



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência.

Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão.

Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial.

Apelações desprovidas.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70005488812

S.T..

D.A.P..

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

PORTO ALEGRE

APELANTE/APELADA

APELANTE/APELADA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, desprover ambos os apelos.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores Maria Berenice Dias, Presidenta, e Luiz Felipe Brasil Santos.

Porto Alegre, 25 de junho de 2003.

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS (RELATOR) –

Cuida-se de recursos de apelação interpostos por ST e DAP, eis que inconformadas com a sentença que julgou parcialmente procedente as ações de arrolamento de bens e declaratória de existência de sociedade de fato, propostas pela primeira contra a segunda, reconhecendo a convivência havida entre elas, no período compreendido entre janeiro de 1997 e agosto de 2001, e determinando a partição igualitária dos bens angariados ao longo da relação (fls. 340-343).



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

DO APELO DE DAP

DAP inconforma-se com a partição do cabedal. Alega ter havido sub-rogação de um automóvel Gol, ano 1992, que possuía quando do início da convivência. Narra que tal veículo entrou na negociação do Kadett, ano 1995, modelo 1996, adquirido via consórcio. Entende que os bens adquiridos anteriormente à união não se comunicam, não podendo compor o rateio. Refere que o Escort Guarujá, ano 1992, foi adquirido por ela, apelante, com parte do valor do Seguro e o restante mediante financiamento. Menciona não ter ficado comprovada a fonte de renda da recorrida, enquanto a recorrente demonstrou ter situação financeira modesta, mas estável. De outra monta, relata que a meação pretendida pela apelada é de R\$ 11.560, ou seja: mais do que o décuplo do maior salário mínimo vigente no país. Sustenta, com escopo no artigo 401 do Código de Processo Civil, a necessidade da prova documental. Por fim, assevera que o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios lhe causarão sérios prejuízos, vez que sofre de depressão e necessita medicamentos. Junta documentos. Postula o benefício da assistência judiciária gratuita, ou a redução dos ônus sucumbenciais, e a reforma da sentença (fls. 345-357).

Em contra-razões, ST diz ser descabida a juntada de novos documentos em fase recursal. Entende duvidosa a procedência de tais provas e atenta para o fato de não pertencerem ao tempo em que as partes conviveram. Menciona que a demandada sempre omitiu sua realidade financeira. Afirma que embora a apelante tivesse emprego e salário fixos, não conseguia prover suas necessidades, eis que jogadora compulsiva de bingos. Comenta, nesse passo, que sua família tem posses, eis que detentores de empresa do ramo de transporte, possuidores de caminhões de carga e ônibus de excursão, *“além de ser autônoma, na compra e venda de veículos junto com seus irmãos, trabalhando também no ramo de criação e venda de animais*



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

de raça e outras atividades no ramo de vendas”. Narra que só quer o que é seu de direito, conseguido com o seu esforço e trabalho, bem como os bens adquiridos antes da união. Expõe que o bem que a apelante indica em seu recurso não mais existia quando do início do relacionamento. Por fim, relativamente à condenação às custas e honorários advocatícios, alega ser justa e correta a verba fixada pelo magistrado. Pugna pelo improvimento do recurso (fls. 366-370).

DO APELO DE ST

A insubordinação de ST diz com o indeferimento dos demais pedidos deduzidos na peça inicial. Refere ter comprovado, ao longo da lide, a relação afetiva das partes, enquanto a apelada negou a convivência de ambas, no intuito de tumultuar o feito e confundir o magistrado. Entende que a sentença reconheceu a necessidade da demanda cautelar, não havendo obstáculos ou impedimentos para que ela tome posse dos bens arrolados. Narra que todos os bens descritos na inicial foram adquiridos com o esforço comum e devem ser partilhados. A insurreta inconforma-se, ainda, com a compensação dos honorários advocatícios, embora não impugne o valor fixado na decisão. Sustenta ter demonstrado e comprovado suas pretensões, tendo sido reconhecida a sua meação. Pretende a reforma da sentença para ver julgada integralmente procedente a demanda e condenada a apelada aos ônus sucumbenciais, especialmente no que tange à verba honorária, que assevera deveria ter sido fixada somente em seu favor (fls. 359-364).

DAP, devidamente intimada (fls. 365), deixou transcorrer *“in albis”* o prazo para oferecer contra-razões (fl. 371).



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

A digna agente ministerial de primeiro grau deixa de exarar parecer de mérito por entender exauridas as suas atribuições (fls. 372-373).

Nesta instância, o Ministério Público opina pelo conhecimento e improvimento de ambos os apelos (fls. 375-381).

Vieram-me os autos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS (RELATOR) –

Cuida-se de recursos interpostos contra a decisão ditada em ação de dissolução de união estável, demanda antecedida por cautelar de arrolamento de bens, onde se discute, incidentalmente, a natureza do relacionamento e, como consequência, a partilha de bens.

As partes conviveram desde 24.01.97, pouco depois de se conhecerem num bar homossexual (depoimento da autora, fls. 75-81), daí passando a morar juntas em apartamento alugado pela demandada, até 17.08.01, quando ocorreu a ruptura do relacionamento.

Foram, assim, quase cinco anos de convivência contínua, notória, com interesses e objetivos comuns, como uma família.

A autora cuidava de cães, trabalhando ainda com a venda de queijos e roupas, enquanto a requerida era auxiliar de enfermagem do HPS, sublinhando esta que o convívio era apenas comercial, situando a vida conjunta como uma sociedade de fato com objetivo mercantil, atuando no ramo



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

de compra e venda de animais caninos, sendo a sede do negócio o apartamento onde residiam.

Incontrastável, apesar da negativa da segunda apelante, que o relacionamento entretido era homossexual, tanto que ela antes morara com S. O. (depoimento pessoal, fl. 86), e depois do dissídio com a primeira recorrente, substituiu-a por L. M. W. de A. no plano de pecúlio opcional junto ao Montepio dos Funcionários do Município de Porto Alegre (documento, fl. 141), sem que qualquer testemunha indagada tivesse referido algum namoro da demandada.

Anote-se que se atrapalhou ao ser indagada sobre seus namoros ou preferência sexual, parecendo que desejava omitir a verdade (depoimento pessoal, fl. 82-86).

Aliás, como precisamente afirma a douta sentença, o fato de residirem juntas não ocorreu apenas para a atividade de compra e venda de cachorros (depoimento pessoal, fl. 82), pois para tanto não necessitava de habitação comum, principalmente em apartamento, local pouco próprio para manter animais de negócio ou só para a permanência de pessoas por *estrita amizade* (depoimento, fl. 85).

Tampouco sócias comerciais costumam ser designadas como beneficiárias de pecúlio, como assevera o Ministério Público (fl. 337).

As partes, como consta, trocaram alianças e as usavam (fotografia, fl. 135, e envelope conservado em cartório, fl. 169).

A testemunha L. confirma a coabitação, que se mandavam flores em ocasiões especiais, iam ao comércio dele juntas, e que tinham um relacionamento (fl. 87); Sandro alude que ambas foram em sua loja onde escolheram e compraram estofados, entregues onde se domiciliavam (fl. 89).



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

Já L. A., colega da demandada, embora afirme que o relacionamento entre as partes era o normal entre pessoas que morem juntas, registra haver desconfiança sobre a natureza da vida por elas entretida (fl. 99).

Ao narrar fretamento de um ônibus que pertencia à autora e sua mãe, M. Z. ao noticiar pagamento por determinado cheque, refere problema na hora do depósito da cártula, pois *parece que a mulher dela* teria creditado na própria conta e não na da primeira apelante (fl. 123).

Por derradeiro, N. A. reitera que S. lhe contou que tinha relação amorosa com D., com quem vivia, e que tal união era homossexual (fl. 130).

Acrescente-se a prova fotográfica expressiva (fls. 11-14 da ação cautelar; fls.135-144 e 171-172 da ação de dissolução), os registros policiais (fls. 9 e 15), os negócios em comum (fls. 24-33), a ação de reparação de danos que ajuizaram (fls. 33-53), a reclamação junto ao hospital (fl. 79), etc..

Uma das fotos mostra a cama comum, onde foram focalizadas ora uma, ora outra parte (fls. 137 e 171), encimada por expressiva reprodução.

Tenho por inequívoca a união estável.

Esta Câmara, em julgamento pioneiro no país, e onde fui relator, consagrou a relação homoerótica como uma entidade familiar (APC 70001388982, julgado em 14.03.01), decisão assim ementada:

**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.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

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.

Em demanda similar, o entendimento restou repristinado majoritariamente pelo egrégio Quarto Grupo Cível deste Tribunal (E.I. 70003967676), de onde peço vênia para transcrever parte da motivação que ali sustentei:

“Costuma-se objetar, e aqui o disse a douta maioria da Câmara, que a relação homoerótica não se constitui em espécie de união estável, pois a regra constitucional e as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 exigem a diversidade de sexos.

Neste sentido, argumenta-se que a relação sexual entre duas pessoas capazes do mesmo sexo é um irrelevante jurídico, pois a relação homossexual voluntária, em si, não interessa ao Direito, em linha de princípio, já que a opção e a prática são aspectos do exercício do direito à intimidade, garantia constitucional de todo o indivíduo (art. 5º, X), escolha que não deve gerar qualquer discriminação, em vista do preceito da isonomia.

Em contrário à tese que vai se esposar, se diz que, todavia, por mais estável que seja a união sexual entre pessoas do mesmo sexo, que



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

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 futuros cidadãos.

É que a união entre um homem e uma mulher pode, em potência, ser uma família, porque o homem assume o papel de pai e a mulher de mãe, em face dos filhos; e dois parceiros do mesmo sexo, homens ou mulheres, jamais conjugam a paternidade e a maternidade em sua complexidade psicológica que os papéis exigem.

Como argumento secundário 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 e, depois, porque as uniões estáveis previstas na Lei Fundamental como entidades familiares são necessariamente formadas por um casal heterossexual (CF, art. 226, par. 3º).

Nem porque a Constituição o diga, mas porque a concepção antropológica de família supõe as figuras de pai e de mãe, o que as uniões homossexuais não conseguem imitar.

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

Não vinga o argumento de que nestas 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



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

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 família¹.

Não é a posição que adoto.

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 efeitos e natureza dela.

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, o que acontece não apenas com a homo e heterossexualidade, mas para qualquer comportamento sexual anormal, como se isto pudesse ser controlado e colocado dentro de um padrão normal².

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 quando se negam às pessoas ou situações as portas de entrada da moldura das titularidades de direitos e deveres.

¹ Czajkowski, Rainer. “*Reflexos jurídicos das uniões homossexuais*”. Jurisprudência brasileira, Editora Juruá, Curitiba, 1995, p.97/107.

² Pereira, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 43.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

*Tal negativa, emergente de força preconceituosa dos valores culturais dominantes em cada época, alicerçam-se em juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado, mas este medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos que emanam das parcerias de convívio e afeto*³.

2. 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

São numerosos os países que já tem legislação que assegura direitos aos casais homoeróticos como a Inglaterra, o Canadá, Dinamarca, Suécia, Noruega, Islândia, Hungria, Estados Unidos, França, Israel, Argentina, entre outros.

3. A Constituição erigiu, como entidades familiares, as formadas pelo casamento, pela união estável e pelos grupos monoparentais.

A experiência destes dias revela a existência de numerosas unidades de vivência, além das entidades familiares constitucionais, como os pares relacionados pelo casamento, pela união estável ou comunidades monoparentais, com filhos biológicos ou filhos adotivos. Anotam-se, assim, a união de parentes e pessoas que convivem em dependência afetiva, sem pai ou mãe que os chefiem, como um grupo de irmãos, após o falecimento ou abandono dos pais; pessoas não aparentadas, que vivem em caráter permanente. Com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica, as uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; o grupo formado

³ Fachin, Luiz Edson. “Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo”. A nova família: problemas e perspectivas. Rio: Editora Renovar, 1997, p.114, *passim*.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

por “filhos de criação”, segundo a tradição pátria, sem vínculo de filiação ou adoção.

Acrescentem-se as famílias formadas por mães com filhos de diversos pais, ou constituídas por “genitores convencionais”, que reúnem crianças sem pais ou, ainda, de amigos aposentados que habitam pensionatos para prover suas necessidades.

E, por óbvio, também as uniões homossexuais⁴.

O Superior Tribunal de Justiça, em sucessivas decisões, ao examinar controvérsias que dizem com a proteção do “bem de família”, e instigado a definir o sentido da locução “entidade familiar” estatuída na Lei 8.009/90, ao garantir a tutela e a dignidade da pessoa humana, o último princípio vetor dos fundamentos constitucionais, considera assim os irmãos solteiros, que vivem apartamento (Resp. 159851 – São Paulo, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado, DJU 22.06.98), o solteiro celibatário, viúvo sem descendentes, desquitado, divorciado (Resp. 57606-MG, Sexta Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, DJU 10.05.99), a viúva e sua filha (EDREsp. 276004-SP, Terceira Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 27.08.01); no mesmo sentido, (Resp. 253854-SP, ainda a mesma Turma e relator, DJU 06.11.00), o separado que viva sozinho (Resp. 205170-SP, Quinta Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 07.02.00), mãe e filhas menores (Resp. 57606-SP, Quarta Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 02.04.01), devedor e sua esposa (Resp. 345933-RS, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 29.04.02), cônjuge separado (Resp. 218377- ES, Quarta Turma, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 11.09.00).

Aquele colegiado chega a considerar como “entidades familiares simultâneas”, para efeito de pagamento de seguro de vida, a situação de um



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

homem que se mantenha ligado à família legítima e à relação concubinária, com prole em ambas (Resp. 100.888-BA, Quarta Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 12.03.01).

As entidades familiares referidas na Constituição não encerram uma relação hermética, fechada ou clausulada e nela se podem incluir outras que preencham determinados requisitos.

Por outro lado, não há supremacia do casamento sobre a união estável, como poderia induzir o parágrafo 3º do artigo 226, da Carta Federal, eis que tal relação não é uma “menos valia”, apenas por almejar transformar-se em casamento, mas um incentivo aos conviventes que desejam casar-se, sem maiores formalidades, prerrogativa que alguns doutrinadores censuram no novo Código Civil, ao ordenar que a intenção seja submetida ao Poder Judiciário, o que, vestido de inconstitucionalidade, representaria fator de complicação e demora.

Tampouco há, nem deve haver, qualquer hierarquia entre as entidades familiares, nem qualquer tipo de preferência por alguma delas, sob pena de se criar odiosa distinção em nenhum momento autorizada pelo constituinte. O fato do dispositivo relacionado com a união estável orientar o legislador no sentido de facilitar a conversão do companheirismo em casamento, não tem o condão, por alguns buscado, de revelar a primazia do casamento. Ao contrário, indica que se cuida de regime diferenciado, facultando-se aos que vivem em união estável passar ao sistema matrimonial⁴.

A isonomia entre as entidades deriva, precipuamente, do reflexo do princípio da isonomia prescrito na Constituição.

⁴ Paulo Luiz Netto Lobo. *A personalidade das relações de família*. In: O Direito de Família e a Constituição de 1988, coord. Carlos Alberto Bittar, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-81; Orlando Gomes. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984, p. 66.

⁵ Heloisa Helena Barboza. *O Direito de Família no projeto de Código Civil: considerações sobre o “direito pessoal”*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 2002, nº 11, p.21.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

Sublinhe-se que o constituinte, ao tratar de família, omitiu a locução “constituída pelo casamento”, então presente na Carta de 1969 (art. 175), sem fazer qualquer substituição. Deste modo, a família ou qualquer família, foi posta sob tutela constitucional, desaparecendo a cláusula de exclusão, pois a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos⁶.

O objeto de norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram, já que antes, a proteção se voltava para a paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento com um bem em si mesmo.

Destarte, o caput do art. 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo lícito excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e notoriedade, sendo as famílias ali arroladas meramente exemplificativas, embora as mais comuns.

As demais comunidades se acham implícitas, pois se cuida de conceito constitucional amplo e indeterminado, a que a experiência de vida há de concretizar, conduzindo à tipicidade aberta, adaptável, dúctil⁷, interpretação que se reforça quando o preceito constitucional usa o termo “também”, contido no artigo 226, 4º, que significa “da mesma forma”, “outrossim”, exprimindo-se uma idéia de inclusão destas unidades, sem afastar-se outras não previstas.

Assim, pode-se concluir que, mesmo sem lei que as regule, as uniões homoeróticas são reconhecidas pela Constituição como verdadeiras entidades familiares, para alguns como entidades distintas, em vista de sua natureza e para outros, onde ainda me filio como verdadeiras uniões estáveis.

4. Afastada a possibilidade de emoldurar a união homoerótica como forma de casamento, o que não acha respaldo na doutrina e nos

⁶ Paulo Luiz Netto Lobo. *Entidades familiares constitucionais: para além do numerus clausus*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 2002, nº 12, p.44-45.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

repertórios dos tribunais, toca examiná-la como uma forma de comunidade familiar, aparentada com a união estável, o que, como sublinhado, encontra reação pela antinomia com a regra constitucional vigente (CF, art. 226, par.3º).

Não se desconhece a posição que sustenta a inconstitucionalidade da regra constitucional invocada, por violar os princípios da dignidade humana e da igualdade ao discriminar o conceito de homossexualidade, o que cede, no entanto, à 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 ⁸, além de afrontar o princípio da unidade constitucional.

Todavia, a leitura do dispositivo deve mirar o espelho desse princípio, extraíndo dele as seqüelas que acabem por abonar a intenção deste trabalho.

A Constituição é a norma fundamental que dá unidade e coerência à ordem jurídica, necessitando ela mesma ter as mesmas características, com a superação de contradições, não através de uma lógica de exclusão de uma parte a favor da outra, mas de uma lógica dialética de síntese, através de uma solução de compromisso.

Daí que a interpretação constitucional deve garantir uma visão unitária e coerente do Estatuto Supremo e de toda a ordem jurídica ⁹.

Isso significa que o Direito Constitucional deve ser interpretado evitando-se contradições entre suas normas, sendo insustentável uma dualidade de constituições, cabendo ao intérprete procurar recíprocas

⁷ Lobo, Paulo Luiz Netto. Cit. P. 44-45.

⁸ STF, ADIn nº 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU 10.05.96.

⁹ Magalhães Filho, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2001, p.79.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

implicações, tanto de preceitos como de princípios, até chegar a uma vontade unitária da grundnorm.

Como consequência deste princípio, as normas constitucionais devem sempre ser consideradas como coesas e mutuamente imbricadas, não se podendo jamais tomar determinada regra isoladamente, pois a Constituição é o documento supremo de uma nação, estando as normas em igualdade de condições, nenhuma podendo se sobrepor à outra, para afastar seu cumprimento, onde cada norma subsume-se e complementa-se com princípios constitucionais, neles procurando encontrar seu perfil último ¹⁰.

O princípio da unidade da ordem jurídica considera a Constituição como o contexto superior das demais normas, devendo as leis e normas secundárias serem interpretadas em consonância com ela, configurando a perspectiva uma subdivisão da chamada interpretação sistemática ¹¹.

Como corolários desta unidade interna, mas também axiológica, a Constituição é uma integração dos diversos valores aspirados pelos diferentes segmentos da sociedade, através de uma fórmula político-ideológica de caráter democrático, devendo a interpretação ser aquela que mais contribua para a integração social (princípio do efeito integrador), como ainda que lhe confira maior eficácia, para prática e acatamento social (princípio da máxima efetividade).

Ou seja, a interpretação da Constituição deve atualizá-la com a vivência dos valores de parte da comunidade, de modo que os preceitos constitucionais obriguem as consciências (princípio da força normativa da Constituição) ¹².

¹⁰ Bastos, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo : Celso Bastos Editor, 1999, p. 102/104.

¹¹ Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 223.

¹² Magalhães Filho, ob.cit. p.79/80.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

A respeito, é preciso lembrar, como Hesse, que a Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser, significando mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas, mas graças à pretensão de eficácia, ela procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente, mostrando-se eficaz e adquirindo poder e prestígio se for determinado pelo princípio da necessidade, assentando-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita seu desenvolvimento e sua ordenação objetiva, convertendo-se a Constituição, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações de vida.

Desta forma, quanto mais o conteúdo de uma Constituição corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa ¹³.

Arremata o mestre de Freiburg, que a interpretação da Constituição está submetida ao princípio da ótima concretização da norma, postulado que não deve ser aplicado apenas com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual, mas há de contemplar os fatos concretos da vida, relacionando-os com as proposições normativas da Constituição.

Desta forma, a interpretação adequada é a que consegue concretizar, de forma excelente o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

¹³ Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 18, *passim*.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

Ou seja, uma mudança das relações fáticas pode e deve provocar mudanças na interpretação da Constituição.

Em síntese, pode-se afirmar que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, não podendo separar-se da verdade concreta de seu tempo, operando-se sua eficácia somente tendo em conta dita realidade.

A Carta não expressa apenas um dado momento, mas, ao contrário, conforma e ordena a situação política e social, despertando a força que reside na natureza das coisas, convertendo-se ela mesma em força ativa que influi e determina dita realidade, e que será tanto mais efetiva quando mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição ¹⁴.

A norma constitucional é uma petição de princípios e daí a possibilidade de sua atualização, cumprindo a interpretação, então mero pressuposto de aplicação de um texto, importante elemento de constante renovação da ordem jurídica, atenta às mudanças acontecidas na sociedade, tanto no sentido do desenvolvimento como ainda quanto à existência de novas ideologias ¹⁵.

Quanto ao homoerotismo, recorde-se que os temas da sexualidade são envoltos em uma aura de silêncio, despertando sempre enorme curiosidade e profundas inquietações, com 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.

¹⁴ Hesse, *ob.cit.* p. 22/24.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

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

Subtrair direitos de alguns e gerar o enriquecimento injustificado de outros afronta o mais sagrado princípio constitucional, o da dignidade, e se a palavra de ordem é a cidadania e a inclusão dos excluídos, uma sociedade que se deseja aberta, justa, pluralista, solidária, fraterna e democrática não pode conviver com tal discriminação ¹⁶.

Alinhadas tais premissas, de que as relações homoeróticas constituem realidade notória, a que o Direito deve atenção, e de que a interpretação da Constituição deva ser ativa, relevando a vida concreta e atual, sem perder de vista a unidade e eficácia das normas constitucionais, é que se pode ler a regra constitucional que trata da família, do casamento, da união estável e das uniões monoparentais, cuidando de sua vinculação com as uniões homossexuais.

Sublinhe-se que a Constituição, contendo princípios gerais, dotados de alto grau de abstratividade, enunciados em linguagem vaga, mantém aberta ao tempo e sob o compromisso da mudança democrática de sentido.

Um princípio não é aplicado a uma situação de fato isoladamente, mas, sim, em conjunto com outros, através de uma ponderação, em que o

¹⁵ Bastos, *ob.cit.* p. 54.

¹⁶ Dias, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a justiça*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 17/21.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

predomínio de um ou outro dependerá das exigências do caso concreto, o que ordena uma harmonização prática.

Desta forma, o sentido de uma norma principiológica se completa na situação fática, oportunidade em que afloram os valores da comunidade, num ir e vir dialético entre o sentido lingüístico e a realidade concreta, atualizando a norma em face das novas exigências sociais.

Essa visão autopoética, que aceita a influência indireta da sociedade sobre o Direito num sistema de fechamento auto-referencial, sinaliza que a Constituição é um sistema aberto, trazendo um roteiro para as decisões, mas não um sistema cerrado de soluções, o que possibilita maior liberdade criadora do intérprete, o que não apenas extrai o sentido da norma, mas o perfaz no caso concreto ¹⁷.

O que corresponde a reputar o Direito, enquanto sistema aberto de normas, a uma incompletude completável, já que ele mesmo trás soluções para os casos que eventualmente deixa de regular ¹⁸.

A Constituição afirma que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e dispõe sobre a forma e gratuidade do casamento, os efeitos do casamento religioso, para depois reconhecer a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, ainda assim tida a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, e parágrafos).

Ora, desde logo se impõe aceitar que o constituinte quis apontar a existência de mais de uma entidade familiar, não depositando apenas na união matrimonializada e heterossexual a vassalagem de comunidade familiar, já que assim ainda admite a união estável e a família monoparental.

¹⁷ Magalhães Filho, *ob.cit.* p.73/76.

¹⁸ Bastos, *ob.cit.* p. 56.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

Portanto, tendo prescrito que o casamento e a união estável seriam constituídos por homem e mulher, deixou antever que a entidade familiar ainda podia ser formada por um homem (ou mulher) e seus descendentes, o que impele concluir que o texto não é taxativo ao conceituar como entidade familiar apenas os que descreve.

A Constituição não só possibilita, como requer que o legislador e o juiz no procedimento hermenêutico resultante da interação entre o programa da norma (texto) e seu âmbito (realidade) concretize o direito vigente, de molde a considerar os princípios democráticos e a inegável pluralidade de formas de vida amorosa, abrindo espaço para caracterização das uniões homossexuais como comunidades familiares, que não se caracterizam pelo vínculo matrimonial ¹⁹.

Na ausência da proibição expressa ou de previsão positiva, postula-se a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, segundo o qual uma interpretação adequada do texto exige a consideração das demais normas, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias, pois sob o ponto do direito de família, a norma do parágrafo 3º, do artigo 226, da CF/88 não exclui a união estável entre os homossexuais.

5. 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

¹⁹ Rios, ob. cit. p. 134.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

*personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária*²⁰.

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

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

Reputa-se que o princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado apriorístico, preexistente a toda experiência, verdadeiro fundamento da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais; 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 a concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade.

²⁰ Fachin, cit. p. 114.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

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

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

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

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

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

²¹ Silva, José Afonso. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. Revista de



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

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

A contribuição da Igreja na afirmação da dignidade da pessoa humana como princípio elementar sobre os fundamentos do ordenamento constitucional brasileiro, antes da Assembléia Constituinte, se efetivou em declaração denominada Por uma Nova Ordem Constitucional, onde os cristãos foram instados a acompanhar e posicionarem-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*²³.

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

Direito Administrativo, nº 212/91-93.

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

²³ Alves, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio: Editora Renovar, 2001, p. 157/159.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

Daí segue 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 distinções²⁴.

No exame do conteúdo do princípio da dignidade humana no que respeita à orientação sexual, aqui entendida como a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade), evidencia-se sua pertinência no âmbito da proteção daquele postulado constitucional.

Com efeito, na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma dimensão fundamental em sua subjetividade, alicerce indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade.

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, 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.

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo de alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao seu humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, em que aquela se inclui.

Nesta linha, pode-se afirmar que, assim como nas uniões heterossexuais, o estabelecimento de relações homossexuais fundadas no

²⁴ Nobre Júnior, Edilson Pereira. “O direito brasileiro e o princípio da dignidade humana”. Revista dos



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

*afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, sem qualquer prejuízo a terceiros, diz com a proteção da dignidade humana*²⁵.

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

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

*Diante destes elementos, conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, fortalecendo estigmas sociais e espezinhando um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito*²⁶.

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

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

Tribunais, nº 777/ p. 475.

²⁵ Rios, *A Homossexualidade..*, cit. p. 89, *passim*.

²⁶ Rios, Roger Raupp. *Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo*. Trabalho de pós-graduação, inédito.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

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 eqüivalentes²⁷.

A concretização da igualdade em matéria de sexo, 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 por a conduta sexual de outrem, valoriza a direção do desejo, isto é, o sexo da pessoa com que o sujeito deseja se relacionar ou efetivamente se relaciona, mas esta definição (da direção desejada, de qual seja a orientação sexual do sujeito, isto é, pessoa do mesmo sexo ou de sexo oposto) resulta tão só da combinação dos sexos de duas pessoas.

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

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

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

Não se diga, outrossim, que inexistente discriminação sexual porque prevalece tratamento igualitário para homens e mulheres diante de idêntica

²⁷ Mello, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico da igualdade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 9/10.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

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, 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*²⁸.

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.

²⁸ Rios, Roger Raupp. “Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade”. Brasília. Conselho da Justiça Federal, Revista do Centro de Estudos Judiciários Brasileiros, v. 6, 1998, p. 29/30.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

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 sexual²⁹.

7. Ainda a utilizar-se o processo analógico.

A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante, devendo os fatos semelhantes ser regulados de modo idêntico.

Funda-se a analogia em princípio de verdadeira justiça, de igualdade jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes.

Assim, pressupõe: a) uma hipótese não prevista; b) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; c) e tal elemento não pode ser qualquer e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo.

Não bastam afinidades aparentes ou semelhança formal, mas se exige a real, verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, num e outro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só a idéia geradora tanto na regra existente como da que se busca³⁰.

Por outro lado, a atividade interpretativa extensiva ou ampliativa permanece sempre dentro da significação de uma palavra, embora se busque

²⁹ Pereira, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2000, p. 61/62.

³⁰ Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p. 206, *passim*.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

atribuir-lhe um significado máximo, para chegar-se, na analogia, à construção de uma regra hipotética similar por identidade de razões entre o caso regulamentado e aquele não disciplinado.

Em outras palavras, a utilização da analogia não pode ser definida como pertencente à atividade interpretativa, já que não se extrai o significado mais exato da norma, justamente por esta não existir para o caso concreto.

Contudo, não deixa de ter o mesmo fim buscado pela interpretação, na busca da solução para um caso concreto e, ademais, usar-se de uma regra paradigma que, sem dúvida, terá de ser interpretada para se verificar a identidade de razões entre o caso regulado e o não regulado ³¹.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo originariamente destinado a situação diversa de tais relações, qual seja, a comunidade familiar formada pela união estável entre um homem e uma mulher.

A semelhança autorizadora seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva, sexual, duradoura e permanente entre companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre com pessoas de sexos diferentes, argumento que avança no sentido da concretização da Constituição, pois confere uma unidade diante da realidade histórica, fazendo concorrer com os princípios informativos do Direito de Família, também presentes na Carta Federal, outros princípios constitucionais, como o da isonomia e a proibição de discriminação por motivo de sexo e orientação sexual, como também o da dignidade humana ³².

³¹ Bastos, ob.cit. p. 57/58.

³² Rios, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 121/123.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

Não há como se fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável, pois o óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa do sistema jurídico, eis que identidade sexual, assim como a esterilidade do casal, não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito de Família.

Destarte, a solução dos relacionamentos homossexuais só pode encontrar subsídios na instituição com que guarda semelhanças, que é a família, calcada na solidariedade, enquadrando a que se forma pelo casamento como a que se estrutura pela união estável.

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida comum, coabitação e laços afetivos, está-se em frente de uma entidade familiar, que goza de proteção constitucional, nada se justificando que se desqualifique o reconhecimento de sua existência, assegurando-se aos conviventes do mesmo sexo os direitos garantidos aos heterossexuais³³.

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 asseveram Aftalión, Garcia y Vilanova,

contra la opinión de algunos autores que hay sostenido que en el ordenamiento jurídico existen lagunas- o sea, casos o

³³ Dias, ob.cit. p. 87/88.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

*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 os casos em que puedan presentarse se encuentran previstos en él (...). No hay lagunas, porque hay jueces*³⁴.

*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*³⁵, *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*³⁶, *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*³⁷.

*É imperioso que, através de uma interpretação analógica, se passe a aplicar o mesmo regramento legal, pois inquestionável que se trata de um relacionamento que tem base no amor*³⁸.

Uma hermenêutica construtiva, baseada numa interpretação atualizada e dialética, afirma que a partilha da metade dos bens havidos durante a comunhão de vida mediante colaboração mútua, é um exemplo de

³⁴ TJRS, Oitava Câmara Cível, AGI 599 075 496, rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17.06.99, quando se decidiu pela competência da Vara de Família para apreciar demandas que envolvessem relações de afeto (homossexuais).

³⁵ STF, RBDP nº 50/159.

³⁶ RSTJ nº 26/378.

³⁷ RSTJ, nº 83/168.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

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 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*³⁹.

*Além disso, as uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas, não como modalidade de casamento*⁴⁰.

É necessário, pois, qualificar a relação homoerótica como entidade familiar, com uso analógico dos institutos jurídicos existentes e dos princípios do Direito, timbrando-a como espécie de união estável.

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.

³⁸ Dias, Maria Berenice. “Efeitos patrimoniais das relações de afeto”. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: IBDFam, 1999, p. 57.

³⁹ Fachin, Luiz Edson. *Elementos críticos de direito de família*. Rio: Editora Renovar, 1999, p. 2, *passim*.

⁴⁰ Oliveira, José Lamartine Corrêa de. *Direito de Família. Direito matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 215.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

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 da 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 ⁴¹.

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

Hoje, a nova família busca construir uma história em comum, não mais a união formal, eventualmente sequer se cogita do casal, o que existe é



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

*uma comunhão afetiva, cuja ausência implica a falência do projeto de vida, já não se identifica o pai como marido, eis que papéis e funções são diversos, e a procura de um outro desenho jurídico familiar passa pela superação da herança colonial e do tradicional modo de ver os sujeitos das relações familiares como entes abstratos*⁴².

Flagra-se o descompasso entre o avanço constitucional do direito de família e a existência de algumas famílias sociológicas, que ainda se mantém 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 que relações entre pessoas de mesmo sexo, pois a sexualidade se vincula ainda à procriação, impedindo outros modelos, reconhece o mestre carioca que a realidade fática de ditas uniões, tal como ocorreu com a união livre, deve percorrer caminho também difícil e tortuoso, mas vai atingir o status de família em tempos não muito distantes*⁴³.

8. Finalmente, para os tribunais,

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

⁴¹ Zamberlan, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*. Rio: Editora Renovar, 201, p. 13/14 e 149/151).

⁴² Fachin, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio: Editora Renovar, 2001, p. 7, *passim*.

⁴³ Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *Família não-fundada no casamento*. Revista dos Tribunais, nº 771/p. 62 e 68.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

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 ⁴⁴.

Posteriormente, ao dirimir a partição de bens entre homossexuais, aludiu-se que 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, realidades ainda permeadas de preconceitos, mas que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária, pois nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas uniões de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, prestigiados os princípios da dignidade humana e da igualdade ⁴⁵.

Em outro escólio diz-se que o Judiciário não se deve distanciar das questões pulsantes, revestidas de preconceitos só porque desprovidas de norma legal, devendo a união homossexual ter a mesma atenção dispensada às outras relações.

Portanto, a companheira tem direito assegurado de partilhar os bens adquiridos durante a convivência, ainda que se trate de pessoas do mesmo sexo, desde que dissolvida a união estável ⁴⁶.

⁴⁴ TJRS, Oitava Câmara Cível, APC 598 362 655, rel. Des. José Siqueira Trindade, j. 01.03.2000.

⁴⁵ TJRS, Sétima Câmara Cível, APC 70001388982, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14.04.2001.

⁴⁶ TJBA, Terceira Câmara Cível, APC 16313-9/99, rel. Des. Mário Albiani, j. 04.04.201.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

9. Assim, não é desarrazoado, firme nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, considerada a visão unitária e coerente da Constituição, com o uso da analogia e suporte nos princípios gerais do direito, ter-se a união homoerótica como forma de união estável, desde que se divisem, na relação, os pressupostos da notoriedade, da publicidade, da coabitação, da fidelidade, de sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afetos.”

Resta analisar a questão da partilha, consectário natural da relação e que registra controvérsia nos apelos.

A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulou dispositivo constitucional que instituiu a união estável, havia determinado que os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os conviventes, na constância do relacionamento e a título oneroso, eram considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária, em contrato escrito (artigo 5º).

O novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), agora incorporando a união estável entre seus institutos ARTIGO 1.723), preceitua que nela, salvo contrato escrito “...*Aplica-se às relações patrimoniais, o que couber, o regime da comunhão parcial de bens.*” (artigo 1.725), o que já vinha sendo iterativamente decidido por esta Corte (por todos, APC nº 70006048110, rel. Des. Maria Berenice Dias, julgado em 14/05/2003; APC nº 70000276915, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 17/05/2000; APC nº 70004790309, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 09/10/2002; APC nº 70004289161, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 29/05/2002).



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, para a regulamentação das relações patrimoniais da união estável, o regime de bens no casamento foi tomado como referência.

Caracterizada a união estável, os bens adquiridos na constância da relação, a título oneroso, pertencem a ambos os conviventes e com a dissolução o patrimônio será partilhado nos moldes do artigo 1.658 e seguintes do Código Civil, não havendo necessidade de prova do esforço comum na aquisição destes bens, cuja presunção já era prevista no art. 5º da Lei 9.278/96 (*Novo Código Civil da Família Anotado*, Ed. Síntese, 2003, p.193).

A segunda apelante discorda da inclusão do veículo Escort Guarujá na partilha, mas não comprovou que fosse a proprietária exclusiva do veículo Gol, de cuja venda foi havido um Kadett, ano 1995, posteriormente objeto de furto, resultando indenização pela seguradora.

Com este produto foi comprado o veículo Escort e, do saldo remanescente, um terreno na Praia de Mariluz, desimportando, como diz o ato sentencial, em nome de quem tenham sido negociados os automóveis.

Chamou atenção que durante a relação, quando havia harmonia entre as partes, ambas tenham postulado a reparação pelos danos do veículo em sua aquisição (fl. 23-78), quando agora litigam pelo mesmo, como próprio.

O terreno de Mariluz foi havido em agosto de 2000, participando a autora das negociações (fls.96-97 e 133).

Como a motocicleta foi adquirida e negociada durante a relação, presume-se que o valor auferido tenha sido utilizado por ambas.

Sobre a possível existência de oito mil reais em conta da segunda apelante, não houve prova eficaz de sua veracidade, como se deduz dos extratos bancários, que não apontam importâncias expressivas naquele patamar.



JCTG
Nº 70005488812
2002/CÍVEL

Não há restrições quanto à partilha do turbo ar, ventilador de teto, vídeo cassete Samsung, jogo de sofá, quadros de parede, colchão de casal e fogão, arrolados na inicial, pois comprados durante a união (fl. 3, nºs 5-11).

A cadela Nikita, que acompanhou a autora em seu afastamento, e com quem parece nutrir vínculo, como diz o Ministério Público, deve permanecer com ela, pois sabido que, antes, labutava com cães.

Como a segunda apelante decaiu na maior parte da pretensão posta, corretos os ônus sucumbenciais, cuja exigibilidade deve ser suspensa, á vista da concessão do benefício da gratuidade constante da apelação.

Assim arrimado, nego provimento às apelações.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (REVISOR) – Acompanho.

DESA. MARIA BERENICE DIAS – De acordo.

DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) – Apelação Cível nº 70005488812, de Porto Alegre:

“DESPROVERAM AMBOS OS APELOS. UNÂNIME.”

Julgador de 1º Grau: Paulo Sérgio Scarparo.