



Apelação Cível N° 70001388982

Sétima Câmara Cível

Apelante: espólio de H.O., representado por sua inventariante E.O.

Apelado(a): N.G.

**Ementa: UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA.**

Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas.

Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária.

Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade.

Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica.

Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **por maioria, prover, em parte, o apelo, vencido o eminente Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, que lhe nega provimento.**

Custas, na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, a eminente Senhora Desembargadora, Maria Berenice Dias, Presidenta.

Porto Alegre, 14 de março de 2001.

**Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Relator.**

**Des. Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves, Revisor – voto vencido.**

**VOTO**

**DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS (RELATOR) –**

Cuida-se de pedido de partilha de patrimônio construído durante uma relação homossexual, que perdurou por mais de trinta anos.

O autor almeja proporção maior do acervo.

Era o parceiro que tinha melhor atividade remunerada, enquanto o companheiro só auferia provento previdenciário, mas, por analfabeto, consentiu que tudo fosse registrado em nome deste, motivo por que deseja ser beneficiado na partilha.

A relação se encontra adequadamente provada, tendo se iniciado em 1967, quando o apelado tinha 22 anos, e se estendeu até a morte de H.O, inclusive com a adoção de uma filha, ora representante do espólio, conforme deriva do depoimento pessoal (fls. 102/114).

As testemunhas [REDACTED] (fl.115), [REDACTED] (fl.123/131) e [REDACTED], mãe da inventariante (fl.132/134), corroboram a união, informando que N. é médium, possui casa de muita frequência e consulta, e que as partes mantinham uma relação afetiva, pública e notória.

Para todos, H. não desempenhava qualquer atividade lucrativa, apenas auxiliando na casa de religião e administrando o patrimônio conjunto.

Não há qualquer respingo na afirmação exordial, tanto no que toca à união existente, como sobre a existência de bens em nome do demandado, embora não desfrutasse de rendas, salvo pequena pensão que recolheu por acidente.

A questão posta não mais causa frêmito nos tribunais, sendo já freqüentes as inserções de casos semelhantes nos repertórios da jurisprudência e causa de debates em seminários.

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

Leciona 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.

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 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 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.

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 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 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 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 (Levy, 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 proihibición se refleja no solamente em 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, 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 conjeturar um futuro em que essa classificação fosse flexibilizada e enriquecida, com outros tipos sexuais, como os  *multisssexuais, assexuais e alien-sexuais*, estes últimos

homens e mulheres que se sentiriam atraídos por seres extraterrestres; neste universo remoto, ideologicamente copiado da cultura moral, as novas gerações aprenderiam como é que sente, sabendo que sente, uma atração multissexual ou alien-sexual, daí surgindo livros, vídeos, programas, com informações sobre o assunto, encontros e conferências seriam 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...

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 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).

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 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 sê-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, 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).

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 subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à margem determinadas relações sociais, pois a mais cruel conseqüência 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 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 protecional da dignidade.

Como limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade é algo que pertence necessariamente a cada um e que não pode ser 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.*

*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 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.

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 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 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 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 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.

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 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 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 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 jurídico es pleno: todos los 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 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).

Assim encorajado aplico ao caso concreto os mesmos efeitos patrimoniais que deslumbro da união estável, repartindo o acervo angariado pelos parceiros em sua vida comum, destoando do fundamento e do percentual ditados na

erudita sentença do Dr. Tasso Caubi Soares Delabary, que encaminhou ao autor 75 % do patrimônio existente.

Embora comprovada a coabitação e a comunhão de afetos, resta solitária no processo a afirmação do apelado de que somente seus recursos geraram o cabedal sob exame, não havendo prova que afaste a presunção derivada da vida conjunta, onde, de muito, os tribunais vinham alertando para a contribuição indireta na construção do cabedal.

É razoável, pois, atribuir-lhe somente a meação do patrimônio existente, como numa comunidade familiar, conclusão que mais se fortalece com a existência de uma filha adotiva, tal como na união estável que adoto como paradigma para o caso concreto, que, obviamente, não se trata de uma sociedade de fato.

Assim, dou provimento parcial ao apelo, repartindo a sucumbência estatuída no decisório.

Desejo consignar, ainda, um voto de louvor ao eminente juiz, Dr. Tasso Caubi Soares Delabary, pela erudita decisão.

É como voto.

**DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – REVISOR**

–

Penso também que a questão da homossexualidade deve ser vista hoje com desassombro e trago, aqui, a mesma linha de argumentação que expendi ao apreciar outro processo (agravo de instrumento nº 70000535542, da 8ª Câmara Cível), em que litigavam duas mulheres que mantinham relacionamento homossexual.

A homossexualidade sempre existiu desde os primórdios e, depois de um longo período de perseguição e brutal restrição, e até de ataques à prática homossexual, sendo tal conduta até mesmo tipificada criminalmente em algumas sociedades, ao longo da história da humanidade, tendo sido repudiada também até o terceiro quarto do tormentoso século XX, de tantas mudanças sociais e redefinição de valores. Mas hoje a sociedade já convive bem com esse fato social que não é novo, sendo sua aceitação progressiva. Vivemos novos tempos, e o preconceito vai ficando para trás. A sociedade vai olhando os fatos com o colorido e o contorno que eles efetivamente apresentam, sem a máscara hipócrita que transformava o fato real em invisível, e alvo de prévia, imposta e artificial censura.

É momento de se perceber que a dignidade de uma pessoa não está atrelada à sua orientação sexual, e que cada qual pode livremente exercer a sua sexualidade, externando comportamento compatível com a sua própria maneira de ser, respeitados obviamente os limites da privacidade de cada um.

Não se pode mais ficar adstrito aos antigos paradigmas que ditavam as condutas sociais, como se a sexualidade humana fosse linear e coubesse nos estreitos limites de gênero homem ou mulher. Ao lado dessa dualidade, é preciso considerar que existem outros critérios respeitáveis para identificar a sexualidade de uma pessoa.

A orientação homossexual não é uma aberração senão uma definição individual vinculada a apelos próprios, físicos ou emocionais. Há que se respeitar o sentimento de cada um, a busca de realização de cada pessoa, que

deve encontrar espaço para integração ao grupo social a que pertence, sem discriminações.

É preciso, pois, que as pessoas reconheçam, como direito individual, a identidade de gênero, expressão cunhada pelo pesquisador norte-americano ROBERT STOLLER, que há mais de quatro décadas estuda a questão da intersexualidade e transexualidade, que diz, pois, com a forma de o indivíduo se relacionar com o grupo social a que está inserido.

Não existe opção sexual. Cada qual exercita a sexualidade da forma como a natureza lhe oferece. A orientação a ser seguida decorre de um impulso natural.

ROBERTO FARINA, na sua obra sobre transexualismo, e que leva este título, diz que a homossexualidade tem origem psicogênica e é essencialmente multifatorial, isto é, decorre de causas orgânicas (ou endócrinas), psíquicas, ambientais e sociais.

Portanto, trata-se de uma forma de comportamento rigorosamente natural, isto é, decorre de causas biológicas ou psíquicas e de circunstâncias pessoais ou sociais.

Dada a frequência com que se verifica hoje, já bastante reduzida a carga de preconceito, não se pode dizer que se trata de um fato raro. Pelo contrário, cada vez mais vem sendo alvo de uma afirmação social, existindo até um dia internacional do “orgulho gay”.

Não obstante isso, o comportamento tido como normal na nossa sociedade é o do homem que se relaciona com mulher e da mulher que se relaciona com o homem. Mas nunca se perquiriu se tais relacionamentos são ou não satisfatórios para todas as mulheres e para todos os homens.

O modelo tradicional apontava para as pessoas que tinham apenas insatisfações ou frustrações nos relacionamentos afetivos heterossexuais, como a única saída socialmente aceita o celibato. E a solidão era a penitência imposta para quem não teve culpa de ser diferente, por não se adequar ao modelo imposto pela sociedade e que, talvez, soube responder aos apelos que a natureza lhe impôs.

Hoje, porém, afigura-se intolerável obscurantismo persistir em qualquer prática discriminatória. Aproximando-se os influxos da nova era, que se iniciou neste século XXI, é preciso reconhecer como um fato social a homossexualidade e que, portanto, não merece e não pode ser alvo de discriminação.

Com essa visão, tenho que as questões acerca da dissolução de sociedades de fato envolvendo relações homossexuais devem, efetivamente, ser tratadas no âmbito de Varas especializadas em Direito de Família. Mas, convém deixar bem claro, não vejo como deferir um tratamento paralelo ao casamento ou à união estável. O exame de tais questões, dentro do Direito de Família, situa-se no âmbito do direito assistencial. Ou seja, localiza-se fora do direito matrimonial ou do direito parental, não sendo possível erigir tal relacionamento ao patamar de uma entidade familiar, tendo conteúdo meramente obrigacional. Situa-se tal questão dentro do direito assistencial pois não se trata de uma mera questão patrimonial, já que a relação tem o componente da intimidade e da afetividade, o que reclama a aplicação de princípios peculiares ao Direito de Família, tal como ocorre, também, com a tutela, a curatela e a ausência.

E tal entendimento, afastando qualquer paralelo com o casamento ou a união estável, não decorre de qualquer preconceito, senão pela compreensão que tenho do que seja família, a partir da própria história da humanidade.

O que é família? Como se compreende o grupo familiar?

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 encarregaram de delinear e formatar esse ente social que é a base da estrutura de toda e qualquer sociedade organizada. CLÓVIS BEVILÁQUA, aliás, dizia, com propriedade, que a família é uma instituição natural, que a sociedade molda e aperfeiçoa.

Toda e qualquer noção de família passa, necessariamente, pela idéia de uma prole, e a partir dessa noção é que foi sendo estruturado esse grupamento social em todos os povos e em todas as épocas da história da humanidade.

Na linha de entendimento de BACHOFEN, e que foi desenvolvida por MORGAN e MC'LENNAN, partindo-se de um estado de promiscuidade absoluta, lá nos primórdios, encontrou-se o primeiro resquício de civilização quando a humanidade passou a perceber a necessidade de se definir a filiação, até pela higidez da prole. Então, a partir daí é que começou a primeira noção de família, com repúdio ao relacionamento incestuoso. E foi isso, precisamente, que fez com que a sociedade encontrasse a sua primeira forma, que foi o matriarcado, e que se manifestava ainda na poligamia, na modalidade de poliandria, que foi a primeira forma de família e tinha a mulher como o principal referencial familiar. E, daí, o matriarcado.

A evolução fez com que, também e pelos mesmos problemas relacionados com a prole, se fizesse necessário definir a paternidade. Foi a necessidade de se buscar a paternidade certa que fez com que o homem passasse a ser o centro da família. E aí, ainda com a poligamia, encontrou-se a poligenia, passando a ser abominado o relacionamento poliândrico. Na medida em que o homem subjugava a mulher, sendo ele o pai dos filhos das suas mulheres, passou a sociedade a ter, não apenas a maternidade certa, mas também a certeza da paternidade. Ou, talvez, uma suposta certeza, já que durante muito tempo sempre se disse que a maternidade era uma certeza e a paternidade uma hipótese...

E a sociedade evoluiu mais, até chegar à monogamia como ocorre no mundo moderno e, particularmente, no mundo ocidental. Mas, como se infere, sempre focalizando a estrutura de família: homem, mulher e prole.

Essa forma de estruturação familiar não decorreu, portanto de um mera invenção ou convenção, nem surgiu do dia para a noite. As regras sociais relativamente à família foram, são e certamente continuarão sendo alvo de constante elaboração e burilamento, acompanhando o próprio desenvolvimento social, cultural e econômico de cada povo.

As regras jurídicas que disciplinam as relações de família como tal estabelecidas no direito positivo, foram, outrora, meras normas de conduta social. E a razão de ser desse regramento, cada vez mais minucioso e abrangente, foi decorrência necessária da importância social do grupamento familiar.

A própria Igreja, que inspirou as relações de família no mundo ocidental, a partir de normas do Direito Canônico, estabeleceu até punições severas,

sempre buscando a monogamia, a fim de manter a ordem e a estabilidade dos organismos familiares, com vistas à definição de uma sociedade organizada. É que a família era, também para a Igreja, a célula básica.

Como se infere, as disposições religiosas, sociais e jurídicas acerca das relações de família tinham por finalidade tutelar esse grupamento social de tamanha significação para a própria vida em sociedade, constituindo um tecido capaz de estabelecer uma convivência cada vez melhor, mais civilizada e harmônica.

Então, vê-se que 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 encontrasse espaço para se desenvolver de forma natural e segura.

Essa, pois, é a noção do que é família, construída e reconstruída muitas vezes, em processos sociais lentos, durante a longa, tormentosa, conflituada e surpreendente caminhada do homem sobre a Terra, sempre em função de se estabelecer e manter a vida social, com vistas à edificação de um mundo melhor.

Hoje, pois, temos o império da família monogâmica, mas vista agora no limiar desse novo século até com certo desprezo, tantos são os apelos para a retomada da promiscuidade sexual.

Como já disse, a sociedade vive novos tempos, há uma maior abertura, há uma maior aceitação de comportamentos menos ortodoxos.

Os meios de comunicação transformaram o mundo numa aldeia global - pena que a expressão aldeia global não signifique um intercâmbio cultural, uma aproximação entre os povos baseada em valores espirituais e morais mais saudáveis, na medida em que o homem parece retornar àquele estágio inicial de promiscuidade, mais impelido pelos impulsos carnis do que afetivos. E a expressão aldeia parece que se amolda, pois os homens, por vezes, estabelecem comportamentos primitivos...

Isso permite que tenhamos uma visão mais ampla do que efetivamente está acontecendo no mundo, das crises de valor, de expectativas, de perspectivas e correspondentes frustrações pelas quais passa o homem nesse mundo competitivo onde o ter supera o ser, os bens materiais superam os espirituais, e o Direito não pode fechar os olhos para essa realidade circunstancial.

Fiz essas colocações para dizer que tenho a família como sendo um grupo afetivo de cooperação social acima de tudo, mas não consigo desvincular, ainda, a idéia de família da idéia de prole, não consigo desvincular a idéia de família como sendo aquele ambiente próprio para receber uma prole, natural ou adotiva e onde, em verdade, deve ser formado o novo cidadão. A família é isso, e, portanto, é muito mais do que uma mera relação de afeto.

Tenho que o legislador constituinte, quando cuidou de dar à união estável a feição de entidade familiar, ele não procurou proteger o amor nem os amantes, mas a família, vista como sendo a base do grupo social.

A família é muito mais do que a mera união de duas pessoas, ou, por absurdo que possa parecer, de três pessoas que pudessem se amar, porque não estamos falando apenas em pacto ou de relação amorosa. Nada tenho contra que duas, três ou, quem sabe, quatro pessoas optem por desenvolver

vida em comum, com ou sem o componente erótico-afetivo, e dessa forma somar esforços e dividir a solidão, morando juntas e liberando a sexualidade, numa explosão de emoções. Não pretendo fazer censura alguma, enquanto operador do direito. Mas não me parece que, **a priori**, seja este o ambiente ideal onde uma criança deve se desenvolver.

Não pode a família se apartar da estrutura formal concebida pelo legislador, 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.

E usei, 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, podendo manter-se como tal, caso tenhamos o homem ou a mulher separados e sua prole.

Fiz estas longas considerações para enfatizar que se está aqui a tratar de relações humanas, que o direito não pode desconhecer e urge, portanto, proceder sem discriminação, mas também sem violentar a própria estrutura do Direito de Família e sem modificar a natureza da relação havida, que não perde sua natureza obrigacional.

Cuida-se, pois, de uma relação de dois homens, um dos quais - o **de cujus** - teve uma filha adotiva e que, vale gizar, jamais reconheceu o autor como mãe... Não houve, a toda evidência, a constituição de uma família.

Evidente que o reconhecimento do fato natural do afeto ou até da tendência gregária própria do ser humano não pode ser ignorada, mas isso não agasalha o reconhecimento de tal relação como sendo uma relação tipicamente de família.

O direito pátrio concebe, por princípio, a família monogâmica, formada a partir da união de um homem e uma mulher, que sejam casados ou vivam como se casados fossem, ou, ainda, as famílias monoparentais, isto é o homem ou a mulher e a prole.

Tenho reservas com a apologia do novo e penso que o entusiasmo pela possibilidade de mudar estruturas pode conduzir a uma incontornável situação de insegurança jurídica. É perigoso romper com os liames que secularmente definiram a própria ordem jurídica no mundo civilizado.

Então, quero frisar, não se trata de uma posição preconceituosa dizer que a união de dois homens ou de duas mulheres não constitui núcleo familiar, como também não constitui núcleo familiar uma mera união (não estável, isto é, que não seja decorrente da convivência **more uxorio**) de um homem e uma mulher, pelo só fato de existir afeto.

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.

A família começa a partir do casamento, porque assim está estruturado o ordenamento jurídico, mas o legislador constituinte deu um passo fabuloso, terminando com aquela postura hipócrita que grassava antes, em que tínhamos famílias constituídas de maneira igual à do casamento e que eram discriminadas. O legislador constituinte reparou esse erro na Carta de 1988, em que trouxe para a proteção do Estado essas outras famílias, que apenas não haviam sido constituídas com a chancela estatal, bem como aquelas compostas por um genitor e a prole.

Não consigo vislumbrar, porém, um núcleo familiar na união de dois homens ou duas mulheres apenas pelo fato de existir afeto. Não é o afeto o fato jurígeno, o fato jurígeno é a constituição de uma família.

Afeto também existe entre amigos, com ou sem relacionamento sexual entre eles, e nem por isso vamos dizer que os amigos podem pedir alimentos uns para os outros, sendo que há amizades de 30, 40, 50 e até de 70 anos... Existem amigos que dividem apartamentos e que mantêm verdadeira sociedade de fato, sem que um ou outro sejam homossexuais. Ou, mesmo que mantenham vínculo sexual entre si, será que a homossexualidade por si deve gerar direitos? E, se for assim, não estarão sendo discriminados os não homossexuais?

Cuida-se aqui neste processo da dissolução da sociedade de fato decorrente de uma união homossexual da qual resultou aquisição de um patrimônio significativo. E a partilha justa e equilibrada dos bens, em tal hipótese se impõe, não por ser uma entidade familiar, mas porque repugna ao direito a idéia do enriquecimento sem causa, isto é, o enriquecimento de um em detrimento do direito de outro.

E, mais ainda, cumpre considerar que, no caso **sub judice**, era o autor quem trabalhava, pelo que se colhe com segurança da prova coligida, e foi ele quem produziu o capital necessário para a aquisição dos bens, cuja partilha está a reclamar.

Como a capacidade intelectual do autor é bastante reduzida, sendo analfabeto, dedicando-se apenas às atividades de religião, da qual obtinha significativo proveito econômico, o seu parceiro, ora falecido, que não desenvolvia atividade remunerada alguma e, por ter maior cultura, administrava todos os seus ganhos, adquirindo bens e colocando-os no seu próprio nome, já que era absoluta a relação de confiança entre o par.

Com a morte, ficou o autor privado de todo o seu patrimônio, ensejando uma situação de flagrante injustiça, sendo inequívoca a necessidade de ser estabelecida a partilha dos bens.

A prova coligida ao longo da instrução revela, com clareza, que todo o patrimônio foi adquirido com o produto do trabalho exclusivo do autor, limitando-se o **de cujus** a administrar os recursos econômicos do par. Tenho que, dessa forma, promovendo aquisição dos bens e auxiliando o autor a mantê-los, o **de cujus** concorreu para a constituição de uma sociedade de fato.

De qualquer sorte, não vejo como estabelecer uma partilha igualitária, como propõe o eminente Relator, já que flagrantemente desigual o concurso de cada um para a construção do patrimônio, não tendo o **de cujus** contribuído economicamente para a aquisição dos bens. Justifica-se, então, o acolhimento de forma plena da pretensão deduzida na exordial, como decidiu a douta sentença hostilizada. É que a lei veda o julgamento **ultra petita** e, mais do que

isso, não se pode negar também o significado econômico da administração dos recursos feita pelo falecido H.O.

Nesse passo, rogo vênia, ao eminente Relator, mas não vejo como estabelecer analogia entre a união homossexual e um casamento, de forma a aplicar o regime legal de bens do matrimônio para reger os efeitos patrimoniais de tal relacionamento. Entendo que tem aplicação, sim, 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”. Essa partilha deve ser proporcional ao esforço de cada pessoa, já que, não sendo assim, se estará propiciando enriquecimento sem causa.

Como foi o autor quem concorreu com a parte mais significativa para o amealhar dos bens, cabe a ele, por óbvio, o recebimento da maior porção, merecendo acolhida o pedido que busca a divisão proporcional do patrimônio, reclamando para si 75% dos bens. Mesmo que tenha sido provado que foi ele apenas quem concorreu economicamente para a aquisição da totalidade dos bens, não pode ser desprezado o auxílio do **de cujus**, afigurando-se razoável a definição para ele do percentual de 25%.

Com essa mesma linha de entendimento, destaco a lição oportuna e erudita do eminente civilista pátrio SÍLVIO DE SALVO VENOSA (in “Direito Civil – Direito de Família”, Ed. Atlas, 2.000, pág. 49/50) 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 receberá 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**:

*“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).

Por tais razões, rogando vênias pelas longas considerações que fiz, ousou divergir do douto voto do eminente Relator para negar provimento ao recurso, mantendo na íntegra a doutra sentença hostilizada.

#### **DESA. MARIA BERENICE DIAS –**

Não tenho como me afastar do lúcido, pioneiro e corajoso voto do eminente Relator, que, com a sensibilidade e perspicácia que tanto o distingue entre seus pares, mais uma vez revela sua profunda consciência na busca da verdade e da justiça. Preciso confessar que tenho a posição do ilustre colega como um dos primeiros frutos colhidos das muitas sementes que venho plantando ao longo de minha vida profissional.

Por ter sentido na carne - ao ingressar no reduto até então exclusivamente masculino da magistratura - a difícil posição de quem é excluído e discriminado pelo só fato de não ser igual aos demais, acabei empunhando a luta pela igualdade. Por isso, liguei-me ao movimento feminista, criei serviços em prol da mulher, editei um jornal, escrevi artigos, proferi palestras por este Brasil afora.

Despertou minha atenção o descaso da sociedade, do Estado e da própria Justiça para com todas as questões femininas, principalmente no que diz com o crime mais praticado em todo o mundo, que é a violência doméstica. Ao buscar entender o mecanismo que rege as relações interpessoais, acabei, ao natural, embrenhando no Direito de Família e passei a visualizar a necessidade de se mudar, não só no meio social, mas principalmente no âmbito jurídico, o conceito de família. Nessa incessante busca, fui uma das idealizadoras e fundadoras do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFam, do qual tenho a honra de ser Vice-Presidente nacional. Foi, ao certo, a reunião de todos aqueles que se devotavam a esse ramo do Direito e se revoltavam com o pouco prestígio de que gozava no mundo jurídico que levou ao nascimento de um novo conceito de família, desatrelado da definição legal, desvincilhado dos laços do casamento e enlaçado tão-só no vínculo afetivo.

Foi seguindo essa trilha que acabei por envolver no conceito de família também as relações que prefiro nominar de homoafetivas. Mais uma vez, pela minha verdadeira aversão ao preconceito, chocou-me constatar o rechaço que envolve tais vínculos e que os levavam à exclusão não só familiar, social, legal, mas à pior das marginalizações, que é a exclusão perpetrada pela Justiça ao infringir o mais sagrado princípio insculpido na Constituição Federal, como marco maior de nosso estado democrático de direito, que é o respeito à dignidade humana.

Daí a razão de escrever o livro, tão repetidamente referido pelo ilustre Relator, o que recebo como uma verdadeira lisonja.

Tenho, de outro lado, que não poderia ser outra a posição desta Corte, que goza de uma invejável e destacada posição no panorama nacional. Reconhecida como uma Justiça vanguardista, arrojada e desbravadora, o pioneirismo ao certo é a nossa marca.

Ora, se foi daqui a primeira decisão que emprestou efeitos jurídicos às relações extramatrimoniais e que levou à sua inclusão na órbita constitucional, se foi a nossa Justiça que de forma inédita reconheceu como entidade familiar as relações homossexuais, definindo a competência das Varas de Família para o julgamento de tais uniões, e também é gaúcha - ainda que da órbita da Justiça Federal - a decisão que conferiu direitos previdenciários aos parceiros do mesmo sexo, ao certo essa desbravadora trajetória só poderia culminar com a manifestação do ilustre Relator.

Mister que seja consignado o pioneirismo de tal decisão, pois, pela vez primeira, a Justiça retirou a venda dos olhos e viu essas relações como vínculos afetivos a serem inseridos e tratados no âmbito do Direito de Família. Certamente era chegada a hora de abandonar o medo de ver a realidade. No dilema entre praticar uma injustiça e afrontar tabus e preconceitos, vinha o Judiciário, de forma cômoda, buscando subterfúgios no campo do Direito Obrigacional para reconhecer como sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. Relegar tais questões ao âmbito obrigacional gerava, no mínimo, um paradoxo, pois acabavam os juizes aplicadores do Direito de Família se socorrendo de ramo do Direito para cujo julgamento não detêm competência.

Assim, e reservando-me a faculdade de nada mais dizer além do que já clara e lucidamente referiu o ilustre Relator, quero parabenizá-lo por ter dado um seguro e irreversível passo para resgatar o conceito de que a Justiça tem a consciência de sua missão de inserir todos os cidadãos no estado democrático de direito em que vivemos.

Acompanho o eminente Relator.

**DESA. MARIA BERENICE DIAS – PRESIDENTA** – Apelação Cível nº 70001388982, de Porto Alegre:

**“POR MAIORIA, PROVERAM, EM PARTE, O APELO, VENCIDO O EMINENTE DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, QUE LHE NEGAVA PROVIMENTO.”**

Decisor(a) de 1º Grau: Tasso Caubi Soares Delabary.