a família contestada, rejeitada e proclamada como funesta às madrugadas da liberdade sexual, e amaldiçoada como instituição e molde.

Agora, todavia, sem que antropólogos, psiquiatras, filósofos, historiadores ou sociólogos cheguem a um consenso convincente, registra-se o cenário inédito em que as parcerias de gays e lésbicas batalham e reivindicam o direito ao casamento, à adoção, à fertilização assistida, ajoelhando e dizendo amém no altar que exorcizavam.

Para a autora, enquanto contestadas, as minorias se tornavam reconhecíveis, identificáveis, marcadas, estigmatizados, o que facilitava o seu controle e repúdio; mas quando integrados no grupo social, ao se beneficiar da condição de família semelhantes aos casais heterossexuais, tornam-se menos visíveis e daí mais perigosos aos olhos dos conservadores.

Enfim, saindo-se das clínicas e dos laboratórios, é inquestionável que o homoerotismo é uma realidade que



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

não se pode fechar nos armários como antes, e que deve ser mirada sem preconceitos ou farisaísmo, respeitando quem cultua tal orientação sexual, todas pessoas portadoras de dignidade e atenção, como já faz a maioria dos tribunais pátrios.”

Mais adiante, o entendimento restou consolidado na AC 70005488812, julgada em 25 de junho de 2003, de minha relatoria, e seguido pelo colendo Quarto Grupo Cível nos Embargos Infringentes nº 70003967676, e que teve como redatora a eminente Des.^a Maria Berenice Dias, que tornou a tese uma afirmação da Corte Sulina, referida por vários tribunais brasileiros.

No caso concreto, os pressupostos da união estável se acham desenhados e preenchidos seus requisitos. Habitam imóvel adquirido por TLC Mattana, financiado pela Caixa Econômica Federal em 1991, e devidamente registrado em nome do adquirente no álbum registral (fls. 37-39).

Numerosos documentos, como contas telefônicas, comunicação, comunicação de clube social, cédula de identidade, pagamento de IPVA, atestam que ali vive CW (fls. 41-45), como ainda comprovam o domicílio de TLCM (contas de energia elétrica, bloquitos bancários, fls. 47-49). Possuem conta bancária conjunta (fls. 50-51). Tais peças têm datas pretéritas, algumas de 1991, outras de 1998, também 2001 e 2003, o que demonstra a linearidade da relação. Além de que declaram viver como verdadeira entidade familiar.

Não vejo como, pois deixar de atender o pleito, que, repita-se, teve sua matéria abonada e aconselhada por este Tribunal, consoante Provimento já noticiado.

A ação declaratória objetiva a obtenção da certeza jurídica, envolvendo a necessidade demonstrada de eliminar ou resolver a incerteza do direito ou relação jurídica, ou seja “*um acertamento da relação jurídica pelo juiz (RTJESP, 83/934).*” Há, pois, legítimo interesse no exercício deste remédio, sempre que se manifeste um estado de incerteza sobre determinada relação.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

Por outro lado, é pacífico que o companheiro tem legítimo interesse de promover ação declaratória da existência da relação jurídica resultante da convivência, ainda que não existam bens a partilhar (STJ, 4ª turma, REsp 328.297-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJU 18.02.02).

Daí estar a pretensão dos embargantes albergada no colo da legalidade e convivência.

Por tais razões, acolho os embargos, para declarar a existência de uma união estável entre os autores.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - De acordo com o em. Relator.

DES. RUI PORTANOVA -

Sou autor do voto vencido na câmara.

Assim, aqui, estou reproduzindo aquela fundamentação como razão de decidir neste recurso de embargos infringentes.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES -

Estou desacolhendo a pretensão recursal.

Como é sabido, tendo em vista diversas decisões que lancei em processos que tinham como fundamento a relação homossexual, não reconheço possibilidade jurídica de se reconhecer 'união estável' entre homossexuais.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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.

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. No caso **sub judice**, porém, o pedido não é de reconhecimento de sociedade de fato, mas de declaração de união estável, que é entidade familiar.

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 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.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 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.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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.

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.

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

àquela união entre homem e mulher, nem recomendaria a sua conversão em casamento.

Se o possível casamento entre dois homens constitui casamento inexistente pela ausência de um dos pressupostos materiais (condição de existência), não se pode considerar como união estável a união entre dois homens ou 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 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 os autores pretendido ver reconhecida a sua relação ‘homoerótica’ guindada à condição de entidade familiar, cabível proceder um acurado exame desse pleito.

Compete, então, ao julgador verificar a pertinência desse pleito, valendo-se do instrumental referido na Lei de Introdução para suprir as 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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 a 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 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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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.

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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. 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.

Como se infere, parece claro que os postulantes tiveram um relacionamento homoerótico e até podem ter estabelecido uma sociedade de fato, mas não constituíram um núcleo familiar, nem existe qualquer razão para que seja declarada a existência dessa sociedade havida entre ambos, já que entre eles não há litígio e a ação declaratória pressupõe a existência de uma relação jurídica.

No caso em exame, existe um fato, que até pode trazer seqüelas jurídicas no âmbito patrimonial, mas que prescinde por ora da intervenção do Estado, na medida em que inexistente conflito entre os postulantes. Ou seja, não há interesse processual, valendo enfatizar que a ação declaratória não se presta para declarar fato, mas relação jurídica. E, no caso, inexistente qualquer relação jurídica entre o par. São homossexuais que convivem: isto é fato e não uma relação jurídica tutelada pelo direito.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

Entendo que, para resolver as pendências patrimoniais que possam haver nas uniões homossexuais, apeladas ora de uniões homoafetivas, ora de homoeróticas, tem aplicação a idéia contida na Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, quando estabelece que, “*comprovada a existência de sociedade de fato (...), é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido com o esforço comum.*”

Havendo a ruptura dessa sociedade de fato, deve ser admitida a partilha dos bens e de forma proporcional ao esforço desenvolvido pelo par, já que, não sendo assim, se estaria propiciando enriquecimento sem causa.

Nessa mesma linha de entendimento, aliás, vale destacar a lição oportuna e erudita do eminente civilista pátrio SÍLVIO DE SALVO VENOSA (in “*Direito Civil - Direito de Família*”, Ed. Atlas, 2.003, pág. 54) quando focaliza a exigência de diversidade de sexo para o reconhecimento de uma união estável, ensinando que “**a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer idéia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei**”.

De forma incisiva, afirma o preclaro jurista que “*o relacionamento homossexual, por mais estável e duradouro que seja, não recebera a proteção constitucional e, conseqüentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário. Eventuais direitos que possam decorrer dessa união diversa do casamento e da união estável nunca terão o cunho familiar, situando-se no campo obrigacional, no âmbito de uma sociedade de fato*”.

Essa linha de entendimento do PROFESSOR SÍLVIO DE SALVO VENOSA vem ilustrada por interessante - e pertinente - aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo, do qual foi relator o eminente DESEMBARGADOR NEY ALMADA (op. cit. pág. 50), **in verbis**:



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

“SOCIEDADE DE FATO. CONCUBINATO. LIGAÇÃO HOMOSSEXUAL. Alteridade de sexos, que é pressuposto do concubinato, tratando-se de sucedâneo do matrimônio constitutivo da família e não dele decorrente. Hipótese que trata de uma sociedade patrimonial de fato, destituída de vínculo com o instituto”.

Igual linha de entendimento tem, também, o ilustre PROFESSOR GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA (in *“Companheirismo - uma espécie de família”*, ed. Revista dos Tribunais, 1998, pág. 491) quando afirma que enquanto o Projeto da Deputada Marta Suplicy *“não for convertido em lei, a união homossexual continuará a não ser passível de registro oficial, não gerando efeitos jurídicos no Direito de Família, devendo ser tratada como sociedade de fato, ou seja, no campo do Direito das Obrigações”*. E sua conclusão é perfeitamente ajustada para o caso em tela, **in verbis**:

“(...) somente podem ser cuidadas como sociedades de fato, desde que evidentemente sejam preenchidos os requisitos para a configuração de tais entidades, possibilitando o reconhecimento do direito do 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 o incremento patrimonial.” (grifo meu).

Finalmente, quero lembrar que o princípio constitucional de igualdade entre as pessoas, vedando discriminações, e, por extensão, também as decorrentes da orientação sexual, deve ser focalizado em consonância com os demais preceitos constitucionais.

Não se pode ignorar os valores e as instituições que a própria Carta Magna cuidou em preservar para que se possa ter uma sociedade mais equilibrada e saudável.

A família é protegida pelo Estado por ser a própria base da sociedade, cuidando o Estado para que nela se efetive o fenômeno natural da



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

procriação, sendo nela que as pessoas devem receber as primeiras e mais importantes noções de vida social, e dela devem emanar também os preceitos morais que devem nortear a vida das pessoas.

De qualquer sorte, destaco: inexistente qualquer relação jurídica entre o par e que necessite ser declarada judicialmente. Ao contrário, cuida-se do pedido de dois homossexuais que convivem e pretendem que essa relação fática seja declarada judicialmente. Ora, isto é mero fato e não se cuida de nenhuma relação jurídica tutelada pelo Direito.

Finalmente, peço vênias para também subscrever os doutos argumentos postos pelos eminentes DESEMBARGADORES STANGLER PEREIRA e ALFREDO ENGLERT, e também aqueles contidos no douto parecer do Ministério Público, de lavra dos cultos PROCURADORES DE JUSTIÇA ANTÔNIO CEZAR LIMA DA FONSECA e MIGUEL BANDEIRA PEREIRA.

Por tais razões, rogando vênias pelas longas considerações, estou desacolhendo os embargos infringentes, mantendo na íntegra o douto acórdão hostilizado.

DES. JOSÉ S. TRINDADE - De acordo com o Relator.

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA -

Estou acompanhando o voto do Desembargador Chaves, uma vez considerando que o relacionamento homossexual não se traduz em união estável, pois a Constituição Federal, somente estende a proteção do Estado quando da união entre homem e mulher, conforme dispõe o parágrafo 3º do artigo 226, em seu texto:

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

(...)

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

(...)"

No mesmo sentido a legislação infraconstitucional, nos termos das leis nº 8.971, de 29.12.1994 e nº 9.278, de 10.05.1996.

Esclarece Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

"Da mesma forma, os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo que, como visto, não configuram companheirismo, por mais duradouras, estáveis, contínuas que sejam, mas que podem perfeitamente consistir em uma sociedade de fato e, portanto, gerar efeitos patrimoniais". (O companheirismo : uma espécie de família. 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 309).

Adiante, o mesmo autor:

"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 na formação ou aumento patrimonial, justamente diante da sua natureza de sociedade de fato, não possuindo caráter familiar." (Ob. cit. p. 317).

É o voto, acompanhando a divergência.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS -

Não tenho como me afastar do voto do eminente Des. José Carlos Teixeira Giorgis, pois foi ele quem, com coragem e sensibilidade, pela vez primeira assegurou direito às uniões que chamo de homoafetivas.

Aliás, foi a partir daquele julgamento, no ano de 2001, que o tema sofreu significativo avanço no panorama nacional. Não só o Judiciário começou a emprestar juridicidade a tais uniões. Também se tornou farta a literatura e o tema ganhou as universidades e despertou o interesse dos estudantes de Direito. O número de trabalhos de conclusão dos Cursos de Direito são a prova disso.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

Por isso a minha alegria ao ver que a minha luta, que começou tão isolada e foi tão ridicularizada, esta adquirindo força, está adquirindo voz.

Este julgamento é mais uma prova de que, felizmente, a Justiça não é cega, que o juiz tem sensibilidade para ver a realidade e não julga segundo preconceitos mas está voltado para um resultado que não afronte a ética.

Voto com o Relator.

SR. PRESIDENTE (DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA) -
Embargos Infringentes nº 70011120573, de Porto Alegre - “Por maioria, acolheram os embargos infringentes.

Julgador(a) de 1º Grau: DR.^a MARIA INES LINCK.

ILA

Décima Segunda Câmara Cível
Apelação Cível nº 2006.001.09083
Origem : 29ª Vara Cível da Comarca da Capital
Magistrado : Dr. João Felipe Nunes Ferreira Mourão
Apelante : PAULO ROBERTO GARCIA
Apelado : ALFREDO DE BARROS LYRIO
Relatora : Des. Nanci Mahfuz
Voto vencido: Des. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA

Voto vencido

Ousei divergir da douta maioria pelas razões a seguir expostas.

Trata-se de ação de alimentos ajuizada por PAULO ROBERTO GARCIA em face de ALFREDO DE BARROS LYRIO, alegando ter convivido com o réu de forma estável e duradoura por mais de 5 anos e que este lhe pagava o plano de saúde, sua faculdade, além de outras despesas, tendo sido o relacionamento rompido pelo réu.

Acresce a dependência econômica em relação ao réu, o que configura a sua situação de penúria após o rompimento do relacionamento, aduzindo que o réu possui ganhos referentes a emprego no Teatro Municipal do Rio de Janeiro e a renda do aluguel de imóveis situados nesta cidade e em Brasília.

Salienta que o direito moderno tem admitido vários direitos aos casais homossexuais, merecendo os relacionamentos proteção do Estado. Por tais razões, requer a procedência dos pedidos.

Instruem a Inicial os documentos de fls. 06/20.

Decisão a fl. 28 que declinou de competência em favor de uma das Varas Cíveis do Foro Central.

Gratuidade de Justiça deferida a fl. 92.

Contestação às fls. 96/102, instruída com os documentos de fls. 103/117, arguindo preliminarmente a incompetência absoluta do Juízo, falta de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, afirma que não ocorreu a união estável, tendo havido mero flerte entre ele e o autor.

Réplica às fls. 120/124, refutando os argumentos deduzidos.

Decisão a fl. 133 que rejeitou as preliminares e declarou saneado o feito.

Sentença às fls. 151/155 que julgou extinto o processo sem apreciação de mérito, com fundamento no art. 267, VI do CPC. Condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor atribuído à causa, devendo ser observado o art. 12 da Lei nº 1060-50.

Apelação Cível interposta por PAULO ROBERTO GARCIA às fls. 157/166, alegando que deve ser reconhecida a união estável entre as partes, em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia entre homens e mulheres, citando, ainda, o § 3º do art. 226 da CF/88. Além disso, salienta que a jurisprudência vem aceitando a existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo, e que tal entendimento é adotado pelo INSS, a fim de conceder pensão a companheiros ou companheiras em relações homossexuais. Aduz, ainda, que o Julgador, ao extinguir o feito, esquivou-se de enfrentar a questão, o que lhe é vedado pelo art. 4º da LICC.

Contra-razões às fls. 171/177, requerendo o improvimento do recurso.

A d. Procuradoria de Justiça deixou de opinar no feito, consoante fl. 180.

Esta E. 12ª Câmara Cível, em maioria, adotados os votos da E. Des. Nanci Mahfuz e E. JDS. Des. Rogério de Oliveira Souza, negou provimento ao recurso, tendo este Revisor ousado divergir e votado pela anulação da sentença para comprovação da união estável e da dependência econômica, cujas razões a seguir serão expostas.

Inicialmente convém ressaltar que a nova dogmática constitucional impõe a efetividade imediata dos direitos fundamentais, os quais configuram declaração mais pormenorizada daquilo que implica “dignidade” que é justo que os homens reconheçam-se uns aos outros.

Neste sentido, impõe-se a interpretação das normas constitucionais em consonância ao princípio da Dignidade Pessoa Humana, consoante previsto no artigo 1º, III da Constituição da República.

Outrossim, o artigo 3º da Constituição da República trata dos objetivos fundamentais da República, como a promoção do bem de

todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor. Ainda, o clássico artigo 5º da Carta Magna prevê que todos são iguais perante a lei.

De forma específica, o artigo 226 da Constituição da República dispõe que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Adotada esta ordem de idéias, observa-se que o ser humano detém um valor que lhe é intrínseco, excluída apreciação acerca de origem, raça, sexo e cor, cabendo a ele ser concedido o cuidado inerente a sua condição de ser humano.

O cuidado é parte integral da vida humana: nenhum tipo de vida subsiste sem “cuidado”. Envolvendo um processo eminentemente interativo, dinâmico e criativo reflete interesse e solidariedade. Aquele que é, será cuidado. A *responsabilidade* e o *compromisso* completam a verdadeira dimensão da “presença” proposta por Heidegger.

Leonardo Boff reportando-se ao pensamento de Heidegger reconhece que:

“o cuidado se encontra na raiz primeira do ser humano, antes que ele faça qualquer coisa. E se fizer, ela sempre vem acompanhada do cuidado como um modo-de-ser essencial, sempre presente e irredutível à outra realidade anterior. É uma dimensão fontal, originária, ontológica, impossível de ser totalmente desvirtuada”. Complementa Leonardo Boff: fundamentalmente há dois modos básicos de ser-no-mundo: o trabalho e o cuidado. Aí emerge o processo de construção da realidade humana”.

Saliente-se que o Professor Rodrigo da Cunha Pereira indica que:

“Nos últimos 50 anos houve uma mudança nos paradigmas da Justiça e, hoje, o afeto é um valor jurídico quando se discutem relações familiares.”

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho. Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*, assevera que

“(…) Um Estado que se quer democrático, onde a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de fundamento da república, não pode, sob pena de contrariar frontalmente o ordenamento constitucional, partir de uma perspectiva de exclusão de arranjos

familiares, entenda-se, tecnicamente, entidades familiares não mencionadas expressamente pela CF, a que denominamos entidades familiares implicitamente constitucionalizadas. (...)"

Por sua vez, a Professora Tânia da Silva Pereira assevera, na obra intitulada "O cuidado como valor jurídico" que:

"(...) A família contemporânea tem priorizado relações de afeto, solidariedade e responsabilidade, abandonando sua identificação tradicional como núcleo de reprodução. (...)"

Outros valores devem ser destacados nas relações humanas: a *dedicação*, a *tolerância*, a *paciência* convocam os operadores do Direito a identificá-los na convivência de crianças, jovens e idosos na sociedade e na família. Como o "cuidado", o Sistema de Justiça há de incorporá-los em seu cotidiano de decisões corajosas. (...)"

O Ilustre Professor Rolf Madaleno, no artigo Renúncia de Alimentos in Revista Brasileira de Direito de Família:

"(...) Os alimentos são prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si, pois carregam em seu bojo o imprescindível sustento à vida da pessoa que precisa atender aos gastos para com a sua alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico, diversão, com recursos para a sua instrução e educação.

Funda-se o dever de prestar alimentos na solidariedade humana reinante nas relações familiares e que têm como inspiração fundamental a preservação da dignidade da pessoa humana, de modo a garantir a subsistência de quem não consegue sobreviver por seus próprios meios, em virtude de doença, falta de trabalho, idade avançada ou qualquer incapacidade que a impeça de produzir os meios materiais necessários à diária sobrevivência. (...)"

Adotados tais parâmetros, vislumbro que a relação homoafetiva merece proteção como entidade familiar, não podendo o Poder Judiciário se manter alheio ou distante das novas concepções que permeiam a sociedade. Não se pode denegar a tutela jurisdicional, sendo certo que a união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar, não podendo os julgadores se

manterem arraigados a meros conceitos ultrapassados, em dissonância à evolução social.

Outrossim, cabe ressaltar que a jurisprudência tem se manifestado favoravelmente ao posicionamento aqui defendido. Indique-se os acórdãos a seguir:

2006.001.24129 - APELACAO CIVEL
DES. CELIO GERALDO M. RIBEIRO - Julgamento:
15/08/2006 - DECIMA CAMARA CIVEL

ALIMENTOS
RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL DA MULHER
COMPROVACAO
PEDIDO DE EXONERACAO
PROCEDENCIA DO PEDIDO
PRINCIPIO DA ANALOGIA

Apelação Cível. Relação homoafetiva entre o ex-cônjuge mulher do apelado com companheira, comprovada nesta lide. Pedido do ex-cônjuge marido de sua exoneração de prestação alimentícia à ex-mulher por este motivo. Concessão pelo Juízo monocrático da exoneração obrigacional familiar requerida em tela, com fundamento no princípio da analogia, em face do disposto no artigo 1.708 do Código Civil Brasileiro ("Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos"). Conhecimento e desprovemento do apelo.

2006.001.06195 - APELACAO CIVEL
DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM - Julgamento:
04/07/2006 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL

Constitucional. Civil. Família. União estável Pessoas do mesmo sexo. Relação homoafetiva. Artigo 3º inciso IV, da Constituição Federal. A Constituição Federal é expressa no sentido de que constitui objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, tornando defeso qualquer tipo de preconceito ou discriminação ligada a condições que sejam inerentes à pessoa humana. Contudo, antes mesmo de se definir a possibilidade jurídica do reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, para fins de partilha patrimonial, é necessária a comprovação de que tal relação, efetivamente, existiu. O conjunto da prova revela que o autor e seu falecido parceiro mantinham um vínculo homoafetivo que, entretanto, não pode ser equiparado a uma união estável, não apenas porque não coabitavam ou porque entre eles não havia dependência econômica, mas especialmente porque o relacionamento não era público e ostensivo, tanto que era tratado pelo próprio falecido como um mero "caso". Prova documental de que um dos parceiros era beneficiário do outro em apólice de seguros e a

existência de uma conta poupança conjunta, por si só não são elementos indicativos de relação jurídica que possa ensejar partilha patrimonial de bens adquiridos exclusivamente por um dos parceiros. Recurso desprovido.

Insta salientar a sábia ponderação do E. Des. Marco Antonio Ibrahim por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 6195/06 acima referida, conforme a seguir transcrito:

“(...) Considerar que uma relação estável homoafetiva, amplamente caracterizada, não pode ser juridicamente reconhecida, é o mesmo que dizer que não se está a promover o bem por óbvia discriminação pela opção (rectius: determinismo) sexual de um ser humano. Que bem faz o legislador a um homossexual ao lhe vedar o reconhecimento de um direito que a qualquer outra pessoa é garantido? Que bem faz o juiz ao interpretar de forma discriminatória uma lei que se encontra frontalmente contrária a um princípio fundamental da República? Releia-se o dispositivo acima referido. Poderia a lei vedar o reconhecimento de sociedade estável entre negros ou entre judeus, ou entre idosos, ou entre paraplégicos?”

A resistência de boa parte da sociedade brasileira em admitir tal reconhecimento, deriva de uma plethora de fatores entre os quais se destacam o provincianismo, a hipocrisia, a intolerância e, *last but not least*, a ignorância da realidade. As modernas legislações e os países mais desenvolvidos têm reconhecido a realidade do homossexualismo como fator integrante da sociedade. Não se desconhece que fatores éticos e religiosos têm contribuído para o conservadorismo de leis e interpretações sobre o tema, mas isso, em geral, ocorre quando o problema é do outro.

Quando questões deste jaez batem à porta da casa de figuras mais conservadoras em relação ao homossexualismo, rapidamente as idéias se transformam. Numa sociedade, como a brasileira, que é absolutamente permissiva à corrupção política, à incúria administrativa, à pornografia e ao erotismo televisivos, não se entende o porquê de certos preconceitos tão enraizados. Não há explicação plausível, o que remete à sensação de que há uma espécie de efeito- manada, a partir do qual todas as pessoas seguem numa mesma direção, sem saber para onde estão indo. (...)”

Não menos importante se faz a doutrina defendida pela E. Des. Maria Berenice Dias, a qual indica que não se pode deixar de conferir status de família, merecedora de proteção do Estado, a qualquer espécie de vínculo que tenha por base o afeto dada a consagração do respeito à dignidade da pessoa humana.

Prosseguindo, a Eminente Desembargadora, em excelente obra Intitulada Manual de Direito das Famílias, afirma que não se pode estigmatizar a orientação homossexual de alguém, “já que negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões.”

Nesta linha de pensamento, consoante se infere dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AC 70012836755

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.

EI 70006984348

UNIÃO HOMOAFETIVA. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. Inquestionada a existência do vínculo afetivo por cerca de 10 anos, atendendo a todas as características de uma união estável, imperativo que se reconheça sua existência, independente de os parceiros serem pessoas do mesmo sexo. Precedentes jurisprudenciais. POR MAIORIA, DESACOLHERAM OS EMBARGOS DA SUCESSÃO E ACOLHERAM OS EMBARGOS DE T.M.S.

EI 70003967676

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.

O Direito de Família foi alvo de uma profunda transformação, que ocasionou uma verdadeira revolução ao banir injustificáveis discriminações.

Por todo o exposto, este Revisor não poderia votar de outra forma. Não posso salvaguardar posicionamento conservador que nada tem a acrescentar às relações humanas. Em exercício de maior reflexão e de respeito ao ser humano, vislumbro que merece ser anulada a sentença que julgou extinto o feito por impossibilidade jurídica do pedido.

Por tais razões, ousei divergir da douta maioria e votei no sentido de anular a sentença para o devido prosseguimento do feito para aferição do reconhecimento da união estável e da dependência econômica.

Rio de Janeiro, 01 de novembro de 2006.

Desembargador SIRO DARLAN DE OLIVEIRA
Relator

Requerente: ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO E OUTROS (A/S) (CF 103, OIX)

Requerido: PRESIDENTE DA REPÚBLICA CONGRESSO NACIONAL

Dispositivo Legal Questionado:

Art. 001º da Lei Federal nº 9278, de 10 de maio de 1996. Federal nº 9278, de 10 de maio de 1996. Regula o 003º do art. 226 da Constituição Federal. Art. 001º - É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF?

DECISÃO: A Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo - que sustentam, de um lado, o caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual e que defendem, de outro, a qualificação jurídica, como entidade familiar, das uniões homoafetivas - buscam a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96, que, ao regular o § 3º do art. 226 da Constituição, reconheceu, unicamente, como entidade familiar, "a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (grifei).

As entidades autoras da presente ação direta apóiam a sua pretensão de inconstitucionalidade na alegação de que a norma ora questionada (Lei nº 9.278/96, art. 1º), em cláusula impregnada de conteúdo discriminatório, excluiu, injustamente, do âmbito de especial proteção que a Lei Fundamental dispensa às comunidades familiares, as uniões entre pessoas do mesmo sexo pautadas por relações homoafetivas.

Impõe-se examinar, preliminarmente, se se revela cabível, ou não, no caso, a instauração do processo objetivo de fiscalização normativa abstrata. É que ocorre, na espécie, circunstância juridicamente relevante que não pode deixar de ser considerada, desde logo, pelo Relator da causa.

Refiro-me ao fato de que a norma legal em questão, tal como positivada, resultou derogada em face da superveniência do novo Código Civil, cujo art. 1.723, ao disciplinar o tema da união estável, reproduziu, em seus aspectos essenciais, o mesmo conteúdo normativo inscrito no ora impugnado art. 1º da Lei nº 9.278/96.

Uma simples análise comparativa dos dispositivos ora mencionados, considerada a identidade de seu conteúdo material, evidencia que o art. 1.723 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) efetivamente derogou o art. 1º da Lei nº 9.278/96:

Código Civil (2002) "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

Lei nº 9.278/96 "Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família."

Extremamente significativa, a tal respeito, a observação de CARLOS ROBERTO GONÇALVES ("Direito Civil Brasileiro – Direito de Família", vol. VI/536, item n. 3, 2005, Saraiva):

"Restaram revogadas as mencionadas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1.723 a 1.727), os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1.694)." (grifei)

A ocorrência da derrogação do art. 1º da Lei nº 9.278/96 – também reconhecida por diversos autores (HELDER MARTINEZ DAL COL, "A União Estável perante o Novo Código Civil", "in" RT 818/11-35, 33, item n. 8; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Comentários ao Novo Código Civil", vol. XX/3-5, 2004, Forense) – torna inviável, na espécie, porque destituído de objeto, o próprio controle abstrato concernente ao preceito normativo em questão. É que a regra legal ora impugnada na presente ação direta já não mais vigorava quando da instauração deste processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

O reconhecimento da inadmissibilidade do processo de fiscalização normativa abstrata, nos casos em que o ajuizamento da ação direta tenha sido precedido – como sucede na espécie – da própria revogação do ato estatal que se pretende impugnar, tem o beneplácito da jurisprudência desta Corte Suprema (RTJ 105/477, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RTJ 111/546, Rel. Min. SOARES MUÑOZ – ADI 784/SC, Rel. Min. MOREIRA ALVES):

"Constitucional. Representação de inconstitucionalidade. Não tem objeto, se, antes do ajuizamento da arguição, revogada a norma inquinada de inconstitucional." (RTJ 107/928, Rel. Min. DECIO MIRANDA - grifei)

"(...) também não pode ser a presente ação conhecida (...), tendo em vista que a jurisprudência desta Corte já firmou o princípio (...) de que não é admissível a apreciação, em juízo abstrato, da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de norma jurídica

revogada antes da instauração do processo de controle (...)." (RTJ 145/136, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

Cabe indagar, neste ponto, embora esse pleito não tenha sido deduzido pelas entidades autoras, se se mostraria possível, na espécie, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta com o objetivo de questionar a validade jurídica do próprio § 3º do art. 226 da Constituição da República.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não admitir, em sede de fiscalização normativa abstrata, o exame de constitucionalidade de uma norma constitucional originária, como o é aquela inscrita no § 3º do art. 226 da Constituição:

"- A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.

- Na atual Carta Magna, 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.

- Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.

Ação não conhecida, por impossibilidade jurídica do pedido." (RTJ 163/872-873, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno - grifei)

Vale assinalar, ainda, a propósito do tema, que esse entendimento – impossibilidade jurídica de controle abstrato de constitucionalidade de normas constitucionais originárias – reflete-se, por igual, no magistério da doutrina (GILMAR FERREIRA MENDES, "Jurisdição Constitucional", p. 178, item n. 2, 4ª ed., 2004, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada", p. 2.333/2.334, item n. 1.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OLAVO ALVES FERREIRA, "Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos", p. 42, item n. 1.3.2.1, 2003, Editora Método; GUILHERME PEÑA DE MORAES, "Direito Constitucional – Teoria da Constituição", p. 192, item n. 3.1, 2003, Lumen Juris; PAULO BONAVIDES, "Inconstitucionalidade de Preceito Constitucional", "in" "Revista Trimestral de Direito Público", vol. 7/58-81, Malheiros; JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II/287-288 e 290-291, item n. 72, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora).

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa

hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família –Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "União Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

Cumprir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS ("União Homossexual: O Preconceito & a Justiça", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem
especial
destaque:

"A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.

Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às

uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção.

Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)" (grifei)

Vale lembrar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados:

"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 (...) – Inteligência dos arts. 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." (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei)

"(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais,

que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão." (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei)

Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, "in abstracto" – considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil –, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 03 de fevereiro de 2006.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator Homoafetividade - União entre pessoas do mesmo sexo - Qualificação como entidade familiar

ADI 3300 MC/DF*

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF?

DECISÃO: A Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo - que sustentam, de um lado, o caráter fundamental do direito personalíssimo à

orientação sexual e que defendem, de outro, a qualificação jurídica, como entidade familiar, das uniões homoafetivas - buscam a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n 9.278/96, que, ao regular o § 3º do art. 226 da Constituição, reconheceu, unicamente, como entidade familiar, "a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (grifei).

As entidades autoras da presente ação direta apóiam a sua pretensão de inconstitucionalidade na alegação de que a norma ora questionada (Lei nº 9.278/96, art. 1º), em cláusula impregnada de conteúdo discriminatório, excluiu, injustamente, do âmbito de especial proteção que a Lei Fundamental dispensa às comunidades familiares, as uniões entre pessoas do mesmo sexo pautadas por relações homoafetivas.

Impõe-se examinar, preliminarmente, se se revela cabível, ou não, no caso, a instauração do processo objetivo de fiscalização normativa abstrata. É que ocorre, na espécie, circunstância juridicamente relevante que não pode deixar de ser considerada, desde logo, pelo Relator da causa.

Refiro-me ao fato de que a norma legal em questão, tal como positivada, resultou derogada em face da superveniência do novo Código Civil, cujo art. 1.723, ao disciplinar o tema da união estável, reproduziu, em seus aspectos essenciais, o mesmo conteúdo normativo inscrito no ora impugnado art. 1º da Lei nº 9.278/96.

Uma simples análise comparativa dos dispositivos ora mencionados, considerada a identidade de seu conteúdo material, evidencia que o art. 1.723 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) efetivamente derogou o art. 1º da Lei nº 9.278/96:

Código Civil (2002) "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

Lei nº 9.278/96 "Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família."

Extremamente significativa, a tal respeito, a observação de CARLOS ROBERTO GONÇALVES ("Direito Civil Brasileiro – Direito de Família", vol. VI/536, item n. 3, 2005, Saraiva):

"Restaram revogadas as mencionadas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1.723 a 1.727), os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1.694)." (grifei)

A ocorrência da derrogação do art. 1º da Lei nº 9.278/96 – também reconhecida por diversos autores (HELDER MARTINEZ DAL COL, "A União Estável perante o Novo Código Civil", "in" RT 818/11-35, 33, item n. 8; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Comentários ao Novo Código Civil", vol. XX/3-5, 2004, Forense) – torna inviável, na espécie, porque destituído de objeto, o próprio controle abstrato concernente ao preceito

normativo em questão. É que a regra legal ora impugnada na presente ação direta já não mais vigorava quando da instauração deste processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

O reconhecimento da inadmissibilidade do processo de fiscalização normativa abstrata, nos casos em que o ajuizamento da ação direta tenha sido precedido – como sucede na espécie – da própria revogação do ato estatal que se pretende impugnar, tem o beneplácito da jurisprudência desta Corte Suprema (RTJ 105/477, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RTJ 111/546, Rel. Min. SOARES MUÑOZ – ADI 784/SC, Rel. Min. MOREIRA ALVES):

"Constitucional. Representação de inconstitucionalidade. Não tem objeto, se, antes do ajuizamento da arguição, revogada a norma inquinada de inconstitucional." (RTJ 107/928, Rel. Min. DECIO MIRANDA - grifei)

"(...) também não pode ser a presente ação conhecida (...), tendo em vista que a jurisprudência desta Corte já firmou o princípio (...) de que não é admissível a apreciação, em juízo abstrato, da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de norma jurídica revogada antes da instauração do processo de controle (...)." (RTJ 145/136, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

Cabe indagar, neste ponto, embora esse pleito não tenha sido deduzido pelas entidades autoras, se se mostraria possível, na espécie, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta com o objetivo de questionar a validade jurídica do próprio § 3º do art. 226 da Constituição da República.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não admitir, em sede de fiscalização normativa abstrata, o exame de constitucionalidade de uma norma constitucional originária, como o é aquela inscrita no § 3º do art. 226 da Constituição:

"- A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.

- Na atual Carta Magna, 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.

- Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.

Ação não conhecida, por impossibilidade jurídica do pedido." (RTJ 163/872-873, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno - grifei)

Vale assinalar, ainda, a propósito do tema, que esse entendimento – impossibilidade jurídica de controle abstrato de constitucionalidade de normas constitucionais originárias – reflete-se, por igual, no magistério da doutrina (GILMAR FERREIRA MENDES, "Jurisdição Constitucional", p. 178, item n. 2, 4ª ed., 2004, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada", p. 2.333/2.334, item n. 1.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OLAVO ALVES FERREIRA, "Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos", p. 42, item n. 1.3.2.1, 2003, Editora Método; GUILHERME PEÑA DE MORAES, "Direito Constitucional – Teoria da Constituição", p. 192, item n. 3.1, 2003, Lumen Juris; PAULO BONAVIDES, "Inconstitucionalidade de Preceito Constitucional", "in" "Revista Trimestral de Direito Público", vol. 7/58-81, Malheiros; JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II/287-288 e 290-291, item n. 72, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora).

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

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "União Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

Cumprido referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS ("União Homossexual: O Preconceito & a Justiça", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem
especial
destaque:

"A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração

do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.

Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção.

Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)" (grifei)

Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados:

"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 (...) – Inteligência dos arts. 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." (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara

"(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão." (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei)

Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, "in abstracto" – considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil –, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 03 de fevereiro de 2006.

Ministro DE MELLO
Relator CELSO

RECURSO ESPECIAL Nº 238.715 - RS (1999/0104282-8)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS**
RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : FLAVIO QUEIROZ RODRIGUES E OUTROS
RECORRIDO : R P C E OUTRO
ADVOGADO : MARIA LUIZA PEREIRA DE ALMEIDA
INTERES. : FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF
ADVOGADOS : FÁBIO A VERZONI MIRAGLIA E OUTROS
LUIZ ANTÔNIO MUNIZ MACHADO

EMENTA

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

- Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.
- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.
- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.
- Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de março de 2006 (Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 238.715 - RS (1999/0104282-8)

RELATÓRIO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: R. P. C. e I. S. R.

ajuizaram ação contra a CEF e a FUNCEF para, reconhecida a existência de "união estável", incluir o segundo autor na condição de dependente do primeiro no Plano de Saúde da CEF, podendo usufruir dos benefícios do Programa de Assistência Médica Supletiva - PAMS.

Afirmam que mantêm vida em comum por mais de sete anos. Revelaram, também, serem homossexuais e portadores do vírus HIV.

A r. sentença de 1ª instância (fls. 147/214), declarou o pedido parcialmente procedente para, mesmo rejeitando a declaração de união estável entre os autores, admitir no Plano de Assistência Médica Supletiva - PAMS e na Funcef a condição de dependente de R. P. C..

Houve embargos declaratórios que foram rejeitados (fls. 223/225).

A FUNCEF (fls. 229/237) e a CEF apelaram (após anulação da rejeição dos embargos por irregularidade na publicação - fl. 259 - fls. 269/283).

A apelação foi desprovida.

Eis, no que importa, a ementa do acórdão, ora recorrido:

"(...) 5. Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de *união estável* entre os autores, pois, pelo teor do § 3º do Art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a *união* em relação a pessoas do mesmo sexo.

6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na Funcef, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a

percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.

9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade. (...)" (fls. 333/334).

Daí os Recursos Especiais da CEF (fls. 342/366) e da FUNCEF (fls. 408/418).

O recurso da FUNCEF foi inadmitido por intempestividade (fl. 440).

A decisão foi confirmada pelo improvimento do AG 271.711/RS.

O recurso da CEF assenta-se em suposta ofensa ao Art. 16, I e § 3º da Lei 8.213/91; ao Art. 1º da Lei 8.971/94; ao Art. 1º da Lei 9.278/96; ao Art. 1.363 do CC/16 e ao Art. 3º, § 2º, do CDC. Apontou, também, divergência jurisprudencial.

Em suma, a CEF sustenta que:

- a) o conceito de companheiro está diretamente ligado ao de união estável;
- b) união estável só se estabelece entre homem e mulher; e,
- c) é inaplicável o CDC, pois não se configura relação de consumo.

Sem contra-razões (fl. 437).

RECURSO ESPECIAL Nº 238.715 - RS (1999/0104282-8)

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

- Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.

- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.

- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

- Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.

VOTO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O Art. 3º, § 2º do CDC não foi objeto de debate no acórdão recorrido. O Tribunal *a quo* não afirmou que a hipótese envolve relação de consumo. Fez apenas uma referência *an passant* e genérica ao Código de Defesa do Consumidor. Falta o prequestionamento. Incide a Súmula 282/STF.

Os demais dispositivos foram efetivamente questionados. O julgado recorrido aborda, mesmo sem citação expressa, o conteúdo jurídico de tais Artigos legais.

A questão a ser resolvida resume-se em saber se os integrantes de relação homossexual estável tem direito à inclusão em plano de saúde de um dos parceiros.

É grande a celeuma em torno da regulamentação da relação homoafetiva (neologismo cunhado com brilhantismo pela e. Desembargadora Maria Berenice Dias do TJRS).

Nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos oriundos dessa relação tão corriqueira e notória nos dias de hoje.

A realidade e até a ficção (novelas, filmes, etc) nos mostram, todos os dias, a evidência desse fato social.

Há projetos de lei, que não andam, emperrados em arraigadas tradições culturais.

A construção pretoriana, aos poucos, supre o vazio legal: após longas batalhas, os tribunais, aos poucos proclamam os efeitos práticos da relação homoafetiva.

Apesar de tímido, já se percebe algum avanço no reconhecimento dos direitos advindos da relação homossexual.

O reconhecimento da sociedade de fato (CC/16, Art. 1.363 - cf. REsp 148.897/ROSADO) tem servido para a divisão do patrimônio amealhado pelo esforço comum.

O INSS, motivado pela Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, editou a Instrução Normativa 25, de 7 de junho de 2000, que estabelece os "*procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual*". O ato permite a concessão de pensão por morte ou auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira homossexual. Já é clara a relevância dessa relação afetiva no Direito Previdenciário.

Recentemente, em julgado de que participei, o TSE (RESPE 24.564/PA), entendeu que o relacionamento homossexual estável gera a inelegibilidade prevista no Art. 14, §

Superior Tribunal de Justiça

7º, da CF. É que, à semelhança do casamento, da união estável e do concubinato presume-se na relação homoafetiva o forte laço afetivo, que influencia os rumos eleitorais e políticos. Por isso, o TSE atestou a existência duma "união estável homossexual".

Neste processo, a r. sentença, verdadeira monografia sobre o fato social da homossexualidade, demonstrou que o conceito de união estável não abrange o concúbio entre pessoas do mesmo sexo.

Como disse acima, nada disciplina os direitos oriundos da relação homoafetiva.

Há, contudo, uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico.

A teor do Art. 4º da LICC, em sendo omissa a lei, o juiz deve exercer a analogia.

O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto.

Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

Trago esse fundamento pois, ainda que não tido por ofendido, ele está implícito nas razões do acórdão recorrido. Além disso, o STJ pode se utilizar de fundamento legal diverso daquele apresentado pelas partes. Não estamos estritamente jungidos às alegações feitas no recurso ou nas contra-razões (Cf. AgRg no REsp 174.856/NANCY e EDcl no AgRg no AG 256.536/PÁDUA. No STF, veja-se o RE 298.694-1/PERTENCE- Plenário). Vinculamo-nos, apenas, aos fatos lá definidos (cf. AgRg no AG 2.799/CARLOS VELLOSO, dentre outros). A interpretação dos dispositivos legais é feita dentro de um contexto.

Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica.

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

A divergência jurisprudencial não está configurada com as formalidades exigidas pelo Art. 541, parágrafo único, do CPC. Ademais, não houve o confronto analítico entre os paradigmas colacionados e o julgado recorrido para demonstração de semelhança entre os

Superior Tribunal de Justiça

casos confrontados, que, no caso, efetivamente, não existe. Simples transcrições de ementas não bastam. Nesse sentido: EAG 430.169/HUMBERTO; AGA 552.760/GONÇALVES, AGA 569.369/PÁDUA, AGA 376.957/SÁLVIO, dentre outros.

Nego provimento ao recurso, ou, na terminologia da Turma, não o conheço.



RECURSO ESPECIAL Nº 238.715 - RS (1999/0104282-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Senhora Ministra Presidente, quero apenas deixar claro que estamos votando, exclusivamente, a relação de dependência para efeito do plano de saúde, ou seja, não há nenhuma consideração com relação aos aspectos relativos à união estável, mesmo porque o Tribunal de origem desqualificou isso, tendo presente a interpretação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, que tem uma tipificação que torna inaplicável para o caso da relação dita homoafetiva. Ou seja, em uma palavra, o que estamos determinando é apenas a possibilidade de indicação de uma pessoa como dependente para efeitos do plano de saúde e, realmente, com relação a isso não há qualquer óbice porque se pode fazer um plano de saúde privado e indicar quem quer que se queira para ser beneficiário, desde que, para isso, tenha recursos disponíveis.

Portanto, confinada a matéria nessa circunstância, acompanho o eminente Relator e também não conheço do recurso especial.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 1999/0104282-8

REsp 238715 / RS

Números Origem: 455333096 9600020302 9604553330

PAUTA: 19/04/2005

JULGADO: 19/04/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO GOMES DE BARROS**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DIAS TEIXEIRA**

Secretário

Bel. **MARCELO FREITAS DIAS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : FLAVIO QUEIROZ RODRIGUES E OUTROS
RECORRIDO : R P C E OUTRO
ADVOGADO : MARIA LUIZA PEREIRA DE ALMEIDA
INTERES. : FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF
ADVOGADOS : FÁBIO A VERZONI MIRAGLIA E OUTROS
LUIZ ANTÔNIO MUNIZ MACHADO

ASSUNTO: Civil - Contrato - Plano de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após os votos dos Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrichi, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Castro Filho. Aguarda o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 19 de abril de 2005

MARCELO FREITAS DIAS

Secretário

RECURSO ESPECIAL Nº 238.715 - RS (1999/0104282-8)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS**
RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : FLAVIO QUEIROZ RODRIGUES E OUTROS
RECORRIDO : R P C E OUTRO
ADVOGADO : MARIA LUIZA PEREIRA DE ALMEIDA
INTERES. : FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF
ADVOGADOS : FÁBIO A VERZONI MIRAGLIA E OUTROS
LUIZ ANTÔNIO MUNIZ MACHADO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO: Trata-se de recurso especial interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, com fundamento no artigo 105, III, alínea “a”, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. Justiça Federal. Justiça do Trabalho. Competência. Ausência de intervenção do Ministério Público. Nulidade. Inocorrência. Aplicação do art. 273 do CPC na sentença. Mera irregularidade. União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento. Impossibilidade. Vedação do § 3º do art. 226, da Constituição Federal. Inclusão como dependente em plano de saúde. Viabilidade. Princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, e da dignidade da pessoa humana. Art. 273 do CPC. Efetividade à decisão judicial. Caução. Dispensa.

1. Rejeitada a preliminar de incompetência da Justiça Federal para o feito, pois a inicial fala em ação declaratória da união estável, mas, na verdade, seu objeto principal é uma providência condenatória, qual seja, a inclusão de dependente em plano de saúde. Ademais, a presença da CEF no pólo passivo não deixa dúvidas sobre a competência da Justiça Federal.

2. A Justiça do Trabalho não é competente para processar e julgar o feito, pois a discussão dos autos não está ligada ao vínculo de emprego, e sim à aplicação das regras referentes ao sistema de Seguridade, a relação segurado-aposentado do plano de saúde mantido pelos réus.

3. A ausência da intervenção do Ministério Público no feito não é

Superior Tribunal de Justiça

causa de sua nulidade, pois os autores são plenamente capazes e não há pedido específico de declaração de união estável, embora tenha sido assim nominada a ação; ausentes, portanto, as hipóteses dos arts. 82 e 84 do CPC.

4. O fato do juízo monocrático ter proferido decisão conjunta – de mérito e sobre o pedido de antecipação de tutela – não implica na nulidade da sentença, constituindo mera irregularidade, que ademais não causou prejuízo às rés.

5. Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de união estável entre os autores, pois, pelo teor do § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a união em relação a pessoas do mesmo sexo.

6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na FUNCEF, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.

7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.

9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da

legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade.

10. Havendo comprovada necessidade de dar-se imediato cumprimento à decisão judicial, justifica-se a concessão de tutela antecipada, principalmente quando há reexame necessário ou quando há recurso com efeito suspensivo. Preenchidos os requisitos para a concessão da medida antecipatória, autoriza-se o imediato cumprimento da decisão. No caso em análise, estão presentes ambos os requisitos: a verossimilhança é verificada pelos próprios fundamentos da decisão; o risco de dano de difícil reparação está caracterizado pelo fato de que os autores, portadores do vírus HIV, já começam a desenvolver algumas das chamadas 'doenças oportunistas', sendo evidente a necessidade de usufruírem dos benefícios do plano de saúde. Ademais, para os autores o tempo é crucial, mais que nunca, o viver e o lutar por suas vidas. O Estado, ao monopolizar o poder jurisdicional, deve oferecer às partes uma solução expedita e eficaz, deve impulsionar a sua atividade, ter mecanismos processuais adequados, para que seja garantida a utilidade da prestação jurisdicional.

11. Dispensados os autores do pagamento de caução (§ 3º do art. 273 do CPC), cuja exigência depende do prudente arbítrio do juiz e cuja dispensa não impede que os autores, se vencidos, respondam pelos danos causados pela medida antecipatória. No caso dos autos, devem ser dispensados os autores da caução, face à evidente ausência de condições, tanto de saúde quanto financeiras, já que são beneficiados pela Assistência Judiciária Gratuita e, certamente, não são poucas as suas despesas com a doença.

12. Apelações improvidas.”

Sustenta a recorrente, em termos sucintos, negativa de vigência aos artigos 16, I, e § 3º, da Lei 8.213/91, e 1º da Lei 8.971/94, na medida que o acórdão recorrido deu interpretação completamente colidente ao conceito de companheiro encontrado em nosso ordenamento jurídico. Pondera que o conceito de companheiro está ligado diretamente ao de união estável, que, a teor do § 3º do artigo 226 da Carta Magna, só pode ocorrer entre homem e mulher. Se não há esta, não há de se conceber a figura do companheiro. Alegou,

Superior Tribunal de Justiça

ainda, violação aos artigos 1º da Lei 9.278/96; 1.363 do Código Civil e 3º, § 2º, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Primeiramente, observa-se que os artigos do Código de Defesa do Consumidor e o artigo do Código Civil não foram objeto de debate pelo acórdão recorrido. De igual forma, o dissídio jurisprudencial não foi demonstrado nos moldes exigidos pelo artigo 255, do Regimento Interno deste Tribunal, e pelo artigo 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Cinge-se a questão à possibilidade de se reconhecer o direito de o companheiro homossexual de um funcionário da Caixa Econômica Federal - CEF, ser incluído no seu plano de saúde, independentemente do não reconhecimento pelo *decisum* da união estável pretendida por eles.

O eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, após relatar o feito, proferiu seu voto no sentido de negar provimento ao apelo extremo, no que foi acompanhado pelos eminentes Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi, com base nos seguintes fundamentos:

"A questão a ser resolvida resume-se em saber se os integrantes de relação homossexual estável tem direito à inclusão em plano de saúde de um dos parceiros.

É grande a celeuma em torno da regulamentação da relação homoafetiva (neologismo cunhado com brilhantismo pela e. Desembargadora Maria Berenice Dias do TJRS).

Nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos oriundos dessa relação tão corriqueira e notória nos dias de hoje.

..

Há projetos de lei, que não andam, emperrados em arraigadas tradições culturais.

...

O INSS, motivado pela Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, editou a Instrução Normativa 25, de 7 de

junho de 2000, que estabelece os "procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual". O ato permite a concessão de pensão por morte ou auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira homossexual. Já é clara a relevância dessa relação afetiva no Direito Previdenciário.

Recentemente, em julgado de que participei, o TSE (REsp 24.564/PA), entendeu que o relacionamento homossexual estável gera a inelegibilidade prevista no Art. 14, § 7º, da CF. É que, à semelhança do casamento, da união estável e do concubinato presume-se na relação homoafetiva o forte laço afetivo, que influencia os rumos eleitorais e políticos. Por isso, o TSE atestou a existência duma "união estável homossexual".

....

Há contudo, uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico. A teor do Art. 4º da LICC, em sendo omissa a lei, o juiz deve exercer a analogia.

O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto.

Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

Trago esse fundamento pois, ainda que não tido por ofendido, ele está implícito nas razões do acórdão recorrido. Além disso, o STJ pode se utilizar de fundamento legal diverso daquele apresentado pelas partes. Não estamos estritamente jungidos às alegações feitas no recurso ou nas contra-razões (Cf. AgRg no RESP 174.856/NANCY e Edcl no AgRg no AG 256.536/PÁDUA. No STF, veja-se o RE 298.694-1/PERTENCE-Plenário). Vinculamo-nos, apenas, aos fatos lá definidos (cf. AgRg no AG 2.799/CARLOS VELLOSO, dentre outros). A interpretação dos dispositivos legais é feita dentro de um contexto.

Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica.

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana."

Superior Tribunal de Justiça

Em que pesem os argumentos expendidos pelo ilustre relator, tenho que na espécie sob julgamento, existe um obstáculo intransponível ao conhecimento do presente recurso; uma vez que a matéria controvertida é de cunho predominantemente constitucional, o que inviabiliza seu exame através da via eleita do especial, devendo, portanto, ser dirimida a questão no âmbito do recurso extraordinário, também interposto. Aliás, como o próprio relator ressaltou, *"nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos oriundos dessa relação Há projetos de lei, que não andam, emperrados em arraigadas tradições culturais"*.

Com efeito, resumindo a questão, a inicial afirma a existência de vida em comum entre os autores, relação homoafetiva, há mais de sete anos, dividindo casa, despesas etc., à semelhança das relações heterossexuais concubinárias. Confessam a sua contaminação pelo vírus HIV e esta foi a razão da aposentação do primeiro autor junto à CEF e é o que motivou a pretensão de inclusão do segundo autor no plano de saúde das rés na condição de dependente.

A sentença de primeiro grau julgou extinto o pedido de declaração de união estável, forte nos termos do § 3º do artigo 226 da CF/88, contudo, entendeu que a não declaração da união estável não impede a possibilidade de inclusão do segundo autor como dependente de seu companheiro, resolvendo a lide pelos princípios fundamentais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, as objeções das rés ao pedido deduzido pelos autores, sintetizam-se na impossibilidade de inclusão no Programa de Assistência Médica Supletiva - PAMS e cadastramento junto à Fundação dos Economiários Federais - FUNCEF do segundo autor, I.S.R., na condição de dependente de R.P.C., pelo fato de serem do mesmo sexo e a Constituição Federal de 1988 exige a presença de pessoas de sexos opostos para a configuração da união estável e, ainda, por inexistir em nosso ordenamento jurídico legislação regulando os direitos oriundos dessa relação.

Do voto condutor do acórdão extraio os seguintes excertos:

"(...)

Com efeito, a r. sentença julgou extinto o pedido de declaração de união estável, forte nos termos do § 3º, do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, contudo, a não-declaração da união estável não impede a possibilidade de inclusão do segundo autor como dependente de seu companheiro. A solução do litígio não se dá tão-somente pela invocação do citado artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, mas, sim, em considerar relevantes os princípios fundamentais da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Considerou o douto julgador monocrático em sua decisão, de maneira exemplar, sobre a questão dizendo que:

'A Constituição Federal de 1988, na esteira do constitucionalismo ocidental contemporâneo, como instrumento instituidor do Estado Democrático de Direito, enuncia, após declinar os princípios e objetivos fundamentais da República, os direitos e liberdades fundamentais. Dentre estes, consagrou, sobremaneira, a liberdade, a igualdade, sem os quais jamais poder-se-ia sustentar a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental veiculado no artigo 1º, inciso III.

(...)

Ninguém há de discordar que, no caso em exame, a recusa à inclusão do segundo autor no PAMS e na Funcef foi motivada por pertencerem os demandantes ao mesmo sexo. Não fosse essa circunstância, inexistiria o óbice argüido pelas rés, qual seja, a impossibilidade de subsunção da relação afetiva travada entre os autores ao conceito de companheiro, admitindo-se que tal conceituação seja aquela emprestada pelo parágrafo 3º do inciso I do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 ('Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal').

Ora, essa fundamentação para a recusa, mesmo calcada em dispositivo legal, não pode subsistir no ordenamento jurídico nacional, diante da análise da Constituição de 1988.

Dentre outros direitos fundamentais, garante a Constituição da República a igualdade, plasmando, assim, o princípio da

Superior Tribunal de Justiça

isonomia. No âmbito da sexualidade, esse princípio mereceu especial proteção mediante a proibição de qualquer discriminação sexual infundada: invoco, dentre outras normas e sem indicar, por ora, a farta jurisprudência em torno da matéria, o inciso I do artigo 5º (assegura a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres) e o inciso XXX do artigo 7º (proibição de diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo).

Pois bem, se examinada com cuidado, constata-se que a proibição constitucional dessa espécie de discriminação impede a recusa sofrida pelo segundo demandante, porquanto a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada, repise-se) de discriminação sexual.'

Como visto, apesar de ter sido declarada a impossibilidade do reconhecimento da união estável entre os autores, o acórdão recorrido decidiu que seria viável incluir o segundo autor como dependente nos planos de saúde e previdência privada suplementar, com base nos princípios da liberdade, da igualdade, e da dignidade humana, insculpidos na Constituição Federal vigente, evidenciando-se, com isso, a índole constitucional da discussão, cuja competência fica reservada ao Supremo Tribunal Federal.

É de se não perder de vista que, apesar de haver fundamento infraconstitucional, a abordagem central é de natureza constitucional.

Verifica-se que a conceituação de companheiro, definição emprestada pelo § 3º do inciso I do artigo 16 da Lei 8.213/91, é do seguinte teor:

"Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

*I - o cônjuge, a companheira, o **companheiro** e o filho ...*

§ 3º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a

Superior Tribunal de Justiça

segurada, de acordo com o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal." (grifo nosso)

Destarte, não há dúvida de que para dirimir a controvérsia, é mister que esta Corte analise a relação homoafetiva entre os segurados, à luz dos dispositivos legais referidos, não se podendo perder de vista que todos os artigos tidos como violados remetem-nos à interpretação do aludido § 3º do artigo 226 da Magna Carta, ressaltando, ainda, que a questão infraconstitucional apreciada pelo Tribunal *a quo*, por si só, não é suficiente para dirimir a demanda. Nem poderia ser diferente, porque a questão não é de *lege lata*; é de *lege ferenda*, isto é, no plano infra-constitucional inexistente lei que regule a matéria, que só poderá ser objeto de lei futura.

Assim, consoante meu entendimento, a questão deve ser decidida em sede do recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual, sem qualquer manifestação sobre o mérito, não conheço do recurso especial.

É o voto.

Ministro CASTRO FILHO

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 1999/0104282-8

REsp 238715 / RS

Números Origem: 455333096 9600020302 9604553330

PAUTA: 19/04/2005

JULGADO: 07/03/2006

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO GOMES DE BARROS**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DIAS TEIXEIRA**

Secretária

Bela. **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : FLAVIO QUEIROZ RODRIGUES E OUTROS
RECORRIDO : R P C E OUTRO
ADVOGADO : MARIA LUIZA PEREIRA DE ALMEIDA
INTERES. : FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF
ADVOGADOS : FÁBIO A VERZONI MIRAGLIA E OUTROS
LUIZ ANTÔNIO MUNIZ MACHADO

ASSUNTO: Civil - Contrato - Plano de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de março de 2006

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 395.904 - RS (2001/0189742-2)

RELATOR : **MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA**
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : CARLOS DOS SANTOS DOYLE E OUTROS
RECORRIDO : VITOR HUGO NALÉRIO DULOR
ADVOGADO : FRANCISCO DA ROSA MALACÃO E OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, " **O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.**" *In casu*, ocorre reinvidicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez.

2 - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes.

3 - A pensão por morte é : "**o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes.**" (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251).

4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador

Superior Tribunal de Justiça

pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico:

" Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º. "

7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento

9 - Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro PAULO MEDINA, acompanhando o voto da Relatoria, no que foi seguido pelo Sr. Ministro PAULO GALLOTTI, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros PAULO GALLOTTI e PAULO MEDINA.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro HAMILTON CARVALHIDO e, ocasionalmente, o Sr. Ministro NILSON NAVES.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PAULO GALLOTTI.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2005 (Data do Julgamento)

MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 395.904 - RS (2001/0189742-2)

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : CARLOS DOS SANTOS DOYLE E OUTROS
RECORRIDO : VITOR HUGO NALÉRIO DULOR
ADVOGADO : FRANCISCO DA ROSA MALACÃO E OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (Relator):

Vitor Hugo Nalério Dulor ajuizou ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pleiteando o recebimento do benefício previdenciário da pensão por morte, bem como o respectivo complemento da PREVI, em decorrência do falecimento de seu companheiro Cláudio Roberto da Silva, ocorrido no dia 29 de dezembro de 1997.

Sustenta o autor, para tanto, que se relacionou e conviveu com o "de cujus" por dezoito anos, mantendo relacionamento, "**à semelhança das relações heterossexuais concubinárias, dividindo despesas, compactuando alegrias e tristezas.**"(fl. 03)

Argumenta, ademais, com que o direito à pensão reclamada se embasa na própria Constituição Federal, nos princípios consagrados da liberdade e da igualdade, bem como se fulcra no art. 16, I, da Lei n. 8.213/91.

A autarquia previdenciária contestou a demanda, sob o fundamento de que a parte autora não se enquadra na qualidade de dependente do segurado, condição essa necessária ao recebimento do benefício pretendido.

A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido, assim extinguindo o processo.(fl. 184)

O Ministério Público Federal apelou da sentença ao entendimento de que a norma do §3º do art. 226 da CF/88 não exclui a união estável entre pessoas do mesmo sexo, devendo ser observado, ao propósito, o princípio constitucional da igualdade.

Apelou, ainda, o autor, sustentando que trata a espécie de matéria afeta ao Direito Previdenciário, em cujo âmbito pode ele ser considerado dependente do falecido.

O d. Tribunal *a quo*, deu provimento às apelações nos seguintes termos:

Superior Tribunal de Justiça

" CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. COMPANHEIRO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. REALIDADE FÁTICA. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS. EVOLUÇÃO DO DIREITO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE. ARTIGOS 3º, IV E 5º. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS 1- A realidade social revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem. 2- O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório. 3- O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação. 4- A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais. 5- A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/91. 6- Estando comprovada a qualidade de segurado do *de cujus* na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei n. 9.528/97. 8- As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente desde quando devidas, pelo IGP-DI (Medida Provisória n. 1.415/96). 9- Juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação. 10- Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a execução do julgado. 11- Apelações providas. "(fl. 316)

Embargos de declaração interpostos pelo INSS e rejeitados nos seguintes

termos:

Superior Tribunal de Justiça

" PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE E OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. 1- A natureza reparadora dos embargos de declaração não permite a sua oposição como meio de rediscutir a matéria objeto de julgamento. Restringe-se, pois, às hipóteses em que há na sentença ou acórdão obscuridade ou contradição, bem como nos casos de omissão do Juiz ou Tribunal. 2- " O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos." (RTJESP 115/207) (NEGRÃO, Theotônio. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 28. ed- São Paulo: Saraiva, 1997, p. 432). 4- Embargos de Declaração rejeitados."(fl. 329)

Brotou, então, o presente recurso especial, interposto pelo INSS, na forma do art. 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, sustentando, preliminarmente, carecer de legitimidade o Ministério Público para atuar como parte nesta demanda e, no mérito, que a ação deverá ser julgada improcedente com esteio no art. 16, §3º, da Lei n. 8.213/91, havido por afrontado.

Aponta, ainda, como violado o art. 535 do Código de Processo Civil.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, ofertado às fls. 415/432, opinou nos seguintes termos:

" PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. Recurso do INSS, objetivando afastar o direito de companheiro a receber pensão por morte, em razão de união homossexual.

- Não se verifica interesse recursal do INSS, ao sustentar a ilgitimidade da

Superior Tribunal de Justiça

atuação do MPF, se o autor também apelou, devolvendo ao Tribunal *a quo* toda a discussão do tema. O fundamento utilizado pela autarquia recorrente, de violação ao art. 535 do CPC, com o intuito de ver os embargos e declaração novamente apreciados, por si só, não seria apto a modificar o acórdão recorrido.

- Deve ser reconhecido o direito à pensão por morte do companheiro homossexual, em atenção aos princípios constitucionais do respeito à dignidade da pessoa humana, da isonomia e da proibição da discriminação por motivos sexuais.

- Reconhecimento, pelo INSS, por meio da **Instrução Normativa n. 25/2000**, da possibilidade de concessão de benefícios previdenciários a companheiros homossexuais. Norma editada por força de liminar em ação civil pública, proposta pelo MPF gaúcho, com eficácia *erga omnes*.

- Parecer pelo não conhecimento do apelo especial, diante da ausência de interesse recursal. Caso conhecida a irresignação, opina-se pelo seu total desprovimento, de sorte a se manter na íntegra o acórdão recorrido." (fls. 415)

Extrai-se, ainda, do d. Parecer:

"Ainda que seja possível argumentar-se diante da inexistência de regramento específico acerca das uniões homossexuais, certo é que não se pode, simplesmente declarar a inexistência de um direito pela omissão legislativa. A falta de lei, *in casu*, não pode impedir o acesso e a busca da tutela jurídica adequada.

Vale ressaltar que o próprio INSS admite, administrativamente, a possibilidade de concessão de benefício por morte do segurado e auxílio-reclusão aos companheiros homossexuais, a partir da **Instrução Normativa n. 25 de 07.06.2000**, editada por força da decisão liminar da Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0, proposta pelo MPF do Rio Grande do Sul."(fl. 420)

Contra-razões ofertadas pelo Ministério Público, às fls. 363/369.

Transcorrido *in albis* o prazo para as contra-razões do autor, subiram os autos a esta Corte Superior.

É o sucinto relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 395.904 - RS (2001/0189742-2)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

1- A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, " **O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.**" *In casu*, ocorre reinvidicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez.

2- No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes.

3- A pensão por morte é : "**o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes.**" (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251).

4- Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5- Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

Superior Tribunal de Justiça

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico:

" Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

V- pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º. "

7- Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento

9-Recurso Especial não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (Relator):

1.Preliminarmente, com relação à alegada ilegitimidade do Ministério Público para figurar como parte neste feito, não merece prosperar a irresignação.

A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, "**O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.**"

A consistência primordial dos direitos fundamentais é a da defesa da pessoa humana e da sua dignidade, perante os poderes do Estado.

Envolvem tais direitos, *lato sensu*, normas de competência negativa para os poderes públicos, coibindo a ingerência destes na esfera jurídica individual.

Existem, no campo dos direitos fundamentais, dois grupos distintos: " **(1)**

direitos dos indivíduos pertencentes às minorias; (2) direitos das minorias propriamente ditas. Indivíduo e grupo e grupo/indivíduo surgem estreitamente relacionadas. Como pessoas, não podem reivindicar outra coisa senão a do tratamento como igual quanto aos direitos fundamentais. Enquanto grupo, põe-se o problema de direitos coletivos especiais dada a sua identidade e forte sentimento de pertença e de partilha (língua, religião, família, escola). Neste sentido se fala de minorias *by will* (em contraposição às minorias *by force*): aquelas que atribuem valor à sua diferença e especificidade relativamente à maioria, exigindo a proteção e garantia efectiva desta diferença e especificidade." (Canotilho, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional, 7ª e. Ed. Livraria Almedina, Coimbra - Portugal. 2003, p.387,

Na espécie, ocorre reivindicação de pessoa com vista a obter tratamento igualitário, quanto a direitos fundamentais, aplicando-se a Instrução Normativa n. 25 , editada pela Autarquia Previdenciária.

Ora, **"interesse indisponível é a pretensão que o interessado não pode transformar em vantagem ou benefício usufruível. Diante do interesse indisponível, individual ou social, a ação do indivíduo ou do grupo, cessa, já que existe pretensão, mas não a respectiva ação assecuratória. Por isso, a regra jurídica constitucional transfere a defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis para a área de competência do Ministério Público, a quem cabe defendê-los, o que, de modo indireto, favorece pessoas físicas e grupos de pessoas, cujas pretensões não se encontram fundamentadas em normas jurídicas."(Cretella Júnior, José, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1993, p. 3.297)**

Atualmente, um dos objetivos presentes na disciplina dos direitos fundamentais, dentre os mais acentuados pela doutrina, é precisamente o de assegurar a não discriminação.

Parte-se do princípio de que todos são iguais perante a lei, na linha de garantir que o Estado trate seus cidadãos igualmente.

O preceito se aplica a todos os direitos, abarcando, ainda, as liberdades e garantias pessoais.

Novamente, segundo Canotilho, é **"ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efectivação plena da igualdade de direitos em uma sociedade multicultural e hiperinclusiva (" direitos homossexuais", "direitos das mães solteiras", " direitos das pessoas portadoras de HIV")** (Canotilho, José Joaquim

Gomes, Direito Constitucional, ob. cit., p. 410)

É, pois, nesse contexto que surge o Ministério Público, como garantidor da observância do tratamento igualitário a indivíduos que buscam a plena efetivação de seus direitos, uma vez sujeitos a discriminação.

Celso Bastos elucida que **"o Ministério Público tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte, porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda a coletividade. Mesmo com relação aos indivíduos, é notório o fato de que a ordem jurídica por vezes lhes confere direitos sobre os quais não podem dispor. Surge, daí, a clara necessidade de um órgão que vale tanto pelos interesses da coletividade, quanto pelos dos indivíduos, estes apenas quando indisponíveis. Trata-se, portanto, de instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesses públicos, assim como de privados, quando merecerem um especial tratamento do ordenamento jurídico."**(Bastos, Celso. Curso de Direito Constitucional, São Paulo, 11ª ed.. Ed. Saraiva, 1989, p. 339).

Perfeitamente cabível, pois, a intervenção do Ministério Público na espécie, perceptível a exigência de especial tratamento do ordenamento jurídico, diante da matéria em disputa.

2. O direito ao provimento jurisdicional claro, lógico e congruente é manifestação do direito das partes ao devido processo legal, no aspecto procedimental ou formal, contido no inciso LIV do art. 5º da Constituição Brasileira.

É, portanto, elemento do núcleo intangível da ordem constitucional brasileira, a que o Estado-Juiz deve integral obediência; o princípio da fundamentação das decisões judiciais reflete-se no ordenamento infraconstitucional em regras dispostas pelo Código de Processo Civil, de que são exemplos as contidas nos artigos 458 e 535.

No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, quadra assinalar que o acórdão embargado não possuía vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração.

Em verdade, o aresto não padecera de omissão, contradição ou obscuridade, uma vez que o Tribunal *a quo* se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia.

Os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestaram a rediscutir

Superior Tribunal de Justiça

questões apreciadas no v. acórdão; incabível, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole desse recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando-se, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes (R.J.T.J.E.S.P. 98/ 377, 99/345, 115/206; R.T.J. 121/260).

Sempre vale reprimir PIMENTA BUENO, ao anotar que, nessa modalidade recursal, **"não se pode pedir correção, alteração ou mudança alguma, nem modificação que aumente ou diminua o julgamento; e só sim e unicamente o esclarecimento do que foi decidido, ou da dúvida em que se labora. Eles pressupõem que na declaração haja uniformidade de decisões e não inovação, porque declarar não é por certo reformar, adicionar, corrigir ou estabelecer disposição nova"** (R.J.T.J.E.S.P. 92/328).

Não há, pois, violação ao art. 535 do CPC quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas que não adotando a tese do insurgente.

3. Por derradeiro, também não merece prosperar o recurso especial no que se refere à impossibilidade de concessão de pensão por morte a companheiro homossexual, à mingua de previsão legal.

Na espécie, aforou Vitor Hugo Nalério Dulor ação contra o INSS, objetivando a concessão de pensão por morte, com o pagamento dos respectivos atrasados, em virtude do falecimento de seu companheiro.

A pensão por morte é **"o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. "** (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251)

Segundo corroborado nos autos, por meio de documentos acostados, o autor logrou êxito em comprovar, efetivamente, sua vida em comum com o falecido segurado, como se *more uxorio*, por mais de dezoito anos, mantendo residência conjunta, partilhando

Superior Tribunal de Justiça

despesas, além da aquisição de bens, tais como um imóvel que, por força de disposição testamentária, foi deixado ao autor.

Acresce-se, ainda, que este, na condição incontroversa de beneficiário, recebeu seguro de vida do falecido.

Saliente-se, por último, que todas as despesas com o funeral foram suportadas pelo autor, tendo ele percebido o auxílio correspondente da Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil, entidade à qual o "de cujus" era filiado.

Vale ressaltar que, na verdade, trata a espécie de matéria exclusivamente afeta ao Direito Previdenciário e não, ao Direito de Família.

Em que pesem as alegações do recorrente quanto a violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém observar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é de atribuição exclusiva do Pretório Excelso.

Somente por amor ao debate, porém, daquele comando não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de outros preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º, da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise, em contexto mais amplo e, bem por isso, menos restritivo.

O Direito Previdenciário tem por missão precípua a defesa da pessoa humana, garantindo-lhe a subsistência ou a de seus dependentes.

Face à particularidade da espécie, deverá ser acionada a interpretação de diversos preceitos constitucionais em conjunto, não apenas a do art. 226, §3º da Constituição Federal, para que, em seguida, se possa aplicar o direito infraconstitucional à espécie.

O princípio da igualdade caminha juntamente com princípios de idêntica relevância, não podendo jamais estar dissociado do princípio da justiça, em seu sentido mais puro.

Há que se perceber que não há igualdade jurídica no não direito.

Ao se negarem, mesmo através de mecanismos legais, direitos fundamentais,

entre eles o de sobrevivência, mediante recebimento de benefícios previdenciários, a pessoas que, se fossem de sexos diferentes, lograriam êxito em auferi-los, emerge um não direito, ferindo o sentido que o Poder Constituinte procurou proteger, com a igualdade, ao editar a Constituição Federal de 1988.

Outrossim, o preceito : **"o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente "** não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão da igualdade justa pode colocar-se nestes termos: o que é que no leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade? Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objetivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. Todavia, tal proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um "fundamento razoável" implica, de novo, o problema da qualificação desse fundamento, isto é, a qualificação de um fundamento como razoável aponta para um problema de valoração. A necessidade de valoração ou de critérios de qualificação, bem como a necessidade de encontrar "elementos de comparação" subjacentes ao

caráter relacional do princípio da igualdade implicam: (1) a insuficiência do "arbítrio" como fundamento adequado de "avaliação" e de "comparação"; (2) a imprescindibilidade da análise de natureza de o peso, dos fundamentos ou motivos justificadores de solução diferenciadas; (3) insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas defensiva ou negativa. Esta idéia de igualdade justa deverá aplicar-se mesmo quando estamos em face de medidas legislativas de graça ou de clemência (perdão, anistia), pois embora se trata de medidas que, pela sua natureza, transportam referências individuais ou individualizáveis, elas não dispensam a existência de fundamentos materiais justificativos de eventuais tratamentos diferenciadores."(Canotilho, José Joaquim Gomes, ob. cit., p. 429)

Tampouco se vislumbra ofensa ao art. 16, §3º, da Lei n. 8.213/91.

Dispõe o referido artigo, no seu todo:

" Art. 16 - São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I- o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição menor de 21(vinte e um) anos ou inválido.

II- os pais;

III- o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

IV- (revogado pela Lei n. 9.032, de 28.04.95)

§ 1º- A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º- O enteado tutelado equipara-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no regulamento.

§ 3º- Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º- A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada."

Superior Tribunal de Justiça

Da leitura se extrai referência ao art. 226, §3º, da Constituição Federal, exatamente no parágrafo 3º, que a recorrente diz malferido.

Ao primeiro exame, poderia parecer que, realmente, o preceito em causa restara violado.

Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico:

" Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

V- pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º. "

Não há, dessarte, exclusão alusiva aos relacionamentos homoafetivos no campo do Direito Previdenciário, que não se identifica com o Direito de Família.

O que há é uma lacuna, que cumpre ser preenchida mediante acesso a outras fontes do direito.

Ademais, o próprio art. 4º da LICC dispõe:

" Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito."

É cediço que nem sempre a evolução legislativa acompanha a rapidez das mutações da sociedade; por isso, incumbe ao Judiciário, utilizando-se dos princípios hermenêuticos, preencher as lacunas existentes na lei, adequando-a às necessidades sociais.

"Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam

Superior Tribunal de Justiça

explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais por fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentro deles. Qualquer círculo, e não só os políticos, no sentido estrito, tem o direito que lhe corresponde."
(MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Volume 7. Editor Borsoi. Rio de Janeiro. 1955. p. 170)

Pretender, com esteio em regras estratificadas, alijar parte da sociedade - inserida nas chamadas relações homoafetivas -, da tutela do Poder Judiciário, por falta de previsão expressa legal, constituiria ato discriminatório, inaceitável à luz do princípio insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal:

" Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)"

Ademais, " **a Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeioar as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência. Mostrando-se uma norma constitucional contrária a um princípio constitucional, tal fato configura um conflito, e, assim, a norma deve ser considerada inconstitucional, como sustentava OTTO BACHOF já em 1951. Assim não se pode deixar de ter por discriminatória a distinção que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal faz ao outorgar proteção a pessoas de sexos diferentes, contrariando princípio constitucional constante de regra pétrea.**"(Maria Berenice Dias, União homossexual - aspectos sociais e jurídicos, Revista Brasileira do Direito de Família, janeiro, fevereiro e março de 2000, p. 11)

O saudoso Des. Alves Braga, citando François Géný, no julgamento da

Superior Tribunal de Justiça

Apelação Civil n. 041.324.09-00, TJSP, da Câmara Especial, em 08.01.1998, traçou um paralelismo entre o Brasil real e o Brasil, da forma como se segue:

" Todavia, a interpretação das leis reduzir-se-ia a um campo infinitamente limitado de aplicação, e daria resultados muito pobres, se se restringisse à formula de seus textos, e não ultrapassasse a linha de seus elementos rigorosamente intrínsecos. De fato, a lei não é apenas um fenômeno psicológico, mas é, ao mesmo tempo, um fato social, inseparável do primeiro. Ou mais propriamente, sua substância psicológica é envolvida pela atmosfera social e, por assim fazê-lo, está imerso na mesma. É indeclinável dever do intérprete analisar também este meio vital da lei. (cfr. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. 2. ed, 1932, v. I, p. 287)

Impende ressaltar que ainda não há, no Brasil, legislação específica tratando da matéria, não obstante os Tribunais Regionais Federais, assim como órgãos administrativos venham reconhecendo a possibilidade de que os benefícios previdenciários serem estendidos aos parceiros homossexuais conviventes..

Nessa esteira, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*, sob o fundamento de garantir o direito à igualdade previsto na Carta Maior, *verbis*:

" INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 25, DE 7 DE JUNHO DE 2000

Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0

A DIRETORIA COLEGIADA DO INSTITUTO NACIONAL DO

Superior Tribunal de Justiça

SEGURO SOCIAL - INSS, em reunião extraordinária realizada no dia 07 de Junho de 2000, no uso da competência que lhe foi conferida pelo inciso III, do artigo 7º, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria nº 6.247, de 28 de dezembro de 1999, e

CONSIDERANDO a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0;

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios, resolve:

Art. 1º - Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.

Art. 2º - A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000.

Art. 3º - A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos:

I declaração de Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

II disposições testamentárias;

III declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);

IV prova de mesmo domicílio;

V prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

VI procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

VII conta bancária conjunta;

VIII registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado;

IX anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

X - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XI ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;

Superior Tribunal de Justiça

XII - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;

XIII quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Art. 4º - Para a referida comprovação, os documentos enumerados nos incisos I, II, III e IX do artigo anterior, constituem, por si só, prova bastante e suficiente, devendo os demais serem considerados em conjunto de no mínimo três, corroborados, quando necessário, mediante Justificação Administrativa JA.

Art. 5º - A Diretoria de Benefícios e a DATAPREV estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa.

Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação. "(*) Republicada por ter saído com incorreção, do original, no D.O. nº 110-E, de 8/6/2000, Seção 1, pág 4.)

Observe-se que, apesar do caráter administrativo desse tal ato, a instrução constitui normatização, que contempla as relações homoafetivas e, pelo menos até o julgamento do mérito da ação principal, garante o direito à pensão por morte nos moldes por ela disciplinados.

Posteriormente, ainda, o INSS dispôs sobre a matéria, editando nova instrução normativa a partir da mesma ação civil, a saber:

"INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

DIRETORIA COLEGIADA

INSTRUÇÃO NORMATIVA/INSS/DC nº 50, de 08 de maio de 2001.

ASSUNTO:

Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0

O DIRETOR-PRESIDENTE do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, no uso da competência que lhe foi conferida pelo artigo 86, inciso IV do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria nº 6.247, de 28 de dezembro de 1999, e

CONSIDERANDO a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, da Terceira Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul;

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios,

Ad referendum, resolve:

Art. 1º- Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.

Art. 2º - A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000, republicada em 28.07.2000, com as alterações introduzidas pela IN INSS/DC nº 46, de 13.03.2001.

Art. 3º - Para comprovação da união estável e dependência econômica devem ser apresentados, no mínimo, três dos seguintes documentos:

I – declaração de Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

II – disposições testamentárias;

III – declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);

IV – prova de mesmo domicílio;

V – prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

VI – procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

VII – conta bancária conjunta;

VIII – registro em associação de classe, onde conste o interessado como

Superior Tribunal de Justiça

dependente do segurado;

IX – anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

X – apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XI – ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;

XII – escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;

XIII – quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Art. 4º - Os benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão ao companheiro/a homossexual devem ser concedidos independentemente da data de ocorrência do óbito ou encarceramento do segurado (mesmo anteriores à data da liminar), observando-se o disposto no art. 60 da IN/INSS/DC nº 20, de 18.05.2000, republicada em 28.07.2000, com as alterações introduzidas pela IN INSS/DC nº 46, de 13.03.2001.

Art. 5º - A inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente deverá ser efetuada no Instituto Nacional do Seguro Social, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso.

Art. 6º - A Diretoria de Benefícios e a DATAPREV estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa.

Art. 7º - Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, revogando a Instrução Normativa, de 07 de junho de 2000."

Ambas as instruções normativas foram editadas para regulamentar situações jurídicas surgidas a partir da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, da Terceira Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul.

Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, mercedoras do mesmo tratamento.

Diante do quadro, se o próprio INSS, objetivando traçar parâmetros para a aplicação da lacuna existente na legislação previdenciária, estabeleceu diretrizes no sentido de atender ao estabelecido em ação judicial, em situações parelhas, deverá ser aplicada a

Superior Tribunal de Justiça

referida instrução, sob pena de se dar tratamento desigual a segurados, em iguais condições.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a PET n. 1984/RS, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio, referente a liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, indeferiu a suspensão pretendida, nos seguintes termos:

" DECISÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA IMEDIATA - INSS - CONDIÇÃO DE DEPENDENTE - COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL - EFICÁCIA ERGA OMNES - EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - SUSPENSÃO INDEFERIDA. 1. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na peça de folha 2 a 14, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal. O requerente alega que, por meio do ato judicial, a que se atribuiu efeito nacional, restou-lhe imposto o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo sexo como companheiros preferenciais. Eis a parte conclusiva do ato (folhas 33 e 34): Com as considerações supra, DEFIRO MEDIDA LIMINAR, de abrangência nacional, para o fim de determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que: a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (art. 16, I, da Lei 8.213/91); b) possibilite que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita diretamente nas dependências da Autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso; c) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91 e art. 22 do Decreto nº 3.048/99). Fixo o prazo de 10 dias para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 461, § 4o, do Código de Processo Civil.

Entendo inviável determinação do modo como procederá o INSS para efetivar a medida, consoante postulado pelo parquet (item 14, alínea "d"), porquanto configuraria indevida ingerência na estrutura administrativa da entidade.

O requerente esclarece que encaminhou a suspensão, inicialmente, ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 4a Região e, diante do indeferimento do pleito, vem renová-lo nesta Corte, à luz do artigo 4o da Lei nº 8.437/92, com a redação da Medida Provisória nº 1.984-16, fazendo-o ante a natureza constitucional do tema de mérito em discussão.

Assevera que a decisão fere a ordem e a economia públicas. Quanto à primeira, aduz que o ato "possibilita que qualquer pessoa se diga companheiro

Superior Tribunal de Justiça

de pessoa de mesmo sexo e solicite o benefício" (folha 4), prejudicando o funcionamento da máquina administrativa, em face da ausência de fixação de critérios. Argúi, em passo seguinte, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor a demanda, ao argumento de que o direito envolvido é individual. Registra: "o gozo de benefício previdenciário não é interesse difuso ou coletivo a ser tutelado por ação civil pública" (folha 5). Além disso, ressalta a impossibilidade de conceder-se, à liminar, abrangência nacional, na medida em que os artigos 11 e 110 da Lei nº 5.010/66 e 16 da Lei nº 7.347/85 "restringem a eficácia erga omnes inerente à decisão de procedência em ação civil pública aos limites territoriais da jurisdição do órgão prolator da decisão" (folha 7). A favor desse entendimento, evoca precedente desta Corte. Sustenta a violação ao princípio da separação dos Poderes, apontando que a Juíza substituiu o Congresso Nacional ao reconhecer a união estável ou o casamento entre homossexuais.

A lesão à economia pública decorreria do fato de não se ter estabelecido a fonte de custeio para o pagamento do benefício, o que acabaria por gerar desequilíbrio financeiro e atuarial.

O ministro Carlos Velloso, então Presidente da Corte, determinou a remessa dos autos à Procuradoria Geral da República, seguindo-se o parecer de folha 89 a 96, em torno do deferimento do pleito de suspensão.

O Advogado-Geral da União manifestou-se por meio da peça de folhas 98 e 99. Defende o legítimo interesse da União para ingressar no feito, na qualidade de assistente simples, por ser responsável pelo financiamento do déficit da Previdência Social.

O pedido de ingresso restou atendido à folha 98.

Em despacho de folha 100, o INSS foi instado a informar se interpôs agravo à decisão, proferida pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que implicara o indeferimento da suspensão. Positiva a resposta da autarquia, sobreveio o despacho de folha 165, mediante o qual foram requisitadas cópias dos acórdãos para anexação ao processo.

Desta providência, desincumbiu-se o requerente, conforme se depreende dos documentos de folha 172 a 203.

Em 5 de junho de 2001, chamei o processo à ordem e determinei, à luz do princípio do contraditório, fosse dado conhecimento desta medida ao autor da ação civil pública (folha 215).

Na defesa de folha 223 a 259, além de aludir-se ao acerto da decisão impugnada, aponta-se a ausência de dano à ordem ou à economia públicas.

O Procurador-Geral da República, no parecer de folhas 426 e 427, reitera o

Superior Tribunal de Justiça

pronunciamento anterior.

Diante da passagem do tempo, despachei, à folha 429, a fim de que fossem prestadas informações sobre a Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0.

O requerente noticia, à folha 451, haver sido julgado procedente o pedido formulado na ação, interpondo-se a apelação, recebida no efeito devolutivo, por isso persistindo o interesse na suspensão.

Instei, então, o Instituto a aditar, querendo, o pedido, trazendo aos autos o inteiro teor da sentença proferida. Daí o aditamento de folha 471 a 474, com a notícia de que a peça encontra-se à folha 351 à 423.

2. Extraem-se da Constituição Federal algumas premissas: a - as ações, medidas e recursos de acesso ao Supremo Tribunal Federal nela estão previstos ante a competência definida no artigo 102; b - em se tratando de recurso, tal acesso pressupõe o esgotamento da jurisdição na origem - artigo 102, incisos II e III.

Soma-se a esse balizamento outro dado muito importante: de acordo com a jurisprudência reiterada, apenas se admite a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação cautelar que vise a imprimir eficácia suspensiva a certo recurso, uma vez não só interposto, como também submetido ao crivo do juízo primeiro de admissibilidade, verificando-se, neste último, a devolução da matéria.

Então, há de considerar-se como sendo de excepcionalidade maior a possibilidade de chegar-se à Suprema Corte por meio de pedido de suspensão de medida liminar, sentença ou acórdão - procedimento que ganha contornos de verdadeira ação cautelar -, e, mesmo assim, diante do que, até aqui, está sedimentado acerca da admissibilidade da medida.

Tanto quanto possível, devem ser esgotados os remédios legais perante a Justiça de origem, homenageando-se, com isso, a organicidade e a dinâmica do próprio Direito e, mais ainda, preservando-se a credibilidade do Judiciário, para o que mister é reconhecer-se a valia das decisões proferidas, somente atacáveis mediante os recursos pertinentes. Estes, por sinal, viabilizam a almejada bilateralidade do processo, o tratamento igualitário das partes, o que não ocorre com a suspensão de liminar, segurança, tutela antecipada ou qualquer outra decisão. Consubstancia a medida tratamento diferenciado, somente favorecendo as pessoas jurídicas de direito público.

Nisso, aqueles que a defendem tomam-na como a atender interesse coletivo, mas deixam de atentar para a dualidade entre o interesse coletivo primário, a beneficiar todos, e o interesse coletivo secundário, ou seja, os momentâneos e isolados da Administração Pública, sempre sujeitos aos ares da política

Superior Tribunal de Justiça

governamental em curso.

Assim, toda e qualquer norma ordinária que enseje o acesso direto e com queima de etapas ao Supremo Tribunal Federal deve ser aplicada com a cabível cautela.

A aferição da tese conducente à suspensão quer de liminar, de tutela antecipada ou de segurança não prescinde do exame do fundamento jurídico do pedido. Dissociar a possibilidade de grave lesão à ordem pública e econômica dos parâmetros fáticos e de direito envolvidos na espécie mostra-se como verdadeiro contra-senso. É potencializar a base da suspensão a ponto de ser colocado em plano secundário o arcabouço normativo, o direito por vezes, e diria mesmo, na maioria dos casos, subordinante, consagrado no ato processual a que se dirige o pedido de suspensão.

Não há como concluir que restou configurada lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, fazendo-o à margem do que decidido na origem, ao largo das balizas do ato processual implementado à luz da garantia constitucional de livre acesso ao Judiciário.

Na prática de todo e qualquer ato judicante, em relação ao qual é exigida fundamentação, considera-se certo quadro e a regência que lhe é própria, sob pena de grassar o subjetivismo, de predominar não o arcabouço normativo que norteia a atuação, mas a simples repercussão do que decidido.

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

O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual.

Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do

artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar à queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria. Sob o ângulo da tutela, em si, da eficácia imediata da sentença, sopesaram-se valores, priorizando-se a própria subsistência do beneficiário do direito reconhecido. É certo que restou salientada a eficácia da sentença em todo o território nacional. Todavia este é um tema que deve ser apreciado mediante os recursos próprios, até mesmo em face da circunstância de a Justiça Federal atuar a partir do envolvimento, na hipótese, da União.

Assim, não parece extravagante a óptica da inaplicabilidade da restrição criada inicialmente pela Medida Provisória nº 1.570/97 e, posteriormente, pela Lei nº 9.497/97 à eficácia erga omnes, mormente tendo em conta a possibilidade de enquadrar-se a espécie no Código de Defesa do Consumidor. 3. Indefiro a suspensão pretendida. 4. Publique-se." (grifo nosso) (**Classe / Origem Pet 1984 / RS PETIÇÃO Relator(a) Min. MARCO AURÉLIO DJ DATA-20/02/2003 P - 00024**)

Em nossa jurisprudência, ademais, os tribunais de segundo grau já têm entendido como cabível não só a partilha de bens, após a dissolução da união homossexual, como também a pensão por morte ao companheiro do segurado falecido, como se verifica nos seguintes julgados:

"Ementa: Apelação Cível. Ação de Reconhecimento de Dissolução de Sociedade de Fato cumulada com partilha. Demanda julgada procedente. Recurso improvido.

Aplicando-se analogicamente a Lei 9278/96, a recorrente e sua companheira têm direito assegurado de partilhar os bens adquiridos durante a convivência, ainda que dissolvida a união estável. O Judiciário não deve distanciar-se de questões pulsantes, revestidas de preconceitos só porque desprovidas de norma legal. A relação homossexual deve ter a mesma atenção dispensada às outras ações. Comprovado o esforço comum para a ampliação ao patrimônio das conviventes, os bens devem ser partilhados. Recurso Improvido" (Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação Cível n.º 16313-9/99. Terceira Câmara Cível. Relator: Des. MARIO ALBIANI, Julgado em 04/04/2001).

"PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO – COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL.

Superior Tribunal de Justiça

I. O autor comprovou uma vida em comum com o falecido segurado, mantendo conta bancária conjunta, além da aquisição de bens, tais como veículo e imóveis em seus nomes, por mais de vinte anos.

II. Os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformação por que passa a sociedade.

III. Compete ao juiz o preenchimento das lacunas da lei, para adequá-la à realidade social, descabendo, na concessão da pensão por morte a companheiro ou companheira homossexual, qualquer discriminação em virtude da opção sexual do indivíduo, sob pena de violação dos artigos 3º, inciso IV, e 5º, inciso I, da Constituição Federal.

IV. Tutela antecipada concedida.

V. O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal não regula pensão previdenciária inserindo-se no capítulo "Da Família".

VI. Apelação e remessa necessária improvidas.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA NECESSÁRIA."(Apelação Cível Proc. 2002.51.01.000777-0 , Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Terceira Turma, – Publ. no DJ de 21/07/2003, pág. 74, Relatora: Des. Fed. TANIA HEINE)

"PREVIDENCIÁRIO. O DIREITO. PENSÃO POR MORTE AO COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. 1. A sociedade, hoje, não aceita mais a discriminação aos homossexuais. 2. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo para efeitos sucessórios. Logo, não há por que não se estender essa união para efeito previdenciário. 3. "O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica ..." (Pontes de Miranda). 4. "O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma popular, outra técnica: como as palavras da língua vulgar têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia, as regras de direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos" (Jean Cruet). 5. O direito é fruto da sociedade, não a cria nem a domina, apenas a exprime e modela. 6. O juiz não deve abafar a revolta dos fatos contra a lei" (TRF - PRIMEIRA REGIÃO, AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 200301000006970, processo: 200301000006970 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 29/4/2003 Documento: TRF100165809 Fonte DJ DATA: 29/4/2004 PAGINA: 27 Relator(a) Desembargador Federal TOURINHO NETO)

"PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DE COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL QUANDO DO ÓBITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Comprovada a caracterização como companheiro homossexual e presumida legalmente a dependência econômica entre companheiros, é devida a pensão por morte.

2. Os honorários advocatícios são devidos em 10% sobre as parcelas vencidas até a decisão judicial concessória do benefício pleiteado nesta ação previdenciária, excluídas as vincendas (Súmula 111 do STJ)."(Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO, Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 651483, Processo: 200170000279920 UF: PR Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 15/12/2004 Fonte DJU DATA:09/03/2005 PÁGINA: 487 Relator(a) Juiz NÉFI CORDEIRO)

"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL. LEI 8.112/90. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS-DC Nº 25.

1 - Não há que se falar de ausência de interesse de agir quando a Ré, no mérito de sua resposta, nega o direito vindicado.

2 - A alegação de impossibilidade jurídica do pedido confunde-se com o próprio cerne da demanda, além de não existir expressa vedação legal à pretensão autoral, a implicar em extinção do feito sem julgamento do mérito.

3 - A sociedade de fato existente entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às uniões heterossexuais em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.

4 - A inexistência de regra que contemple a possibilidade da percepção do benefício da pensão por morte, por companheiro(a) homossexual de servidor público falecido, não pode ser considerada como obstáculo para o reconhecimento da existência de um fato notório, para o qual a proteção jurídica é reclamada.

5 - Mesmo que se pudesse entender que a Lei nº 8.112/90 não alberga a situação da Autora, o que implicaria em incorrer em inaceitável e antijurídica discriminação sexual, se o sistema geral de previdência do país comporta hipótese similar, como consignado na IN nº 25-INSS, a qual estabelece procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual, em observância ao princípio isonômico, deve-se aplicar aos servidores públicos federais, por analogia, o disposto nesse indigitado ato normativo.

6 - A exigência de designação expressa pelo servidor, visa tão-somente facilitar a comprovação, junto à administração do órgão competente, da vontade do falecido servidor, e sua ausência não importa em impedimento à

Superior Tribunal de Justiça

concessão do benefício, se confirmada essa vontade por outros meios idôneos de prova.

7 - Comprovada a união estável da Autora com a segurada falecida, bem como sua dependência econômica em relação à mesma, e tendo-se **por** superada a questão relativa à ausência de designação, forçoso é se reconhecer em favor dela o direito à obtenção da pensão pleiteada. Precedentes. Preliminares rejeitadas. Apelação e Remessa Oficial improvidas."(TRIBUNAL - QUINTA REGIAO, Classe: AC - Apelação Cível - 334141, Processo: 200284000022754 UF: RN Órgão Julgador: Terceira Turma, Data da decisão: 17/06/2004 Fonte DJ - Data:27/07/2004 - P. 286)

A União homoafetiva é, sem embargo, tema com intensos reflexos no mundo jurídico, não podendo, pois, o direito, em momento algum, fechar-se de modo a ignorar ou simplesmente repudiar a realidade existente.;" e **assim é, na verdade, pois o direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele 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 interessando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a União Estável, outras ficando a margem dele.**" (REsp 148897 / MG ; Relator(a) Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA Data do Julgamento 10/02/1998)

Relembre-se que, a própria mulher, por séculos a fio, era tratada pelo sistema jurídico como relativamente incapaz.

Diante do exposto, preenchidas suficientemente as exigências da Lei n. 8.213/91, comprovadas a qualidade de segurado do "de cujus" e a convivência afetiva e duradoura entre o segurado falecido e o autor, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2001/0189742-2

REsp 395904 / RS

Números Origem: 200004010736438 9800213090

PAUTA: 06/12/2005

JULGADO: 06/12/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HÉLIO QUAGLIA BARBOSA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO GALLOTTI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : CARLOS DOS SANTOS DOYLE E OUTROS
RECORRIDO : VITOR HUGO NALÉRIO DULOR
ADVOGADO : FRANCISCO DA ROSA MALACÃO E OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: Previdenciário - Benefícios - Pensão - Por Morte

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente a Dra. Karina Teixeira Cavalcante pelo recorrente.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Paulo Medina. Aguardam os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves. "
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 06 de dezembro de 2005

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 395.904 - RS (2001/0189742-2)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO MEDINA:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com fulcro na alínea "a" da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional da Quarta Região, que entendeu, em suma:

"...Estando comprovada a qualidade de segurado do de cujus na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei n. 9.528/97."

Alega o recorrente, preliminarmente, carecer de legitimidade o Ministério Público para atuar como parte e, no mérito, requer a improcedência da ação, face a violação ao art. 16, § 3º, da Lei nº 8.213/91.

O Ministro Relator, quanto à preliminar, entendeu perfeitamente cabível a intervenção do Ministério Público, por se tratar de matéria de relevante interesse público.

No mérito, asseverou que, provado nos autos, através de documentos, que o autor tinha vida em comum com o falecido segurado, por mais de 18 anos, mantendo residência conjunta, partilhando despesas, além da aquisição de bens, como um imóvel que lhe foi deixado, não há como negar a pensão por morte.

Ressaltou, ainda, que recebeu seguro de vida do falecido e que as despesas com o funeral foram suportadas pelo autor.

É o sucinto relatório.

O recorrente alega que o acórdão vergastado teria violado o § 3º, do art. 16 da Lei 8.213/91, que dispõe:

"Art. 16 - (...)

§ 3º - Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. "

Por sua vez, dispõe o § 3º do art. 226 que:

Superior Tribunal de Justiça

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

Como se vê, a legislação infraconstitucional reportou-se ao dispositivo constitucional para delimitar, melhor dizendo explicar, o que venha ser companheiro ou companheiro para fins de benefício previdenciário.

Entretanto, conforme preceitua Luís Roberto Barroso, "*(...) toda interpretação é produto de uma época, de uma conjuntura que abrange os fatos, as circunstâncias do intérprete e, evidentemente, o imaginário de cada um. "* (Interpretação e Aplicação da Constituição, Editora Saraiva, 2002, p. 1).

Dessa forma, estou a entender que não se trata de um conceito jurídico hermético, que não se possa interpretar de maneira extensiva para melhor atender a uma realidade que não foge aos olhos.

O Relator extraiu das razões do autor o que é primordial para o deslinde da questão:

"que se relacionou e conviveu com o "de cujus" por dezoito anos, mantendo relacionamento, à semelhança das relações heterossexuais concubinárias, dividindo despesas, compactuando alegrias e tristezas. "

O fato de existir uma união estável momento algum foi questionado. A autarquia não se insurge quanto a isso, mesmo porque isto não seria matéria a ser analisada por esta Corte.

Daí, depreende-se que a questão é de mera interpretação das normas infraconstitucionais, tendo em vista a Constituição Federal como uma unidade .

Conforme ensina o autor antes citado:

"O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições. " (ob. cit. 192)

E não se pode negar que se está diante de uma tensão e contradição.

De um lado, a Lei 8.213/91 adotou como conceito de entidade familiar o modelo da união estável entre homem e mulher, sem, entretanto excluir expressamente a união homoafetiva.

De outro lado, há uma realidade em que o segurado contribuiu

Superior Tribunal de Justiça

uma vida toda para a Previdência Social e tinha como seu dependente um companheiro do mesmo sexo, constituindo assim, de acordo com as provas carreadas aos autos, uma verdadeira entidade familiar.

Nesse esteio, há que se mencionar um preceito constitucional, que, no meu entender, norteia e delimita o alcance de qualquer outra norma constitucional:

"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;"

Destarte, quero ressaltar que, onde o legislador não determinou uma exclusão expressa, não cabe ao interprete do direito fazê-la, sob pena de se descumprir preceito fundamental da Constituição, que é a igualdade entre homens e mulheres.

Ademais, o art. 201 da Constituição da República ao tratar da pensão por morte não fez qualquer distinção:

"Art. 201 - Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

(...)

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º"

A Lei 8.213/91, deve, portanto, ser interpretada conforme a Constituição, empregando-se uma interpretação extensiva, onde há uma verdadeira lacuna deixada pelo legislador.

Posto isso, meu voto é para acompanhar relator, negando-se provimento ao recurso do INSS.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2001/0189742-2

REsp 395904 / RS

Números Origem: 200004010736438 9800213090

PAUTA: 06/12/2005

JULGADO: 13/12/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HÉLIO QUAGLIA BARBOSA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO GALLOTTI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA DAS MERCÊS DE C. GORDILHO ARAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR : CARLOS DOS SANTOS DOYLE E OUTROS

RECORRIDO : VITOR HUGO NALÉRIO DULOR

ADVOGADO : FRANCISCO DA ROSA MALACÃO E OUTROS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: Previdenciário - Benefícios - Pensão - Por Morte

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Medina, acompanhando o voto da Relatoria, no que foi seguido pelo Sr. Ministro Paulo Gallotti, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 13 de dezembro de 2005

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário