

1 - INTRODUÇÃO

Antes de iniciar a leitura do presente trabalho, clamo aos leitores que limpem seus corações de qualquer espécie de preconceito, concepções subjetivas, morais e religiosas para que possam analisar juridicamente a evidente violação de garantias e direitos que os casais homoafetivos vêm sofrendo.

Os relacionamentos homoafetivos constituem um fato social e a indiferença do legislador não vai mudar essa realidade, pelo contrário, só cria uma situação de insegurança jurídica.

É inadmissível a falta de proteção jurídica a uma entidade familiar constituída pelo maior dos valores - o afeto - pela simples falta de previsão legal.

Essa atitude constitui clara afronta aos princípios da igualdade, fazendo preconceituosa distinção entre brasileiros heterossexual e homossexual; da liberdade, no seu aspecto de liberdade de escolha, quando força as pessoas escolherem parceiros heterossexuais; do valor do bem estar, ao negar o direito constitucional à felicidade; além dos princípios da não discriminação e dignidade da pessoa humana.

Afronta também os preceitos do preâmbulo da CRFB, quando afirma que os representantes do povo brasileiro se reuniram em Assembléia Nacional Constituinte “para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.”

Aliás, conferir proteção jurídica a relacionamentos informais entre homens e mulheres e não estender esse direito a casais do mesmo sexo é fortalecer pensamentos discriminatórios e principalmente violar direito fundamental previsto no

art. 5º da CRFB, que é o direito à igualdade.

Diante de toda essa evidente violação de princípios e preceitos constitucionais, percebi a necessidade de um trabalho que contribuísse para o reconhecimento jurídico desses relacionamentos como uma segunda modalidade de união estável e garantisse a efetivação de direitos que vêm sendo continuamente e indevidamente violados.

CAPÍTULO 1

2 - RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO

2.1. Evolução histórica : do surgimento do relacionamento homoafetivo até os nossos dias

Embora tenha sido rejeitado e muitas vezes até condenado pelas diversas sociedades e suas respectivas religiões e culturas, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo integra a história da humanidade.

A homossexualidade é tão antiga quanto a heterossexualidade, e sempre existiu, desde as origens da história humana. Ela teve uma grande expressão em Roma, onde a sodomia era aceita e indicava sinal de virilidade. A única exigência era a de que o adulto romano assumisse o lado ativo da relação, o que demonstrava poder, saber intelectual e sexual a serem transmitidos aos mais jovens.

Na Grécia havia a crença de que por meio do esperma seriam transmitidas virtudes como o heroísmo e a nobreza. E como a mulher era vista como uma sub-espécie de ser humano, tornou-se comum a padronização da homossexualidade.

Todavia, o exercício livre da sexualidade era um privilégio dos nobres, fazendo parte somente do cotidiano de deuses, heróis e reis.

No entanto, a sodomia só fazia referência ao coito anal entre os homens, pois para a cultura dessa época, a mulher não teria como sentir prazer com outra mulher, já que são desprovidas de membros que possibilitassem o coito anal.

A homossexualidade também estava presente nas civilizações maias,

astecas, caribes e incas.

Entre os aborígenes do Brasil, existem fortes evidências de que o relacionamento homoafetivo era aceito socialmente como uma alternativa erótica. Na tribo dos Tupinanbás, inclusive, os índios gays eram conhecidos como *tibira* e as lésbicas de *cacoaimbeguira*.

O preconceito e a perseguição a esses relacionamentos tiveram início com as religiões, especialmente a católica. Com o surgimento do Cristianismo, as relações homoafetivas passaram a sofrer discriminações e sérias perseguições; pois, até então, a sodomia era vista como algo natural.

Segundo a Igreja, o contato sexual é exclusivamente para fins de procriação e restrito ao casamento. Assim, toda atividade sexual destinada a fins diversos era considerada pecaminosa.

Durante o período da Santa Inquisição, houve a criminalização dos relacionamentos homoafetivos. A sodomia era vista pela Igreja como o pior dos crimes.

No reinado dos Czares, na antiga União Soviética, foi criada uma cláusula que previa sérias punições com penas de privação da liberdade para a prática de atividades homossexuais. Embora a Revolução Socialista tenha revogado essa cláusula, e passado a analisar o assunto sob a ótica científica, as perseguições continuaram até o ano de 1934, quando o então governante da União Soviética assinou uma lei que proibia e castigava uniões homoafetivas. As prisões em massa passaram a ficar freqüentes, embora a população do campo e da cidade tolerasse esses relacionamentos.

Na Alemanha, a perseguição foi ainda pior. No período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial, as perseguições ganharam feição política e, assim como o anti-semitismo, a exterminação de homossexuais passou a ser uma política

governamental. O Código Penal do Segundo Reich punia com pena de morte a prática do homossexualismo.

Cabe destacar, que até então, o termo “homossexualismo” não era utilizado. Foi o Dr. Benkert, médico húngaro, que criou essa expressão, em 1869, para explicar que esse comportamento se tratava de algo inato e não adquirido. Logo, não poderia ser considerado algo ofensivo ou perigoso, pois não era transmissível. E ele acrescentava, na defesa dos homossexuais, que em se tratando de algo anormal e inato, merecia ser tratado pela medicina, e, não, perseguido pela justiça.

A Organização Mundial da Saúde classificou a homossexualidade como doença mental e posteriormente como sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais.

Em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria retirou o homossexualismo da sua lista de doenças mentais.

Houve a mudança do nome “homossexualismo” para “homossexualidade”, visto que na medicina o sufixo “ismo” significa doença e “dade” significa modo de ser.

Desde 1995, a homossexualidade deixou de ser considerada doença também pela Organização Mundial de Saúde.

Uma pesquisa que foi realizada por Dean Hamer e uma equipe de geneticistas do Instituto Nacional do Câncer no Estados Unidos concluiu que existe 99% de chance de que exista um sub-tipo humano de orientação sexual masculina que sofre influência genética no desenvolvimento da orientação homossexual. Se confirmada essa pesquisa, a homossexualidade passará a ser encarada como uma característica genética tal como a cor dos olhos, a cor da pele, as habilidades etc.

Com a separação do Estado da Igreja, a família passou a ser valorizada muito mais pelos laços afetivos que pelo matrimônio.

Isso trouxe uma maior liberdade para os homossexuais que passaram a assumir a sua condição.

Nas décadas de 60 e 70, surgiram os movimentos que buscavam mudar a conceituação social e individual das relações homoafetivas.

Hoje, no Brasil, muitas dessas conquistas já foram alcançadas, mas muitas ainda são necessárias. A começar pela regulamentação do tema pelo Poder Legislativo, no entanto, ele permanece inerte; por outro lado, o Poder Judiciário, quando procurado, tem solucionado casos específicos.

Alguns países já possuem regulamentação a respeito do assunto. Na França (Lei 99.944/99), na Holanda, na Dinamarca (Lei 372/89), na Noruega (Lei 40/93), na Suécia, na Alemanha (Lebenspartnerschaftsgesetz/2001), na Finlândia (Lei de 11/03/2002), em alguns Estados dos EUA e mais recentemente, na Argentina.

Todavia, mais de 75 países no mundo ainda hoje tipificam o coito anal como crime, dentre eles: Afeganistão, Egito, Índia, Marrocos e Nigéria, onde a pena pode chegar a mais de 10 (dez) anos de prisão; prisão perpétua e, em alguns países, a pena de morte tem sido efetivamente aplicada.

2.2. Terminologia e o conceito de relacionamento homoafetivo

O primeiro termo que surgiu para definir o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo foi “sodomia”. Esse termo surgiu no Ocidente, no século XVII, através da Bíblia, que conta parte da história da cidade de Sodoma, condenada por Deus pela prática de coito anal entre os homens e também entre homens e mulheres.

Mas esse termo só condenava o coito anal entre os homens, pois para a

sociedade da época, as mulheres eram desprovidas de membros que possibilitassem a penetração e conseqüentemente qualquer outra forma de prazer.

Com a descoberta de que em algumas culturas a prática da sodomia não estava ligada ao homossexualismo, visto que os homens que realizavam a penetração não se identificavam como homossexuais, atribuindo o papel feminino apenas àquele que se deixava penetrar, surgiu o termo Homem - Sexo - Homem (HSH) de estudos sobre a demanda de pluralidade e exotismo de práticas sexuais entre homens.

Percebe-se que até então a sexualidade feminina era mantida na invisibilidade, pois os dois termos criados só se referiam ao homem.

Mas, foi no final do século XIX, com o surgimento do termo “homossexualismo”, que a sexualidade feminina passou a ser abrangida.

Alguns autores afirmam que esse termo surgiu nos artigos de estudo médico - psiquiátrico dos Psiquiatras Westphal em 1870 e R. Von Kraft - Ebing, ambos de origem alemã, e em 1860 pelo jornalista-escritor austro-húngaro Karoly Maria Benkert.

Em 1992 o autor Jurandir Costa cria o termo “homoerotismo” no Brasil. Esse termo veio se contrapor ao termo homossexualismo, pois segundo o autor é um termo mais flexível e descritivo das pluralidades sexuais voltadas ao mesmo sexo.

Mais recentemente, a Desembargadora aposentada do Rio Grande do Sul, e hoje advogada de direito de família, Maria Berenice Dias, em sua obra: “União homossexual: o preconceito e a justiça”, inaugura o termo relacionamento “homoafetivo”.

Essa nomenclatura foi amplamente aceita pela doutrina, visto que visa retirar o estigma social que recai sobre o termo “homossexualismo”, que remete à

idéia de sexo, intimidade.

Ademais, como já explicado, o sufixo “ismo” significa doença. Tanto que a própria Organização Mundial de Saúde substituiu o termo por “homossexualidade”, visto que “dade” refere-se a um determinado jeito de ser.

Todavia, a permanência do termo “sexual” ainda acarretava muita estigmatização. E, como tais relações são ligadas pelo afeto, nada mais apropriado que o termo “homoafetivo”. Nesse sentido é o magistério da eminente autora Maria Berenice Dias:

O exercício da sexualidade, a prática da conjunção carnal ou a identidade sexual não é o que distingue os vínculos afetivos. A identidade ou diversidade do sexo do par gera espécies diversas de relacionamento. Assim, melhor é falar em relações homoafetivas ou heteroafetivas do que em relações homossexuais ou heterossexuais.¹

O relacionamento homoafetivo conceitua-se pela união de duas pessoas do mesmo sexo e possui todas as características de um relacionamento comum, caracterizado pelo convívio público e duradouro.

A única diferença com a união estável, prevista no artigo 226, § 3º da Constituição da República, é o sexo dos componentes.

2.3. Transexualidade

Não se pode confundir o transexualismo com a homossexualidade.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o transexualismo é uma

¹ DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 95.

patologia (CID - 10 F64.0) caracterizada pela vontade que a pessoa possui de viver e ser aceito como membro oposto, possuindo o desejo de transformar o próprio corpo para que ele pareça, o máximo possível com aquele que se sonha. Essas mudanças são realizadas por uso de hormônios ou por meio de cirurgias.

Essas transformações estéticas, denominadas de transgenitalismo, não são proibidas, mas são regulamentadas pela Resolução n. 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, que, em seu artigo 3º, estabelece as regras e procedimentos para essa cirurgia, quais sejam: a) Desconforto com o sexo anatômico natural; b) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; c) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos e d) Ausência de outros transtornos mentais.

Essa transformação pode resultar tanto no fenótipo masculino em feminino (neocolpovulvoplastias), quanto do fenótipo feminino em masculino (neofaloplastia).

Diante de todo esse quadro, várias decisões de tribunais estaduais e até do STJ (SE 2.149, Min. Barros Monteiro, DJ, 11.12.2006) vêm reconhecendo esse direito e ratificando o apoio do Estado para a mudança de sexo, inclusive pelo SUS, e também a autorização para mudança do sexo e do nome no registro civil.

Embora o transexualismo não seja o objeto de análise da presente monografia, expressamos a necessidade de que o Estado também reconheça como entidade familiar aquela formada pelo transexual, assim como defendemos a respectiva tutela para os relacionamentos homoafetivos.

CAPÍTULO 2

3 - UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

3.1 - Releitura do art. 226, § 3º da CRFB em sintonia com os princípios e objetivos da República Federativa do Brasil

O § 3º do artigo 226 da CRFB/88 dispõe: “ Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Uma leitura isolada desse dispositivo, associada a uma cultura de preconceitos que está enraizada em nossa sociedade, levam muitos à equivocada compreensão de que a proteção estatal só possa recair sobre a união estável entre o homem e a mulher.

Todavia, nenhum dispositivo constitucional pode ser analisado de forma isolada, conforme dispõe Gilmar Ferreira Mendes:

(...) as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque (...) o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.²

O preâmbulo da nossa Constituição dispõe que: “ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um

² Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.p. 174.

Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, **a liberdade**, a segurança, **o bem estar**, o desenvolvimento, **a igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, **pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.³ (grifo nosso)

Se em nosso preâmbulo o legislador prega princípios como a liberdade, a igualdade e o bem estar, diz que somos uma sociedade pluralista e sem preconceitos, como é possível negar reconhecimento e proteção às uniões homoafetivas, assim como foi conferido proteção aos relacionamentos informais entre homens e mulheres, sem violar tais princípios?

A nossa Carta Política possui como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.

Possui como um de seus objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Logo, diante da impossibilidade de analisar os dispositivos constitucionais isoladamente - devendo considerá-los na análise do todo - percebe-se facilmente que a ausência de proteção e reconhecimento das uniões homoafetivas violam todos os princípios, fundamentos, objetivos e preceitos citados.

Nesse sentido, vejamos a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Minas Gerais - REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO. MANDADO DE

³ Vade Mecum Acadêmico de Direito/ Anne Joyce Angher, organização. - 9. Ed. - São Paulo; Rideel, 2010. - (Coleção de Leis Rideel).

SEGURANÇA. IPSEMG. INCLUSÃO DE DEPENDENTE DO SEGURADO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. A Constituição Federal não atua apenas como fundamento de validade das normas inferiores, mas como vetor de interpretação. A regra de conduta extraída dos enunciados normativos, portanto, deve ser adequada aos princípios constitucionais. O inciso I do artigo 4º da Lei Complementar n.º 64/2002 deve ser interpretado de modo a permitir a máxima eficácia do princípio da igualdade. Não é possível ignorar a situação de fato - notória e ampla existência de relações homoafetivas na sociedade contemporânea - e condenar os sujeitos de tais relações a uma situação jurídica manifestamente prejudicial simplesmente em razão da opção sexual assumida. Nas ações de estado, a sentença tem eficácia erga omnes e, por isso, não pode a Administração deixar de reconhecer a equiparação judicial havida entre o relacionamento homoafetivo do impetrante e a união estável. Sentença confirmada, em reexame necessário, prejudicado o recurso de apelação.⁴

Como muito bem citado pela Desembargadora Relatora Albergaria Costa, o Estado não pode ignorar a notória existência dessas relações, muito menos deixá-las sem proteção jurídica, devendo realizar uma interpretação de acordo com os princípios constitucionais.

Passemos a analisar detalhadamente a violação de cada um deles.

3.1.1. Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade é consagrado pela Constituição Federal em inúmeros dispositivos, desde o preâmbulo da Constituição que assegura como princípios: “a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” e visa à construção de uma sociedade : “ fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O art. 3º que enumera como um dos objetivos da República Federativa do Brasil “a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação“. E o caput do art. 5º que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”

Pela leitura de todos esses dispositivos, resta claro que a Constituição veda

⁴ TJMG – Reex. Nec. 1.0024.08.256048-3/001. Rel. Desª. Albergaria Costa, j. 23/07/2009

toda forma de preconceito e discriminação.

O Ilustre Professor Alexandre de Moraes ensina que:

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possa criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, a obrigatoriedade do intérprete, basicamente, a autoridade pública de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (...) Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade: limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular. O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, as normas que criem diferenciações abusivas, arbitrária, sem qualquer finalidade lícita serão incompatíveis com a Constituição Federal. O intérprete / autoridade pública não poderá aplicar as lei e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias.⁵

Negar o reconhecimento e a proteção jurídica conferida à união estável à união homoafetiva apenas pela opção sexual de seus componentes, viola claramente este princípio; pois os heterossexuais estão recebendo tratamento privilegiado em detrimento dos homossexuais, em evidente afronta ao artigo 5º da Constituição que prevê “a igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza”.

Se não existem motivos legítimos a exigir distinção, há de se conferir tratamento igualitário. Entendendo-se por motivos legítimos aqueles amparados por argumentos de razão pública e não por visões individualizadas de mundo, de concepções religiosas ou morais.

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de aplicação direta do princípio da igualdade para afastar práticas discriminatórias, mesmo quando não haja norma infraconstitucional dispendo a respeito da matéria.

Logo, muito mais devido é a aplicação desse princípio para afastar a prática

⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 22.ed. - São Paulo: Atlas, 2007. pág.125.

discriminatória que vem sendo praticada pelo próprio Poder Público (Poder Legislativo), que possui a obrigação de atuar na manutenção e proteção dos direitos fundamentais e nunca de violá-los, como vem fazendo.

3.1.2. Princípio da Liberdade

O princípio da liberdade possui inúmeros aspectos, mas nesse caso, resta violado no seu aspecto de liberdade de escolha, haja vista que a sociedade e as leis impõem forçosamente que as pessoas escolham parceiros heterossexuais, mesmo quando essa não seja a sua vontade, e desestimula a escolha por relacionamentos homoafetivos, em evidente violação à liberdade de escolha.

Essa omissão legislativa sobre o assunto também viola a liberdade do indivíduo em sua autonomia privada, pois embaraça o exercício de liberdade e do desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas.

3.1.3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Além do princípio da Igualdade, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é outro que resta claramente violado pela não equiparação dos relacionamentos homoafetivos à União Estável.

Ele está disposto no artigo 5º da CRFB/88 e possui duas dimensões mais costumeiramente conhecidas, quais sejam: a) a de que o ser humano deve ser sempre o fim em si mesmo e nunca o meio para alcance de algo; e b) todos os projetos pessoais e coletivos, quando viáveis, são dignos de igual respeito, consideração e reconhecimento.

A negativa de reconhecimento desses relacionamentos viola as duas dimensões: a primeira porque as pessoas se tornam “meios” para que o Estado concretize um projeto de sociedade - formada apenas por famílias heterossexuais, e a segunda porque a discriminação dessas uniões equivale a discriminar uma identidade individual, um estilo de vida que não recebe reconhecimento e nem tratamento digno.

3.1.4. Princípio do Pluralismo Político

Este princípio é um dos fundamentos da nossa Constituição.

E indica, conforme dispõe Gilmar Ferreira Mendes em sua obra: “Curso de Direito Constitucional”: “(...) um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana - tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social, cultural, entre outras.”⁶

3.1.5. O valor do bem estar social

Previsto em nosso preâmbulo e como um dos objetivos da nossa Constituição, esse valor vem garantir o direito constitucional à felicidade.

Logo, essa vedação obsta a concretização desse princípio pelas pessoas que vivem a homossexualidade, sem que nenhum benefício justifique tamanho sacrifício.

A análise de todos esses preceitos e princípios constitucionais violados revela a necessidade de efetiva aplicação de tais princípios e evidencia que não existe

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010. Pag. 220.

óbice algum ao reconhecimento das parcerias homoafetivas como modalidade de união estável.

Para aqueles que ainda são contrários a esse reconhecimento por entender que o artigo 226, § 3º da Constituição foi taxativo ao conferir proteção a união estável entre o homem e a mulher, cabe esclarecer que esse dispositivo teve como objetivo afastar definitivamente qualquer discriminação contra as relações de companheirismo que não estavam cobertas pelo manto do casamento.

Portanto, é ilógico fazer uma interpretação no sentido contrário e transformar uma norma inclusiva em norma de exclusão. Mesmo porque uma interpretação assim iria de encontro aos preceitos fundamentais já analisados.

3.2. Equiparação da união homoafetiva à união estável

O artigo 1.723 do Código Civil dispõe que é “reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura(...)”

O artigo 226, § 3º da Constituição, conforme já citado, dispõe que “para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

A referência a “homem e mulher” trata-se de uma norma inclusiva. Ela representou o ponto decisivo de uma evolução que equiparou a esposa à companheira, afastando assim qualquer preconceito a relações entre homens e mulheres que não decorressem do casamento. Logo, não representa vedação ao reconhecimento da união estável homoafetiva.

Assim, se um casal homoafetivo preenche os demais requisitos:

convivência pública, contínua e duradoura, não há porque negar o reconhecimento da união estável.

Hoje, valoriza-se muito mais os laços afetivos que qualquer outro vínculo.

A afetividade é vista como um dos laços mais importantes. A prova disso é a criação de parentescos antes inexistentes, como a paternidade socioafetiva.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência consideram como pressupostos da União estável: existência de relação afetiva, durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole e dependência econômica. Não sendo necessário o preenchimento de todos esses requisitos de forma cumulativa.

A jurisprudência de alguns tribunais do nosso país vem concordando com a nossa posição, especialmente o Tribunal do Rio Grande do Sul, vejamos:

Rio Grande do Sul - RESPONSABILIDADE CIVIL. INTEGRAÇÃO DA AUTORA COMO DEPENDENTE DA ASSOCIADA. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. A união estável, com o advento da Constituição Federal, foi equiparada a entidade familiar. Tal situação foi reafirmada pelo Código Civil de 2003, consoante dispõe o art. 1.723. Dessa forma, não há impedimento legal que impossibilite a inserção da companheira da autora como sendo sua dependente nos assentamentos da requerida. Deram provimento.⁷

Rio Grande do Sul - AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. 1. Os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, dentre outros, que retratam direitos e garantias fundamentais, se sobrepõem a quaisquer outras regras, inclusive à insculpida no artigo 226, §3º, da Constituição Federal, que exige a diversidade de sexos para o reconhecimento da união estável. 2. Restando devidamente comprovada a existência, por mais de quatro anos, de relação de afeto entre as partes, numa convivência *more uxoria*, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência, deve ser mantida a sentença que reconheceu a união estável. RECURSO IMPROVIDO.⁸

Rio de Janeiro - União Homoafetiva. Ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato. Legitimidade passiva *ad causam*. Interesse de agir. 1. Dado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscricção de qualquer forma de discriminação sexual, não há

⁷ TJRS, AC 70017063975, 5ª C. Civ., Rel. Des. Paulo Sergio Scarparo, j. 25.04.2007

⁸ TJRS, AC 70016660383, 8ª C. Civ., Rel. Des. CLAUDIR FIDELIS FACCENDA, j. 26.10.2006

impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pela Lei 8.971/94 e 9.278/96. 2. Interpretação sistemática do disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e mulher referida na dita norma está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o receio de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, até mesmo fins previdenciários. 3. Precedentes Apcível n.º 2004.001.30635,a Décima Quarta Câmara Cível. Relator desembargador Marco Antonio Ibrahim. 4. Provimento do recurso.⁹

Rio Grande do Sul - AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.¹⁰

Sergipe - AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. TUTELA ANTECIPADA. CABIMENTO. REQUISITOS PRESENTES. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO ASSEGURADO AO SUPOSTO CONVIVENTE. MODIFICAÇÃO DA DECISÃO "A QUO". A concessão da tutela antecipada, prevista no art. 273 do CPC, exige prova inequívoca e verossimilhança da alegação, conjugados com receio fundado de dano irreparável ou de difícil reparação. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feições de família. A marginalização dessas relações constitui afronta aos direitos humanos, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. No caso concreto dos autos, as provas acostadas aos autos demonstram, nesta fase recursal, indícios da existência da suposta união homoafetiva, o que se torna imperiosa a modificação da decisão a quo, assegurando ao agravante, até a decisão final da Ação Declaratória tombada sob o nº 200910600216, o direito real de habitação no imóvel em que residia com o seu suposto companheiro, já falecido. Recurso conhecido e provido.¹¹

Todavia, não existe jurisprudência consolidada nesse sentido, o que acaba provocando insegurança jurídica, haja vista que uns tem tido suas uniões estáveis reconhecidas e outros não.

Nesse sentido, vejamos uma decisão que negou esse direito:

⁹ TJRJ, AC 2005.001.34933, 8ª C.Civ., Rel. Desa. Leticia Sardas, j. 21/03/2006

¹⁰ TJRS - EI 70011120573, 4º Gru. C. Cív., Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 10/06/2005

¹¹ TJSE - AI 0856/2009, Grupo III, 1ª C. Civ., Rel. Des. Suzana Maria Carvalho Oliveira, j. 14.09.2009

Ceará - INCIDENTE PROCESSUAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO. CONVIVÊNCIA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. COMPETÊNCIA. REGÊNCIA DA RELAÇÃO PELO DIREITO DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO FINANCEIRA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. -A união entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil, não repercute no direito de família, haja vista a necessidade de dualidade de sexos, a teor do artigo 226, §§ 3º e 5º, da Constituição Federal de 1988. -A diversidade de sexos constitui requisito natural para o casamento e reconhecimento da união estável. -Caracterizada a convivência firme e segura entre homossexuais, os efeitos daí advindos devem ser decididos na esfera cível, posto que ocorrente apenas interesse patrimonial. -Conflito conhecido e improvido, no sentido de reconhecer a competência da vara cível.¹²

As decisões favoráveis se embasam nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Além disso, vem utilizando a analogia, conforme previsto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, para resolver os casos concretos e possibilitar o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas.

Aqueles que discordam do tema defendido por nós hão de concordar que se, por um lado, não existe previsão expressa da possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, por outro, não existe vedação alguma, o que torna possível o uso da analogia.

Se o legislador objetivasse proibir esse tipo de relacionamento, o teria feito expressamente, mas como não o fez, e, em harmonia com os princípios e fundamentos já citados, é absolutamente possível o reconhecimento desta união.

Importante destacar que algumas ações constitucionais nesse sentido já foram impetradas no STF.

Temos a ADI 4277 proposta pela Procuradoria Geral da República buscando o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e a extensão dos direitos e deveres dos companheiros da união estável às uniões homoafetivas.

¹² TJCE, CC 2004.0001.0364-4/0, 12ª C. Cív., Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, j. 26.10.2006

A ADPF 132 proposta pelo Governador do Rio de Janeiro em face da omissão legislativa que regula o serviço público em relação às uniões homoafetivas, busca a sua equiparação à união estável.

E a ADI 3300 proposta de pela Associação de incentivo à educação e saúde de São Paulo e pela Associação da parada do orgulho gay de São Paulo, com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º da lei 9.278/96, que regia o instituto da união estável, objetivando equiparar o companheirismo heterossexual ao homossexual.

Existem também alguns projetos de leis tramitando no Congresso Nacional. O mais “badalado” deles é de número 1.151 de 1995, proposto pela ex deputada federal, Marta Suplicy.

Já se passaram 15 anos, desde a apresentação deste projeto de lei, que visa a regulamentação da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo.

Observe-se que o referido projeto foi aprovado por unanimidade pela comissão especial que o analisou, mas aguarda penosamente, por 15 anos, que o Plenário se manifeste. É evidente a falta de motivação política para a sua apreciação.

O preconceito, enraizado em nossa cultura, impede que projetos como este sejam julgados e decididos. Nossos parlamentares não se preocupam com o assunto, pois não é um tema bem visto pela maioria da sociedade. E como isso não “dá votos”, eles não demonstram interesse em julgá-lo. Diante desse descaso do Poder Legislativo, aguardemos que o STF se manifeste a respeito do assunto, pois, em um país em que o Legislativo é fraco, o Poder Judiciário se destaca, como de fato vem se destacando.

A título de exemplo, lembremos que diante da omissão legislativa sobre a lei que regulamentaria a greve dos servidores públicos, o STF se manifestou e, temporariamente, resolveu o problema. No mandado de injunção nº 708-DF, DJe

30/10/2008, determinou-se a aplicação das Leis n.ºs. 7.701/1988 e 7.783/1989 enquanto persistir essa omissão, nos termos previstos no art. 37, VII, da CF/1988.

As referidas ADI's e ADPF's ainda não foram julgadas também, mas torcemos para que isso ocorra o mais rápido possível.

Ao contrário do Legislativo, que se omite de sua função, o Poder Judiciário não pode fazer o mesmo. Os juízes não podem deixar de julgar uma causa, alegando a falta de regulamentação.

Todavia, isso tem gerado decisões desencontradas, o que acaba beneficiando uns e prejudicando outros.

É urgente a necessidade de uma jurisprudência uniforme e vinculante, o que será possível quando o nosso Pretório Excelso finalmente se manifestar sobre o assunto.

3.3. Tutela pelo direito de família

Há muito os relacionamentos homoafetivos vêm sendo regulado pelo direito das obrigações, em nítida violação aos princípios constitucionais da igualdade e não discriminação.

Aqueles que assim procedem, o fazem baseados na suposta necessidade de que a união estável seja composta por pessoas de sexos diferentes, e entendem que no caso dos relacionamento homoafetivos, haveria apenas interesse patrimonial.

Nesse sentido, o julgado do Tribunal de Justiça do Ceará:

Ceará - INCIDENTE PROCESSUAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE RECONHECIMENTO DE

SOCIEDADE DE FATO. CONVIVÊNCIA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. COMPETÊNCIA. REGÊNCIA DA RELAÇÃO PELO DIREITO DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO FINANCEIRA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. -A união entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil, não repercute no direito de família, haja vista a necessidade de dualidade de sexos, a teor do artigo 226, §§ 3º e 5º, da Constituição Federal de 1988. -A diversidade de sexos constitui requisito natural para o casamento e reconhecimento da união estável. -Caracterizada a convivência firme e segura entre homossexuais, os efeitos daí advindos devem ser decididos na esfera cível, posto que ocorrente apenas interesse patrimonial. -Conflito conhecido e improvido, no sentido de reconhecer a competência da vara cível.¹³

Todavia, esse entendimento mostra-se totalmente equivocado, conforme já explicado.

A união homoafetiva constitui uma modalidade de entidade familiar, e como tal, as ações em que esteja envolvida deve ser processada na Vara de Família.

Nos últimos anos, com o reconhecimento da existência da união estável homoafetiva por alguns tribunais, passou-se a admitir também o processamento pela Vara de família. Só que assim como o reconhecimento da união carece de entendimento uniforme entre os tribunais, a competência para julgar essa ações também.

Vejamos alguns julgados que admitiram o julgamento pela Vara de Família:

Rio Grande do Sul - JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. CONVIVÊNCIA HOMOSSEXUAL. COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. É competente a Justiça Estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais pois os efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. **São competentes as Varas de Família, e também as Câmaras Especializadas em Direito de Família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual** pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que são relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial. 3. É viável juridicamente a justificação pretendida pois a sua finalidade é comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito

¹³ TJCE, CC 2004.0001.0364-4/0, 12ª C. Cív., Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, j. 26.10.2006

patrimonial ou até previdenciário. Inteligência do art. 861 do CPC. Recurso conhecido e provido.¹⁴

Rio Grande do Sul - APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE DUAS PESSOAS DO MESMO SEXO. COMPETÊNCIA. LOCAÇÃO DE PARTE DO IMÓVEL QUE SERVIA DE MORADA COMUM. DESCABIMENTO. A competência para processar e julgar ações que visam o reconhecimento de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo é das Varas e Câmaras especializadas em Direito de Família. Precedentes jurisprudenciais. A locação de parte do imóvel que servia de morada comum é descabida. Ainda que existam entradas distintas, só há uma taxa condominial, uma conta de luz e uma conta de água. Logo, a locação só irá causar mais problemas entre as partes, que já estão em profundo litígio. Ademais, e talvez o mais importante, o agravado motiva seu pedido na necessidade de minorar seus gastos. Contudo, até agora, há fortes indícios de que o agravado tem recursos suficientes a demonstrar que não tem a menor necessidade de receber valores pela locação de apenas parte de um imóvel. Rejeitaram a preliminar. no mérito, deram provimento.¹⁵

Minas Gerais - AÇÃO DECLARATÓRIA - RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO HOMOAFETIVA - INDEFERIMENTO DA INICIAL - CASSAÇÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - NECESSIDADE DE CONFERIR REGULAR PROCESSAMENTO AO FEITO. 1 - É da vara de família a competência para processar e julgar ação declaratória de união homoafetiva por meio da qual as autoras pretendem assegurar-se direitos patrimoniais como entidade familiar. 2 - A possibilidade jurídica do pedido, como uma das condições da ação, consiste na averiguação abstrata a respeito da viabilidade da pretensão deduzida frente ao ordenamento vigente. 3 - Afastados os argumentos, nos quais se pautou o Juiz 'a quo' para indeferir a inicial, e uma vez evidenciada a possibilidade jurídica do pedido, cassa-se a sentença, determinando o regular processamento do feito, para que seja aferido o mérito da questão litigiosa.¹⁶

Rio Grande do Sul - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA FAMÍLIA. O juízo da família é o competente para processar e julgar as causas que versam sobre uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. NEGADO PROVIMENTO.¹⁷

Conforme análise das jurisprudências citadas, o relacionamento homoafetivo merece ser tutelado pelo direito de família, pois o fato de ser constituído por pessoas do mesmo sexo não afasta a união permeada pelo afeto e respeito mútuo.

Achamos extremamente preconceituoso e discriminatório classificar

¹⁴ TJRS – AC 70002355204– 7ª C. Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 11/4/2001

¹⁵ TJRS – AI 70015415789, 8ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 16.11.2006

¹⁶ TJMG – AC 1.0024.05.817915-1/001(1), Rel. Des. Silas Vieira, j. 25/01/2007

¹⁷ TJRS, AI 70027172428, 8ª C. Cív., Rel., Des. Rui Portanova, j. 27.10.2008

relacionamentos afetivos como meras relações obrigacionais, afinal, o sexo das pessoas não é suficiente para determinar seus interesses e sentimentos.

E por isso, toda modalidade de relacionamento afetivo que preencha os requisitos mínimos da união estável deve ser respeitada pelo Estado e tutelado pelo direito de família.

Há muito tempo o conceito de família foi ampliado. Não vivemos mais a época em que só a família decorrente do casamento merecia tutela jurídica.

A sociedade evolui e de fato evoluiu muito nos últimos anos e o direito não pode ignorar essa realidade e se manter inerte, sob pena de se tornar obsoleto.

A concepção moderna de família baseia-se na mútua assistência afetiva, que consiste na vontade de firmar uma relação íntima e estável de união. Valoriza-se hoje a afetividade em detrimento da consangüinidade e de critérios como normalidade e capacidade de ter filhos.

CAPÍTULO 3

4 - AS CONQUISTAS JÁ ALCANÇADAS E O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL CONFERIDO AO TEMA

4.1 - A jurisprudência

Os relacionamentos homoafetivos são fatos sociais. É uma realidade presente na sociedade, e o fato do Poder Legislativo não ter regulamentado a situação dessas pessoas, não muda a sua existência.

Ao contrário do Poder Legislativo, o Poder Judiciário vem dando respostas às ações que chegam até ele. E graças a essas decisões, esses casais vêm adquirindo cada vez mais direitos.

É certo que muitos direitos ainda faltam ser conquistados, pois hoje pode-se apontar uma lista com uns 78 direitos concedidos aos casais heterossexuais e negados aos homossexuais, como por exemplo o reconhecimento da união estável, a possibilidade de casar, a impenhorabilidade do bem imóvel em que o casal reside, a adoção do sobrenome do parceiro, a possibilidade de assumir a guarda do filho do cônjuge, poder acompanhar o parceiro servidor público transferido, ter direito à metade dos bens em caso de separação, etc.

Mas as conquistas já alcançadas devem ser comemoradas, pois em outros tempos era quase impossível um casal homossexual adotar uma criança, por exemplo, mas hoje, esse direito vem sendo cada vez mais reconhecido.

Os Tribunais vêm percebendo que o direito é uma ciência dinâmica que deve acompanhar os avanços da sociedade e as mudanças de comportamento do ser

humano. E como o fato social sempre antecipa o jurídico, a jurisprudência deve antecipar a lei. Nesse sentido é o magistério da eminente Maria Berenice Dias:

Como sempre, na ordem comum dos acontecimentos, em uma perspectiva histórica, o fato social antecipa-se ao jurídico, e a jurisprudência antecede a lei. Mesmo que não se aceite a existência de uma família homossexual, mesmo que não se queira ver uma entidade familiar para aplicar-lhe a legislação infraconstitucional a ela referente, existe um interesse merecedor de proteção. A omissão do legislador não deve servir de obstáculo à outorga de direitos e imposição de obrigações às relações homoeróticas.¹⁸

Seguindo essa linha, o STJ, no Resp 889.852/RS, reconheceu o direito de um casal homoafetivo adotar duas crianças. Vejamos:

MENORES. ADOÇÃO. UNIÃO HOMOAFETIVA. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. ... Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfilhação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles.¹⁹

Como pôde ser observado na jurisprudência supracitada, o STJ e mesmo antes dele, alguns tribunais do país, já vêm concedendo a adoção aos casais homoafetivos.

E não poderia ser diferente, pois não se pode concluir que a relação

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 86

¹⁹ STJ, 4ª Turma, REsp 889.852-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/4/2010

homoafetiva, por si só, traga malefícios ao menor, pelo contrário, haja vista que essa relação guarda muita semelhança com a relação heterossexual, estruturando-se no afeto e respeito recíprocos.

Ademais, estudos especializados mostram que não há nenhum problema nessa espécie de adoção.

O que deve prevalecer, seja quem for o adotante, é o interesse e o bem estar do menor e, no caso analisado pelo STJ, ficou mais do que evidente que a adoção só traria benefícios ao casal de irmãos.

A adoção por casais homoafetivos possui, inclusive, vantagens em relação aos demais casais, uma vez que aqueles costumam adotar crianças que geralmente ninguém quer, talvez, por conhecerem como ninguém a dor da rejeição.

A seguinte decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul ratifica nosso posicionamento. Vejamos:

Rio Grande do Sul - APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.²⁰

No âmbito do Direito Previdenciário, importantes conquistas também foram alcançadas.

A Previdência Social incluiu os parceiros homossexuais entre os

²⁰ TJRS, AC 70013801592, 7ªC. Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.04.2006

dependentes de Classe I, ou seja, ao lado do cônjuge, filhos menores de 21 anos e do dependente inválido.

A instrução normativa INSS/PRES nº 20 de 10 de outubro de 2007, dispõe, em seu art. 30 que o companheiro ou a companheira homossexual de segurado inscrito no RGPS passa a integrar o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei nº. 8.213, de 1991, para óbito ou reclusão ocorrido a partir de 5 de abril de 1991, ou seja, mesmo anterior à data da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº. 2000.71.00.009347-0.

A AGU, recentemente (4 de junho de 2010), expediu parecer favorável, em que reconhece o direito de receber benefícios previdenciários por quem vive em união homoafetiva estável. Esse direito foi concedido aos dependentes de trabalhadores da iniciativa privada.

O reconhecimento da união estável homoafetiva pela maioria dos tribunais do país tem garantido decisões que tutelam também os direitos sucessórios dos componentes desses relacionamentos. Vejamos duas decisão a respeito:

Sergipe - AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. TUTELA ANTECIPADA. CABIMENTO. REQUISITOS PRESENTES. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO ASSEGURADO AO SUPOSTO CONVIVENTE. MODIFICAÇÃO DA DECISÃO "A QUO". A concessão da tutela antecipada, prevista no art. 273 do CPC, exige prova inequívoca e verossimilhança da alegação, conjugados com receio fundado de dano irreparável ou de difícil reparação. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feições de família. A marginalização dessas relações constitui afronta aos direitos humanos, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. No caso concreto dos autos, as provas acostadas aos autos demonstram, nesta fase recursal, indícios da existência da suposta união homoafetiva, o que se torna imperiosa a modificação da decisão a quo, assegurando ao agravante, até a decisão final da Ação Declaratória tombada sob o nº 200910600216, o direito real de habitação no imóvel em que residia com o seu suposto

companheiro, já falecido. Recurso conhecido e provido.²¹

Pará - PROCESSUAL CIVIL APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (...) A existência de um estreito vínculo de união do de cujus e o requerido, que levou o falecido a outorgar uma procuração ao réu, com poderes, inclusive, em causa própria, sobre o imóvel que ora reside o apelado, demonstra a confiança e vontade do de cujus em ver beneficiado o réu, legitimando as alegações do recorrido, para mantê-lo na posse do veículo, como depositário fiel. Recurso conhecido e improvido. Unânime.²²

Os direitos sucessórios que começam a ser concedidos, ainda que de forma tímida, evidenciam apenas os direitos normais decorrentes de uma união estável reconhecida, o que vem fortalecer e ratificar a posição defendida no presente trabalho de que não há vedação alguma para que essas uniões sejam reconhecidas e tuteladas pelo direito.

4.2 - Lei Maria da Penha

A lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, representou um grande avanço para o reconhecimento das uniões homoafetivas.

Isso porque em seu artigo 2º, a referida lei previu a proteção da mulher, independentemente de sua orientação sexual: “Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, **orientação sexual** [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”. (grifo nosso)

Assim, ao afirmar que a lei protege a mulher, independentemente de sua orientação sexual, abrange as lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar e de convívio.

E o alcance da lei tem extensão maior, pois como a lei visa coibir violência

²¹ TJSE - AI 0856/2009, Grupo III, 1ª C. Civ., Rel. Des. Suzana Maria Carvalho Oliveira, j. 14.09.2009

²² TJPA – AC 20083004535-5, 3ª C. Civ. Isolada, Rel. Des. Leonam Gondim Da Cruz Júnior, j. 26.03.2009

que ocorre no ambiente doméstico, isso significa que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares, visto que violência doméstica é aquela que ocorre no seio da família.

CAPÍTULO 4

5 - REPERCUSSÕES SOCIAIS POSITIVAS DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO MODALIDADE DE UNIÃO ESTÁVEL

5.1 - Homofobia e suas consequências

A homofobia é a aversão ou o medo que algumas pessoas sentem com relação aos homossexuais. Ela pode desencadear reações como a discriminação, o preconceito, abusos verbais e atos de violência. E infelizmente, tem se tornado uma epidemia nacional.

Segundo Luiz Mott, professor de antropologia da Universidade Federal da Bahia e fundador do GGB - Grupo Gays da Bahia, o Brasil, apesar de possuir internacionalmente a imagem de ser um país onde os gays e as lésbicas são socialmente aceitos, esconde uma desconcertante realidade: é considerado mundialmente o campeão em assassinatos de homossexuais.

A título de exemplo, basta analisarmos algumas notícias coletadas em jornais de grande circulação referente aos anos de 2009 e 2010. Vejamos:

MACEIÓ - Os crimes de homofobia, que fazem parte dos chamados crimes de ódio - intolerância contra minorias raciais, sexuais, físicas, religiosas ou políticas que se caracteriza por insulto, destruição do patrimônio, agressão física e assassinato, praticados com requintes de crueldade, como tortura, uso de múltiplos instrumentos e muitos golpes - continuam crescendo no Nordeste e no Brasil. Isso foi o que constatou um levantamento realizado neste mês de abril pelo Grupo Gay da Bahia. Os dados retratam uma realidade nada animadora. Em 2008 cresceram em 55% os crimes do gênero, foram 190 contra 122 no ano anterior, em 2007. Em Alagoas, os registros foram de 19 assassinatos. O estado de Pernambuco liderou o número de assassinatos de homossexuais, com 27 registros. O levantamento, que tomou como base clippagens de jornais e telejornais, revelou que 64% das vítimas eram gays, 32% eram travestis e 4%, lésbicas

(...)²³

RIO - Nas escolas públicas brasileiras, 87% da comunidade - sejam alunos, pais, professores ou servidores - têm algum grau de preconceito contra homossexuais. O dado faz parte de pesquisa divulgada recentemente pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP) e revela um problema que estudantes e educadores homossexuais, bissexuais e travestis enfrentam diariamente nas escolas: a homofobia.²⁴

SÃO PAULO. Só 1% dos brasileiros maiores de 16 anos não têm preconceito contra homossexuais. Entre 26% e 29% - mais de um quarto da população - assumem não gostar de gays, lésbicas, travestis ou transexuais. Os demais até disfarçam, mas 99% caíram na malha fina de uma pesquisa nacional feita pelas fundações Perseu Abramo, ligada ao PT, e Rosa Luxemburgo, mostra reportagem de Soraya Aggege, publicada neste domingo pelo jornal 'O Globo'.²⁵

RIO - Há 20 dias o estudante de Serviço Social Flavio Silva anda acuado no alojamento da UFRJ onde mora, no campus do Fundão. Flavio conta que, no dia 9 de setembro, ele e outros militantes foram vítimas de um ato homofóbico, quando afixavam cartazes e panfletos nos corredores sobre um evento justamente contra opressões. Segundo ele, um universitário vizinho se incomodou com a foto de um beijo entre dois homens no cartaz, arrancou os panfletos e os queimou sob os gritos de "Eu já sou obrigado a conviver com um viado morando em frente, e ainda colam coisas de viado na minha porta!".

Uma amiga de Flavio que pediu para não ser identificada, com medo de retaliações, registrou a ocorrência como injúria na Delegacia da Mulher. O caso chegou ao conhecimento do Conselho de Ensino de Graduação (CEG) da UFRJ, mas, mesmo assim, Flavio continua a ser ameaçado: - Ele diz para eu tomar cuidado, pois os oito caras mais fortes do alojamento estão do lado dele. Me sinto ameaçado, pois ele pode me encontrar e me agredir. No corredor, não tem segurança. Chego a ficar sem forças. Fui atingido na minha moral. E não foi um fato isolado. Isso podia acontecer com qualquer pessoa - lamenta o estudante.²⁶

Um levantamento sobre violência contra homossexuais realizado em Campinas (93 km de SP) e região mostrou que policiais militares e guardas municipais estão entre os principais agressores de lésbicas, gays, travestis, transexuais e bissexuais.

O Mapa da Violência e Discriminação LGTTB, elaborado pela prefeitura de Campinas, foi divulgado nesta semana durante uma audiência na Câmara Municipal da cidade.

No total, foram registrados 290 casos de agressão, incluindo "agressões verbais". Dessas, 51 foram cometidas por policiais militares e

²³ Pernambuco lidera assassinatos de homossexuais no país. Disponível em: <http://oglobo.globo.com>. Acessado em 29/09/2010, às 18:05.

²⁴ Pesquisa revela que 87% da comunidade escolar têm preconceito contra homossexuais. Disponível em: <http://oglobo.globo.com>. Acessado em 29/09/2010, às 18:45.

²⁵ Pesquisa mostra que 99% dos brasileiros têm preconceito contra homossexuais. Disponível em: <http://oglobo.globo.com>. Acessado em 29/09/2010, às 18:30.

²⁶ Estudantes homossexuais são vítimas de homofobia no alojamento da UFRJ, no campus do Fundão. Disponível em: <http://oglobo.globo.com>. Acessado em 29/09/2010, às 18:23.

guardas municipais da região.

O mapeamento foi realizado de janeiro de 2005 a maio de 2010. Dos 290 casos, quatro resultaram em morte.

Os gays são os principais alvos de agressões, com 145 casos. O tipo de violência mais comum foi a agressão verbal, com 129 casos.

Situações de violência física foram as mais registradas, somando 65 casos, seguidas por impedimento de entrada em locais e ameaça.²⁷

Um informativo atribuído aos alunos da Faculdade de Ciências Farmacêuticas da USP (Universidade de São Paulo), campus Butantã, causou polêmica ao incitar a homofobia na universidade. Uma edição do periódico "O Parasita", cujos autores assinam com pseudônimos, desafia: "jogue merda em um viado".²⁸

A coletânea apresentada demonstra um pouco da realidade brasileira.

Uma pesquisa realizada pelo Grupo Gay da Bahia revelou que em 2009, a cada dois dias um homossexual foi morto no Brasil. O total de mortes no ano passado foi 198. E esse ano, apenas nos dois primeiros meses, já se noticiam 34 homicídios.

Esses crimes, conhecidos como crimes de ódio, são marcados pelo uso de requintes de crueldade, como a aplicação de muitos golpes, queimaduras, enforcamento, tiros e aplicação de tortura.

É um absurdo que tantas pessoas morram por causa de sua orientação sexual.

A discriminação e o preconceito estão entranhados em nossa cultura. Daí a necessidade de proteção jurídica aos relacionamentos homoafetivos para que a sociedade passe a enxergar essa minoria com mais naturalidade.

Acreditamos fielmente que a partir do momento em que o Poder Legislativo ou o Poder judiciário legalizarem essas uniões, o número dos crimes de ódio irão diminuir.

²⁷ Folha.com - Cotidiano - Levantamento indica que gays são mais agredidos por policiais - 19/06/2010. Disponível em <http://www.folha.uol.com.br/> Acessado em 29/09/2010, às 18:33

²⁸ Suposto informativo de alunos da USP incita universitários a jogar fezes em gays. Disponível em: <http://oglobo.globo.com>. Acessado em 29/09/2010, às 18:13

Quando o próprio Poder Público deixar de violentar essas pessoas com a omissão de seus direitos, os cidadãos passarão a vê-las com mais respeito e tolerância; o que caracteriza mais um forte argumento para a regularização e reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos como uma modalidade de união estável e a oportunidade de ser criada mais uma ação afirmativa que garanta o direito das minorias.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações homoafetivas sempre foram tratadas com discriminação, truculência e despreço. Uma análise histórica do assunto mostra que ela já transitou entre o pecado e o crime. Mas, nas últimas décadas, de forma progressiva, essas relações vêm adquirindo respeito e aceitação.

Persiste a necessidade de reconhecimento jurídico dessas relações pois, apesar da nossa Constituição Federal não possuir norma expressa a respeito da relação homoafetiva, ela não proíbe o reconhecimento dessa relação como modalidade de união estável. O termo “homem e mulher” utilizado no artigo 226, § 3º da Constituição trata-se de uma norma inclusiva que veio superar a diferenciação entre o casamento e as relações de companheirismo entre o homem e a mulher, não podendo, portanto, ser considerada como norma de exclusão.

Ademais, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, dentre outros, força a aplicação do regulamento da união estável aos relacionamentos homoafetivos.

Infelizmente, o que se observa é a falta de motivação política e a inércia dos Poderes Judiciário e Legislativo para regulamentar esse fato social que sempre existiu e jamais deixará de existir.

Registre-se, aliás, que é urgente e indispensável a regulamentação dessas uniões, visto que a jurisprudência tem variado bastante em suas decisões, o que gera uma grande insegurança jurídica.

A sociedade e nossos legisladores não podem continuar fingindo que não vêem o crescente número de famílias formadas por companheiros do mesmo sexo, e muito menos, aceitar que esses companheiros fiquem desprotegidos em caso de eventos como a viuvez, separação, invalidez etc.

Os nossos legisladores precisam se desvincular de preconceitos, concepções subjetivas e conceitos religiosos, para garantir a efetividade de direitos a quem só quer ter garantido o direito à felicidade.

Não existe crueldade maior que manter seres humanos à margem da lei e da proteção estatal por causa de pensamentos arcaicos e preconceituosos.

É certo que o reconhecimento das uniões homoafetivas por alguns doutrinadores e tribunais do país já representa uma grande vitória, mas ainda não é o bastante para proteger, garantir e efetivar o direito dessas pessoas.

É necessário a edição de uma norma clara que tutele expressamente o direito desses casais para que a sociedade passe a vê-los com mais naturalidade e aceitação.

Afinal, ser diferente não é ilícito e todos temos o direito de termos nossa dignidade tutelada e respeitada.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BROD, Jairo Luis. Quando o legislativo não legisla...: o caso do projeto de lei 1.151/1995, que disciplina a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em www.direitohomoafetivo.com.br, acessado em 11 de agosto de 2010, às 10:30.

BURGER, Marcelo Luiz Francisco. União Homoafetiva: um enfoque luso-brasileiro . Disponível em www.direitohomoafetivo.com.br, acessado em 25 de julho de 2010, às 11:30.

DIAS, Maria Berenice. As uniões homoafetivas no STJ . Disponível em www.direitohomoafetivo.com.br, acessado em 05 de maio de 2010, às 14:30.

Estudantes homossexuais são vítimas de homofobia no alojamento da UFRJ, no campus do Fundão. Disponível em: <http://oglobo.globo.com>. Acessado em 29/09/2010, às 18:23.

FERNANDES, Jacinta Gomes. União Homoafetiva como entidade familiar - Reconhecimento do Ordenamento jurídico Brasileiro. Disponível em www.direitohomoafetivo.com.br, acessado em 05 de maio de 2010, às 16: 15.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 650.

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. O "casamento" de gays. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - acessado em 16 de março de 2010, às 18:30.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado/ Pedro Lenza - 13 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

Levantamento indica que gays são mais agredidos por policiais - 19/06/2010. Disponível em <http://www.folha.uol.com.br/> Acessado em 29/09/2010, às 18:33.

LOMANDO, Eduardo e Adriana Wagner. Reflexões sobre os termos e conceitos das relações entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em www.direitohomoafetivo.com.br, acessado em 05 de junho de 2010, às 17:30.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes,

Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional/ Alexandre de Moraes. 22.ed. - São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Euclides de. União Estável Homoafetiva. Disponível em www.direitohomoafetivo.com.br, acessado em 05 de setembro de 2010, às 15:45.

Pernambuco lidera assassinatos de homossexuais no país. Disponível em: <http://oglobo.globo.com>. Acessado em 29/09/2010, às 18:05.

Pesquisa revela que 87% da comunidade escolar têm preconceito contra homossexuais. Disponível em: <http://oglobo.globo.com>. Acessado em 29/09/2010, às 18:45.

Pesquisa mostra que 99% dos brasileiros têm preconceito contra homossexuais. Disponível em: <http://oglobo.globo.com>. Acessado em 29/09/2010, às 18:30.

RABELO, Manuela Cibim Kallajian. Uniões homoafetivas: atual situação jurídica. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/1797> , acessado em 23 de novembro de 2010, às 18:05.

Suposto informativo de alunos da USP incita universitários a jogar fezes em gays. Disponível em: <http://oglobo.globo.com>. Acessado em 29/09/2010, às 18:13.

VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO/ Anne Joyce Angher, organização. - 9. Ed. - São Paulo; Rideel, 2010. - (Coleção de Leis Rideel).