



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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

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

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

EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA.

EMBARGOS INFRINGENTES

QUARTO GRUPO CÍVEL

Nº 70011120573

COMARCA DE PORTO ALEGRE

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

.
M.P.

EMBARGANTES;
EMBARGADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

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

Custas na forma da lei.

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

JOSÉ S. TRINDADE.

Porto Alegre, 10 de junho de 2005.

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS (RELATOR) -

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

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

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

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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

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

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

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

É o relatório, que foi submetido à douta revisão.

VOTOS

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS (RELATOR) -

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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

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

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

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

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

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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

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

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

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

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

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

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

Não vingam, aqui, o argumento de que nessas famílias monoparentais não exista a figura de pai e mãe, pois falta a figura de outro



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

ascendente; mas a substituição só é admissível juridicamente, para o parceiro integrar o ente familiar, se houver respeito à dualidade de sexos que originariamente se apresentava, o que só acontece com nova esposa ou companheira do pai, que substitui a mãe.

*Portanto, é admissível o reconhecimento judicial de uma sociedade de fato entre os parceiros homossexuais, se o patrimônio adquirido em nome de um deles resultou da cooperação comprovada de ambos, sendo a questão de direito obrigacional, nada tendo a ver com a família (Reflexos jurídicos das uniões homossexuais, *Jurisprudência Brasileira*, Editora Juruá, Curitiba, 1995, p. 97/107).*

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

É que o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica de atribuir à união homossexual os mesmos efeitos dela.

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

Essa estigmatização não é só em relação à homo ou heterossexualidade, mas para qualquer comportamento sexual anormal, como se isto pudesse ser controlado e colocado dentro de um padrão normal (Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 43).

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

titularidades de direitos e deveres é negada.

Tal negativa, emergente de força preconceituosa e estigmatizante dos valores culturais dominantes em cada época, alicerçam-se em juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado, mas esse medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos que emanam das parcerias de convívio e afeto (Luiz Edson Fachin, Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, em “A nova família: problemas e perspectivas”, Editora Renovar, Rio, 1997, p.114, passim).

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

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

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

Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico e, nesta linha, toda a prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação, condenado-se qualquer ato sexual que desperdiçasse o sêmen; já entre as mulheres, por não haver perda seminal, a homossexualidade era reputada como mera lascívia.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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

A Idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, sabendo-se que na Renascença, artistas como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade.

Do ponto de vista psicológico e médico, a homossexualidade configura a atração erótica por indivíduos do mesmo sexo, uma perversão sexual que atinge os dois sexos, sendo considerado homossexual quem pratica atos libidinosos com indivíduos do mesmo sexo ou exhibe fantasias eróticas a respeito (Delton Croce e Delton Croce Júnior), ou inversão sexual que se caracteriza pela atração por pessoas do mesmo sexo (Guilherme Oswaldo Arbenz), ou, ainda, por perversão sexual que leva os indivíduos a sentirem-se atraídos por outros do mesmo sexo (Hélio Gomes), com repulsa absoluta ou relativa para os do sexo oposto (Fernanda de Almeida Brito, União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos, Editora LTr, São Paulo, 2000, p.46/48).

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

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

social, oriundos de um preconceito do seu desvio sexual.

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

Ensina o lusitano Asdrúbal de Aguiar que, genericamente, os sexos de nomes contrários se atraem e os de sexo do mesmo nome repelem-se, daí chamar-se o homossexualismo de inversão sexual, cumprindo, desde logo, distinguir entre os indivíduos capazes de relacionar-se com outros do sexo homônimo, os que assim procedem por um pendor independente de sua vontade (verdadeiros homossexuais, invertidos) e os que se comportam por imitação, por vício, por curiosidade ou até por divertimento (pseudo-homossexuais ou perversos), criando-se duas grandes categorias de homossexualidade, a inversão e a perversão (Américo Luís Martins da Silva, A evolução do Direito e a realidade das uniões sexuais, Editora Lúmen Juris, Rio, 1996, p.300).

Lembra Edward Wilson que a história genética da humanidade propugna uma moral sexual mais liberal, na qual as práticas sexuais devem ser consideradas primeiro como mecanismos de união e apenas secundariamente como meios de procriação e que o comportamento homossexual tem sido censurado pelas sentinelas da moral ocidental judaica-cristã, e tratado como doença na maioria dos países (A natureza humana, Editora da USP, 1981, p.141).

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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

Não é negando direitos à união homossexual que far-se-á desaparecer o homossexualismo, como acentua Marilene Silveira Guimarães, pois os fundamentos dessas uniões se assemelham ao casamento e à união estável, sendo o afeto o vínculo que une os parceiros, à semelhança dos demais casais, e que gera efeitos jurídicos.

A homossexualidade é considerada um distúrbio de identidade e não mais uma doença, não sendo hereditária nem uma opção consciente, eis que, como ensina o psicólogo Roberto Graña, a homossexualidade é fruto de um pré-determinismo psíquico primitivo, também estudado a partir das contribuições da etiologia sob a denominação de imprinting, originado nas relações parentais das crianças desde a concepção até os três ou quatro anos de idade. Já aí, nessa tenra idade, constitui-se o núcleo da identidade sexual na personalidade do indivíduo, que será mais ou menos corroborado de acordo com o ambiente em que ele se desenvolva, o que posteriormente determinará sua orientação sexual definitiva. Portanto, a homossexualidade não é opção livre, é determinismo psicológico inconsciente (Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, in Direito de família, aspectos constitucionais, processuais e civis, Ed. RT, v. 2. p. 201/202).

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

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

em seu próprio sexo.

Após várias teorias, lembra Pataro que a psicanálise propôs que o homossexualismo é um desvio adquirido do impulso sexual, que expressa um fracasso do aparecimento edipiano e uma regressão a impulsos e fantasmas pré-genitais, derivado de diversos fatores, uns constitucionais, outros acidentais e ainda outros pertencentes à estrutura familiar e às personalidades dos pais (Américo Luís Martins da Silva, cit. p. 304/305).

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

Afirma Luis Muñoz Sabaté que “la homosexualidad es tal vez una de las desviaciones sexuales que más difícilmente podría ser atacada o reprobada com base solamente a argumentos derivados de una sexología comparada. Tanto si nos remontamos a las costumbres de las sociedades paralelas a la nuestra, o incluso si acudimos a las conductas de otras especies animales habremos de rendirnos a la evidencia de que se trata de um fenómeno corriente sobre el cual se han añadido diversas consideraciones de orden cultural y alguno que otro prejuicio.

Nuestra sociedad occidental mantiene una actitud totalmente prohibitiva de la homosexualidad. Esta proihbición se refleja no solamente em



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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

*Helmut Thielick, ex-Reitor das Universidades de Tübingen e Hamburgo, alude que dificilmente se pode esperar uma atitude unânime sobre a homossexualidade na ética teológica do protestantismo alemão, pois “el desconcierto frente a um fenómeno considerado um tabú religioso se pone de manifesto también em que casi siempre se encuadra la homosexualidad dentro de la competencia del médico. Más que discutibles, desde un punto de vista objetivo, son afirmaciones como las de que la “ homosexualidad congénita en sentido estricto es extraordinariamente rara (en cualquier caso los homosexuales por herencia tienen que extinguirse pronto... ya que no se reproducen)”. O la afirmación de que, como es posible acabar con la homosexualidad adquirida mediante un tratamiento médico, lo que hay que hacer en la mayoría de los casos es exigir del afectado que se someta a cuidados médicos. Se afirma también que por parte médica se han hecho ya experimentos com hormonas sexuales, registrándose buenos resultados curativos”. Continuamente encontramos análogas muestras de esta desorientación o media-orientación” (*Sexualidad y crimen, 3ª edição, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1990, p. 49/50*).*

Com extrema precisão, Jurandir Freire Costa informa que toda a época produz crenças sobre a natureza do bem e do mal, do sujeito e do mundo que, aos olhos dos contemporâneos, sempre aparecem como óbvias e indubitáveis.

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

agissem, reconhecessem-se e fossem reconhecidas como bruxas.

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

Outros tempos, outras crenças, outros sujeitos.

Acrescenta o renomado psicanalista que, nas crenças a respeito da sexualidade, como as crenças da feitiçaria, também são apresentadas como fundadas em fatos evidentes por si mesmos.

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

No entanto, com um pouco de imaginação, pode-se conjecturar um futuro em que essa classificação fosse flexibilizada e enriquecida, com outros tipos sexuais, como os multissexuais, assexuais e alien-sexuais, estes últimos homens e mulheres que se sentiriam atraídos por seres extraterrestres; neste universo remoto, ideologicamente copiado da cultura moral, as novas gerações aprenderiam como é que sente, sabendo que sente, uma atração 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...



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

Fora desse enfoque, toda a discussão sobre a chamada homossexualidade corre o risco de tornar-se um exercício fútil para mentes acadêmicas, e, na linha de Wittgenstein, Foucault ou Richard Rorty, pensa-se que todos são seres de linguagem, pois nada, nem a subjetividade ou sexualidade, escapa ao modo como se aprende a perceber, sentir, descrever, definir ou avaliar moralmente o que se é.

Nossa subjetividade e nossa sexualidade são realidades lingüísticas, não existindo uma coisa sexual objetiva que preexista à forma como se conhece lingüisticamente, a palavra não é aquilo que se diz, falsa ou verdadeiramente, o que a suposta coisa sexual é em si, mas aquilo que a palavra diz que ela é.

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

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

As inclinações sexuais, como disse Freud, são contingentes, arbitrárias e casuais, o que não significa que sejam gratuitas, pois se está preso ao repertório sexual da cultura, até que outras práticas lingüísticas produzam novos modos de identificação moral dos indivíduos.

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

conforme seus padrões éticos.

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

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

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

Heterossexuais, bissexuais e homossexuais serão, para Freire Costa, figuras curiosas, nos museus de mentalidades antigas e na vida terão desaparecido, como rostos de areia no limite do mar (A ética e o espelho da cultura, 3ª edição, Editora Rocco, Rio de Janeiro, 2000, p. 118/122).

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

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

Para Caio Fernando Abreu, a homossexualidade não existe, nunca existiu, e sim a sexualidade, voltada para um objeto qualquer de desejo, que pode ou não ter genitália igual, e isso é detalhe, mas não determina maior ou menor grau de moral ou integridade (Pequenas epifanias, Editora Sulina, Porto Alegre, 1996, p. 49).

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

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

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

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

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

A Câmara de Lordes disse não para a primeira questão, mas afirmou a segunda, que o parceiro remanescente poderia ser tido como integrante da família, por que a relação homossexual comprometida tinha as características de amor, afeto, apoio e companheirismo, normalmente



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

presentes nas relações familiares.

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

Desenvolvimentos mais radicais ocorreram em alguns países da Europa Setentrional.

As nações nórdicas (Dinamarca, Suécia, Noruega e Islândia) têm a concepção de parceria registrada, permitindo que casais homossexuais comprometidos registrem seus relacionamentos, sendo tratados como se consorciados fossem, não 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,



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

Curitiba, 2001, p. 12/15).

Acrescento que, na Hungria, a Corte Constitucional considerou que existindo o instituto do common-law marriage, semelhante à união estável brasileira, que reconhece aos casais heterossexuais os direitos econômicos do casamento, tal regra estende-se aos homossexuais, revisando, para tanto, a Lei de Coabitação de 1996, excetuando-se, contudo, o direito à adoção.

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

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

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

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

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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

Em Mendoza, província argentina, foi atribuído ao parceiro os benefícios da saúde; na Espanha, foi rejeitada a lei de parceria registrada, mas na Catalúnia foi aprovada a parceria doméstica para homossexuais e heterossexuais, com garantia de direitos trabalhistas e pensão; na Alemanha, Portugal e Finlândia estuda-se legislação sobre casamento entre pessoas de mesmo sexo, reconhecimento de uniões homoeróticas e parceria registrada (Napoleão Dagnese, Cidadania no armário. Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade, LTr Editora, São Paulo, 2000, p.71775).

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

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

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

Entretanto, as uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos, sendo incabível que as convicções



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

natureza já os designa com um fim, com valor absoluto.

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

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

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

Não basta a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica (José Afonso Silva, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, Revista de Direito Administrativo, nº 212 / p. 91/93).

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

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

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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

Sinaliza o douto constitucionalista gaúcho que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação (A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, p. 46/49).

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

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

Por isso, todos os seres humanos são fundamentalmente iguais



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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*).



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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 eqüitativamente 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.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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,



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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).



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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,



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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).



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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.



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e as coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos.” (TJRS, Oitava Câmara Cível, APC 598 362 655, rel. Des. José Siqueira Trindade, j. 01.03.2000).

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

Se o juiz não pode, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável (STF, RBDP 50/159), não é menos verdade que a hermenêutica não deve ser formal, mas antes de tudo real, humana e socialmente útil; e se ele não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, decidindo contra ela, alude o 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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

proibição de decidir pela equidade não há de ser entendida como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução (RSTJ 83/168).”

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

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

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

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

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

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

Segundo Freud, não é uma vantagem, mas nada dela deve envergonhar, não é um vício ou aviltamento, nem doença, mas uma variação da função libidinosa provocada por uma interrupção do desenvolvimento



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

sexual, enquanto para o discurso psiquiátrico do século passado a homossexualidade era tida como uma anomalia psíquica, mental ou de natureza constitutiva, sempre como uma expressão de um distúrbio da identidade ou da personalidade.

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

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

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

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

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

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

Enfim, saindo-se das clínicas e dos laboratórios, é inquestionável que o homoerotismo é uma realidade que não se pode fechar nos armários como antes, e que deve ser mirada sem preconceitos ou farisaísmo, respeitando quem cultua tal orientação sexual, todas



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

“pessoas portadoras de dignidade e atenção, como já faz a maioria dos tribunais pátrios.”

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

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

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

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

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

Por outro lado, é pacífico que o companheiro tem legítimo interesse de promover ação declaratória da existência da relação jurídica resultante da convivência, ainda que não existam bens a partilhar (STJ, 4^a



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

turma, REsp 328.297-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJU 18.02.02).

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

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

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

DES. RUI PORTANOVA -

Sou autor do voto vencido na câmara.

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

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES -

Estou desacolhendo a pretensão recursal.

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

Observo que a homossexualidade não constitui fato social novo, mas que vem recebendo aceitação social progressiva, reconhecendo-se que a dignidade de uma pessoa não está atrelada à sua orientação sexual. Admite-se que cada pessoa exercite a própria sexualidade, externando comportamento compatível com a sua própria maneira de ser, respeitados obviamente os limites da privacidade de cada um.

A orientação homossexual é uma definição individual vinculada a apelos próprios, físicos ou emocionais, sendo imperioso que a sociedade respeite o sentimento de cada um, a busca da própria realização pessoal, pois todos devem encontrar espaço para a integração ao grupo social a que pertencem, sem discriminações.

As relações entretidas por homossexuais, no entanto, não se



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

assemelham a um casamento nem a uma união estável, pois estas são formas pelas quais se constitui um núcleo familiar e, por essa razão são merecedoras da especial proteção do estado. Mas, ainda assim, merecem tutela jurídica, na medida em que o par pode constituir uma sociedade de fato. No caso **sub judice**, porém, o pedido não é de reconhecimento de sociedade de fato, mas de declaração de união estável, que é entidade familiar.

Ora, a família é um fenômeno natural e que prescinde de toda e qualquer convenção formal ou social, embora não se possa ignorar que foram as exigências da própria natureza e da própria sociedade acatando os apelos naturais, que se encarregou de delinear e formatar esse ente social que é a base da estrutura de toda e qualquer sociedade organizada.

Toda e qualquer noção de família passa, necessariamente, pela idéia de uma prole, e foi a partir dessa noção que se estruturou progressivamente esse grupamento social, em todos os povos e em todas as épocas da história da humanidade. Aliás, foi a busca da paternidade certa que fez com que se passasse a ter o homem como o centro da família e passasse a ser abominado o relacionamento poliândrico.

A sociedade foi evoluindo até chegar à monogamia, como ocorre no mundo moderno e, particularmente, no mundo ocidental. Mas a estruturação da família focalizou sempre a noção de homem, mulher e prole e acompanham o próprio desenvolvimento social, cultural, e econômico de cada povo.

A idéia da família sempre esteve voltada para caracterização de um ambiente ético por excelência, onde a função procriativa pudesse se exercitar e a prole encontrar espaço para se desenvolver de forma natural e segura.

A consolidação da idéia de família foi construída e reconstruída muitas vezes, em processos sociais lentos, sempre em função de se estabelecer e manter uma vida social equilibrada e harmônica.

Portanto, a família é muito mais do que uma mera união de duas



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

peçoas, ou, por absurdo que possa parecer, de três peçoas que pudessem se amar, porque não se está a falar em pacto ou de mera relação amorosa. Quando o legislador constituinte deu à união estável a feição de entidade familiar, certamente não procurou proteger o amor nem os amantes, mas a família, por ser ela a base da sociedade.

E, como base da sociedade, não pode a família se apartar da estrutura formal concebida pelo legislador constituinte, como sendo o ambiente natural e próprio para a procriação e desenvolvimento da prole, admitida como tal no ordenamento jurídico pátrio, como sendo decorrente do casamento ou da união estável, ou na modalidade monoparental, de um homem ou uma mulher com a sua prole, natural ou adotiva.

Utilizo, propositalmente, a expressão estrutura formal, pois a forma concebida não partiu de uma idéia ou de uma convenção, mas da construção social consolidada através dos séculos: a família diz com a estrutura afetiva construída por um homem e uma mulher em função de uma prole, natural ou adotiva, considerando-se também a estrutura de um homem ou uma mulher com a sua prole.

Assim, a união de dois homens ou de duas mulheres não constitui núcleo familiar, como também não constitui núcleo familiar uma mera união de um homem e uma mulher, pelo só fato de existir afeto.

A própria união de um homem e uma mulher não casados deve ser examinada restritivamente, porque ela é excepcional.

É que a lei diz que a família inicia com o casamento, e quando o legislador constituinte disse que “*para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável (...)*” e “*entende-se, também, (...) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”, está excepcionando a regra geral de que a família começa com o casamento. E não se pode, por princípio elementar de hermenêutica, interpretar ampliativamente a exceção.

Não é o afeto o fato jurígeno, o fato jurígeno é a constituição de



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

uma família.

Afinal, é preciso convir que afeto também existe entre amigos, e não raro amigos moram juntos, com ou sem relacionamento sexual entre eles, e nem por isso vamos dizer que os amigos constituem uma família na acepção jurídica, nem podem eles pedir alimentos uns para os outros, nem reclamarem herança, e há amizades de 30, 40, 50 e até de 70 anos...

E, **data venia**, o fato de serem ou não homossexuais é irrelevante.

Diante disso, reafirmo a minha convicção de que união homossexual não constitui entidade familiar, isto é, não é merecedora da especial proteção do Estado, embora possa merecer a proteção do Estado, na medida em que se pode reconhecer, por exemplo, uma sociedade de fato.

E entendo que constitui até uma heresia, **data maxima venia**, dizer que tal forma de união possa ser considerada base da sociedade...

Caso o legislador constituinte admitisse a possibilidade de se reconhecer como união estável também a união homossexual, certamente não teria restringido expressamente a união estável enquanto entidade familiar àquela união entre homem e mulher, nem recomendaria a sua conversão em casamento.

Se o possível casamento entre dois homens constitui casamento inexistente pela ausência de um dos pressupostos materiais (condição de existência), não se pode considerar como união estável a união entre dois homens ou homossexuais. E friso que não está sequer na lei a situação de impedimento matrimonial para o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo: é que a diversidade de sexos constitui pressuposto matrimonial para o casamento.

Há, pois, flagrante impossibilidade jurídica para se reconhecer a união entretida pelos litigantes como entidade familiar e não vejo como aplicar a analogia quando as situações não guardam identidade, nem semelhança



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

com o casamento ou a união estável.

É que o processo interpretativo deve se desenvolver de forma a buscar uma atuação efetiva da lei, visando o escopo de justiça e de utilidade social, consistindo nisso a afirmação da ordem jurídica.

No caso, pode ser objetado, pois, que, sendo omissa a lei, deve o julgador se socorrer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, consoante determina o art. 4º da Lei de Introdução, sendo que “*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*” (art. 5º, LICC).

No caso, não existe lei a regular os efeitos jurídicos do relacionamento homossexual e tendo os autores pretendido ver reconhecida a sua relação ‘homoerótica’ guindada à condição de entidade familiar, cabível proceder um acurado exame desse pleito.

Compete, então, ao julgador verificar a pertinência desse pleito, valendo-se do instrumental referido na Lei de Introdução para suprir as lacunas, ou seja, os elementos integradores da norma, que são a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, os quais devem ser aplicados de forma cautelosa e criteriosa.

Ora, a analogia visa estender uma norma destinada para um caso específico à outra situação distinta, não contemplada direta ou indiretamente por ela, constituindo um argumento lógico-decisional, que implica na transferência de valores de uma estrutura para outra. Ou seja, implica ampliar a compreensão de uma determinada estrutura, agregando-lhe novos elementos, a partir do sistema de valores próprios do sistema jurídico – e não da visão subjetiva do aplicador a norma, sob pena de implodir o próprio ordenamento.

Como diz ALÍPIO SILVEIRA, a analogia “*é tão-somente um processo revelador de normas implícitas*”, pois, a rigor, ela está fundada na regra da igualdade jurídica pela qual, para situações iguais ou assemelhadas se deve dar a mesma proteção legal ou, como diz o antigo adágio romano, **ubi**



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

eadem legis ratio, ibi eadem dispositio. A analogia não é fonte do direito, mas mera atividade integradora da norma.

No caso, não se cuida apenas de considerar duas espécies de relações, uma heterossexual e a outra homossexual e buscar nelas as semelhanças decorrentes do possível liame afetivo, para concluir pela proteção da Carta Magna.

Não há que se buscar a analogia da lei, mas também a do direito e é preciso compreender bem o fenômeno social da família e as razões pelas quais a Carta Magna disse que ela é merecedora da especial proteção, bem como as razões pelas quais ela se estrutura a partir do casamento civil e a motivação pela qual o legislador admitiu que a união estável constitui também entidade familiar.

É necessário recorrer ao método teleológico de interpretação, não se podendo dispensar os critérios histórico e sociológico para a adequada compreensão da norma. E não se pode admitir que uma união homossexual seja tratada com a dignidade de uma instituição que é a própria base da sociedade, que é a família, fonte geradora de princípios e da moral que deve nortear as relações interpessoais...

Por essa razão, é de se ter presente a advertência de COVIELLO (in “Manuale di diritto civile italiano”, 1910, pág. 85) quando diz que *“a atividade do intérprete que recorre à analogia, não é sem confins, tem dois limites impreteríveis: de um lado, a natureza real da relação; mas deve, muita vez, renunciar a conceitos que, embora lógicos e elegantemente arquitetados, não correspondem à realidade prática; e, de outro lado, o direito positivo, porquanto não pode levar em conta, exclusivamente, a natureza da relação, para criar uma regra jurídica, que não se encaixe (‘Che non trovi il suo addentellato’) nas disposições ou nos princípios da lei.”*

A analogia deve traduzir, pois, um critério de igualdade harmônica, reclamando a rigorosa semelhança nas situações consideradas,



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

tendo em mira o critério de utilidade social. E essa semelhança inexiste nas relações consideradas neste processo e aquelas previstas na lei.

Portanto, para a adequada aplicação do direito, não se pode recorrer pura e simplesmente à analogia, pois, quando ocorre a omissão nas fontes formais do direito, é imprescindível recorrer também aos costumes e aos princípios gerais do direito, valendo lembrar, aliás, que a analogia não é fonte de direito.

No caso em exame, cuidando-se de relações homossexuais, cuida-se de inexistência de fonte formal, ganhando relevância a incidência dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Ora, os costumes vigentes no país ainda abominam o relacionamento homossexual, tratando, não raro, de forma preconceituosa, com escárnio, com desrespeito, visto como uma doença ou, mesmo, como uma situação de imoralidade.

Não deixa de causar perplexidade e constrangimento o fato de pessoas do mesmo sexo exteriorizarem, em locais públicos, manifestações de caráter erótico-afetivo, que são bem aceitos entre pares heterossexuais, como abraços, beijos e troca de carícias. Ou, até mesmo, de andarem abraçados ou de mãos dadas... E isso traduz o costume vigente no país. Ou seja, a união homossexual não é aceita pela sociedade, embora se deva reconhecer, como disse ao início do voto, que alguns segmentos da sociedade já admitem esse fato como natural, ou que a homossexualidade já venha recebendo alguma aceitação.

Portanto, constitui uma afronta aos costumes admitir que a união homossexual possa ser erigida à categoria de entidade familiar e ser contemplada com os direitos postos na lei destinados a assegurar a 'especial proteção do Estado', tal como ocorre com a união estável.

A referência feita usualmente pelos defensores do reconhecimento da união homossexual como união estável é no sentido de que



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

a sociedade está mudando e o casamento já tem hoje outros propósitos, que é o de assegurar a felicidade das pessoas. Isso, **data venia**, é meia verdade, pois a outra parte diz com a sua função social, que continua a ser a mesma, enquanto geradora da família.

Ao recorrerem aos princípios gerais de direito, não raro, esses ilustres intérpretes recorrem ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é, em si, uma variável axiológica, podendo ser preenchida com o conjunto de valores que melhor aprouver ao intérprete.

Ainda assim, friso que o fato de não haver previsão de que homossexuais possam casar não implica discriminação, nem afeta a dignidade humana da pessoa que tenha aptidão homossexual, mas é o reconhecimento de que tal relação não é apta, em si, para formar uma família, isto é, que possa preencher a função social relevante que levou o legislador a conferir à família a especial proteção.

Nada impede que as pessoas tenham suas relações erótico-afetivas que melhor lhes aprouver, não se reclama monogamia, nada impede que se relacionem dois homens ou duas mulheres, ou que as relações se estendam a mais de duas pessoas, nada impede que cada pessoa disponha dos seus bens como quiser, podendo fazer doações ou testamentos... Mas nem toda a relação amorosa constitui família e, no caso de homossexuais, a lei não permite a adoção de filhos, nem existe qualquer razão para que se estabeleça **a priori** um regime de bens para reger tais relações. Se o que preside a união é o afeto, que o afeto seja, então, o próprio balizador da relação.

O certo é que, no caso, entre os princípios gerais do direito a serem enfocados está o de que (a) a família é merecedora da especial proteção do Estado, (b) que ela resulta, basicamente, do casamento civil, (c) que este tem como pressuposto material a diversidade de sexos, tanto que o casamento contraído entre dois homens é inexistente, (d) que a união estável



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

foi erigida à categoria de entidade familiar por ser assemelhada ao casamento, e (e) que o legislador reconheceu como tal apenas a união entre homem e mulher.

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

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

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

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

Nessa mesma linha de entendimento, aliás, vale destacar a lição oportuna e erudita do eminente civilista pátrio SÍLVIO DE SALVO VENOSA (in “*Direito Civil - Direito de Família*”, Ed. Atlas, 2.003, pág. 54) quando focaliza a exigência de diversidade de sexo para o reconhecimento de uma união estável,



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

ensinando que **“a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer idéia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei”**.

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

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

“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**:



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

“(...) somente podem ser cuidadas como sociedades de fato, desde que evidentemente sejam preenchidos os requisitos para a configuração de tais entidades, possibilitando o reconhecimento do direito do partícipe da relação - que for prejudicado em decorrência da aquisição patrimonial em nome tão-somente do outro - ao partilhamento dos bens adquiridos durante a constância da sociedade de fato, na medida da sua efetiva contribuição para a formação ou o incremento patrimonial.” (grifo meu).

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

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

A família é protegida pelo Estado por ser a própria base da sociedade, cuidando o Estado para que nela se efetive o fenômeno natural da procriação, sendo nela que as pessoas devem receber as primeiras e mais importantes noções de vida social, e dela devem emanar também os preceitos morais que devem nortear a vida das pessoas.

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

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



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

PEREIRA.

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

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

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA -

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

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

(...)

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

(...)”

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

Esclarece Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

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

Adiante, o mesmo autor:

“Finalmente: a Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, ainda é perfeitamente aplicável em relação às outras espécies de uniões informais, que não se



JCTG
Nº 70011120573
2005/CÍVEL

encaixem na noção do companheirismo, inclusive entre pessoas do mesmo sexo, com a ressalva de que em relação a tais uniões deve haver prova da contribuição efetiva na formação ou aumento patrimonial, justamente diante da sua natureza de sociedade de fato, não possuindo caráter familiar.” (Ob. cit. p. 317).

É o voto, acompanhando a divergência.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS -

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

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

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

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

Voto com o Relator.

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

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

ILA