



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

FABÍOLA REJANE CLEMENTINO VIEIRA

**A DISSOLUÇÃO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL E SEUS EFEITOS
PATRIMONIAIS**

**SOUSA - PB
2007**

FABÍOLA REJANE CLEMENTINO VIEIRA

**A DISSOLUÇÃO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL E SEUS EFEITOS
PATRIMONIAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Ma. Giorgia Petruce Lacerda e Silva Abrantes.

**SOUSA - PB
2007**

Fabiola Rejane Clementino Vieira

**A DISSOLUÇÃO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL E SEUS EFEITOS
PATRIMONIAIS**

**Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina Grande,
em cumprimento dos requisitos
necessários para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.**

Aprovado em: ____ de _____ de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

**_____
Giorggia Petrucce L. e Silva Abrantes – Mestre – UFCG
Professora Orientadora**

**_____
Professor(a) – Titulação – Instituição**

**_____
Professor(a) – Titulação – Instituição**

Dedico este trabalho com fervor e emoção aos meus pais, Vieira e Lenice, que me ofertaram dignidade e muita fé, encorajarem-me sem medidas e jamais desacreditaram.

A meu irmão, Fábio pela presença substancial em minha vida, trazendo-me graça e alento.

A meu namorado, Fernando, criatura honrada e promovedora de meus maiores e melhores sonhos, dividindo sempre meus fardos e jamais me permitindo enfraquecer.

A minha tia, Galvani, solucionando meus conflitos e amparando-me sob qualquer circunstância.

Aos amigos que, de modo incomparável e surpreendedor contribuíram para minha pesquisa.

Em especial à família Gonçalo pelo apoio consolador e ilimitado, garantindo-me resistência e equilíbrio durante os amargos e hoje, passados, dias.

Agradeço ao ser supremo, que me fez conhecer a força surreal que surge dos que dispõem de fé. Pelos testes transpostos em família e pelas graças alcançadas.

Agradeço aos meus amigos "anjos", Thedy Gonçalo, Rafaela Ivna, Eduardo Pordeus e Jailton Araújo, mestres pela tolerância e disposição em sempre servir.

Agradeço à Mãe Rainha, santa de minha devoção e amparadora nas orações. Aprendi por minha santa mãe, adorá-la e agradecê-la pelas graças alcançadas.

Agradeço, especialmente, a minha brilhante e generosa orientadora Giorggia Petrucce pela paciência incansável e pelo modo meigo e gentil de conduzir esta pesquisa.

"Sorrir
Quando a dor te torturar
E a saudade atormentar
Os teus dias tristonhos,
vazios
Sorrir
Quanto tudo terminar
Quando nada mais restar
Do teu sonho encantador
Sorrir
Quando o sol perder a luz
E sentires uma cruz
Nos teus ombros cansados,
doloridos
Sorrir
Vai mentindo a tua dor
E ao notar que tu sorris
Todo mundo irá supor
Que és feliz."

Composição: Charles Chaplin/G.Parson/J.
Turner - versão: Braguinha

RESUMO

Este trabalho objetiva promover a discussão acerca da dissolução das uniões entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivas) sob o viés dos efeitos obrigacionais daí decorrentes. Ademais, analisa-se a evolução dos conceitos de família, exatamente quando se defende que com o progresso constante dos valores sociais e a realidade atual da comunidade familiar, quando se propicia que abarque em sua base novas formas de constituição das entidades familiares. As pessoas homossexuais têm, portanto, sob o prisma de proteção a dignidade da pessoa humana e da igualdade constitucional, os mesmos direitos e os mesmos deveres ante a sociedade, possibilitando-se assim que sejam relegados efeitos jurídicos semelhantes às uniões entre homem e mulher. Dessa forma, não se descarta da contribuição do Poder Judiciário, com o manejo dos preceitos constitucionais, para salvaguardar os direitos das minorias, em particular quando se reconhece um novo paradigma em face do instituto da Família (constitucionalmente assegurado) visto sob o aspecto afetivo.

Palavras-chave: Homossexualidade/Dignidade Humana/Entidade familiar/Dissolução/Efeitos patrimoniais

ABSTRACT

This work aims to promote discussion about the dissolution of unions between persons of the same sex (homoafetivas) under the bias of the effects heritage resulting. Moreover, there analyzes the evolution of the concepts of family, exactly when it argues that with the constant progress of social values and the current reality of the family, when it provides that embraces its base in new ways of formation of the entities relatives. People homosexuals have therefore the prism of protecting human dignity and equality constitutional, the same rights and duties before the same society, thereby enabling it to be relegated legal effects similar to unions between men and women. Thus, it is not overlooks the contribution of the Judiciary, with the management of constitutional precepts, to safeguard the rights of minorities, particularly when it recognizes a new paradigm in the face of the Institute of the Family (constitutionally guaranteed) seen from the aspect affective.

Keywords: Homosexuality/Human Dignity/Entity family/Dissolution/Effects heritage

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABGLT – Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transexuais.

CCJS – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.

CF. 88 – Constituição Federal de 1988.

DPVAT – Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre.

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.

PA – Pará.

PB – Paraíba.

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

RGPS – Regime Geral de Previdência Social.

STF – Supremo Tribunal Federal.

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados.

TJ-GO – Tribunal de Justiça de Goiás.

TJ-PB – Tribunal de Justiça da Paraíba.

TJ-RS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

TJ-SP – Tribunal de Justiça de São Paulo.

TRT-PB – Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba.

TRT-SP – Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo.

TSE – Tribunal Superior Eleitoral.

UFCG – Universidade Federal de Campina Grande.

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1. DA HOMOSSEXUALIDADE.....	13
1.1 O conceito.....	13
1.2 A científica e a homossexualidade.....	15
1.3 A influência das religiões.....	18
1.4 A homossexualidade sob a ótica das antigas civilizações.....	20
1.5 Uma visão contemporânea sobre homossexualidade.....	22
CAPÍTULO 2. ESTUDOS SOBRE O INSTITUTO DA FAMÍLIA.....	27
2.1 À guisa de conceitos.....	27
2.2 A concepção constitucional de família.....	28
2.3 A conceituação de união estável.....	31
2.4 A família monoparental.....	32
2.5 O moderno modelo de família.....	34
CAPÍTULO 3. DOS EFEITOS PATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.....	37
3.1 A homossexualidade e o princípio da dignidade humana.....	37
3.2 Homossexualidade e união de fato.....	42
3.3 Aspectos jurídicos sobre partilha de bens.....	45
3.4 Dos reflexos jurídicos das relações homossexuais.....	47
3.5 Sobre os bens que integram o patrimônio dos conviventes.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	58
ANEXOS.....	61

INTRODUÇÃO

Pretende-se com este trabalho analisar o Direito de Família sob uma visão constitucional, além de verificar as variadas formas de constituição de família hoje existentes. Ao alcance deste propósito, far-se-á uma avaliação do processo histórico-evolutivo pelo qual atravessa o conceito de família, isto por que é ela uma instituição que com o passar dos anos assumiu valores morais possíveis de editar uma renovada estrutura na atualidade das relações sociais.

Buscar-se-á a apreensão sobre o tema através, inicialmente, do modelo de família aceito e unicamente reconhecido pelo Estado e pela sociedade até o aparecimento da Constituição da República de 1988, bem como os modelos existentes atualmente amparados e pela Lei Maior.

Fazendo-se o estudo da família contemporânea, verificar-se-á o desvio da idéia de ser o matrimônio a única e legítima forma de organização familiar, desde que reconhecendo o caráter informal que predomina nas uniões não-oficiais. Para tanto, será assumido como norte para fundamentação deste moderno modelo de constituição familiar a afetividade.

Através de um viés sociológico, a compreensão do relacionamento homoafetivo, ganhou uma conotação alicerçada na afetividade, em que o afeto está presente independente do sexo dos parceiros, deixando-se de realçar o antigo aspecto de vínculo unicamente de ordem sexual.

Dentre tantos propósitos deste trabalho, serão analisadas as influências religiosas que determinaram o pensamento e os costumes da humanidade, assim como os fatores sociais que contribuíram para a aceitação dos novos modelos de organização familiar previstos e assegurados pela Constituição vigente.

Em última análise, serão tomados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação e da igualdade como alicerces fundamentais para sustentar uma futura regulamentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo conferindo-lhes o *status* de família e a proteção patrimonial justa e emergente, quando da ocorrência da dissolução.

Por fim, organizar-se-á este trabalho em três partes: na primeira far-se-á uma abordagem da homossexualidade, trazendo uma digressão histórica baseada no

retrato social das civilizações clássicas até a atualidade. Na segunda parte vislumbrar-se-á uma apresentação dos modelos tradicionais de família, assim como dos avanços comportamentais que acabaram por influenciar e remodelar suas estruturas. No terceiro tópico será exposta a questão do Direito brasileiro diante da partilha de bens na realidade de uniões homoafetivas, concedendo relevância à legislação nacional.

CAPÍTULO 1 – DA HOMOSSEXUALIDADE

Tão antiga quanto à heterossexualidade, a homossexualidade, acompanha a história da humanidade sem conseguir aceitação, despertando, contudo, tolerância. As mudanças dos costumes, bem como as alterações dos códigos sociais, influenciaram a maneira de interpretar o amor entre iguais, em razão do que as diversas culturas e civilizações revelaram sua existência, e as imposições ainda hoje destinadas às uniões homossexuais, representam o rechaço ao comportamento e a prática homossexual.

1.1 – O conceito.

A homossexualidade refere-se à situação na qual o interesse e o desejo sexual reúne pessoas do mesmo sexo. É uma das possibilidades verificadas de manifestação da sexualidade e afetividade humana. A homossexualidade é um comportamento apreendido, um padrão duradouro de organização do desejo sexual.

Segundo cientistas do comportamento humano, as causas da homossexualidade, em sua maioria, estão relacionadas a problemas na área familiar. Vale ressaltar alguns fatores predisponentes da homossexualidade, tais como: inversão de papéis dos pais (mães dominadoras e pais passivos), ausência paterna, falta de afetividade e toques físicos, moralismo excessivo, separação dos pais. Experiências sexuais com pessoas do mesmo sexo (colegas, parentes) ocorridas na infância, abuso sexual ocorrido na época da formação da identidade sexual e a própria escolha de praticar a homossexualidade durante a adolescência também podem ser causas dessa opção sexual (TAÍSA FERNANDES. 2004, p. 21).

A homossexualidade é definida como a preferência sexual por indivíduos do mesmo sexo. Este conceito é um tanto vago, já que o termo preferência pode conotar a tendência a escolher, optar, e hoje se reconhece que a homossexualidade não é mais vista como opção, mas como uma orientação sexual normal e definida na infância e, conforme estudos mais hipotéticos, até mesmo genética.

A sexualidade humana é um fenômeno complexo. Entre a atração forte e exclusiva de um homem por uma mulher, de um homem por outro homem, ou de uma mulher por outra mulher, o que consiste em uma infinidade de sensações sexuais e emocionais: o desejo, a excitação ou mesmo a frieza em qualquer relacionamento humano depende dos indivíduos inseridos em determinada situação, e não em quaisquer

das especificações arbitrárias que poderiam ser impostas através de sociedade, tais como os rótulos que tentam definir se o indivíduo é heterossexual ou homossexual.

Seria o sentimento homossexual a atração, a aproximação amorosa por pessoa do mesmo sexo, diferenciando tais indivíduos da maioria, ao menos no que se refere à orientação sexual, visto que em nada diferem em outros aspectos. É, portanto, uma relação de troca e afetividade, envolvimento íntimo entre pessoas do mesmo sexo.

Como vai acontecer na órbita da sexualidade, os temas são abordados sob o estigma da dissimulação e da tolerância, abstraindo-o das verdadeiras e relevantes questões, encurtinando-o e silenciando-o de modo a despertar profunda curiosidade.

Absorve-se, destarte, uma tendência controladora sobre o exercício da sexualidade, permitindo-se emitir um juízo de valor direcionado eminentemente ao comportamento sexual (SPENCER. 1999, p. 96). Em razão disso, acerca da homossexualidade, entende-se que se trata de perversão, desvio de conduta, dado o seu caráter distanciado dos padrões da normalidade, ditado esta pela heterossexualidade.

Para Costa (1998 p. 24-27), a “perversão está no comportamento preconceituoso e não na expressão da sexualidade minoritária. Perversa é a imposição pela violência do modo de satisfação de um indivíduo sobre o outro”.

De acordo com Brandão (2002, p. 17):

(...) pode-se afirmar que o homossexual é a pessoa que se relaciona, quer de fato, quer de forma fantasiosa, imaginária, com parceiros pertencentes ao mesmo sexo que o seu, mantendo-se, todavia, satisfeita com o seu sexo biológico.

Afirma Costa (1998, p. 38), ao visualizar o modo como as relações homossexuais são que o confronto natural entre a concepção do dito normal e do anormal exprime-se pela sacralização da família, instituição social historicamente associada a casamento e prole, partindo sempre de uma relação heterossexual.

Numa compreensão nitidamente maniqueísta, e, portanto, limitadora da visão dos fatos, estabelece-se um ordenamento do que é correto e saudável, e no pensar de Marilena Chauí (1991, p. 25) essa padronização do pensamento sobre o comportamento sexual, representa uma perigosa repressão à liberdade do sexo, impulsionada por um conjunto de interdições, permissões, normas, valores e regras estabelecidas histórica e culturalmente. Conservadoramente, hoje, explica-se a

homossexualidade como uma anomalia dos tempos presentes. Sendo fruto da intolerância social, dessa postura depreende-se a indignidade, a ironia e a hostilidade.

1.2 – A ciência e a homossexualidade

Tanto quanto a heterossexualidade, a homossexualidade confunde suas origens com as raízes da própria humanidade, e embora não encontre aceitação expressa da sociedade repousa no mínimo da tolerância, o que não é suficiente, haja vista o caráter evoluído a que a comunidade, no auge da mundialização da informação atingiu.

As interpretações que a ela foram associadas revelam a diversidade de entendimento e explicações, indicando que a homossexualidade, no dizer de José Maria Fernandes (2002, p. 26) “é uma variante que mesmo preferida, não é desejada, porém é lógica e normal”.

Ante a diversidade de pareceres, percebe-se que é impossível qualquer tentativa de simplificação. Os mais díspares aspectos, e a inexistência de cientificidade defraudam as várias tentativas de emoldurar a sexualidade do ser humano. Martins da Silva (1995, p. 33), apresenta uma série de classificações na tentativa de denunciar as tendências eróticas existentes, mas relata que existe uma real impossibilidade no tratamento do tema da sexualidade quase invencível.

A origem etimológica da palavra homossexual é homo = *omós* = igual. Procura do mesmo sexo (masculino ou feminino). O termo homossexualidade foi introduzido por um médico húngaro, no século XIX, e apesar de sua conotação clínica inicial, passou a significar a realidade humana total das pessoas cuja pulsão sexual se orienta para indivíduos do mesmo sexo, conforme ensina Marciano Vidal em *Ética da sexualidade* (2002, p. 76).

Em Roma, segundo Brito (2000, p. 42) a pederastia ritualizada, era considerada, inclusive, pedagógica. A homossexualidade estava num patamar igual ao das relações entre casais heterossexuais. A censura restringia-se ao caráter passivo da relação, posto que a passividade era exercida por mulheres, escravos e rapazes, todos excluídos da estrutura de poder, e implicava debilidade de caráter. Tem-se, então, como revela Sílvia Morici (1998 p.156,) "clara relação entre masculinidade-poder político e passividade-feminilidade carência de poder".

Durante a década de 80, todos os estudos da medicina legal convergiram no sentido de classificar o homossexualismo¹, segundo Hélio Gomes como "perversão sexual que leva os indivíduos a sentirem-se atraídos por outros do mesmo sexo, com repulsa absoluta ou relativa para os do sexo oposto". Contudo, leciona Maria Berenice Dias (2001, p. 43) que:

A Classificação Internacional das Doenças. CID, que existe há pouco mais de um século, identificava o homossexualismo como um desvio ou transtorno sexual. Abandonada a idéia de ver a homossexualidade como doença, passou ela a ser encarada como uma forma de ser diferente da maioria, diferenciando-se apenas no relacionamento amoroso e sexual. Em 1993, a Organização Mundial de Saúde inseriu-a no capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. Na 10 a. revisão do CID-10, em 1995, foi nominada de .Transtornos da Preferência Sexual.

Segundo Graña (1996, p. 554) o homossexual em sentido clínico, seria um indivíduo que, na idade adulta, é motivado por uma violenta atração erótica preferencial por indivíduos do mesmo sexo e que, em geral (mas não necessariamente) tem relações sexuais com eles.

Pode-se dizer que a homossexualidade, em sentido amplo, é toda atividade na qual o efeito da atração e da estimulação é originado por uma pessoa do mesmo sexo. Em sentido estrito, refere-se apenas ao contato genital e ao prazer sexual. Pode ser, também, apenas por imaginação.

Conforme analisa Dias (2006, p. 35) é necessário distinguir a inclinação, propriamente sexual, em relação a uma pessoa do mesmo sexo, da homofilia. Esta indica a inclinação erótica de um homem a um outro homem ou de uma mulher a outra mulher, sem implicar no conseqüente contato sexual entre eles.

Uma experiência como essa pode ter um simples valor gratificante ou estar motivada por fatores alheios a uma verdadeira homossexualidade: a ausência do outro sexo em determinados meios, uma etapa transitória da evolução sexual, atração e curiosidade por um comportamento desconhecido.

O evidente é que nem todos que experimentaram tais práticas devem ser considerados homossexuais, da mesma forma que a ausência dessas práticas também não significa que a pessoa possui uma tendência heterossexual.

¹Termo atualmente em desuso e considerado até pejorativo, em virtude do sufixo *ismo*, que propicia um conteúdo interpretativo que denota ser a homossexualidade (como é reconhecida hoje a orientação sexual que indica atração e desejo sexuais por um indivíduo do mesmo sexo) uma doença.

Entende-se por homossexualidade, no dizer de Marciano Vidal (2002, p. 160) a “condição humana de um ser pessoal que, no nível da sexualidade, se caracteriza pela peculiaridade de sentir-se constitutivamente instalado na forma de expressão exclusiva na qual o partenaire é do mesmo sexo”.

Com relação às causas que levam uma pessoa a escolher ser homossexual, há muitas teorias. Apesar das inúmeras questões abertas no plano teórico, a ciência distingue três tipos de causas:

A biológica relacionada à hereditariedade. Note-se que quanto a esta teoria, muitos pontos ainda precisam ser esclarecidos; em particular, nem sempre é claro, em que medida se poderia herdar a inclinação homossexual. Para a teoria biológica, o problema é causado pelos genes e hormônios, numa disfunção hormonal.

De acordo com a teoria psicológica, a homossexualidade seria causada por influxos ambientais desfavoráveis. Um pai autoritário pode, por exemplo, estabelecer na filha uma aversão ao outro sexo; uma mãe autoritária, ou que mantenha o filho demasiadamente ligado a si, pode suscitar no jovem um sentido de repulsa verso o sexo feminino e estimulá-lo a procurar um partner do próprio sexo.

Tais experiências são capazes de se imprimir tão profundamente nos jovens de modo a dificultar-lhes o liberar-se da homossexualidade, ou, quase sempre, não permite superá-lo completamente. Assumindo a forma de neurose, equivale a uma doença e pode ser fruto de um complexo de inferioridade e, pelo que parece, ser a causa mais comprovada, já que o papel da mãe e do pai é muito importante na formação do indivíduo.

Tratando-se de um viés sociológico, segundo esta concepção, a homossexualidade estaria ligada às circunstâncias sociais. Assim quando pessoas do mesmo sexo se unem em associações e grupos, podem estabelecer relações homossexuais mesmo que, inicialmente, não se tenham agregado com esta intenção.

Outrossim, certas mudanças improvisadas na situação social podem exercer, aqui, certa influência. Pense-se, por exemplo, em um homem que, após graves desilusões, se separa da mulher e transfere a aversão que experimentou por ela ao sexo feminino; também, o caso inverso pode acontecer com uma mulher, que se encontre na mesma situação.

É certo que, de um modo geral, a homossexualidade não decorre de apenas destas causas, mas da afluência de diversas causas, ou, no dizer de Antônio Chaves, (*apud* FERNANDES, 2004, p. 21-24) o sexo merecia um conceito plurivetorial, na medida em que decorreria de fatores genéticos, sociais e psicológicos, a homossexualidade não era perversão ou mesmo doença, e sim uma variação do desenvolvimento sexual, cujos fatores potencializadores seriam um intenso enlace infantil de caráter erótico e esquecido depois pelo indivíduo, a um sujeito feminino, geralmente a mãe; enlace provocado ou favorecido pela excessiva ternura da mesma apoiado depois por um distanciamento do pai da vida infantil do filho.

Lançada a premissa inicial, parte-se para a análise da liberdade de crença religiosa, para, ao final, proceder-se à análise de situações concretas de difícil tutela pelo Direito.

1.3 – A influência das religiões

Desde os primórdios, a homossexualidade esteve presente nas mais diversas civilizações e culturas. Como bem expressa Pereira (1997, p. 160) "a homossexualidade existe desde que o mundo é mundo", antecede qualquer padrão de conduta que, porventura, o legislador tenha imaginado inserir em moldes normativos.

A prática de atos homossexuais está inserida no contexto da história da própria humanidade, tendo em vista sua aceitação, embora com algumas restrições, na Antiguidade Clássica.

A maior carga de preconceito em face das uniões homossexuais, indubitavelmente, advém da Igreja Católica que, seguidora das bases do Cristianismo e, conseqüentemente, dos seus dogmas e inabaláveis preceitos de ordem cristã, admite apenas a família constituída pelo casamento, como se esta modalidade de união fosse a única dotada de legitimidade, digna de reconhecimento perante os olhos da classe eclesiástica.

Mesmo a união estável, instituição constitucionalizada e acobertada pelo manto protetivo do Estado desde a promulgação da Constituição da República, em 1988, não é visualizada com bons olhos pela corporação de sacerdotes, pois, conforme Sicília (*apud* DIAS, 2006, p. 27) sob a ótica da Igreja "somente o casamento, uma convenção social, chancelava a família e conferia-lhe o selo de qualidade total".

Conforme a doutrina cristã, a homossexualidade representa um pecado, é vista como um desvio dos padrões éticos de conduta, além de ser considerada um comportamento ultrajante nas sociedades pautadas na moral e nos bons costumes, merecedora apenas de repúdio e escárnio social.

No ramo da psicologia individual, conforme aponta Spencer (1999, p. 40) não há avanços dignos de nota, tendo em vista que "as discussões sobre a homossexualidade não progredem há um século e a síndrome da mãe protetora/pai ausente, ou qualquer outro modelo psicológico parece agressivo, inútil e por fim inteiramente dispensável".

Digna de registro é a breve e conclusiva opinião do mesmo autor acerca do tema objeto desta pesquisa, para quem "a homossexualidade não deveria ser explicada, ela apenas existe." A Igreja Católica tem nas relações homossexuais a identificação da perversão, da aberração da natureza, condenando qualquer relação sexual prazerosa, vista esta como transgressão da ordem natural, daí considerar-se o contato sexual restrito ao casamento e exclusivo aos fins da procriação.

Destas informações, advém a justificativa para a condenação da homossexualidade, em especial a homossexualidade masculina, dada a perda do sêmen. Para São Tomás de Aquino o sexo era o caminho da procriação, em face da necessidade de ocupação dos vazios geográficos e reposição da humanidade, visto ser a expectativa de vida de 30 anos.

Via-se o matrimônio como um remédio enviado por Deus ao homem para livrá-lo dos pecados da carne. Inaceitável, portanto, o amor carnal, vez que imbuído de prazer e distanciado da procriação levaria o homem ao distanciamento de Deus (MORICI, 1998, p. 147).

De acordo com os estudos de Spencer (1999, p. 144) a partir da Santa Inquisição a Igreja Católica parte para a penalização severa e brutal aos atos homossexuais, chegando a reconhecer a sodomia como o maior dos crimes da humanidade.

O repúdio e a intolerância à homossexualidade era tamanho, que as legislações do século XII e XIII penalizaram sua prática com a pena de morte. Como afirma Dias (2006, p. 28), a "expressão *vox populi, vox Dei*, representava que qualquer

atitude em desacordo com a maioria estava em desarmonia com a vontade divina e, por consequência, as minorias deveriam ser castigadas por implícito atentado a Deus”.

Tornou-se, na Idade Média, sagrada a união heterossexual, dando ao matrimônio uma forma válida e indissolúvel aceita pela igreja. O ato sexual é, pois, a fonte de pecado, somente podendo ser praticado quando para o “crescei-vos e multiplicai-vos”, tal como escreve Barros (2001, p. 5).

A partir do século XX, a determinação do poderio “heterossexual-machista” cede lugar a uma organização familiar que pretende a dignidade da pessoa humana, conforme dita Prado (1995, p. 64). Deflagra-se o distanciamento entre Estado e Igreja, num ato de verdadeiro repúdio à obediência de normas ditadas pela religião, e aquilo que se interpretava como descumprimento dos dogmas de fé capaz da provocação da ira divina de modo implacável.

1.4 – A homossexualidade sob a ótica das antigas civilizações.

Sabe-se que as antigas sociedades orientais, de caráter politeísta, desenvolveram um sistema patriarcal que lhes denota consequente orientação culturalmente sexista. Já o ocidente desenvolveu uma série de códigos apoiados no seu vínculo cristão-romano-católico, mediante princípios que definiram imutavelmente o espectro das leis sexistas.

A crença única da força física e psicológica imposta sobre a afetividade sensorial possibilita os traços marcantes, e unânimes dessa onipotência inquestionável. A figura do homem e da mulher é justificada pela monogamia cristã como sendo atributo imprescindível à procriação da espécie humana.

O contato afetivo e/ou sexual entre pessoas do mesmo sexo durante os períodos civilizatórios da humanidade também sofreu diversificadas concepções. As pessoas adeptas de tais práticas possuíam *status* discrepante, que variou num continuum de aceitação e segregação, nas múltiplas culturas existentes.

Assim, o homoerotismo foi abordado de diferentes formas e por diversos saberes na história das civilizações ocidentais, tanto que na Grécia antiga o contato afetivo e pedagógico entre um adulto e um jovem era considerado uma instituição na cultura grega. Assemelhava-se, pois a uma permuta de favores, onde um obtinha o

aumento de seus conhecimentos e habilidades e o outro recebia em troca, a beleza e as carícias do jovem aprendiz. Esta prática era denominada pederastia e possuía normas e regras para se realizar. O que é notável na cultura grega, e será omitido pelas sociedades posteriores, é a indiferença em relação ao sexo como objeto de desejo (FERNANDES, 2004, p. 38).

Outrossim, os cidadãos gregos podiam obter prazer com outros homens e com suas esposas e amantes. Seguindo esta tradição, os cidadãos romanos praticavam o coito sexual com escravos, mulheres e prostitutas, e por isso não recebiam qualquer sanção judicial ou moral. A passividade nas relações com os escravos masculinos era o único motivo de desonra e de desgosto perante a sociedade romana (RIOS, 2001, p. 110).

Com o advento do Cristianismo, o contato entre pessoas do mesmo sexo passou a ser objeto de sanções maiores. A sodomia, denominação presente nos evangelhos e imposta a tais práticas, passou a ser coibida a partir da sua categorização como pecado contra a natureza e sujeito de penalizações tais como o aprisionamento, a excomunhão, a morte nas fogueiras, o desterro, o confisco de bens e de outras atrocidades.

A partir do início da Idade Moderna os sodomitas foram perseguidos pelos instrumentos jurídicos, pois, mesmo tida como crime, a sodomia será reforçada pela moral burguesa que se instalava, juntamente com as forças cristãs remanescentes da Reforma Protestante nos séculos da modernidade pederastas ou sodomitas foram amplamente discriminados e violentados pelas instituições que pregavam a norma burguesa do sexo para a reprodução dentro do casamento heterossexual (DIAS, 2006, p. 29).

Em meados do século XIX, a homossexualidade passou a ser vista com mais relevância embora, não tenha trazido nenhum benefício aos homossexuais que continuavam sendo tratados com hostilidade, fato que por muitas vezes levava-os ao suicídio (VELOSO, 1999, p. 25).

Entrementes, deu-se verdadeiramente uma revolução na sociedade quando Freud inovou o conceito de homossexual ao defini-los como seres não suficientemente desenvolvidos para chegarem à plenitude do sexo genital heterossexual,

o que causou grande escândalo, pois desde o período do pensador Aristóteles o sexo encarado como mero veículo de procriação (MORICI, 1998, p. 170).

Durante o Cristianismo deveras, a homossexualidade era vista como algo repugnante, uma anomalia psicológica, e até a década de 60, era considerada crime entre os ingleses. (DIAS, 2006, p. 30) A proliferação dos movimentos tidos como libertários, visam a aceitação de uma nova realidade. Formam os homossexuais, um grupo coerente, que embora ainda marginalizado, tomaram consciência de sua identidade, na reivindicação de seus direitos, contra uma sociedade que não os aceita.

1.5 – Uma visão contemporânea sobre a homossexualidade.

Com a promulgação da Carta da República de 1988 apresentou-se a família brasileira com novas e reformadas vestes, o que significa dizer, em outras palavras, que o Direito de Família, ao ser constitucionalizado, atravessara por um processo de democratização que marca com a inserção de princípios basilares, como o pluralismo familiar, a igualdade entre os cônjuges e companheiros, o princípio da liberdade e o da não-discriminação.

Há uma nova concepção de família, conseqüência do declínio do modelo patriarcal que vigorou no Brasil por todo o século passado, não apenas no direito, mas também, e, sobretudo, nos costumes.

Dias (2006, p. 102), em breve síntese, diz que:

A família tinha um perfil patriarcal e hierarquizado. Pelo casamento, tornava-se a mulher relativamente capaz, sendo obrigada a adotar o sobrenome do marido. Bem definidos eram os papéis dos partícipes do clã: o homem como provedor, responsável pelo sustento da família; a mulher como mera reprodutora, restrita ao ambiente doméstico, à administração da casa e à criação dos filhos. A finalidade essencial da família era sua continuidade. Para haver a certeza biológica da filiação, valorizava-se a fidelidade da mulher, sendo a virgindade um sinal externo de respeitabilidade.

Porém, esta realidade não perdura nos presentes dias, como prova de que o modelo patriarcal antes existente entrou em crise cedendo espaço para o surgimento de novos agrupamentos familiares nos quais, acima de tudo, prevalece o afeto como elo de ligação entre os membros que o compõem.

Portanto, ao se reconhecer na família brasileira na atualidade como fruto de um processo de democratização e, portanto, protegida constitucionalmente pelo Estado, deixou-se de lado a velha concepção de família, instituída exclusivamente por meio do casamento e com nítida finalidade procriacional, ou seja, o casamento perdeu o *status* de único meio legítimo e fundante da família.

Percebe-se, na atualidade, que o conceito de família foi ampliado e o artigo 226, da Carta Magna, parágrafos 3º e 4º traduz-se em expressão máxima do princípio do pluralismo familiar, visto ter albergado, além da união estável, também a família monoparental, ou seja, aquela formada por um dos pais e sua prole.

Todavia, conforme adverte Martins da Silva (1996, p. 118), a travessia ainda não se completou, eis que as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, sob a ótica do legislador, não se encontram em um grau de dignidade suficientemente significativo a ponto de merecer a proteção estatal, o que na esteira de evolução social atual acaba por não condizer com a realidade dos fatos.

A própria lei civil, recentemente posta em vigor, não foi audaciosa o bastante para vencer a barreira do preconceito, inserindo em seu capítulo referente à proteção da família a necessária regulamentação que as uniões homossexuais impõem diante da necessidade de adequação da realidade às leis civis.

Segundo Ricardo Fiúza (2004, p. 38-39), deputado federal e relator do projeto do Novo Código Civil, há consciência da relevância do tema, embora o assunto ainda exija longo e profundo debate com a sociedade civil. No entanto, o relator deixou de perceber que a sociedade civil a qual se refere é exatamente a sociedade onde reina o pluralismo de interesses, idéias, preferências e orientações. Ainda afirma o relator que o Projeto de Lei n.º 1151/1995 veio ao encontro de uma realidade fenomenológica que não é despercebida pelos operadores do direito.

Em que pesem as considerações formuladas pelo Relator, vale registrar a opinião, em clara manifestação de preconceito, do jurista Ives Gandra Martins (DIAS 2002, p. ano, p. 96) ao se referir ao Projeto da ex-deputada Marta Suplicy, afirmando que:

Parece-me de manifesta inconstitucionalidade o projeto de lei da Deputada Marta Suplicy, pretendendo dar ares de entidade familiar à união de pederastas e de lésbicas, visto que tal tipo de entidade não é reconhecido pela Constituição, não representa a formação de uma entidade familiar e agride, inclusive, o conceito de família hospedado pela Lei Suprema.

Apesar das opiniões divergentes, cumpre informar que embora o referido projeto ainda se encontre no aguardo de apreciação pelo Congresso Nacional, a parceria civil a que se refere o Projeto de Lei n.º 1151/95 tem sido acolhida pela jurisprudência e por parte da doutrina como sociedade de fato, alcançando conseqüências de ordem previdenciária e patrimonial, e exigindo, portanto, a produção de moldes normativos condizentes com a realidade.

No que pesa tal assertiva, aduz Araújo (2007, p. 77) no sentido de que:

Esquecem-se, todavia, alguns civilistas tradicionais, que em mencionadas relações seu principal escopo não é amealhar lucros e dividendos como uma simples união com fins comerciais. O objetivo destas uniões (entre pessoas do mesmo sexo) é constituir e manter um lar, uma convivência pacífica, reconhecida e respeitada por todos, onde o principal elo é o afeto, assim como qualquer união estável formada por um par de pessoas de sexos opostos.

Neste sentido, ressalta-se o avanço verificado em algumas decisões dos tribunais brasileiros, destacadamente o do Rio Grande do Sul que, valendo-se da analogia e da aplicabilidade dos princípios jurídico-constitucionais, já concede alguns direitos como: a meação do acervo patrimonial comum; a concessão da guarda de filho em caso de um dos parceiros ser mãe ou pai biológico; a inclusão do parceiro como dependente em plano de saúde; e a pensão em caso de morte, na hipótese de o parceiro ser segurado do INSS (FREITAS, 1996, p. 18).

No âmbito legislativo verifica-se a inserção de dispositivos que, explicitamente, proíbem a discriminação por orientação sexual. Nesse sentido, encontram-se as constituições dos estados de Sergipe e Mato Grosso, assim como a lei orgânica municipal de Porto Alegre e de mais 74 outros municípios gaúchos.

Cumpra mencionar, ainda, a aprovação da Lei Municipal n.º 9791, de 12/05/2000, pelo município de Juiz de Fora – MG que estipulou a aplicação, via administrativa, de rigorosas multas impostas àqueles que se valerem de práticas discriminatórias por orientação sexual, em manifesto desrespeito ao princípio da dignidade humana, amplamente assegurado pelo Texto Constitucional.

Mesmo diante destes avanços, ainda não se pode falar em exercício efetivo da democracia no âmbito das relações familiares. É fato que a família, como dito

anteriormente, cumpriu um processo de democratização, que em sede de Direito de Família, é apenas democratizante, ou seja, ainda não se concretizou por completo, eis que ainda restam os excluídos, a minoria, e entre eles encontram-se os homossexuais.

Sob a perspectiva de uma efetiva realização da democracia, o paradigma do Estado Democrático de Direito se insurge e exige mecanismos que possibilitem realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesse mesmo passo, aduz o constitucionalista José Afonso da Silva (2007, p. 43) que "todo Estado de Direito sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais."

Deve-se ainda registrar, nas palavras do processualista e constitucionalista Rodrigues (2002, p. 23) que:

(...) o Estado que se tem que estudar, aperfeiçoar e implantar é o da pós-modernidade: é o do Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde, por norma indubitosa, o Estado brasileiro há de se ater à principiologia constitucional da democracia (incisos I a V e parágrafo único do art. 1º).

Embora de forma sucinta, tais pontuações acerca do atual paradigma constitucional, o do Estado Democrático de Direito, bem como da efetiva consolidação da democracia, fazem-se necessárias para que se possibilite o exame das legislações alienígenas no tocante às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Resta claro que nos países com maior grau de desenvolvimento, seja político, econômico ou social, a democracia não consiste em mero princípio basilar da Constituição, pois sua aplicação teórica transcende os limites da simples previsão constitucional e a democracia não representa apenas um ideal do legislador constituinte, mas verdadeiro *locus* onde é possível exercer os direitos inerentes aos cidadãos.

Ademais, vê-se que através de um viés sociológico, a compreensão do relacionamento homoafetivo ganhou uma conotação alicerçada na afetividade, em que o afeto está presente independente do sexo dos parceiros, deixando-se de realçar o antigo aspecto de vínculo unicamente de ordem sexual.

Diante da evolução dos costumes, e conscientes da presença da homossexualidade nos meios culturais e artísticos, significativos agrupamentos da sociedade passam a assimilar de modo mais aberto e desnudo de conceitos pré-estabelecidos sobre a homossexualidade. Os movimentos homossexuais assumiram uma postura respeitosa e determinante, reclamando seus direitos e ganhando espaço sem maiores constrangimentos. Segundo Dias (2002, p. 33-34):

A emergência da sexualidade foi assinalada pela popularidade da autodeterminação gay, que sugere colorido, abertura e legitimidade. O termo também trouxe uma referência à sexualidade como uma propriedade ou qualidade individual. (...) A prática sexual torna-se livre, ao mesmo tempo em que gay é algo que se pode ser, e descobrir ser, a sexualidade abre-se a muitos propósitos.

Verdadeiramente, essa nova atitude social modificou a visão rígida e intransigente sobre a orientação sexual das pessoas, muito embora ainda não se possa afirmar que tamanha evolução signifique em aceitação generalizada da homossexualidade e da uniões homossexuais.

CAPÍTULO 2 – ESTUDOS SOBRE O INSTITUTO DA FAMÍLIA

Sob a perspectiva das sociedades primitivas e da formação dos grupos com vistas à procriação, ter-se-á um conceito de família que antecede ao próprio Estado, considerando sua evolução histórica, as modalidades de associação e sua conseqüente constitucionalização, chegando finalmente a associação união homossexual e formação familiar.

2.1 – À guisa de conceitos

Não se pode pensar em sociedade sem antes pensar na família. A família é a célula *mater* da sociedade. Forma-a, desenvolve-a e a consolida. Em todos os tempos da humanidade se verificou a sua formação e o seu desenvolvimento por meio da família. Esta é, portanto, o embrião da sociedade (FREITAS, 2002, p. 25).

Todo agrupamento humano é formado por um elo a ligar cada um de seus indivíduos. Este elo é o fato de pertencerem ao mesmo tronco familiar, ou seja, o elo é a família.

Num sentido amplo, família é a reunião de pessoas, ligadas entre si pelo nexo de parentesco, procedentes dum tronco comum. Incluem-se os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, juntamente com os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que são denominados de parentes por afinidade ou afins. Há deste modo, a inclusão do cônjuge, que não é parente (FERNANDES, 2004, p. 43).

Igualmente, pode-se considerar a família restritivamente, compreendendo o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o poder familiar. Neste aspecto, há previsão constitucional no sentido de se ter como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (Constituição Federal, art. 226, § 4º). Considera-se a família, ainda, sob o aspecto sociológico, no qual se encontram as pessoas que vivem sob um mesmo teto, e na autoridade de uma mesma pessoa.

Há notícia de que nas civilizações primitivas a família era formada pela mãe e sua prole, por ser desconhecido o pai. Isso ocorria em virtude das constantes guerras entre tribos, que faziam as mulheres subjugadas por bravos guerreiros vindos de outras tribos. Até, por instinto natural (ou animal), os homens das tribos tinham relações

sexuais com diferentes mulheres, engravidavam-nas e deixavam com elas o produto de tais relações. Neste contexto, fala-se do surgimento da poligamia, conduta que seria mais tarde relegada a poucas tribos, hoje pouquíssimas civilizações. Mais tarde, por questões morais, religiosas e éticas, a concepção dominante era de que a família deveria surgir do casamento, ser monogâmica e liderada pelo ente detentor de maior força física: o homem (FACHIN, 2002, p. 15).

Se a família é fenômeno natural, justo que haja a família de fato, ou seja, aquela formada à margem do matrimônio. Durante muito tempo, o nosso legislador pátrio viu no casamento a única forma de constituição de família, negando efeitos jurídicos à união livre. Entretanto, sabe-se que união livre e concubinato são expressões semelhantes, abrangendo uma e outra a relação entre homem e mulher fora do matrimônio (FREITAS, 2002, p. 38).

2.2 – A concepção constitucional de família

A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas consagra a família como elemento natural e fundamental da sociedade, assegurado o direito de ser protegida pela própria sociedade e pelo Estado.

A lei deve protegê-la sempre e a Constituição brasileira vigente assenta, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visando a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos do artigo. 3º, incisos I e IV.

Aliado a estes objetivos, o princípio da dignidade humana, cuja previsão encontra-se no artigo 1º da Carta da República, merece especial destaque no cenário familiar (PINHEIRO, 2003, p. 15).

A família, pois está em constante e incessante transmutação e essas mudanças se fazem necessárias para que a entidade familiar possa acompanhar a evolução, agregando novos valores que despontam a cada dia nas diversas sociedades.

Exerceu, assim, forte influência no tocante à reestruturação da própria humanidade, especialmente se forem considerados os vários sistemas de formação de

núcleos familiares que, no decorrer da história da civilização, foram responsáveis pelo surgimento das várias formas de agregação familiar.

Ademais disso a família acompanha a evolução dos costumes e apresenta-se de formas diferentes para atender às necessidades humanas de cada época. Dentre os diversos modelos de agregação familiar, a família, vê-se que pode ser matrimonial, concubinária, monoparental, eudemonista e fusional, como sugere Rios (2001, p. 139) e, em algumas sociedades a família também pode originar-se da convivência homossexual.

Por influência da Desembargadora Maria Berenice Dias (2002, p. 68) preferiu-se denominar as uniões de homoafetivas, pois é o afeto o elemento norteador de toda e qualquer relação familiar, especialmente as formadas por pessoas do mesmo sexo.

A família matrimonial é o modelo mais tradicional e resultou da concepção patriarcal de família, na qual a mulher e os filhos não ocupavam posição de destaque, além de estarem submetidos à autoridade do chefe da família representado pelo *pater familias*. Entretanto, é a família eudemonista o modelo predominante nas sociedades atuais, pois nessa forma de agrupamento familiar são priorizados o bem-estar e a realização pessoal de seus membros.

Tomada a família romana como ponto de partida para a análise histórico-evolutiva do conceito de família, encontrar-se-á a posição do *pater familias* do Direito Romano, descrito no Digesto por Ulpiano, conforme aponta Sílvio de Salvo Venosa (2001, p. 170). Na Antiguidade, definiu-se a família como o grupo plural de pessoas que, pela natureza ou pelo direito, vive sob o poder de outra, com a notória supremacia do chefe familiar. O poder do pater era imposto aos filhos, esposa e escravos de forma rígida e quase absoluta. A família era considerada como instrumento de imortalização do culto familiar, sempre dirigido pelo pater.

Registre-se que, embora o afeto pudesse estar presente, não era este o elo de ligação entre os membros da família, e sim a religião doméstica e o culto dos antepassados. (DIAS, 2006, p. 63)

Com o casamento, o culto do lar dos pais era desprezado, passando a esposa a cultuar os deuses e antepassados do marido. Em Roma, durante esse longo período da antiguidade, a família era a instituição fundada no poder paterno ou marital.

Nas sociedades patriarcais, o homem exercia as funções de pai e marido e, por isso, era a figura principal, dotada de poder e autoridade sobre a mulher e os filhos.

Recorda Fustel de Coulanges (2003, p. 96), com precisão, como era o modelo patriarcal predominante em Roma:

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpaticantes um com o outro e querendo associar-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto.

Os atuais modelos de constituição familiar não advêm obrigatoriamente do casamento. Com a constitucionalização do Direito de Família, a partir de 1988, o legislador constituinte introduziu, nesta senda, o direito à igualdade entre homem e mulher, bem como o direito à igualdade entre filhos de qualquer origem, além da adoção do princípio do pluralismo familiar, pelo qual a Constituição albergou expressamente dois novos modelos de agregação familiar, quais sejam, a união estável e a família monoparental, cujas previsões encontram-se, respectivamente, no artigo 226, parágrafos 3º e 4º, do Diploma Constitucional.

No que pertine às uniões homossexuais, cujo debate é o que norteia esta pesquisa, verifica-se uma absoluta ausência de regulamentação, seja em sede de legislação constitucional como infraconstitucional. Nem mesmo a *novel* Lei nº. 10.406/2002, que se preferiu denominar Novo Código Civil, foi capaz de acompanhar a necessidade veemente de regulamentação que tais uniões ensejam.

Pereira (2004, p. 110) buscou registro nas Constituições brasileiras para descrever o processo evolutivo pelo qual passou a família ao longo dos anos. Segundo o autor, a primeira Constituição do Brasil, outorgada em 1824 pelo Imperador D. Pedro I, não fazia nenhuma menção à família ou ao casamento, limitando-se a tratar, em seu Capítulo III (art.105 a 115), da família imperial e seu aspecto de dotação.

A primeira Constituição republicana, datada de 1891, também não dedicou atenção especial à família, porém, em seu art.72, § 4º, dizia que "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".

A segunda Constituição da República (1934) dedicou um capítulo à família, onde em apenas quatro artigos (144 a 147) estabelecia as regras do casamento indissolúvel. Observe-se que foi a partir dessa Constituição que as seguintes passaram a dedicar capítulos à família e a tratá-la em separado, conferindo-lhe maior importância e significado.

Na esteira das Constituições anteriores, as Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 (Emenda Constitucional n.º 01/69) não inovaram ao adotar o sentido de que o casamento indissolúvel era a única forma de constituir-se uma família.

Logo, constata-se que a Constituição da República de 1988 pode ser considerada como um divisor de águas, já que antes de seu advento pouco ou nenhuma relevância tinham as relações advindas da família, prova de que reinava absoluto o aspecto econômico, sendo este o mais importante, senão o único, elo de ligação entre os membros de uma família.

2.3 – A conceituação de União Estável.

Até alcançar o patamar constitucional, extenso foi o trajeto percorrido pelo instituto da união estável. Por longos anos, as relações não oriundas do matrimônio foram o alvo de austeras críticas e discriminação por parte da sociedade marcada pelo pseudo-moralismo, da Igreja e seus arraigados e obsoletos valores ético-morais e, por óbvio, do Estado, uma super-organização supostamente dotada de sabedoria, argúcia, sensibilidade e prudência, a tal ponto que lhe fosse permitido invadir a esfera individual e pessoal dos cidadãos, especialmente no que se refere às relações advindas da família.

No dizer de Hironaka (2000, p. 17) "nos custou muito, na época em que vivemos obter o passaporte da aceitabilidade e o alvará da respeitabilidade para estas uniões, às quais, na atualidade, têm se convencido denominar união estável".

O artigo 226, parágrafo 3º, da Carta da República de 1988 é norma marcadamente discriminatória, pois viola o princípio da igualdade que, no artigo 3º, inciso IV do mesmo Diploma, proíbe o preconceito e a diferenciação das pessoas em razão de seu sexo, vale dizer, de sua preferência sexual.

O princípio constitucional da igualdade, alçado à categoria de princípio fundamental, concede proteção específica no que concerne às questões de gênero. De

forma explícita o artigo 3º, inciso IV, assim como o artigo 5º, inciso I, do Diploma Constitucional, veda qualquer tratamento desigual e de cunho discriminatório quando o motivo para tal diferenciação for o sexo.

A inserção do § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal criou no sistema brasileiro a figura da união estável, até então sem qualquer tratamento específico no arcabouço legislativo nacional, e desprezada pela maioria da doutrina, com a honrosa exceção do estudo e exame de casos concretos feitos pelo Poder Judiciário e trazidos por lidadores do Direito, que eram considerados avançados para a época.

Deu-se àquelas relações de fato e estabilizadas tratamento igual, pela via constitucional, àquele dispensado às uniões matrimonializadas, em atendimento a uma realidade nacional e a uma tendência crescente ao convívio sem a formalidade do casamento, mas com todas as características familiares estabelecidas pelo matrimônio.

É que o chamado pluralismo das entidades familiares - que Netto Lôbo (1989, p. 53) classifica como um dos novos "princípios do Direito de Família" - quebrou a hegemonia centenária do casamento no Direito brasileiro.

2.4 – A Família Monoparental

O Código Civil adotou como regra geral o conceito de família no seu sentido restrito, qual seja a comunidade formada entre cônjuges e sua prole, refletindo o pensamento machista e patriarcal da época.

Com as inovações constitucionais, admite-se uma maior flexibilidade na definição de entidade familiar, agora em sentido amplíssimo, alcançando, por exemplo, a comunidade formada pela mãe viúva e seus filhos.

A esse grupo formado por qualquer dos pais e seus descendentes dá-se o nome de família monoparental (artigo 226, § 4º).

Sendo o papel da moderna e plural entidade familiar o da promoção do bem-estar de seus membros, com respeito à esfera individual de cada um, mostra Cambi (2002, p. 105) que não soa distante dos princípios igualitários, que a Carta Federal oriente sua preferência pela conversão em casamento da união informal, sob cuja sugestão denota visível resquício discriminatório, temperando e acenando com uma

suposta e inexplicável vantagem para as pessoas legalmente casadas, quando contrapostas às que não casaram sob os desígnios do clássico matrimônio civil.

A Carta da República de 1988 menciona a família originariamente formada pelo laço formal do matrimônio, reconhecendo sua união estável, assim como em seu artigo 226, § 4º conduz ao *estatus* de entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Chama-se, aqui, a família monoparental, visto haver somente um genitor, vinculando-se os descendentes ao pai ou a mãe. Desta feita, percebe-se uma tendência no Brasil e no mundo em admitir outros modelos familiares, tendo no Estado a proteção merecida.

O surgimento destes modelos de instituições familiares prescindem-se de variados fatos, ou de uma faculdade de mulheres que geram filhos sem existir qualquer vínculo formal ou informal com o genitor, assim como, tais modelos poderão surgir de eventos como o abandono, a separação judicial, o divórcio ou ainda a morte de algum dos genitores.

No dizer de Leite (1997, p. 88):

As famílias monoparentais existem – e aí estão dados estatísticos a comprová-las –, as mães chefes de famílias idem e os filhos daí oriundos igualmente, todos confrontados com dificuldades materiais e pessoas que clamam do poder público uma solução ou um meio de amenizá-las.

Embora a Constituição Federal tenha expressamente mencionado este modelo de entidade familiar, inexistente ainda no Brasil, legislação verdadeiramente dedicada ao tema, apesar, é verdade, de sua relevância. Leite (1997, p. 132), numa das poucas literaturas a contemplar o assunto, observa que:

No caso brasileiro, a ocorrência da monoparentalidade tanto nos lares mais simples quanto nos abastados, atingindo a todos da mesma maneira. (...). A inserção, entretanto, na Carta Magna, é irrefutável manifestação de uma política familiar que não mais se limita aos padrões tradicionais, mas se estende, além dos preconceitos à realidade fática cotidiana.

Dizer que os riscos da informalidade, dando-se liberdade ao intérprete para caracterizar a união estável dentro dos parâmetros flexíveis, pode enfraquecer o casamento e alimentar a formação de uniões irregulares é valorizar mais a forma do que o conteúdo, no caso, mais a maneira de constituição da família do que a própria família.

Isto não pode mais ser aceito, as convenções não podem valer mais que os seres humanos, mas devem ser instrumentos utilizáveis a serviço da pessoa humana.

2.5 – O moderno modelo de família

Hoje, o que se apresenta como modelo de organização e estruturação familiar, em nada se assemelha aos moldes patriarcalistas do século passado, desatando-se da ordem obrigatória do casamento como único meio de se constituir o laço familiar.

A partir da constitucionalização do Direito de Família o legislador, insere o direito à igualdade entre homens e mulheres, e entre os filhos legítimos e legitimados, além do reconhecimento do princípio da união estável (art. 226, parágrafo 3º), e da família monoparental (art. 226, parágrafo 4º). Destarte, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) o maior marco de mudança do paradigma da família.

Vislumbrando as uniões homossexuais, vê-se de plano uma total e injusta ausência de regulamentação em sede constitucional e infraconstitucional. Ademais, faltou ao Novo Código Civil que marca referência e regulamentação, dada a necessária e urgente carência de amparo a que se prescinde de tais uniões.

A partir de tais paradigmas percebe-se a mudança a que se propõe para o conceito de família, uma vez que toda a estrutura familiar constitui-se de uma afetividade mútua entre os que a integram, desmembrando-se das ordenações meramente biológicas e atentando à concepção da relação sócio-afetiva.

Ao tratar do assunto em seu artigo 227, § 7º, a Constituição Federal decidiu aniquilar a preeminência da paternidade biológica, fazendo surgir a noção de paternidade responsável.

Distante deste ideário afetivo, juristas como Pontes de Miranda, Orlando Gomes e Sílvio Rodrigues vêem família como sendo a união de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cônjuges e prole, e tal conceituação está muito distante da atual realidade, sendo conceito absolutamente desprovido das sutilezas e subjetividades sob as quais se desnuda e envolve o tema.

Chegar a um conceito de família que se traduza fielmente o modelo imperado no século XXI, sem que se colimem multiplicidade social e amparo legal, é permitir o domínio preconceituoso e o ranço preponderante da antiga legislação.

Partindo para a fundamentação legal do tema, e após todo o arcabouço teórico, fácil é reconhecer que a Lei Maria da Penha, estatuinto em seu art. 5º, II, a família como sendo a compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa torna-se a primeira norma infraconstitucional a assegurar piamente o moderno conceito de família.

Destaca-se que o conceito de família se protraí no mundo jurídico, não apenas assumindo seus entes como os que são parentes, ou estão unidos pelos laços naturais e afins, mas àqueles que assim se acharem aparentados, unidos por vontade expressa.

Assim, a citada norma infraconstitucional avalia ineditamente que a idéia de família perpassa os moldes fixados impositivamente pelo ordenamento jurídico, mas, repousa na vontade livre e consciente de seus membros. Não forçosamente, conclui-se que tal concepção legal traz reconhecimento jurídico às uniões homossexuais como entidades familiares, quando em seu art. 5º, parágrafo único consagra que as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Neste sentido, é forçoso reconhecer-se, como assevera Luiz Araújo (2007, p. 55) que:

(...) é incipiente tal resposta do legislador às necessidades mais prementes desta parcela marginalizada da sociedade, mas não se deve olvidar que se caminha a passos largos rumo à proteção integral das uniões homoafetivas e da equiparação ao estado da união civil entre pessoas de sexos opostos como postulado básico do direito à igualdade em respeito, notadamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Reforça-se esse entendimento, ilustrando-o com os ensinamentos da Professora Dias que esclarece:

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade. A partir da nova definição de entidade familiar, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da omissão legislativa, não é possível emprestar-lhes efeitos jurídicos (...). Diante da definição de entidade familiar, não mais

se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica, visto que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica.

Como visto, foi o casamento a única instituição legítima e reconhecida pelo Estado. Aqueles que faziam a opção pelo matrimônio encontravam-se de acordo com a lei, enquanto os demais, em descompasso.

E o casamento, segundo o conceito de Pereira (2004, p. 106) é "a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente." A este conceito, acrescenta-se o fato de ser o casamento ato solene e, portanto, dotado de inúmeras formalidades para a sua realização.

Em paralelo, surgiram as uniões não-matrimonializadas, cuja característica básica reside exatamente na ausência de formalidades. O que norteia a formação das denominadas uniões livres é o sentimento, o afeto que, sendo forte o suficiente, enseja a concretização da união.

Verifica-se, hodiernamente, que este clássico conceito foi superado, seja pela evolução dos costumes como também pela falibilidade da expressão indissolúvel, que acabou por ensejar o surgimento da Lei n.º 6515/1977 (Lei do Divórcio), regulamentadora da possibilidade de dissolução do vínculo conjugal.

Segundo Fachin (2001, p. 172) "nessa evolução, a função procriacional da família e seu papel econômico perdem terreno para dar lugar a uma comunhão de interesses e de vida, em que laços de afeto marcam a estabilidade da família".

Com isso, é possível verificar que as mudanças operadas na seara do Direito de Família, assim como as diversas inovações legislativas que, indubitavelmente, refletiam as profundas mudanças na estrutura da família, foram responsáveis pelo enfraquecimento paulatino do modelo patriarcal outrora existente, culminando com uma verdadeira superação do paradigma da família institucional.

CAPÍTULO 3 – DOS EFEITOS PATRIMONIAIS NAS RELÇÕES HOMOAFETIVAS

A problemática que envolve o reconhecimento da homossexualidade estende-se aos efeitos patrimoniais. Estudos asseveram que as sociedades desamparam suas minorias, e aos homossexuais resta um ordenamento jurídico classificador do grau de liberdade deferido e o respeito que é imposto à orientação sexual.

3.1 – A homossexualidade e o princípio da dignidade humana

Considerando-se a problemática que cerca as relações entre pessoas do mesmo sexo, deve-se priorizar os aspectos jurídicos ali surgidas e, para tanto, não se identifica, ao longo do texto constitucional, proibição legal a garantia de liberdade para existência dessas uniões de fator inerente ao próprio princípio da liberdade.

A Constituição Federal consagra, em seu artigo 1.º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio de direito natural, positivado no ordenamento jurídico pátrio, ressalta a necessidade do respeito ao ser humano, independente da sua posição social ou dos atributos que possam a ele ser imputados pela sociedade.

Sempre é válido citar o comentário do professor Ferreira Filho (2000, p. 19) sobre o tema:

Dignidade da pessoa humana. Está aqui o reconhecimento de que, para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo.

O professor Alexandre de Moraes (2006, p. 89) dispõe de maneira semelhante:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Este dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.

Ora, se o ser humano constitui por si mesmo um valor, que deve ser respeitado e preservado, é fundamental que qualquer tipo de relacionamento posto entre seres humanos, desde que lícito, deve ser reconhecido pelo ente estatal, uma vez que os valores humanos fazem parte de seu próprio substrato emocional e intelectual. Essencial relembrar o grande Y Gasset (FREITAS, 2002, p. 12) em sua máxima: "Eu sou eu e minhas circunstâncias; se não as salvo, não me salvo".

Como corolário desse princípio, a Carta Magna também outorga, em seu artigo 5.º, inciso I, a isonomia legal entre homens e mulheres. Isso significa que a lei não pode instituir tratamento desigual entre pessoas que se encontrem numa mesma situação fática e/ou jurídica.

A partir desse entendimento, indispensável é reconhecer a coragem e a lucidez da oitava câmara cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao reconhecer a união homossexual a partir da inteligência do dispositivo constitucional (FREITAS, 2000, p. 25), neste termos:

A partida para a confirmação dos direitos dos casais homossexuais está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor fundante do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF/88, art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF/88, art. 5º, X) que, como assevera Fachin (2002, p. 15) formam a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo atributo inerente e inegável da pessoa que, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindível para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.

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 simples meio (imperativo categórico). Diversamente dos seres desprovidos de razão que têm valor relativo e condicionado e se chamam coisas; os seres humanos são pessoas, pois sua natureza já os designa com um fim, com valor absoluto (PINHEIRO, 2003, p. 65).

Reputa-se que o princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado apriorístico, preexistente a toda experiência, verdadeiro fundamento da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais; não é só um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem econômica, política, cultural, com densificação constitucional.

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

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.

Neste aspecto, crucial o entendimento alvitado por Luiz Araújo (2007, p. 32), para quem:

(...) se deve erigir como condição indissociável ao princípio da dignidade humana o respeito ao “direito de ser diferente do convencional ou do aceitável por uma parcela da sociedade”. O direito de se posicionar, de se manifestar a vontade, o pensamento, ou ter tal ou qual comportamento ou estilo de vida, de ser contra a intolerância e a favor da diversidade, da pluralidade... Isto é ter a dignidade preservada.

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

Neste sentido, assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e protetional da dignidade (FREITAS, 2002, p. 96).

Como limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade é algo que pertence necessariamente a cada um e que não pode ser perdido e alienado, pois se não

existisse, não haveria fronteira a ser respeitada; e como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que o Poder Público guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a sua promoção, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, que depende da ordem comunitária, já que é de perquirir até que ponto facultase ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade (FREITAS, 2002, p. 108).

Uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à idéia de autodeterminação no que diz respeito às decisões essenciais acerca da própria existência, bem como, da necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação (MORAES, 2006, p. 112).

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

Constou, pois, 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, com o Senhor (OLIVEIRA, 2002, p. 32).

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

Daí segue que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto na elaboração da regra de Direito quanto em relação à sua

aplicação, já que a consideração da pessoa humana é um conceito dotado de universalidade, que não admite distinções.

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

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

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º. da Constituição e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas em suas esferas pessoais, mediante a promoção positiva de suas liberdades.

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

Nesta linha, pode-se afirmar que, assim como nas uniões heterossexuais, o estabelecimento de relações homossexuais fundadas no afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, sem qualquer prejuízo a terceiros, diz com a proteção da dignidade humana.

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

Diante destes elementos, conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, fortalecendo estigmas

sociais e espezinhando um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

3.2 – Homossexualidade e união de fato

A expressão sociedade de fato tornou-se conhecida, como construção jurisprudencial, no âmbito das relações concubinárias. Foi consagrada na Súmula nº. 380/STF, prevista na Lei nº. 8.971/94 artigo 3º e, mais recentemente na Lei nº. 9.278/96 como presunção relativa de condomínio.

Um homem e uma mulher, em decorrência de uma comunhão de vidas, formavam um determinado patrimônio, que ficava no nome de somente um deles, geralmente o varão. Dissolvida a união, por morte ou desavença, o outro – geralmente mulher – ficava em péssima situação econômica.

Para corrigir este desequilíbrio, possibilitou-se o reconhecimento judicial da sociedade de fato entre os parceiros, com a conseqüente partilha destes bens. O autor, ele ou ela, até há pouco tempo atrás, teria que demonstrar que colaborou, direta ou indiretamente, para a formação do patrimônio (MAXIMILIANO, 2003, p. 87).

A existência de sociedade de fato não se confunde com convivência. A união estável, em si, não implica sempre numa sociedade de fato. E a recíproca também é verdadeira: a existência de uma sociedade de fato, em si, não implica sempre no reconhecimento de uma relação estável, numa entidade familiar.

Modernamente, aceita-se que a sociedade de fato pode ser reconhecida entre a(o) concubina(o) e o cônjuge adúltero. Isto não afeta os direitos patrimoniais do cônjuge traído, porque a questão se reduz à ótica obrigacional. Se os amantes com esforço recíproco formam certo patrimônio, o mesmo deve ser partilhado, ainda que um deles (ou mesmo ambos) seja casado com terceiro.

Não há afetação do regime de bens no casamento, porque o cônjuge adúltero não pode trazer para a comunhão mais do que por direito lhe pertence. Nem por isso, é de se frisar, estes amantes, em relação tipicamente adúlterina formam uma entidade familiar e a questão não é de direito de família (OLIVEIRA, 2002, p. 98).

De forma assemelhada ao que se descreveu acima, é perfeitamente possível que se reconheça uma sociedade de fato entre homossexuais. A questão, também aqui, é puramente de direito obrigacional.

Não se cuida de estabelecer a existência de uma família entre estes parceiros porque, se defendeu, não há família e por isso mesmo não se pode aplicar o artigo 5º da Lei nº. 9.278/96, pois que não há presunção de condomínio, já que essencial a prova de que houve colaboração, com dinheiro ou trabalho de um na formação do patrimônio do outro. Os aspectos íntimos da convivência homossexual entre estes parceiros é matéria estranha que não precisa ser abordada neste momento (VELOSO, 1999, p. 77).

Já há exemplos, na jurisprudência, que parecem orientar-se neste sentido. A admissibilidade de se declarar uma sociedade de fato entre homossexuais, portanto, é simples de se defender: estes parceiros podem formá-la como quaisquer outras pessoas, mesmo que não fossem homossexuais nem concubinos entre si.

EMENTA: Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Agravo provido. (Agravo de Instrumento nº. 599075496 Oitava Câmara Civil, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Breno Moreira Mussi, julgado em 17.06.1999)

Processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual.

EMENTA: Homossexuais. União Estável. Possibilidade Jurídica do Pedido. (Ap. Cível nº. 598362655 Oitava Câmara Civil, Tribunal de Justiça RS, Relator: Des. José Ataíde Siqueira Trindade. Julgado em 01.03.00)

Deve-se atentar ainda que, em certas circunstâncias, em qualquer dos casos, os indícios de que tal sociedade existe podem justificar a proteção possessória sobre os bens àquele dos parceiros (sócio) que está pleiteando (ou está em vias de pleitear) o seu reconhecimento.

Nestas circunstâncias, como ocorre também em qualquer união livre, pode haver composses dos bens por parte dos parceiros, mesmo homossexuais, e não simples posse de um em nome do outro (GIORGIS, 2002, p. 28).

Diferentemente, porém, no caso de locação residencial, a atual Lei do Inquilinato entende que ela tem caráter *intuitu familiae*, quer dizer, a família do locatário que se afasta, continua na locação, por força da sub-rogação estabelecida em lei. Como os homossexuais entre si não formam família, o benefício não lhes é aplicável (BORELLI, 2003, p. 32), o que obviamente lhes causa um injustificável (sob o aspecto Constitucional) prejuízo.

No Estado brasileiro, a jurisprudência majoritária tem reconhecido a união de fato como se sócios fossem os parceiros homossexuais, mas nunca uma entidade familiar. Estas parcerias configuram fato social e jurídico gerando efeitos jurídicos que configuram uma sociedade civil semelhante ao que ocorre nas uniões estáveis, no que diz respeito aos bens adquiridos durante o tempo de união entre o homem e a mulher.

Nos dias atuais, a união de fato entre homossexuais tem gerado efeitos jurídicos positivos no que se refere ao patrimônio. Tais conseqüências se são regidas pelos mesmos princípios que amparam as sociedades de fato havidas entre um homem e uma mulher, desde que com a participação de ambos ou ainda, o direito a indenização pelos serviços prestados por um dos parceiros (AZEVEDO, 1999, p. 44).

Tendo em vista o exposto, tem se reconhecido apenas uma sociedade de fato entre pessoas homossexuais e tão somente isso, pois que, na referida relação não há requisitos legais que configurem uma família. Apesar de muitos sensacionalismos por parte da imprensa não corresponderem aos verdadeiros teores dos julgados, é fato que as jurisprudências, com a valorização da afetividade humana, tem abrandado os preconceitos e formalidades desde que se cumpra os deveres da assistência mútua em um convívio estável caracterizado pelo amor e respeito e com objetivo de construir um lar.

É inquestionável, pois, que tal relação gera direitos e obrigações e não pode ficar omissa no âmbito do direito. Neste sentido, deve-se frisar a assertiva de Araújo (2007, p. 59), para quem todas as conquistas alcançadas até hoje pelas pessoas

homossexuais devem ser ampliadas, de molde que não sejam protegidas apenas em casos isolados que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário.

Aduz-se (LUIZ ARAÚJO, 2007, p. 59), ainda, que deve sim, haver um reconhecimento legal, expresso claramente delineado pelo Estado, de molde a facilitar a atuação dos órgãos julgadores, sendo norteado, portanto, para a satisfação dos direitos das minorias sexuais, em conformidade com os postulados constitucionais de igualdade, liberdade e solidariedade, e que, a partir deste entendimento, o direito a auto-afirmação das pessoas homossexuais seja reconhecido, sob o postulado da dignidade da pessoa humana, como respeito aos seus direitos mínimos.

3.3 – Efeitos Patrimoniais. Visão jurídica sobre partilha de bens

O diploma constitucional brasileiro consagra a existência de um Estado Democrático de Direito, cujo princípio fundamental mais relevante é o que se refere à dignidade da pessoa humana.

No seu artigo 3º, inciso V, a Carta Magna traz o seguinte enunciado "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Encaixa-se, portanto, perfeitamente, a proibição de discriminação sexual, vedando-se o repúdio a homossexualidade. Infelizmente, os princípios esculpidos pela lei de hierarquia superior, não são o bastante para assegurar o respeito à livre orientação sexual.

Foi por isso que se tentou através de um projeto de lei nº. 1.151/95 - entre os vários já apresentados, a substituição do nome união civil para parceria civil registrada, no intuito de descartar a possibilidade de se confundir com o casamento.

O projeto foi pautado para votação, mas nunca chegou a ser apreciado. Finda a união homoafetiva, o pedido que vai a juízo e encontra inúmeras barreiras é a partilha do patrimônio amealhado durante o período da existência da vida em comum.

A jurisprudência nacional, contudo, timidamente vem reconhecendo no máximo à divisão proporcional do patrimônio, nos julgamentos que envolvem a dissolução das relações entre pessoas do mesmo sexo (OLIVEIRA, 2002, p. 26).

Mas prevalece ainda uma concepção jurídica totalmente conservadora baseada no Código Civil que apresenta caráter estritamente patrimonialista, como é o caso do seu artigo 1981, que regula a sociedade de fato: "Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns".

Assim o deferimento da partilha de bens não é, para alguns magistrados, estado condominial decorrente da vida em comum, mas a mera repulsa da possibilidade de enriquecimento injustificado. Alguns ex-parceiros, sentindo-se injustiçados e discriminados acabam por recorrer ao Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1999, um dos órgãos do Poder Judiciário, que julgou em grau de recurso especial, da seguinte maneira: "o parceiro tem direito a receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência da sociedade de fato". Esta decisão não é uma solução freqüentemente utilizada pelos magistrados, que terminam por não se despir de sua valoração e prejudicam os interesses lícitos dos cidadãos nacionais de orientação homossexual (DIAS, 2001, p. 109).

Por conseqüência, em um julgamento, é analisada como prova a participação de cada um dos parceiros na formação do acervo patrimonial conquistado em conjunto. Tenta-se identificar o aporte econômico de cada parceiro para a aquisição dos bens, a fim de estabelecer a partilha proporcional.

Essas precauções tomadas na investigação, muitas vezes perpetram resultados que se distanciam de uma solução justa, principalmente, naqueles relacionamentos que guardam discrição, dificultando a probação testemunhal de que existia uma união homoafetiva entre os ex-parceiros.

Logo, trata-se como sociedade de fato o que nada mais é que uma relação de amor entre duas pessoas do mesmo sexo, uma sociedade de afeto mútuo. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, laços de afetividade, é mister reconhecer-se aos casais homossexuais os mesmos direitos deferidos as uniões heterossexuais de idênticas características.

O judiciário gaúcho possui uma corrente de magistrados que efetuam decisões cada vez mais progressistas nas questões referentes às uniões homoafetivas, em relação a todo um cenário nacional, tudo isso buscando subsídios na legislação que rege a união estável.

Tanto que a Sétima Câmara Cível determinou ultimamente a divisão igualitária do acervo patrimonial amealhado durante o período de convivência e a presunção de mútua colaboração levou ao reconhecimento do estado condominial (DIAS, 2006 p. 139).

3.4 – Dos reflexos jurídicos das relações homossexuais.

É cediço que no ano 2000 foi publicada a Instrução Normativa nº. 25, a qual estabeleceu procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

Tal diploma, basicamente, acerca dos procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios como a pensão por morte e o auxílio reclusão, a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual, desde que comprove a união estável e dependência econômica para como o segurado.

Enumera, pois, a norma os instrumentos que oferecem condições para comprovar a união entre o casal, priorizando a declaração de Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente; disposições testamentárias; escritura pública declaratória de dependência econômica (BORELLI, 2003, p. 16).

A referida instrução reconhece à união entre pessoas homossexuais natureza de união estável, embora limite os seus efeitos quando elenca as condições para a concessão do benefício, conferindo direito em requerimento de pensão por morte e auxílio reclusão.

Pode-se suscitar a natureza ousada da norma na regulamentação de benefícios em favor de companheiros homossexuais, bem como qualificar a convivência entre esses como constituintes de uma união estável, mesmo para os efeitos que a própria lei determina.

A construção jurídica conjugou o comportamento sexual elevando o fato à situação emergente da norma. Em juízo de princípios morais não se admite a ignorância da realidade. Assim, em meio à discussão sobre a disciplina da união entre homossexuais, o Direito Previdenciário não olvidou em reconhecer a condição de dependência criada por relações homoafetivas, independente da constitucionalização

desse novo modelo de família que, embora não possua os requisitos legais para o reconhecimento como entidade familiar, não deixa de produzir efeitos refletores na seara jurídica (BORELLI, 2003, p. 33).

O reconhecimento judicial do direito à partilha de bens entre parceiros do mesmo sexo, por decorrência da contribuição dos dois na formação do patrimônio comum vem dividindo opiniões, já que a sucessão hereditária dá-se em favor dos herdeiros legítimos ou testamentários, consoante dispositivos legais e que o testamento é livre disposição de última vontade, respeitada a sucessão legítima.

O projeto de lei nº 1.151 de autoria da Deputada Marta Suplicy, dispõe quanto ao direito de herança nos mesmos termos previstos para os casos de união estável. Também a Instrução normativa nº. 25/2000 também regula o direito do companheiro ou companheira homossexual requerer o benefício da pensão por morte.

No mais, não há previsão constitucional ou mesmo na legislação ordinária quanto concernente ao reconhecimento do direito à sucessão entre casais homossexuais.

Ainda hoje pende no parlamento, e em milhares de processos judiciais, uma definição objetiva a respeito dos reflexos jurídicos decorrentes de uma união homossexual, e vez ou outra surge alguma notícia sobre o deferimento ou negativa de direitos para o parceiro sobrevivente, ou sentença de partilha de bens no caso de fim de um relacionamento longo, mas, nada efetivamente substancial.

Aparentemente, pode persistir dúvidas com relação ao entendimento jurisprudencial e/ou doutrinário nacionais a respeito da matéria, mas, ao contrário do que se imagina, dentro do arcabouço legal vigente a matéria está pacificada, embora, claro, ocorram eventuais decisões destoantes.

Os tribunais são firmes em estabelecer que os bens de casal homossexual podem ser partilhados na hipótese de que cada parte comprove qual foi sua participação na constituição do patrimônio comum, e não apenas em razão da convivência em regime de companheiros.

Então, importa compreender que as decisões desta natureza não reconhecem ou sequer ignoram a realidade da existência da união homossexual e, muito menos, negam ou valorizam o relacionamento afetivo dele decorrente. Estas

manifestações judiciais apenas declaram que o *status* de uma relação homossexual, ainda que duradoura, por si só, não gera direitos.

É notório que alguns tribunais, de forma tímida, sob o ângulo social, e, agressivamente, sob a ótica jurídica conservadora, divergem com relação aos direitos dos parceiros nos longos e conhecidos relacionamentos. Este é o resultado da dinâmica do direito em seu compromisso de subserviência à cadeia normativa e em sintonia com a primazia da realidade.

Geralmente, os bens do casal adquiridos na constância da união homoafetiva, provavelmente em face do ideário de certeza de que o relacionamento será duradouro, são legalmente transferidos para o nome de apenas um dos parceiros, pouco importando se ambos contribuíram para a constituição do patrimônio de forma igualitária, ou ainda, se um contribuiu mais e o outro menos, ou se apenas um cuidou de formar economia e adquirir bens.

Então, quando o relacionamento acaba de forma conturbada, ou com o falecimento de qualquer dos parceiros, a definição do direito de cada um em relação aos bens é objeto de demandas intermináveis.

Na hipótese de falecimento ou interdição de um dos parceiros a demanda se estabelece entre o sobrevivente e os eventuais herdeiros do falecido. Não é raro que o parceiro busque na justiça o reconhecimento do seu direito em herdar os bens que o outro possuía antes do início do relacionamento, ou de partilhar os bens adquiridos na constância da união, sob o argumento de que é de ser observado, por analogia, a norma que rege o direito de família e especialmente a união estável entre um homem e uma mulher.

No caso de ser admitida a analogia, surge uma situação jurídica atípica. É que, por ficção legal, evidencia-se uma sociedade de fato entre os parceiros e, nesta hipótese, em se considerando o casal de homossexuais como sujeito às normas da união estável, nasce o direito de partilha de todos os bens adquiridos durante o período em que estiveram juntos, independentemente da prova de que qualquer um deles tenha contribuído de alguma forma para a aquisição do patrimônio (FERNANDES, 2004, p. 122).

3.5 – Sobre os bens que integram a o patrimônio dos conviventes

Sobre a questão específica dos bens, o art. 3º da Lei nº 8.971/94, posteriormente revogado pela Lei nº 9.278/96, seguiu então a tendência notada através da jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal, exigindo o esforço comum, mas, acentuando que a norma legal garantia o direito à meação, em evidente progresso legislativo. O caminho será repetir a Súmula nº 380: a partilha de bens ainda em vida e na hipótese de separação, porque previa apenas o direito à meação ao cônjuge sobrevivente.

Pela Lei nº 9.278/96 houve avanços consideráveis. Segundo Débora Gozzo (2000, p. 47) “esta lei (...) inovou sobremaneira em termos de disciplinamento da união estável, com novos contornos e maior abrangência perante o que estava e ainda está, no que não houve revogação, na lei anterior”. Também não se pouparam críticas, considerando-a incoerente com a lei anterior e desprovida de melhor técnica legislativa, apesar da consideração de que se trata de uma lei com boas intenções e melhorias importantes.

Um outro avanço predicado na nova lei - e que denota a adoção da tendência a que a jurisprudência já se inclinava - é a expressa exclusão das questões relacionadas com a partilha de bens do campo do Direito das Obrigações, passando para o âmbito do Direito de Família.

Antes, como assinalava Moraes (2000, p. 112), só o Direito Obrigacional oferecia as armas para a solução das controvérsias surgidas entre concubinos, afirmando que o concubino em nome de quem não tenham sido inscritos os bens, na titulação legal, seja o homem ou a mulher, é sócio do que aparece como titular.

A descaracterização da união estável como simples contrato social leva em consideração a hoje dominante tese de que se tratam de relações de afeto e não de simples negócio comercial, tal como fora a válvula de escape conseguida pela doutrina e jurisprudência anteriores para aproximar mais o direito da justiça, evitando-se o enriquecimento sem causa de um dos contraentes.

No que pertine aos bens adquiridos na constância da vida em comum, praticamente repetiu o que hoje vigora na sistemática aplicável ao casamento celebrado segundo a lei civil.

Débora Gozzo (2003, p. 227), portanto, repudia que este patrimônio seja considerado como integrante de uma espécie de regime de bens, a exemplo do que ocorre com aqueles adquiridos na constância do casamento, pois entende que o legislador não pretendeu criar um regime específico para a união estável, mas tão-somente estabeleceu uma presunção de condomínio entre os conviventes, bastando uma leitura do texto do artigo.

Discorda Pessoa, citado em Dias (2001, p. 150), para quem:

o Estatuto do Concubinato modificou substancialmente a estrutura informal das uniões estáveis do ponto de vista do regime de bens, estabelecendo um verdadeiro regime de comunhão parcial quanto aos bens adquiridos pelos conviventes no curso da relação concubinária.

Essa, deveras, é a opinião de Zeno Veloso (1997, p. 89), acentuando que o legislador, mesmo sem dizer abertamente, criou um regime de bens entre os conviventes.

O Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) já admite a possibilidade de concessão de benefício às pessoas que convivem em relação homoafetiva.

A Instrução Normativa n.º 25, de 07 de Junho de 2000 veio a disciplinar a matéria, fundamentada na Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0. Parece claro o reconhecimento da união estável homossexual pelo Estado brasileiro, através do referido instrumento normativo.

Nota-se a preocupação estatal em assegurar o amparo necessário à subsistência dos conviventes, independentemente da natureza da relação afetiva entre eles. Tendo a pensão por morte natureza alimentar e, sendo já claramente admitida pela Previdência Social, parece evidente a necessidade dos tribunais reconsiderarem as suas decisões no tocante à concessão de alimentos a ex-companheiros do mesmo sexo.

Não resta qualquer dúvida que essas questões podem ser abertas para ajustar a pressão decorrente de uma relação conflituosa no seio de uma entidade familiar.

Não se cansa de repetir que se está diante de relações de afeto, permeadas por emocionalidade intensa e que, no mais das vezes, obnubilam a capacidade volitiva das partes na hora de contratar. As conseqüências disso, por

evidente, somente serão perceptíveis ao longo do tempo e depois de estabelecido o conflito.

A constitucionalização do Direito de Família, obedecendo uma tendência cada vez mais crescente na legislação alienígena de constitucionalização dos direitos - entrou no sistema jurídico nacional e provocou uma revolução no contexto histórico de prevalência da desigualdade entre homens e mulheres, casados e concubinos, filhos Legítimos e legitimados.

Trouxe-se como novidade, entre outras, a presunção de formação de condomínio entre os conviventes, em partes iguais, sobre os bens adquiridos na constância da união, se contrato escrito não fora firmado em sentido contrário. Justamente aí surgem as principais situações que, no plano fático, podem criar contratempos na execução do ajuste.

Com efeito, tratando-se de relações de afeto, muitas vezes a elaboração de contrato e o estabelecimento de uma relação negocial podem não refletir a vontade de uma das partes, envolvida que fica pela obstrução racional naturalmente associada à emoção que distingue tais ligações. Posteriormente, virá a juízo para reclamar sua metade no condomínio, alegando vícios na formação volitiva do contrato. Ou, ainda, que o passar do tempo tornou o contrato excessivamente oneroso para um dos conviventes, dadas as novas circunstâncias que passaram a cercar o caso concreto.

Se, de um lado, a lei permite a livre disposição de contratar sobre os bens amealhados pelos conviventes, de outro, sempre existe a possibilidade de revisão das cláusulas contratuais, com o decreto de nulidade ou anulabilidade parcial ou total dos contratos firmados com base no art. 5º, da Lei nº 9.278/96.

Os caminhos trilhados são conhecidos diante do silêncio dos preceitos de Direito de Família pela adoção que se pode fazer das leis civis; os efeitos de eventual declaração de invalidade de cláusula ou do próprio contrato também, retomando-se o sistema da primeira parte do dispositivo.

Adota-se como conduta jurídico-processual as regras civilistas-obrigacionais, pela absoluta ausência de regulamentação suficiente para tratar de tão importante questão. Reconhece-se que a idéia de aplicar princípios e regras de Direito de Família é prevalente, mas dada a insuficiência apregoada e até pela maior abrangência de conceitos, mantém-se o raciocínio fundamentado nas leis civis, sem

desdenhar, é claro, dos princípios que regem as uniões de afeto, como o mútuo respeito e consideração.

A novidade do instituto poderá dirigir a doutrina e jurisprudência no sentido de consolidar uma ou outra das posições.

Todavia, deve-se também admitir que o hábito arraigado de examinar questões entre casais unidos informalmente sob o prisma dos conceitos civis é difícil de extirpar do pensamento médio dos juristas. Os avanços acontecerão e serão notáveis, a continuar o progresso científico que hoje marca o Direito de Família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto neste trabalho, através da análise dos Institutos a que se aludiu, notadamente pelas digressões a respeito dos posicionamentos da doutrina e da jurisprudência, percebeu-se que as relações entre as pessoas evoluíram e assim deve evoluir o Direito para corresponder às novas situações, ainda não descritas no nosso ordenamento jurídico, porém já carentes de tutela visto que, cabe ao Estado a faculdade de dizer o Direito.

Repassados os conceitos de homossexualidade, e família, depara-se com as dificuldades de enquadrar as aspirações dos relacionamentos entre pessoas homossexuais (relações homoafetivas) no sistema legal brasileiro vigente.

A Constituição Federal de 1.988 prevê outras formas de entidades familiares além da família baseada no matrimônio, acompanhando a evolução dos valores da sociedade brasileira ao longo do tempo.

O Código Civil de 2.002 atendeu a grande parte dos objetivos da Constituição Federal, regulamentando as uniões entre um homem e uma mulher, baseadas no afeto e no objetivo de comunhão de vida.

Porém, o ordenamento jurídico não acompanhou totalmente a mudança e evolução dos valores da sociedade brasileira. Apesar de as entidades formadas entre pessoas do mesmo sexo (que vivem com o objetivo de comunhão de vida baseada no afeto e respeito mútuos) ser uma realidade consolidada na sociedade brasileira; a Constituição Federal aparentemente as ignora, fazendo com que tais pessoas, em razão da orientação sexual, fiquem à margem do ordenamento jurídico, isto quando se analisa, em aparatado, o art. 226 e seus parágrafos.

Entretanto, quando se vislumbra sistematicamente o, contudo da Constituição Federal brasileira de 1988, notadamente, o artigo 1º que eleva a fundamento do estado brasileiro a dignidade da pessoa humana e no art. 3º, inciso I e IV, a objetivos do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária onde se deve promover o bem de todos sem preconceitos de qualquer natureza, vê-se que há supedâneo para a proteção, promoção e equiparação das uniões homoafetivas com as uniões entre pessoas de sexo oposto.

Da mesma forma que a lei brasileira reconhece a união estável entre o homem e a mulher e proíbe as designações discriminatórias relativas aos filhos, também

deve abarcar expressamente as relações afetivas entre pessoas homossexuais. De molde a garantir a união sob o pálio do direito, já que a Constituição e a lei civil não vedam expressamente, essa união, acompanhando a consciência da sociedade, deverão ter sua situação regulada por legislação específica que preveja na sua dissolução não como uma sociedade de fato, aliás, como vem despontando na jurisprudência, mas como sociedade de afeto, cujos valores e deveres de respeito entre os companheiros se igualam a qualquer relação heterossexual.

Têm os homossexuais direito a pleitear na Justiça suas pretensões a direitos que julguem possuir ou que lhes sintam ameaçados ou lesionados, isto sob o postulado prelecionado na Constituição Federal brasileira a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Enquanto a união homossexual não for reconhecida como apta à constituição de família, o que nos parece prematuro, os parceiros devem acautelar-se com realização de contratos escritos, que esclareçam a respeito de seu patrimônio, principalmente demonstrando os bens que existem ou venham a existir, em regime de condomínio, com os percentuais estabelecidos ou não.

Se for o caso, para que não esbarrem suas convenções no direito sucessório de seus herdeiros, devem realizar testamentos esclarecedores de suas verdadeiras intenções. Podem, ainda, os parceiros adquirir bens em nome de ambos, o que importa condomínio, em partes iguais, até que se regularize legislativamente, tais situações e se possa assim, dar mais um passo em busca da tão sonhada sociedade justa e solidária, isto até que se vislumbre do postulado constitucional, sem que haja necessidade de aprofundar em digressões filosóficas, que “todos são iguais, perante a Lei sem distinção de qualquer natureza”.

Analizou-se a homossexualidade, isto por que se vislumbra, ainda, como uma de suas causas a origem biológica, o que de maneira determinista, não seria possível imputá-la ao indivíduo em que ela se manifesta, como uma opção.

Em tal circunstância, não se estaria tratando de uma liberdade do indivíduo, mas sim de uma característica a ele inerente pela qual não pode este sofrer qualquer tipo de discriminação, enfim, tratou-se da esfera dos direitos da personalidade relativos à integridade física do indivíduo.

Por outro lado, considerando-se as teorias sociológicas e psicológicas, a homossexualidade seria uma opção, na medida em que o indivíduo poderia se tratar para corrigir o problema psicológico que desencadeou o desenvolvimento da tendência homossexual.

Neste caso, a esfera de incursão nos direitos da personalidade seria a da integridade psíquica, ou moral, de acordo com a classificação que se adote. Em contrapartida, a fé religiosa, igualmente, é um direito fundamental e um direito da personalidade inserido também na esfera de proteção da integridade psíquica ou moral do indivíduo.

Utilizou-se, portanto, de uma equivalência entre estes direitos e os direitos de respeito a pessoas homossexuais abrangidos pelas correntes sociológicas e psicológicas. Não se pode ignorar que há uma tendência de preponderância dos direitos relativos à integridade física e aqueles relativos à integridade psíquica ou moral do indivíduo.

Não obstante, o Direito não pode passar por cima dos fatos, nem olvidar o homem ou ignorar a realidade. O Estatuto Universal dos Direitos Humanos confere a toda pessoa o direito de associar-se livremente a outras sem ser molestada por suas opiniões, nem poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada.

A lei deve proteger sempre a vida privada e a Constituição brasileira assenta como objetivo fundamental a construção de uma sociedade solidária, justa e livre, visando a promoção do bem-estar de todos, indistintamente.

A coexistência e o respeito entre os seres humanos é fundamental.

O conceito moderno de família foi consagrado pela primeira vez, no plano infraconstitucional, a partir do art. 5º, II, da Lei n. 11.340 (Lei Maria da Penha).

Por questão de coerência com a Constituição Federal e para garantir uma maior segurança jurídica, o conceito previsto na Lei Maria da Penha deve permear todo o ordenamento pátrio.

Por força deste conceito legal e ainda com base no que dispõe o parágrafo único do art. 5º da Lei Maria da Penha, está definitivamente reconhecida a união homoafetiva (entre mulheres e, pelo princípio constitucional da igualdade,

também entre homens) como entidade familiar, o que implica na perda de interesse na aprovação de qualquer projeto de lei que venha a disciplinar esta matéria, bem como afasta-se por completo a incidência da famigerada Súmula n. 380 do STF, pois tal união não é sociedade de fato (e sim entidade familiar), daí porque sua apreciação deve se dar sempre na Vara de Família, nunca em uma Vara Cível.

Ao final deste trabalho, é forçoso concluir que, a partir da Constituição Federal, através do princípio do reconhecimento da união estável (art. 226, parágrafo 3º) e da família monoparental (art. 226, parágrafo 4º) e do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a família, antes tratada pelo Código Civil de 1916 sob uma única modalidade (a família matrimonializada) e com um enfoque eminentemente patrimonialista, passou a ser considerada um agrupamento aberto, plural, multifacetário, personalista, irradiador da felicidade de cada um dos seus membros, onde o afeto é o seu solitário requisito de constituição.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *União entre pessoas do mesmo sexo*. Revista Consulex: Brasília, 1999.

ARAÚJO. Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Jailton Macena. *Hermenêutica jurídica e dignidade humana: o direito a orientação sexual no Brasil*. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal de Campina Grande. Sousa, 2007.

BARROS. Sérgio Resende de. *Matrimônio e patrimônio*. Porto Alegre, 2001.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

BRITO. Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.

COSTA. Jurandir Freire. *Politicamente correto*. Porto Alegre, 1998.

COULANGES. Fustel de. *A cidade antiga*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003.

CUNHA. Graciela Leães Alves da. *Os efeitos jurídicos da união homossexual*. Porto Alegre: Data Certa, 1999

CHAUÍ. Marilena. *Repressão sexual*. Brasiliense, São Paulo, 1991.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva*. Disponível em <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em 25 nov. 2007.

_____. *INSS inaugura no direito positivo a união estável homossexual*. Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFam, nº. 4. Ano 1. Julho/Agosto 2000.

_____. *União Homossexual*. O Preconceito & A Justiça. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2006.

FACHIN. Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

_____. *Elementos críticos do direito de família*. Renovar, Rio de Janeiro, 1996.

FUIZA. Ricardo. *O novo código civil e as propostas de aperfeiçoamento*. Saraiva, São Paulo, 2004.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Unões Homossexuais*. Efeitos Jurídicos. Editora Método. São Paulo. 2004.

FERNANDES. José Maria-MARTOS. *Psicologia e homossexualidade*. Loyola, São Paulo, 1995

- FREITAS, Décio. *O casamento gay*. Jornal zero hora: Porto Alegre, 1996.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A relação homoerótica e a partilha de bens*. Revista Forense, Rio de Janeiro, 2002.
- GOZZO, Débora. *Aspecto controvertidos do novo código civil*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003.
- GRAÑA, Roberto B. *Além do desvio sexual*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo: RT, 1997.
- LÔBO, Pulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações familiares*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos constitucional*. Atlas: São Paulo, 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*. Revista Trimestral de Direito: São Paulo, 2000.
- MORICI, Silvia. *Homossexualidade: um lugar na história da intolerância social, um lugar na clínica*. Porto Alegre: Artemed, 1998
- OLIVEIRA, Euclides de. *União homossexual gera direitos patrimoniais limitados*. Nova realidade do direito de família. Rio de Janeiro: COAD, 2002.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte, 2004.
- PINHEIRO, Fabíola Christina de Sousa. *Uniãoes homoafetivas. Do preconceito ao reconhecimento como núcleo de família*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PRADO, Danda. *O que é família?* São Paulo: Brasiliense, 1995.
- RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 6, Direito de Família. São Paulo: Saraiva 2002.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *A evolução do direito e a realidade das uniões homossexuais*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Malheiros: São Paulo, 2007.
- SILVA, Tatiana Nascimento da. *Um novo paradigma para atribuição de efeitos jurídicos às uniões homossexuais*. Revista Justiça do Direito: São Paulo, 2002

SPENCER. Colin. *Homossexualidade: uma história*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

THOMAZ. Thiago Hauptmann Borelli. *União homossexual: reflexões jurídicas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

_____. Cadernos Jurídicos, São Paulo, 2003.

VELOSO. Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Vol. 5, Direito de Família, 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2001.

VIDAL. Marciano. *Ética da sexualidade*. Loyola, São Paulo, 2002.

SILVA. Américo Luís Martins da. *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1996.

ANEXOS

ANEXO I – PROJETO DE LEI Nº. 1.151, DE 1995 (Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências).....	56
ANEXO II – PROJETO DE LEI Nº. 379, DE 2003 (Disciplina o Dia do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual.).....	60
ANEXO III – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº. 66, DE 2003 (Altera os artigos 3º e 7º da Constituição Federal).....	61
ANEXO IV – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº. 70 DE 2003	62

ANEXO I – PROJETO DE LEI Nº. 1.151, DE 1995 (Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.)

PROJETO DE LEI Nº. 1.151, DE 1995

Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais assegurados nesta Lei.

Art. 2º - A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro de Pessoas Naturais.

§ 1º - Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo:

I - prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas;

II - prova de capacidade civil plena;

III - instrumento público de contrato de união civil.

§ 2º - O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

Art. 3º O contrato de união civil será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Deverá versar sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo único - Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação do patrimônio comum.

Art. 4º - A extinção da união civil ocorrerá:

I - pela morte de um dos contratantes;

II - mediante decretação judicial.

Art. 5º - Qualquer das partes poderá requerer a extinção da união civil:

I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II - alegando desinteresse na sua continuidade.

§ 1º - As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção da união civil.

§ 2º - O pedido judicial de extinção da união civil, de que tratam o inciso II e o § 1º deste artigo, só será admitido depois de decorridos 2 (dois) anos de sua constituição.

Art. 6º - A sentença que extinguir a união civil conterà a partilha dos bens dos interessados,

De acordo com o disposto no instrumento público.

Art. 7º - O registro de constituição ou extinção da união civil será averbado nos assentos de nascimento e casamento das partes.

Art. 8º - É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil a que se refere esta lei com mais de uma pessoa, ou infringir o § 2º do art. 2º

Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art. 9º - Alteram-se os artigos da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art. 33 - Haverá em cada cartório os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:

(...)

III - B - Auxiliar - de registro de casamento religioso para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 10 - O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 11 - Os artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 16 (...)

§ 3º. Considera-se companheiro ou companheira a pessoa que, sem ser casada, mantém com o segurado ou com a segurada, união estável de acordo com o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com pessoa do mesmo sexo nos termos da lei.

Art. 17 (...)

§ 2º. O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado".

Art. 12 - Os artigos 217 e 241 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 217. (...)

c) a companheira ou companheiro designado que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

(...)

Art. 241. (...)

Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

Art. 13 - No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham a união civil com pessoa do mesmo sexo.

Art. 14 - São garantidos aos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela Lei nº. 8.971, de 28 de novembro de 1994.

Art. 15 - Em havendo perda da capacidade civil de qualquer um dos contratantes de união civil ente pessoas do mesmo sexo, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 16 - O inciso I do art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 113. (...)

I - ter filho, cônjuge, companheira ou companheiro de união civil ente pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira".

Art. 17 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18 - Revogam-se as disposições em contrário.

ANEXO II – PROJETO DE LEI Nº. 379, DE 2003 (Disciplina o Dia do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual.)

PROJETO DE LEI Nº. 379, DE 2003

Disciplina o Dia do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º É instituído o Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual a ser comemorado em 28 de junho, anualmente.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

**ANEXO III – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº. 66, DE 2003
(Altera os artigos 3º e 7º da Constituição Federal)**

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº. 66, DE 2003

Altera os artigos 3º e 7º da Constituição Federal

As Mesas da Câmara e dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O inciso IV do art. 3º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º (...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, etnia, raça, sexo, orientação-expressão sexual, crença religiosa, convicção política, condição sócio-econômica, condição física, psíquica ou mental, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Art. 2º O inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º (...)

XXX – proibição de diferenças de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação e expressão sexual, crença religiosa, convicção política, condição física, psíquica ou mental, idade, cor ou estado civil.”

ANEXO IV – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº. 70 DE 2003**PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº. 70 DE 2003**

As Mesas da Câmara e dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do Parágrafo 3º, do art. 60 Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O Parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união entre casais heterossexuais ou homossexuais como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento quando existentes entre o homem e a mulher.”

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.