



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

LUCIANA BATISTA DE MACEDO

O DIREITO DE SUCEDER NAS CÉLULAS FAMILIARES  
HOMOAFETIVAS

SOUSA - PB  
2006

LUCIANA BATISTA DE MACEDO

O DIREITO DE SUCEDER NAS CÉLULAS FAMILIARES  
HOMOAFETIVAS

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: Professora Esp. Alba Tânia Abrantes Casimiro.

SOUSA - PB  
2006

LUCIANA BATISTA DE MACEDO

O DIREITO DE SUCEDER NAS CÉLULAS FAMILIARES HOMOAFETIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em, \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Professor(a) Alba Tânia Abrantes Casimiro  
Orientador(a)

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

Sousa - PB  
Novembro-2006

Dedico este trabalho à minha mãe Marleide, pelo amor incondicional e por acreditar e confiar em mim, e a Carlos Othon, por toda dedicação, paciência, auxílio, enfim, por todos os valiosos ensinamentos repassados.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço essencialmente a Deus, que em sua imponente misericórdia, deu-me o dom da vida, carregou-me nos braços em todos os momentos em que fraquejei e pensei em desistir, respondeu-me com palavras de amor a cada tempo que clamava por perseverança, paciência e que foi fiel em suas promessas até o fim.

À minha adorada mãe Lourdes, manancial de simplicidade, benevolência e amor, que me ensinou a dar os primeiros passos... e que apesar da distância não me esqueceu, e orou por mim todas as noites.

À minha amada mãe Marleide, mulher destemida e determinada, que me ensinou como lidar com as dificuldades da vida, e que, com imensa generosidade, depositou tudo que tinha na minha formação... eu te amo, mãe!

Aos meus irmãos, Marcelo, Luana e Jéssica, que nem sempre presentes por causa da distância... num abraço apertado me disseram sem palavras o quanto eles me amam.

Ao meu amor, Carlos Othon, que desde do primeiro afago, disse-me que eu era capaz, e sem olhar pra trás, me escolheu e acreditou no meu amor... que de forma extraordinária me ajuda a desvendar e compreender os mistérios da vida, me fazendo uma pessoa cada dia melhor.

À tia Lourdinha e toda sua família, que prontamente me adotou como se filha fosse, dando-me todo carinho necessário para conseguir finalizar mais uma etapa da minha vida, fazendo-me sentir todos os dias amada e protegida.

Às minhas amigas Viviane Jaqueline e Regina Celly, que em momentos de grandes dificuldades confirmaram sua dedicação através de atos de tamanho companheirismo, prestando-me a sua indispensável e incondicional ajuda.

À professora Alba Tânia Abrantes, que tão sabiamente orientou-me na construção desse trabalho, fazendo do meu objetivo uma preocupação própria.

À Veruska Saraiva, que deu-me força nos momentos de abatimento, provando seu verdadeiro sentimento de amizade ao exteriorizar sua inquietação com as minhas dificuldades.

À Déborah Leite, que em muitos momentos furtou-se do tempo de suas obrigações, agraciando-me com opiniões e esclarecimentos acerca do tema.

Aos professores da UFCG, que ao longo dessas anos esforçaram-se para me ensinar tudo que hoje eu sei.

Enfim, a todas as amigas que fazem e que fizeram parte do edifício Leandro Calçados, por todo carinho ao longo desses cinco anos de caminhada, pelas palavras de apoio e amizades conquistadas.

"Época triste é a nossa em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo".

Albert Eistein.

## RESUMO

Por tratar de tema que repercute no sistema jurídico como um todo, a união homoafetiva, mais precisamente o direito de suceder nas células familiares homoafetivas, é o foco da pesquisa, pois sabe-se que a história da humanidade comporta mudanças de valores, sendo os conceitos morais vigentes variáveis conforme parâmetros de tempo e espaço. Nesse contexto, compreende-se que a orientação sexual de cada indivíduo integra o complexo subjetivo inerente à sua personalidade e, por via de consequência, sua livre manifestação deve ser objeto de proteção por parte do Estado que se diz Democrático de Direito. Mediante o emprego dos métodos histórico-evolutivo e exegético-jurídico, cujo escopo traduz-se na pesquisa de fontes proporcionadoras de dados relativos ao tema, como doutrinas, códigos e artigos, busca-se condecorar o raciocínio jurídico e desmistificação a respeito do assunto, constatando-se a absoluta necessidade de proteção aos companheiros que, ao longo da convivência homoafetiva, constroem um patrimônio, e quando finda, por morte de um dos conviventes, o sobrevivente fica totalmente desamparado por total falta de abrigo legal, a mercê das injustiças. De início, mediante um panorama histórico da evolução da homossexualidade, verifica-se que as irregularidades dos “padrões sexuais de normalidade” eram sopesadas sob diferentes enfoques, passando-se por considerações de ordem patológica, distúrbio psicológico, depravação e alternativa de vida. Logo após, sublinham-se pontos concernentes à origem da família, considerando-a um fato natural; abordando a família na atualidade, mostra-se a real necessidade de que a entidade familiar seja capaz de acompanhar o progresso, agregando novos valores que surgem a cada dia nas várias sociedades; observa-se o surgimento de mais um modelo de família, a família homoafetiva, constituída por pessoas do mesmo sexo e unidas também pelo laço do afeto, tratando seus aspectos sociais, a visão da homoafetividade à luz da Constituição Federal, sob a ótica dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e desvendando-se os preconceitos e o clamor por justiça. Em uma finda ocasião, é dada ênfase à sucessão em linhas gerais, remetendo-se à sucessão na união estável, mencionando-se que o reconhecimento no âmbito constitucional desta, percorreu, assim como percorrerá a união homoafetiva, um extenso caminho de preconceitos, mas, diversamente desta última, encontrou maior abrigo, não só pela sociedade, como também diante das leis. Trata-se da suma importância da fixação de um contrato de convivência, com fito de resguardar os parceiros, fazendo-se minimizar as injustiças provenientes; a justa possibilidade de aplicação analógica da união estável as uniões homoafetivas e a constatação do autêntico direito de sucessão nas células familiares homoafetivas. Averigua-se que a produção de efeitos sucessórios não mais é um fim em si mesmo, senão uma natural e justa consequência das uniões estáveis estabelecidas e baseadas no amor, independentemente de tratar-se de ligações heterossexuais ou homossexuais.

**Palavras chaves: união homoafetiva. reconhecimento. sucessão.**

## ABSTRACT

For dealing with subject that rees-echo in the law system as a whole, the union affection homosexual, more necessarily the right to occur in the homosexuals familiar cells, is the focus of the research, therefore, knows that the history of the humanity holds changes of values, being the ethical concepts effective o variable in agreement parameters of time and space. In this context, it is understood that the sexual orientation of each individual integrates inherent the subjective complex to its personality and, for consequence way, its exempts manifestation must be object of protection on the part of State that if says Democratic of Right. Before the job the methods description-progress and the exegetic-law whose target if it translates the research of proportioner sources relative data to the subject, as doctrines, codes and articles, searches to decorate the law reasoning and desmistificacion regarding the subject, evidencing itself it absolute necessity of protection to the friends whom throughout the affection homosexual to coexist, a patrimony constructs, and when it finishes, for death of one of the couple, the survivor is total abandoned for all lack of law support, the grace of the injustices. Of beginning, by means a historical scene of the evolution of the homosexual it is verified that the shunting lines of the "sexual standards normality" were analyzed under diverse approaches, having delimited themselves the all extremities, transferring themselves for expositions of pathological order, psychiatric, perversion and option of life. Soon after, referring points to the origin the family are underlined, being it a fact natura; the family in the present time, revealing it real necessity of that the familiar entity is capable to follow the progress, adding new values that appear to each day in the some societies; one observes the sprouting of plus a family model, the affection homosexual family, consisting of people the same sex and joined also the bow of the affection, treating its social aspects, the vision of the affection homosexual the light of the CF, under the optics of the principles constitutional the equality, freedom, dignity the person human being and unmasking the preconceptions and the outcry for justice. In one it finishes occasion, is given emphasis to the succession in general lines, sending succession to it in the steady union, mentioning itself that the recognition the constitutional level of this, covered, as well as will cover the union affection homosexual, an extensive way preconceptions, but, diversely of this last one, it found greater shelter, not only for the society, as well as ahead of the laws; one is about the utmost importance of the setting of to coexist contract, with I look to protect the partners, being become to minimize the proceeding injustices; the joust possibility of analogical application of the Steady Union the homosexual affection unions and the evidence the authentic right succession in the homosexual affection familiar cells; it is inquired that the production successory effect more is not an end in itself exactly, however natural and a joust consequence the established and based steady unions in the love, independently to be about linkings heterosexuals or homosexuals.

**Words keys: union affection homosexual. recognition. succession.**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 HOMOSSEXUALIDADE E SUAS VERTENTES.....	13
1.1 Definição de homossexualismo e noções históricas sobre homossexualidade.....	13
1.2 O homossexualismo sob a visão da psicologia .....	17
1.3 Homossexualidade e a medicina.....	18
1.4 Influência religiosa x realidade jurídica.....	20
CAPÍTULO 2 CÉLULAS FAMILIARES HOMOAFETIVAS.....	25
2.1 Origem da família.....	25
2.2 A família na atualidade.....	29
2.3 Famílias homoafetivas.....	33
2.3.1 União homoafetiva e aspectos sociais .....	35
2.4 Visão da homoafetividade à luz da Constituição Federal.....	36
2.4.1 A união homoafetiva sob o prisma da principiologia constitucional.....	38
2.5 Homoafetividade: preconceito e justiça.....	48
CAPÍTULO 3 O DIREITO DOS PARCEIROS SUCEDEREM NAS CÉLULAS FAMILIARES HOMOAFETIVAS.....	51
3.1 Sucessão: considerações gerais.....	51
3.2 Sucessão na união estável.....	55
3.3 Contrato de convivência.....	56
3.4 Inexistência de previsão legal e o não-reconhecimento de uma sociedade de afeto.....	59
3.4.1 Aplicabilidade da analogia face o art.226 da CF.....	62
3.5 Sucessão nas células familiares homoafetivas.....	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS.....	82

## INTRODUÇÃO

Em expressão do mutável progresso social resultante de valores que insurgem a cada dia, numerosos questionamentos têm surgido no mundo jurídico, e alguns deles circundam o ponto da homossexualidade, e mais especificamente, a união homoafetiva. A discussão relativa ao direito sucessório dos companheiros homoafetivos constitui grande celeuma que vem surgindo na esfera do Direito de Família, devido ao total descaso dado pelo elaborador da norma civil vigente. A respeito dessa união nota-se que determinados princípios solenemente aclamados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, como o princípio da dignidade da pessoa humana, não são aplicados por diferentes razões.

Não obstante se reconheça o valor dos princípios constitucionais como base do direito, são exatamente eles que estão sendo ofendidos quando se nega à união homoafetiva sua existência no mundo jurídico e via de consequência, os demais direitos inerentes, como o real direito de suceder nessas células familiares. É nesse diapasão que transcorre a presente pesquisa, advertindo-se prontamente que, em tempo algum far-se-á juízo de valor as práticas homossexuais, uma vez que o que se anseia é aguçar o raciocínio jurídico e acadêmico no imperativo de um imprescindível soluto para as uniões estáveis homoafetivas, na pretensão de assim impedir ou ao menos atenuar as injustiças que se perpetraram juridicamente.

Por tratar-se de uma matéria controvertida e de hodierno atrevimento jurisprudencial, a união homoafetiva no que tange ao direito de suceder e suas variadas indagações motivam não só o acadêmico de Direito, mas qualquer estudioso da lei, a se enraizar em argumentos que possibilitem contrapor aos

absurdos de um legislador que no exato momento em que glorifica a igualdade para todos, a impossibilita, injustificadamente, aos que possuem uma orientação sexual não tradicional, vedando-lhes totalmente direitos.

A pesquisa científica desenvolver-se-á mediante a utilização dos métodos exegético-jurídico, para a análise interpretativa das proposições legais e doutrinárias concernentes ao tema, pelo qual se busca interpretar o sentido da lei pertinente à matéria, sendo utilizados doutrinas, códigos e artigos. Por meio do estudo teórico da doutrina relacionada, buscar-se-á desenvolver apreciação prudente da união homoafetiva, elucidando o posicionamento do legislador nacional e a exposição da jurisprudência atual, em torno da problemática. Também foi adotado o método histórico-evolutivo, que objetiva apresentar a evolução do instituto do direito sucessório e da sua aplicabilidade legal.

O capítulo inicial fará uma abordagem histórica acerca do homossexualismo e seus mais variados pontos de vista; abordar-se-á a visão psicológica e também a médica, onde, constatar-se-á que os desvios dos “padrões sexuais de normalidade” foram avaliados sob múltiplos aspectos, delimitando-se os extremos de irrestrita aversão a uma social tolerância, atravessando-se por considerações de ordem patológica, distúrbio psicológico/psiquiátrico, perversão, opção de vida e orientação sexual.

Nesta mesma ocasião, para um melhor entendimento do porquê do tamanho preconceito e dificuldade de reconhecimento dessas uniões, far-se-á uma explanação sobre a responsabilidade e influência da Igreja que, por intenso aferro ao homossexualismo, plana com extenso abrigo nos ensinamentos, onde estabeleceu a apatia às relações entre homossexuais.

No capítulo segundo discorrer-se-á acerca da origem da família, célula essencial da sociedade; a família na atualidade, com todas as transformações ocorridas e a agregação de novos valores; o novo arquétipo de família, que é a família homoafetiva, focalizando os aspectos sociais, a visão deste novo protótipo sob o prisma da Constituição e os princípios basilares do Direito, enfraquecendo o preconceito e fazendo-se imperar a justiça. É sabido que o ordenamento jurídico pátrio, em conformidade com a tendência mundial, prestigia os princípios de defesa dos Direitos Humanos, consagrando, em sede constitucional, os direitos fundamentais sendo clara a íntima relação da liberdade de orientação sexual e os valores de liberdade, igualdade e dignidade humana. Não basta identificar o problema evidenciado pelo preconceito, visto que tal fato só fomentaria as discriminações existentes em torno do assunto. É necessário, pois, apresentar soluções juridicamente viáveis para disciplinar os novos casos apresentados.

No subsequente e último capítulo, intitulado “O direito dos parceiros sucederem nas células familiares homoafetivas”, proceder-se-á à análise metódica da problemática proposta. Inicialmente, será dado destaque à sucessão em linhas gerais, até atingir a sucessão na união estável, onde mostrar-se-á a regulamentação do direito sucessório do companheiro desta união; o relevo de se redigirem um contrato de convivência, com intuito de proteção ante a falta de normatização protetiva; a legítima possibilidade de aplicação da analogia como forma de implementação das lacunas legais existentes. Por fim, verificar-se-á o autêntico direito de sucessão nas células familiares homoafetivas, pois as questões das uniões homoafetivas encontram resguardo nas novas tendências do Direito de Família, tendo em vista que o eixo central da idéia de entidade familiar

deslocou-se do grande formalismo da celebração matrimonial para a livre manifestação do afeto.

## CAPÍTULO 1 HOMOSSEXUALIDADE E SUAS VERTENTES

Neste primeiro capítulo, o estudo será direcionado a uma abordagem do panorama histórico acerca do homossexualismo, expondo sua evolução factual e terminológica no decorrer dos tempos. Posteriormente, será feita análise da homossexualidade sob os aspectos psicológicos e médicos, abolindo definitivamente a errônea idéia de perversão e doença; finalizando o capítulo, será imprescindível mostrar a homossexualidade na visão da Igreja, ressaltando a extensão de seu mando na não efetiva e justa regulamentação da união homoafetiva.

### 1.1 Definição de homossexualismo e noções históricas sobre homossexualidade

Para se conceituar o homossexualismo é imprescindível remeter-se à raiz etimológica da expressão, composta pela ligação de dois vocábulos, "*homo*" e "*sexu*". A palavra *homo* vem do grego "*homos*", que significa parecido, e o termo *sexual* vem do latim "*sexu*", que é referente ou pertencente ao sexo. A junção dos dois vocábulos expressa a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo.

Diz-se, na língua portuguesa, que homossexual é a pessoa que perpetra o ato sexual com indivíduos do mesmo sexo.

Conforme relatos históricos, a homossexualidade acompanha a humanidade desde os seus primórdios, sendo variavelmente interpretada e elucidada, sem que, no entanto, jamais fosse ignorada. Na Grécia, a homossexualidade apresentou-se com ascendente expressão; o patente exercício do fluxo sexual era regalia dos bem nascidos e era componente habitual das

divindades, realezas e heróis. A tradição grega retratou célebres casais homossexuais como Zeus e Gamimede e Aquiles e Patroclo.

A heterossexualidade era restrita à procriação para a sociedade grega, e parecia ser uma preferência de certo costume inferior, haja vista que a homossexualidade era tida como uma precisão natural, digna de ambientes eruditos, apresentada como uma autêntica manifestação da libido. Toda pessoa tinha a capacidade de ser, ora homossexual ora heterossexual.

Ulterior sinal bastante intenso das tendências homossexuais na cultura grega eram as reproduções teatrais, em que os papéis femininos eram continuamente realizados por varões travestidos ou mascarados. A sexualidade naquela civilização aludia sempre aos afetos masculinos, tendo como padrões relações de pedofílias, consideradas cerimônias de introdução dos jovens meninos que tinham o dever de sentir-se honrados por terem sido escolhidos. Os que se recusavam a tal prática eram rebaixados e considerados desiguais, ou seja, eram tratados com extrema inferioridade

No Império Romano, a "pederastia ritualizada", era sopesada, considerada, até mesmo, pedagógica. A homossexualidade era tida em nível idêntico ao das relações entre casais heterossexuais. A repreensão limitava-se ao caráter passivo da relação, conquanto a passividade, desempenhada por mulheres, escravos e mancebos – todos excluídos da composição de domínio, posse e força – provocava fraqueza extrema de caráter. Tem-se, deste modo, límpida analogia entre masculinidade-poder político e passividade-feminilidade-falta total de domínio.

Com o advento da Idade Média, percebe-se que desde os primórdios o preconceito contra a homossexualidade adveio das religiões. Do liame entre os

costumes e a religião brotou a reprimenda aos ditos pecados da carne ainda durante o período medieval. Ressalte-se que, nessa ocasião, a brutalidade e a perseguição eram explícitas, em um tempo caracterizado pela soberania da Igreja Católica. Há apontamentos históricos de que, naquele tempo, as práticas homossexuais eram corriqueiras nos mosteiros e arraiais militares, onde os homens eram mantidos enclausurados do resto do mundo. No entanto, a Igreja Católica, considerada a Senhora Feudal possuidora de toda a verdade, sabedoria e exclusiva guardiã cultural, se encontrava, nessa ocasião, no poder, dominando todos os poderes políticos e controlando, ideologicamente, todas as classes sociais.

A percepção da Bíblia de preservar os grupos étnicos, como configuração de sobrevivência de culturas e religiões, foi culpada pela total deturpação da visão a respeito das relações entre os sexos. Compreendeu a Igreja que toda e qualquer sexualidade prazerosa, que negasse cunho de procriação, era vista como grave infração dos valores fundados, configurando perversão e delinqüência amoral grave.

Segundo a filosofia de São Tomás de Aquino, a prática sexual só se justificava como caminho para a procriação de que necessitava a humanidade, ante os enormes vazios demográficos então existentes e a baixa expectativa de vida, em média de trinta anos.

Neste contexto diz Daniel Helminiak (1998, p.16):

O contato sexual é restrito ao casamento e exclusivamente para fins procriativos. Daí a condenação ao homossexualismo, principalmente o masculino, por haver perda de sêmen, enquanto o relacionamento entre mulheres era considerado mera lascívia, como se a sexualidade desta natureza fosse menos perigosa.

A Bíblia condena e reprovava com grande ardor a homossexualidade e o amor homossexual em várias passagens, ou melhor, em seus versículos.

Para a Santa Inquisição a sodomia(homossexualismo) era tida como um crime hediondo, pior até mesmo do que o incesto entre mãe e filho. O III Concílio de Latrão, de 1779, dispôs que o homossexualismo seria crime e as leis dos séculos XII e XIII penalizavam com grande furor a sodomia, chegando até a pena de morte.

Apenas as uniões sexuais devidamente sacramentadas, as heterossexuais, seriam válidas, verdadeiras, firmes, assentes e indissolúveis. A prática sexual ficou reduzida à nascente de pecado e restritamente para desempenhar o ditame “crescei-vos e multiplicai-vos”.

Mesmo hoje com tantas transformações no contexto histórico social e com as abissais variações de comportamento e preferências sexuais, a Igreja ainda censura com veemência a homossexualidade, ratificando sua concordância em relação apenas às relações heterossexuais dentro do matrimônio, considerando a contracepção, o amor franqueado, livre e a homossexualidade como condutas moralmente intoleráveis, que desvirtuam o profundo sentido da verdadeira e plausível sexualidade.

Destarte, simples é concluir-se que, desde do surgimento do cristianismo, os homossexuais convivem com o preconceito, intransigência e a inflexibilidade, dificultando ainda mais a aceitação, pois, até aquele momento, a bissexualidade, em termos sociais, era apreciada como uma prática admissível.

Muito embora alguns países, como Suécia, Noruega, Holanda, e mais recentemente a Inglaterra, resguarde em suas normas jurídicas a união entre indivíduos do mesmo sexo, em sentido contrário, existem países como Grécia,

Irlanda e os Islâmicos em que a homossexualidade é considerada ilícito penal, sinal evidente de que a intolerância e o preconceito ainda estão distantes de exaurir-se, apesar de toda evolução e progresso da Ciência no sentido de buscar a despatologização da homossexualidade, desmistificando que a tal seria uma doença, para defini-la como variante natural da expressão sexual humana, uma conduta que determina uma maneira de viver diversa.

## 1.2 O homossexualismo sob a visão da psicologia

No século V, a passividade do homem e a anástrofe de gêneros foram consideradas como afobação mental. Somente então no final do século XIX, as anormalidades sexuais passaram a fazer jus a uma abordagem sob a visão da psicopatologia.

Para Sigmund Scholomo Freud (*apud*, GRAÑA, 1996, p.42) a homossexualidade não era depravação ou mesmo moléstia, mas uma alteração do desenvolvimento sexual, cujos fatores potencializadores são:

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.

Apenas em 1973 a Associação Americana de Psiquiatria (APA) removeu a homossexualidade da classificação dos distúrbios mentais, declarando como embasamento para a alteração o fato de ser a homossexualidade o espelho das realidades políticas e sociais. De acordo Maria Berenice Dias (2001, p.49):

Se decorre de fatores biológicos ou genéticos, sociais ou comportamentais, o certo é que não é uma opção livre, sendo considerada um distúrbio de identidade fruto de um determinismo psicológico inconsciente. Existem preferências e inclinações. Ser homossexual não é uma preferência, como não o é ser heterossexual. A heterossexualidade também não é uma escolha, embora seja uma sexualidade mais cômoda, mais adaptada.

Aponta-se à existência de razões genéticas no desenvolvimento do homossexualismo, não tendo a capacidade de taxar como uma irregularidade no comportamento ou opção pessoal. Não sendo uma escolha livre, mas produto de um determinismo psicológico, não pode ser artefato de marginalização, preconceito, reprovabilidade social ou jurídica.

Deste modo, chega-se a coerente dedução que a homossexualidade permanece sendo um desafio para a Ciência, em particular para a Psicanálise, em seu experimento de compreender o psiquismo humano, não possuindo nenhum arremate decisivo a respeito de suas razões e procedências que amparem teses como a genética, perversão, desvio, ou, além disso, atitude consciente ou definida como causadoras do comportamento homossexual.

O homossexualismo é um acontecimento que se impõe e não pode ser negado, devendo ter direito a proteção e resguardo jurídico, ser reconhecido como instituição familiar. Imprescindível transformar valores, abrir lugar para novas discussões, contornar princípios, dogmas e preconceitos. O legislador não pode continuar insensível e apático à precisão de regulamentação dessas relações.

### 1.3 Homossexualidade e a medicina

Por força do mando religioso sobre a Ciência, na Idade Média, a Medicina chegou a afirmar que a homossexualidade seria uma patologia que ocasionava a

redução das faculdades mentais, sendo uma moléstia contagiosa decorrente de uma aberração genética.

Durante anos, as indagações científicas em afinidade ao assunto centraram-se no estudo do sistema nervoso central, dos hormônios e do funcionamento do aparelho genital de homo e heterossexuais, sem, porém, localizar quaisquer diferenças, problemas ou explicações claras e exatas.

Todos os estudos nos anos 80 tendiam no sentido de considerar o homossexualismo como devassidão sexual que levavam os sujeitos a sentirem-se seduzidos por outros do mesmo sexo, com aversão absoluta para os do sexo contrário.

Para alguns expoentes da medicina legal do Brasil tida como clássica, a homossexualidade é tratada como "anomalia sexual" e "devassidão sexual", respectivamente.

Passaram-se os anos e o progresso das pesquisas no que compreende a Genética, concluiu que o hipotálamo (região do cérebro que domina determinados impulsos sexuais) dos homossexuais tem apenas metade do hipotálamo dos heterossexuais. Designadamente de tamanho parecido ao das mulheres. Tal é visto como probabilidade explicativa ao fato de uma aberração genética, uma inquietação psicológica ou endócrina.

Neste diapasão preleciona a Des. Maria Berenice Dias (2001, p.42):

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 10ª.

revisão do CID-10, em 1995, foi nominada de 'Transtornos da Preferência Sexual'(F65).

O fato é que a Ciência é insuficiente ou tem coisa alguma a esclarecer com a exatidão que se faz necessário a respeito da homossexualidade e ainda a trata como uma incógnita, haja vista que, hoje em dia, todas as antigas conclusões científicas têm sido refutadas com o aprofundamento das pesquisas atuais.

#### 1.4 Influência religiosa x realidade jurídica

A aversão ao homossexualismo plana com amplo resguardo nos mandamentos da Igreja, a qual, sob seus dogmas, estabeleceu a indiferença às relações entre homossexuais. Daí o primeiro entrave na passagem do reconhecimento de qualquer fato criado pela convivência homoafetiva. A imagem de pecado assim concebida e completamente consolidada, encontra afeição nos princípios religiosos, uma vez que os mesmos compõem uma pedra base na formação social.

Na Bíblia Sagrada não existe necessariamente a expressão homossexual. Sabe-se que esta nomenclatura é atual, e já que as escrituras são antigas, não poderia conter um vocábulo não existente na época em que foi escrita. No entanto, existem traduções mais modernas que já utilizam tal nomenclatura.

Devem-se os termos "efeminados" e "sodomitas" serem compreendidos e identificados com o que atualmente se entende por homossexuais. Desta maneira, entende-se que os homossexuais não "herdarão o reino de Deus", e por isso, a Igreja é radicalmente avessa à homossexualidade.

Veja o que se encontra em I Coríntios 6:9: "Não sabeis que os injustos não herdarão o reino de Deus? Não vos enganeis: nem os devassos, nem os idólatras, nem os adúlteros, nem os efeminados, nem os sodomitas chegarão a Deus."

Outro exemplo pode ser colhido em Levítico 18:22, onde se lê: "Com o homem não te deitarás, como se fosse mulher: É abominação".

Em Romanos 1: 26-27, aborda-se o homossexualismo e o lesbianismo como comportamentos condenados por Deus e, no mesmo texto, informa-lhes causa e conceito, corroborando que tal prática seria avesso à natureza e justificativa para penalidade e castigo àqueles que a vivenciassem:

Por causa disso, os entregou Deus a paixões infames; porque até as mulheres mudaram o modo natural de suas relações íntimas por outro, contrário à natureza; semelhantemente, os homens também, deixando o contacto natural da mulher, se inflamaram mutuamente em sua sensualidade, cometendo torpeza, homens com homens, e recebendo, em si mesmos, a merecida punição do seu erro.

Ainda vê-se vedação ao homossexualismo no livro de Levítico 20:13, segundo o qual: "Quando também um homem se deitar com outro homem, como com mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão, o seu sangue é sobre eles."

Estes versículos, ainda mais que o precedente, deixam vivos, que a homossexualidade é absolutamente antagônica à vontade divina.

Não há como se falar de união homoafetiva e seu reconhecimento sem esbarrar em inúmeros preconceitos, impostos pela sociedade e também pela Igreja, e ao se falar de Igreja, faz-se num sentido geral, sem especificar uma religião ou outra.

Os preconceitos existentes em uma determinada sociedade pautam-se, muitas vezes, com a pressão que a Igreja exerce sob seus seguidores sobre determinado assunto. Na verdade, o que acontece é que a sociedade, influenciada pela Igreja, pressiona os legisladores, que ficam com receio da desaprovação de seu eleitorado e, por conseqüência, temem a perda de votos na próxima eleição. Estes, então, acabam não aprovando projetos para reconhecimento de direitos e institutos, como o da união estável entre pessoas do mesmo sexo, por temerem a reprovação, censura e condenação de seu eleitorado.

A Igreja, conseqüentemente, duela declaradamente a homossexualidade, fundamentando-se em registros bíblicos. Alega-se que os homossexuais não estão nos planos de Deus, que as uniões devem objetivar a procriação e, por isso, sustentam a imoralidade dessas uniões.

Contudo, o que os próprios cristãos se esquecem é que na mesma bíblia de onde extraíram os motivos para condenar os homossexuais, existe uma passagem em Mateus 7:1, que diz: "Não julgueis, para que não sejais julgados."

Ainda que a homossexualidade seja combatida pela bíblia, e, conseqüentemente versus a vontade de Deus, que criatura é suficientemente boa e sem pecados para ser digna de julgar alguém? Se, nem mesmo o Filho de Deus teve a ousadia e atrevimento de julgar as pessoas, imagina-se, que míseros mortais e pecadores podem fazer o julgamento de alguém? Ademais, observa-se o que traz em seu escopo a Bíblia Sagrada em João 8:7: "[...] aquele dentre vós está sem pecado que lhe atirem a primeira pedra."

Só ao Criador compete julgar, a nós, seres humanos, cabe amar ao próximo como a nós mesmos, fazendo o bem, sem olhar a quem, conforme a parábola do Bom Samaritano, narrada em Lucas 10:1-42.

O legislador acertou ao contestar alguns escritos bíblicos, como por exemplo, este trecho em Efésios 5:22-24, que determinar à mulher obedecer ao marido:

Vós, mulheres, submetei-vos a vossos maridos, como ao Senhor; porque o marido é a cabeça da mulher, como também Cristo é a cabeça da Igreja, sendo ele próprio o Salvador do corpo. Mas, assim como a Igreja está sujeita a Cristo, assim também as mulheres o sejam em tudo a seus maridos.

Em pleno século XXI, pode-se afirmar que o homem é superior à mulher, e que portanto esta deve submeter-se àquele? Atualmente consagra-se no mundo jurídico o princípio de igualdade entre os sexos.

Deve-se advertir mais uma vez, que o Direito não está submisso à Religião, tanto é verdade que o Direito, em mais uma ocasião, contradiz os ensinamentos da Bíblia ao autorizar o divórcio, pois, conforme Marcos 10:7-9: “Por isso deixará o homem a seu pai e a sua mãe, e unir-se-á a sua mulher. E serão os dois uma só carne, e assim já não serão dois, mas um só. Portanto o que Deus ajuntou não separe o homem”.

Teoricamente o Estado é laico, ou seja, não padece controle de qualquer religião, competindo a ele resguardar as crenças e não positivar seus princípios. No entanto, existe um abismo entre o plano teórico e o prático, não que isto essencialmente aparente uma celeuma, só que, o conflito entre direito e moral religiosa, é a grande dificuldade para o reconhecimento e tutela das uniões homoafetivas. Pois, os legisladores e operadores do Direito são em sua grande

parte conservadores e atingidos pelo dogmatismo da Igreja, o que causa retardamento e retrocesso do ordenamento em relação às questões fáticas relativas a tais uniões.

Vê-se que o Direito contraria diversas vezes à Religião, não satisfazendo aos preceitos bíblicos que dispõe a mulher a submeter-se ao seu marido, a proibição do divórcio, porque então o jurista atual, cerceadores de conflitos, deve preocupar-se com o evento de ser a homossexualidade contra o anseio de Deus? Se o ordenamento jurídico já contrariou a Bíblia em nome da igualdade entre os sexos, porque não pode, mais uma vez, contrariá-la, assegurando de forma legal, justa e necessária a igualdade entre heterossexual e homossexual?

## CAPÍTULO 2 CÉLULAS FAMILIARES HOMOAFETIVAS

No presente capítulo serão delineados aspectos gerais relativos à origem da família. Para tanto, far-se-á um estudo do processo histórico-evolutivo pelo qual passou e ainda passa a instituição que, ao longo dos anos, transformou-se culturalmente e acrescentou valores morais capazes de remodelar sua estrutura. Sendo também objeto de estudo a família contemporânea e a desvinculação da idéia de casamento como forma única e legítima de constituir-se um núcleo familiar; o advento da família homoafetiva, sendo o afeto elemento indispensável e permeador de todas as células familiares, sopesando seus aspectos sociais; a visão da homoafetividade segundo a Constituição Federal, sob o prisma da principiologia constitucional, desmistificando os preconceitos.

### 2.1 Origem da família

Sabe-se que a família é a célula fundamental da sociedade, a célula *mater*. Antecede, a família, a organização estatal, sendo um estabelecimento pré-jurídico, pois nasce primeiro e independe de reconhecimento pelo Estado. Logo, pode-se proferir que a família é uma demonstração direta do ser humano, realizando-se de caráter independente e prioritário em relação ao Estado e ao ordenamento jurídico.

Segundo Friedrich Engels (1997, p.31): "Num período de transição do estágio animal para o humano, cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres", configurando o chamado matrimônio por grupos.

Com o transpor do tempo, novos ideários e concepções foram brotando e as relações maritais passaram do estágio coletivo para a constituição de novas coligações familiares, desenvolvidas a partir de conceitos como incesto e ciúme, ocasionados por novas religiões e novas culturas.

Os mais conservadores, a exemplo do civilista Sílvio de Salvo Venosa (2003, p.16), conceituam família em acepção ampla, como "parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas pelo vínculo jurídico de natureza familiar". Em sentido estrito, pode-se afirmar que "é o grupo formado pelos pais e pelos filhos."

Atualmente, a Constituição Federal em seus artigos e corroborada pelo artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, define como entidade familiar respectivamente, aquela constituída pelo casamento civil, a derivada da relação estável entre o homem e a mulher e a sociedade composta por qualquer dos pais e seus filhos.

A assimilação da família com a ciência de casamento entre um homem e uma mulher advém da autoridade judaico-cristã, partindo do ponto de vista de que o aprendizado da sexualidade deveria ser reservado ao vínculo do matrimônio, com límpido interesse da sociedade apenas na procriação.

A tradição do início do século, sob a qual se edificou o Código Civil de 1916, reconheceu e confirmou a chamada "supremacia masculina" cedendo juridicidade exclusivamente ao relacionamento matrimonializado, patriarcal e hierarquizado. Nesta conjuntura o fim essencial e vital da família era o prosseguimento biológico.

Com a chegada da Revolução Industrial e a introdução da mulher no mercado de trabalho, a família patriarcal entrou em conflito, privilegiando a afetividade e amor nas relações, o que acarretou grandes modificações ao

arquétipo familiar. Mesmo que a legislação rejeitasse legalmente qualquer elo extra matrimonial, novas uniões passaram a existir fora da chancela estatal. Famílias constituídas por pessoas que se retiravam de outras famílias começaram a surgir e novas composições de convivência chegaram aos tribunais buscando a tutela jurisdicional.

Maria Berenice Dias, sintetiza, dizendo que (2001, p.62):

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.

Conforme frisa Rosana Fachin (2001, p.04):

Nessa evolução, a função procriacional da família e seu papel econômico perdem terreno para dar lugar à comunhão de interesses e de vida, em que os laços de afeto marcam a estabilidade da família.

Maria Berenice observa (2001, p.64-65):

As premissas básicas em que sempre esteve apoiado o Direito de Família – sexo, casamento e reprodução, desatrelaram-se, pois tornou-se possível uma coisa sem a outra e são cada vez mais comuns relacionamentos sexuais sem a oficialidade do casamento. Também a evolução da engenharia genética permite a reprodução sem a ocorrência de contato sexual, o que leva a buscar um novo conceito de família que não tenha tais pressupostos como elementos caracterizadores.

Para os especialistas da Organização das Nações Unidas, que já enfoca a família de uma forma mais moderna, define-a como qualquer grupo de pessoas que convivam sob o mesmo teto, sejam ou não do mesmo sexo, não se usando o matrimônio como origem da família.

Passa-se, por conseguinte, a uma dilatação do conceito de família, que, além da relação matrimonializada, passou a proteger e resguardar tanto a união estável entre um homem e uma mulher como o vínculo dos pais com seus filhos, e uma outra grandeza de possibilidades de ajustes familiares ocorridas das relações das famílias contemporâneas.

A desembargadora do TJ-RS, Maria Berenice Dias (2001, p.102) sustenta opinião conceitual semelhante afirmando que:

A família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, merecem ser reconhecidas como entidades familiares. Assim, a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.

Pois bem, nas relações familiares se faz indispensável resgatar o sentimento, no lugar do preconceito, o altruísmo ao invés do egoísmo, uma vez que a família é a instituição do afeto, ternura, dedicação e acima de tudo de um amor imensurável, seja ela constituída pelo casamento, união estável, famílias monoparentais, uniparentais ou por uniões homoafetivas. A fronteira ética, ou seja, o fenecimento de uma dilatação moral das relações familiares não pode se

encontrar focalizado na sexualidade diferente da heterossexual, todavia na ausência do amor, da felicidade, do respeito e da fraternidade.

Em inteira harmonia Gisele Maria Hironaka (2003, p.7):

Na idéia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo a cada um, sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.

## 2.2 A família na atualidade

A família está em constantes e incessantes mudanças, sendo absolutamente necessárias para que a entidade familiar seja capaz de acompanhar o progresso, agregando novos valores que surgem a cada dia nas várias sociedades.

A família acompanha a evolução dos costumes, portanto, exibe-se de maneiras distintas para acatar as reais necessidades de cada tempo. Dentre os mais variados padrões de agregação familiar, podendo ser matrimonial, concubinária, monoparental, e em algumas sociedades, a família também pode originar-se da convivência homossexual.

Confirmando a mesma idéia, Thomaz<sup>1</sup> diz:

A família é um fato natural. Não a cria o homem, mas a natureza. [...] o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera. Fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento, que é um fenômeno legal, e também por ser um fenômeno natural é que ela excede à moldura em que o legislador a enquadra. [...] agora dizei-me: que é que vedes quando vedes

---

<sup>1</sup> Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3930>. Acesso em: 26.ago. 2006

um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto?

Ao Estado, a quem foi delegada a tarefa de organizar de tal forma a sociedade, que, além de acertar as relações dos indivíduos, necessita sagrar sua dignidade, com fito de garantir o direito à vida, não somente a vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada, vida com dignidade, vida feliz. O próprio Aristóteles já proclamava que todos os seres só têm uma razão de viver, que é o encontro da felicidade.

Para tal, é imperioso a consignação de regras de comportamento, que, para serem reverenciadas, carecem ser dotadas de medidas repressivas. Surgem assim as normas jurídicas, competindo ao legislador “carimbar” os acontecimentos da vida, outorgando a obrigação de fazê-las cumprir ao Executivo e a vigilância para seu cumprimento ao Judiciário.

A sociedade evolui, altera-se, aperfeiçoa-se por fatos múltiplos, o que provoca a necessidade constante de atualização e modernização dos preceitos jurídicos. A inspiração da chamada globalização rompeu com as tradições, atrelamentos, dependências e amarras, e modificar as normas que dizem respeito à própria vida da pessoa é um encargo para gigantes, de maneira especial quando se versa das relações afetivas, pois se referem a seus sentimentos, anseios, à sua própria alma. Eis o elemento de tutela do Direito de Família.

Ainda aperfeiçoando a idéia antecedente, Thomaz<sup>2</sup> entende que:

---

<sup>2</sup> Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3930>. Acesso em: 26.ado. 2006

O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural. De tudo que acabo de dizer-vos, uma verdade resulta; soberano não é o legislador, soberana é a vida. Onde a fórmula legislativa não traduz outra coisa que a convenção dos homens, a vontade do legislador impera sem contraste. Onde, porém ela procura regulamentar um fenômeno natural, ou ele se submete às injunções da natureza, ou a natureza lhe põe em cheque a vontade. **A família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção é estreita para o fato, e este então se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda a parte ele constitui a família, dentro da lei, se é possível, fora da lei, se é necessário.** (grifo do autor).

Mas preferir que os casos permaneçam como estão ou tecer críticas é modo caracteristicamente humano, atemorizado pelas mutações sociais, mas que em nada contribui para que alguma coisa seja mudada.

Reporte-se à família do começo do século passado, com límpida influência da Igreja. A família era somente o liame decorrente dos sagrados laços do matrimônio, assim, verdadeira instituição, matrimonializada, patrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual. Tanto que era indissolúvel, o regime legal era o da comunhão universal, com obrigatória identificação pelo nome do marido, com a relativização da capacidade da mulher.

O surgimento dos novos protótipos da família, quer pela emancipação da mulher, quer pelo aparecimento dos métodos contraceptivos, levou à possibilidade da dissolubilidade do vínculo do casamento. O desenvolvimento e a melhoria da engenharia genética dissociaram casamento, sexo e reprodução, que não mais são conceitos obrigatoriamente agregados.

O recente enfoque dado à família pelo Direito deixou de priorizar suas características exclusivamente patrimoniais, voltando-se muito mais à

identificação do vínculo afetivo, tanto que a contemporânea doutrina fala de uma despatrimonialização do direito privado, de modo a bem restringir a diferença entre o presente sistema em relação àquele de 1916, patrimonialista e egocêntrico.

Antes o casamento era indissolúvel, as pessoas, no máximo, podiam se desquitar (hoje divorciar), cabendo lembrar que os desquites, ainda que amigáveis, eram submetidos a reexame necessário. Com o advento da Lei do Divórcio, homenagem devida à grande luta do Senador Nelson Carneiro, passaram a existir duas modalidades de "descasamento". Primeiramente os indivíduos se separam, o que rompe os direitos e deveres, no entanto não rompe o vínculo conjugal, e só em seguida é que podem se divorciar, ocasião em que as pessoas resgatam a possibilidade de voltar a casar. Destarte, a separação é quase um limbo, em que a pessoa não está mais casada, mas não pode casar de novo, e nessa situação necessita ficar por um ano, para em seguida poder-se libertar pelo divórcio.

A sociedade conjugal termina pela separação, mas só o divórcio e a morte dissolvem o casamento. Fica evidente que ainda conserva-se a prevalência do interesse na preservação da família sobre o interesse das pessoas.

Ainda que a Constituição conceda peculiar resguardo à família, sua maior responsabilidade é com o cidadão. O foque principal do ordenamento jurídico, ditado pela Constituição Federal, é o amparo do ser humano. É descabido e fere o princípio da igualdade e da dignidade abandonar à margem da lei, e, por decorrência, ao relento, o indivíduo que por alternativa, ou contingência vive só ou cultiva um relacionamento homoafetivo.

### 2.3 Famílias homoafetivas

A “homoafetividade” ou “união homoafetiva”, termos utilizados, pioneiramente no Brasil, pela desembargadora Maria Berenice Dias, para substituir a terminologia “união homossexual” dá destaque ao sentimento mais admirável em uma relação humana que é o afeto, pois se sabe que é componente norteador de todo e qualquer relacionamento familiar, notadamente também nos constituídos por pessoas do mesmo sexo.

A união homoafetiva consubstancia-se na união de duas pessoas do mesmo sexo, que traz consigo todas as características e símbolos de um relacionamento, ou seja, um convívio público e duradouro, conceito este que muito se assemelha com o da união estável. Cite-se, pois, o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Como sabiamente enfoca Edenilza Gobbo<sup>3</sup>:

A partir dos anos 90, especialmente pela luta dos movimentos sociais, as unidades familiares apresentam as mais variadas formas possíveis. Muito comuns são as famílias monoparentais, formadas por um dos pais e seus filhos – biológicos ou adotivos. Proliferam, de igual sorte, as famílias formadas por homossexuais, homens ou mulheres, as famílias formadas por irmão, por avós e netos, tios e sobrinhos, primos, etc.

Para configuração de uma entidade familiar, recentemente não é mais exigida, como elemento constitutivo, a existência de um casal heterossexual, com

---

<sup>3</sup> Disponível em: Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=546>>. Acesso em: 20 set. 2006.

capacidade reprodutiva, pois dessas características não dispõe a família monoparental.

Embora se reconheça que a intenção do matrimônio é a união legal entre o homem e a mulher, para a prática de relações sexuais e a procriação, a falta das relações sexuais não desconfigura o casamento nem atinge sua higidez. Do mesmo modo, ainda que a finalidade de procriar seja determinado como a essência do casamento, a ausência de filhos, quer por incapacidade de gerar, ou por qualquer outro motivo, não configura sua desconstituição.

Observa-se que a prole ou a aptidão para procriar não são fundamentais para que o relacionamento entre duas pessoas faça jus à proteção legal. Não se desculpa, assim, consentir ao desamparo do conceito de família a coexistência entre indivíduos do mesmo sexo. O núcleo de sustentação das relações de família situa-se atualmente no recíproco auxílio afetivo (*affectio maritalis*), e é extremamente provável encontrar tal centro afetivo em duplas homossexuais, erroneamente e de forma preconceituosa excluídas do texto constitucional.

Se o fato social impôs o enlaçamento das relações afetivas no Direito de Família, e estando a atual doutrina e a mais vanguardista jurisprudência a definir a família pela exclusiva presença de um liame afetivo, não mais se aprova nem se justifica deixar de identificar como espécie desse gênero também as relações homoafetivas.

De acordo com Maria Berenice Dias (*apud* Venosa, 2003, p. 460) que diz:

Simplesmente encobrir a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento das relações que, mais do que sociedades de fato, consistem sociedades de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Necessário é encarar a realidade, pois descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente

Alteraram-se os padrões da família e deixou de ser o casamento seu traço indicador. Esta não mais tem por fim precípua e exclusivo a função reprodutiva quer pelo surgimento dos métodos contraceptivos, quer pelo progresso da engenharia genética. Deixar à margem da lei os vínculos afetivos que não se determinam pela diferença do sexo do par, embora haja convivência duradoura, pública e contínua, com objetivo de constituição de família, é uma falha nitidamente preconceituosa e discriminatória, a lei deve acolher ao mais novo conceito de família.

### 2.3.1 União homoafetiva e aspectos sociais

A grande discussão que envolve a condução do projeto que reconhece a dita “parceria civil registrada” obriga que se façam determinadas colocações a respeito da homossexualidade, assunto alagado de crendices e tabus, para se considerar como ela vem sendo abordada no campo do Direito.

Assuntos que referenciam às relações familiares localizam-se mais no domínio privado do que no público, competindo à sociedade sua normatização. Existem apegos culturais influentes em cada período, a suscitar um sistema de exclusões, inúmeras vezes fundamentadas em preconceitos estigmatizantes. Tudo que se estabelece fugindo dos estereótipos termina por ser taxado de “anômalo”, o que não se ajusta nos arquétipos, visão extremamente limitante.

São, normalmente, teses de vagarosa maturação, como o divórcio, por exemplo. Delongou-se, no entanto, a coletividade teve que aceitá-la. Com o passar do tempo, vê-se que mudou o modo de enfrentar o homossexualismo,

tornou-se mais tolerante. Não o suficiente para abolir de vez o exacerbado preconceito.

Com o desenvolvimento cultural, as transformações dos valores, das considerações de moral, compostura e de pudor, a questão alusiva à preferência sexual deixou de ser “tema tabu” e ultimamente é discutido francamente, sendo retratado nos filmes, novelas e nas programações atuais em geral.

Apesar de a sociedade se considerar heterossexual, estima-se que 10% dela é composta por homossexuais. As culturas ocidentais modernas condenam os indivíduos que não têm opções sexuais dentro de certos protótipos de rigorosa “moral”, colocando-os à marginalidade.

#### 2.4 Visão da homoafetividade à luz da Constituição Federal

Consolidando a Constituição a existência de um Estado Democrático de Direito, tende à realização dos direitos e liberdades fundamentais. O centro do presente sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, que ocupa uma posição excepcional no texto constitucional.

As grandes pilastras que servem de alicerce à Constituição são os princípios da liberdade e da igualdade. Tais preceitos não podem se projetar no vazio, não se idealizando como normas programáticas, sendo indispensável reconhecer sua eficácia jurídica também no Direito de Família, que auferi a sua inspiração.

A Constituição Federal (CF) estabelece no inciso I do art. 5º, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, e no inciso IV do art. 3º, consagra a ascensão do bem de todos sem preconceitos de sexo.

É vedada a discriminação sexual, tanto que é eleita como cânone constitucional, pois diz respeito à conduta afetiva da pessoa e o direito de opção sexual.

A identificação da orientação sexual está dependente da assimilação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem opta, e tal preferência não pode ser mira de tratamento diferenciado. Se alguém conduz seu interesse a outro indivíduo a fim de cultivar um liame afetivo, está exercendo sua liberdade. O caso de direcionar a prioridade a uma pessoa de igual sexo, não pode ser pretexto de discrimine. Sendo, comprova-se uma viva discriminação ao próprio indivíduo em razão de sua identidade sexual. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está abarcada, evidente, a opção sexual que se queira.

Distinto é o tratamento da homossexualidade nos diversos países. Essa consciência é diretamente proporcional ao grau de desenvolvimento cultural dos Estados. Dinamarca, Suécia e Noruega têm normas que conferem à parceria os mesmos direitos dos indivíduos casados, só existindo bloqueio à adoção. A Constituição da África do Sul, de 1996, foi quem inicialmente vedou taxativamente a discriminação por motivo da escolha sexual. A França, Austrália e alguns Estados americanos, além da descriminalização, impedem notas discriminatórias, sem aceitar ações prosaicas. Logo, nos países islâmicos, o homossexualismo é tido como delinqüência, podendo ser castigado com a pena de morte.

No Brasil, tramita a Proposta de Emenda à Constituição nº 139/95, da ex-Deputada Marta Suplicy, de modificação dos arts. 3º e 7º da Constituição Federal, com fito de compreender a proibição de discriminação por ensejo de orientação sexual.

Como bem referiu-se a ex-Deputada Marta Suplicy na justificativa do seu Projeto:

Se todos têm direito à felicidade, não há por que negar ou desconhecer que muitas pessoas só serão felizes relacionando-se afetiva e sexualmente com pessoas do mesmo sexo. Valores e normas sociais são modificados, reconstruídos e alterados de acordo com as transformações da própria sociedade.

O inegável é que o Projeto sinaliza o começo do banimento da marginalidade dos vínculos homoafetivos, passando de excluídos para serem incluídos no vínculo social, conseguindo de tal modo o reconhecimento de sua existência pelo Estado.

Em que pesem as considerações, vale registrar a opinião, em clara manifestação de preconceito, do jurista Ives Gandra Martins (2000, p. 1021) ao se referir ao Projeto da ex-deputada Marta Suplicy, ao dizer 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.

#### 2.4.1 A união homoafetiva sob o prisma da principiologia constitucional

Em meio aos princípios consagrados na Carta Magna está o da dignidade da pessoa humana, o qual integra o próprio espírito da Carta Maior. Salientando-se que a proteção do Direito de Família, pela Lei Fundamental pátria é justamente no sentido de garantir que a família seja um espaço para a promoção, resguardo e efetivação da dignidade de cada um dos integrantes do grupo familiar.

Diante da abundância dos textos legais, cada qual com sua própria racionalidade e fundamentos, evidencia-se a ausência de uma conexão que

aglomere todos estes diplomas e lhe confira a coerência de um sistema. Assim, servem os valores como verdadeiros elos da corrente que compõe o ordenamento jurídico, apesar de muitas vezes, diante da amplidão dos valores, como o princípio da dignidade da pessoa, são insuficientes para propiciar a regulamentação coordenada dos comportamentos sociais.

O tão preconizado Estado Democrático de Direito, com fundamento no art 1º da Constituição Federal de 1988, tem por finalidade, além de outras pretensões, asseverar a efetivação e deferência dos direitos e liberdades basilares inseridos naqueles, os direitos humanos. Com escopo de resguardar tudo que condiciona a vida humana, mostra-se crescente a positivação dos direitos humanos em plano constitucional, através da conversão dos direitos fundamentais em direitos humanos difusos e integrais.

Para a outorga de efetividade a estes direitos humanos, consubstanciados no princípio da dignidade humana, cumulada com os direitos e garantias individuais (art.1º, III, c/c art. 60, § 4º, III, ambos da Constituição Federal de 1988), apresentam-se como seus grandes pilares dois princípios constitucionais muito em voga nos dias atuais, quais sejam, princípios da liberdade e da igualdade.

É sabido que, a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores intrínsecos e essenciais à vida de cada ser humano, estabelecendo premissas básicas e indispensáveis do Estado de Direito Democrático, motivos pelos quais tais princípios fundamentais vêm inseridos no preâmbulo das Constituições.

Neste contexto leciona Teixeira Giorgis (2002, p. 244):

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

Acerca do princípio da dignidade humana, que norteia todo o ordenamento jurídico, vale aludir a opinião de Roger Raupp Rios (2001, p.90-91):

[...] na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma dimensão fundamental da constituição da subjetividade, alicerce indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade. Fica claro, portanto, que as questões relativas à orientação sexual relacionam-se de modo íntimo com a proteção da dignidade da pessoa humana. Esta problemática se revela notadamente em face da homossexualidade, dado o caráter heterossexista e mesmo homofóbico que caracteriza a quase totalidade das complexas sociedades contemporâneas.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, contempla em seu primeiro artigo o valor igualdade quando preceitua que, os homens nascem e são livres e iguais em direitos. Sendo um dos lemas da Revolução Francesa de 1789, esse princípio fundamentado em ideais iluministas eclodiu por todo o mundo, derrotando o absolutismo. Também está contemplada nos dois primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando prescrevem:

Art. 1º. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. 2º[...]

1) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

II) Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

[...]

Art. 7°. Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Em igual, a Convenção Americana de Direitos Humanos:

Art. 5°. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

[...]

Art. 7°. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

[...]

Art. 11°. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra o ao reconhecimento de sua dignidade.

Art. 12°. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra ou reputação.

Art. 13°. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.

[...]

Art. 24°. Todas as pessoas são iguais ante a lei. Em consequência, tem direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Vê-se que tais dispositivos repelem às ações que insinuem discriminação e acolhem a fraternidade como componente de direção das relações humanas. Apontam, além disso, que certos fatores são inadmissíveis como baldrame para distinções e categorização humanas, como raça, religião e sexualidade.

Com os movimentos sociais, adversos a todas as configurações de preconceitos e convencionalismos na defesa dos direitos de homossexuais, propondo desde já a banimento das diferenciações sexuais intrínsecas às classes heterossexual e homossexual, o fim da superioridade de um sexo pelo outro e da

imposição de quaisquer padrões morais diante as diversas formas de expressão sexual, houve o abrandamento, ainda que acanhado, de alguns preconceitos acerca da homossexualidade, especialmente quanto a sua vinculação com a concepção de pecado, aberração e de doença.

O que se percebe é uma evolução da sociedade, na qual a preferência sexual torna-se um elemento da escolha de estilo de vida, impondo-se, assim, a abolição do binômio homossexual/heterossexual na identificação dos sujeitos, para a superação da exclusão e discriminação dos indivíduos em função de suas preferências sexuais.

Sustenta-se, entretanto, a desconsideração da orientação sexual enquanto juízo crítico capaz de legitimar tratamentos desiguais, de grande valia para a consolidação do princípio jurídico da igualdade, imprescindível para a plenitude da cidadania por homossexuais. O direito de igualdade como direito essencial que é, evidencia a necessidade de sua materialização perante as diferentes situações fáticas e jurídicas.

Para João Baptista Herkenhoff (1994, p. 124):

O valor 'igualdade' constituiu-se através da História por meio de dois movimentos interdependentes: o da afirmação da igualdade intrínseca de todos os seres humanos; o da rejeição de desigualdades específicas, particulares.

Enfatiza, ainda, que outro valor seria o da liberdade (1994, p. 136):

A liberdade deve conduzir à solidariedade entre os seres humanos. Não deve conduzir ao isolamento, à solidão, à competição, ao esmagamento do fraco pelo forte. Garantir a liberdade dentro de uma sociedade solidária é o desafio que se coloca. Liberdade para todos e não apenas para alguns. Liberdade que sirva aos anseios mais profundos da pessoa

humana. De modo algum a liberdade que seja instrumento para qualquer espécie de opressão.

Ora, o direito à liberdade firma-se em que toda pessoa humana pode fazer o que bem lhe aprouver desde que, com suas ações, não prejudique ninguém. Uma vez comprovado que a união homoafetiva não prejudica ninguém, trata-se, portanto, de parcela, nitidamente, ligada à liberdade pessoal de cada indivíduo.

De tal modo, a homossexualidade é, indiscutivelmente, parte do Direito de Liberdade, do qual todos os indivíduos são por força constitucional portador, não sendo admissível que o Estado crie, ou imponha limites a aludido direito.

Em um regime democrático, norteado pela idéia de Estado Democrático de Direito, estas valorações estão abertas para o legislador, sendo lícita e legal a escolha por tratamento desigual sempre que, em virtude de razões desta monta, o tratamento desigual não se desvendar arbitrário e ilegal.

Ainda, quanto ao direito à liberdade, escreveu João Baptista Herkenhoff (1998, p. 108):

O direito à liberdade é complementar do direito à vida. Significa a supressão de todas as servidões e opressões. A liberdade é a faculdade de escolher o próprio caminho, de tomar as próprias decisões, de ser de um jeito ou de outro, de optar por valores e idéias, de afirmar a individualidade, a personalidade. A liberdade é um valor inerente à dignidade do ser, uma vez que decorre da inteligência e da volição, duas características da pessoa humana. Para que a liberdade seja efetiva, não basta um hipotético direito de escolha. É preciso que haja a possibilidade concreta de realização das escolhas.

Mesmo que diante do estágio do conhecimento humano que hoje se compartilha, desautoriza-se o juízo discriminatório fundamentado unicamente nos critérios da orientação sexual, sob pena de revelar-se em puro preconceito e

crendice. Deste modo, o direito à opção sexual é um direito que goza de proteção constitucional, em face da vedação de discriminação por motivo de escolha sexual.

Mais uma decisão justa e arrojada do Tribunal gaúcho:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente à união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). (AP, nº numero 70009550070, Tribunal de Justiça - RS. Relator: MARIA BERENICE DIAS, julgado em 17.11.2004).

Portanto, inclui-se as relações homossexuais no rol dos direitos humanos fundamentais como expressão de um direito subjetivo individual, impõe-se não só em face do princípio da isonomia, como igualmente da liberdade de expressão (exercício da liberdade individual), do respeito aos direitos de personalidade, identidade pessoal, a integridade psíquica e física e da necessidade de segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que formam a base jurídica para construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo.

Mister destacar também a reverência ao princípio da dignidade humana, preceito maior da Constituição Federal, a qual dota os princípios da igualdade e

isonomia de potencialidade transformadora na configuração das relações jurídicas, sendo invocáveis como fonte de disciplina destas, quando não existirem normas ordinárias a respeito do fato em consideração.

Em clássica passagem, escreveu Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 747-748):

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Destarte, o regime jurídico da família hoje vigente, operou uma ruptura com o modelo institucional existente até então. E em virtude desta nova disciplina constitucional pode-se conferir ao ordenamento jurídico a abertura e a mobilidade que a dinâmica social exige, sem a rigidez de um padrão único que desconhece a pluralidade de estilos de vida e de crenças que caracteriza os dias atuais.

Desta forma, a modernização do direito de família requer não só a superação do paradigma da família institucional, mas também o reconhecimento de novos valores e das novas formas de convívio das formações familiares contemporâneas que alcançam a família pós-moderna.

Ressalte-se que, silenciosa a nossa tão exaltada Constituição Federal e omissas as demais leis infraconstitucionais no tocante às relações homoafetivas, resultando na inexistência e total descaso de amparo legal a essas uniões, importando em verdadeiras violações aos direitos humanos. Ficam, assim, os indivíduos que se encontram nessa situação, à mercê da própria cidadania, o que é inadmissível num Estado Democrático de Direito. Não é por demais repetitivo

advertir que a omissão legal não pode de forma alguma resultar numa inteira negativa de direitos a vínculos homoafetivos, em respeito à dignidade humana.

É sabido, mas nunca é demais destacar, que o Direito deve acompanhar e seguir o momento social, pois a sociedade está em constante transformação, variação e mudança, não tendo o Direito a faculdade de ficar à espera da lei, estanque ao fato concreto. De tal modo, o fato social antecipa-se ao jurídico, e a jurisprudência antecede a lei. Ainda que a sociedade se mostre resistente em não acolher a nova realidade, ainda que haja conflitos e persistam objeções morais, religiosas e posturas discriminatórias, tais situações não devem inibir nem embaraçar o juiz de solver as contendas que lhe são trazidas a julgamento.

Abraçando o reconhecimento da união homoafetiva, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade é a jurisprudência dos nossos tribunais:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados destas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais **da dignidade humana e da igualdade**. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. (Apelação nº 70001388982, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatada pelo Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis). (grifo do autor).

Na doutrina, alguns juristas tratam do tema, a exemplo do desembargador aposentado, José Carlos Teixeira Giorgis (2002, p.100), salientando que:

Não é desarrazoado, firme nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, por analogia e com suporte nos princípios gerais do direito, aplicar os mesmos efeitos patrimoniais que se deslumbra da união estável, repartindo-se o acervo angariado por parceiros em sua vida em comum, desde que vislumbre nesta os pressupostos da notoriedade, da publicidade, da coabitação, da fidelidade, de sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afetos.

Compete aos juizes, mais como uma obrigação do que meramente uma faculdade, e enquanto a lei não acompanha a evolução social, promover a justiça, exercendo seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade, asseverando aos indivíduos que estabelecem, entre si, uma relação homoafetiva, os mesmos direitos que faz jus as demais relações afetivas.

É, com certeza, um tema intranquilo que se apresenta aos operadores do direito, mas por tratar-se de um manifesto acontecimento social, possui grande valor jurídico, e, mascarar e dissimular a realidade não irá resolver as questões que emergem das relações que constituem sociedade de afeto homossexual.

No mesmo prisma leciona Américo Luís Martins da Silva (1996, p.187): "O não reconhecimento legal de sua condição e a falta de atribuição de direitos constituem certamente cerceamento de liberdade e uma das formas que a opressão pode revelar."

Deste modo, negar a um indivíduo o direito de optar por um companheiro, com este constituir uma sociedade afetiva, almejando vê-la resguardada de algum acaso, unicamente por terem ambos o mesmo sexo, equivale a denegar sua própria qualidade humana. Ao Estado que se diz democrático não é facultado o poder de exigir de seus cidadãos que, para que lhes sejam garantidos direitos sociais, carecem que adote orientação sexual pré-determinada.

## 2.5 Homoafetividade: preconceito e justiça

Embora tenha vindo a Constituição, com ares de modernidade, conceder a proteção do Estado à família, independentemente da celebração do casamento, persiste em desconhecer a existência de entidades familiares constituídas por indivíduos do mesmo sexo.

De forma mais que preconceituosa Guilherme Calmone Nogueira (*apud* Venosa, 2003, p. 459) diz: “União sexual que jamais ensejará a configuração do companheiro é a relação mantida entre pessoas do mesmo sexo, ainda que duradoura, contínua, única e informal”.

Ao arriscar-se aproximar do conceito de família, a primitiva visão é da família patriarcal, claramente hierarquizada, com papéis bem delineados, estabelecidos pelo casamento, com uma constituição extensiva. Atualmente a família é nuclear, mostrando que os papéis são equivalentes, sem o selo do casamento.

Não se caracteriza mais a família como se observa pelo evento do casamento. Igualmente a existência de descendência não é fundamental para que a convivência tenha direito ao reconhecimento, relevo, prestígio e proteção legal, pois sua ausência não enseja sua desconstituição sequer diante o Direito Canônico. Se a progênie ou aptidão procriativa não são fundamentais para que o convívio de duas pessoas faça jus ao amparo constitucional, não se explica ter a Constituição desamparado, sob a consideração de família, a convivência entre indivíduos do mesmo sexo, uma vez que a competente norma não consenti nenhuma diferença em pretexto opção sexual.

Sendo a orientação sexual abalizada em fatores biológicos ou psicológicos, indiscutivelmente é uma particularidade que se fixa no prestígio de privacidade do indivíduo e é rodeada de todas as seguranças vitais. A estima pela dignidade da pessoa humana, como artefato basilar do Estado Democrático de Direito, não pode proteger qualquer discriminação firmada em constitutivos individuais. Afastando-se qualquer proibição à liberdade sexual, não se pode aceitar tratamento diferenciado em razão da preferência sexual.

A cicatriz do convencionalismo não pode fazer com que um acontecimento social não se submeta às conseqüências jurídicas. Não se pode conferir o mesmo caminho acobertado pela doutrina e pela jurisprudência nas relações entre um homem e uma mulher fora do casamento, que acarretou a expansão do conceito de família por intervenção da constitucionalização da união estável.

O Direito passou a dar valor à afetividade humana, enfraquecendo preconceitos e protocolos. As relações familiares enchem-se de verdade, cordialidade, lisura, boa-fé e amor, abandonando a hipocrisia da legalidade estrita.

Passando duas pessoas a ter vida em comum, desempenhando os deveres de assistência recíproca, em um válido convívio firme marcado pelo amor, afeto, dedicação e respeito mútuos, com a finalidade de estabelecer um lar, indiscutível que tal liame, independentemente do sexo de seus coniventes, suscita direitos e deveres que não se admite permanecer à margem da lei.

As uniões estáveis homoafetivas não devem ser tratadas com indiferença ou ignoradas, não se tratando de um fato desconexo, isolado, ou de fraqueza extrema dos costumes como almejam os moralistas, mas a demonstração de uma

preferência pessoal que o Estado tem o dever e necessidade reverenciar em texto legal.

Pois bem, enquanto a lei não seguir o progresso, costumes, as transformações de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, nenhuma pessoa, até mesmo os próprios aplicadores do direito, são capazes de em consagração de um costume preconceituoso e/ou discriminatório, laquear os olhos a essa nova realidade e se tornar fonte de incalculáveis injustiças.

Uma sociedade que se anseia justa, acessível, eqüitativa, solidária, fraterna e democrática, não pode coexistir com tão bárbara discriminação, quando a expressão de ordem é a cidadania e a inserção dos excluídos.

## CAPÍTULO 3 O DIREITO DOS PARCEIROS SUCEDEREM NAS CÉLULAS FAMILIARES HOMOAFETIVAS

Neste último capítulo abordar-se-á num primeiro momento a sucessão em linhas gerais, alcançando a sucessão na união estável, com fito de equiparação; a valiosa pertinência de se constituir um contrato de convivência, quando não houver justa regulamentação que resguarde verdadeiros e eqüitativos direitos; a legítima possibilidade de aplicação analógica da união estável às uniões homoafetivas, considerando as circunstâncias caracterizadoras e as semelhanças existentes entre estes agrupamentos familiares, almejando-se ver protegidos direitos, principalmente o real direito de sucessão nas células familiares homoafetivas, um vez é indiscutível que não reconhecer o direito ora pleiteado é furtar direitos de alguns e suscitar o enriquecimento injustificado de outros, afrontando a própria dignidade humana.

### 3.1 Sucessões: considerações gerais

Etimologicamente, o vocábulo *sucessão* significa substituição, descendência, seqüência, qualidade transmitida aos descendentes. Em sentido jurídico, sucessão "é a transferência de direitos e obrigações operada mortis causa".

Conforme explica Venosa, "o direito das sucessões disciplina, portanto, a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desaparecimento física da pessoa, a seus sucessores". (VENOSA, 2005, p.21).

Em seguida, sucessão é a transmissão de bens e direitos do morto a seus herdeiros, legítimos e testamentários. A sucessão é aberta no momento da morte do autor da herança, transmitindo-se a propriedade e a posse dos bens que o mesmo deixou automaticamente aos seus herdeiros.

A transmissão pode ser universal ou singular, conforme compreenda todo patrimônio ou apenas bens determinados. No primeiro evento, transfere-se ao herdeiro a herança como um todo e, se houver mais de um herdeiro, estabelecem-se cotas-parte ou frações do conjunto a serem distribuídas. No segundo caso, que se dá com a existência de testamento, há atribuição de bens certos ao contemplado, ou contemplados.

A civilista Maria Helena Diniz (2005, p.16), define sucessão como sendo:

A transferência total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É a sucessão *causa mortis* que, no conceito subjetivo, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança, e, no conceito objetivo, indica a universalidade dos bens do *de cuius*, que ficaram com seus direitos e encargos.

De tal modo, sabe-se que há duas espécies de sucessão: a legal ou legítima e a testamentária; a primeira advém da lei, a segunda é pautada à pretensão do *de cuius*, submetidas cada qual a regime jurídico adequado, ressalvado os preceito gerais comuns (artigos 1.573 e seguintes e 1.576 e seguintes do Código Civil).

A primeira espécie de sucessão, que também se designa *ab intestatio*, acontece de maneira natural, sempre que não existir disposição apropriada de derradeira vontade do *de cuius*. Preencher, pois, a omissão de direcionamento da herança pelo interessado, a qual se conferiu, essencialmente, às pessoas

recomendadas na lei, desde que existentes e capacitadas. Será designada *legitimária* quando abarcar herdeiros necessários.

A segunda opera conseqüências em ajuste com o testamento, ou outro apontamento apto de instituição de herdeiro ou de legatário, consolidado pelo morto, cujo anseio se obedece de pronto. É indispensável, portanto, que exista prévia disposição pelo autor da herança, imperando, nesta conjectura, a sua revelação. A parte disponível corresponde à metade dos bens (art. 1.576 do Código Civil), sempre que houver herdeiros necessários.

Trata-se, assim, de regime conciliatório entre o total alvedrio de dispor e a precaução, por lei, de interesses de herdeiros. Reparte a herança, sob sua égide, em duas partes: a legítima, que compete aos herdeiros necessários (artigo 1.728 do Código Civil), e a porção disponível, cuja destinação fica a critério do interessado reverenciado as proibições legais. Assim, faculta ao autor da herança, afora quanto à parte dos herdeiros necessários, conferir a qualquer indivíduo a parte disponível, a não ser que exista explícita vedação legal, dentro da temática da inabilidade testamentária passiva (artigos 1.718 e 1.719 do Código Civil). Ressalte-se, além disso, que, quando casado pelo regime da comunhão universal de bens, o falecido, restringir-se a parte disponível pela meação que toca ao cônjuge.

A sucessão caracteriza-se por causar, concomitantemente, conseqüências diversas, pela simples ocorrência da morte do titular da herança e da existência de herdeiros, a saber: a abertura da sucessão; a restituição sucessória, ou delegação, e a obtenção da herança ou acréscimo. Abertura é a ocasião em que nasce o direito sucessório; restituição é o oferecimento da herança a quem de

direito, e aquisição ou obtenção é a investidura dos herdeiros nas relações jurídicas do autor da herança.

Aberta a sucessão, assume o cônjuge supérstite, ou pessoa ligada ao *de cuius*, a direção administrativa do monte, exercendo os atos imprescindíveis à póstuma atribuição a cada herdeiro ou legatário, dos bens que lhes competem. Porventura não haja quem se instale nessas funções, tem-se por jacente a herança, e, não passando a existir, em seguida, herdeiros, será declarada vacante, com os efeitos nela previstos.

Considera-se jacente a herança, carecendo-se proceder à arrecadação para guarda, amparo e supervisão por curador, sempre que, não havendo testamento, o falecido não deixar cônjuge nem descendentes, ascendentes ou colaterais sucessíveis notoriamente conhecidos. Igualmente será considerada jacente quando os herdeiros renunciarem à herança e não houver cônjuge ou colateral sucessível conhecido.

Depois de declarada a jacência da herança, espera-se a habilitação de interessados. Caso não apareçam, ordena-se por sentença a vacância, passando os bens ao domínio do Poder Público, observado o procedimento próprio estabelecido pela Lei Processual.

Os sucessores legítimos são disseminados em classes, ou categorias, em razão da proximidade do relacionamento com o *de cuius*. Distribuem-se em necessários ou legitimatários – descendentes, cônjuges e ascendentes; e facultativos – colaterais e Estado. Essa categorização corresponde à ordem natural de prioridade das pessoas, objetivando agregar à herança aos sujeitos que se relacionavam de maneira mais achegada com o autor da herança.

### 3.2 Sucessão na união estável

O reconhecimento da união estável no âmbito constitucional percorreu, assim como percorrerá a união homoafetiva, um extenso caminho de preconceitos, mas, diferentemente desta última, encontrou maior abrigo, não só pela sociedade, como também diante das leis.

Certo é que uma legislação própria para regulamentar a união estável fora extremamente necessária até mesmo para respeitar o novo modelo de entidade familiar. Será que pessoas simplesmente por viverem um relacionamento homoafetivo, não possuem o direito de serem protegidas legalmente?

Os direitos sucessórios legais entre companheiros de uma união estável, decorrentes da morte de um deles, surgiram com as Leis 8.971/94 e 9.278/96. Não que antes delas não houvessem direitos sucessórios. Poderiam estar presentes por eficácia de disposição testamentária, por exemplo. Além do mais, o companheiro sobrevivente era legitimado para participar no inventário da pessoa falecida, na condição de administrador provisório a que se aludi os artigos 985, 986 e 987 do Código de processo Civil; ou ainda como credor do autor da herança, se a sociedade de fato entre eles já tivesse sido reconhecida. Hoje, como é perceptível, as conseqüências sucessórias tem admirável extensão.

Vale-se, todavia, elucidar, que o direito sucessório, sob a égide das referidas leis, só assistia ao convivente cujo companheiro morto fosse solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, bem como, que o inciso III do artigo 2.º da Lei n.º 8.971/94, nivelou o companheiro sobrevivente ao cônjuge sobrevivente, na ordem de vocação hereditária estabelecida pelos artigos 1.790 e 1.844 do Código Civil.

Destarte, quando faltam descendentes e ascendentes do *de cuius*, nesta ordem, o companheiro herda a totalidade da herança, de tal modo como o faria o cônjuge viúvo, nesta circunstância. Assim não tem a mínima relevância para esta finalidade o regime de bens constituído no casamento, também o é na união estável, não tendo importância ter ciência se há, ou não, sociedade de fato ou presunção de condomínio entre os companheiros. O que é definitivamente imprescindível é que se evidencie ter sido a união estável nos moldes da lei.

O novo Código Civil, igualmente permitiu ao convivente em união estável a participação na sucessão do outro, em relação aos bens contraídos onerosamente na vigência da união estável, nas seguintes condições: se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; se concorrer com descendente somente do autor da herança, caber-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança e, não havendo parentes sucessíveis, tocar-lhe-á a totalidade da herança.

Se por não haver pacto entre os conviventes, o regime de comunhão parcial predominar terá direito à metade dos bens deixados pelo *de cuius*, se provenientes de sua atividade em cooperação com o mesmo ou se contraídos onerosamente na vigência da união estável.

### 3.3 Contrato de convivência

A não preocupação com este tema leva a sérios problemas futuros, deixando os parceiros da união homoafetiva totalmente desamparados juridicamente. Grande é a importância da elaboração do Contrato de Convivência

nas relações homoafetivas. Os parceiros devem procurar um advogado especialista em Direito de Família, para expor em detalhes sua relação e suas expectativas, a fim de que ambos possam resguardar todos os seus direitos no referido documento.

Apenas para elucidar um problema corriqueiro, vale destacar que muitas vezes os parceiros são repudiados, rejeitados e discriminados por suas próprias famílias, que procuram não manter qualquer vínculo com os mesmos. Mas estes mesmos familiares são os primeiros a buscar seus "direitos na justiça", no caso de falecimento de um dos conviventes.

E aquele que sobreviveu, no auge da dor da perda do ente querido, num convívio de muitos anos de luta contra o preconceito, em busca da felicidade, percebe que nenhum direito tem, podendo até mesmo perder o imóvel que morava com seu companheiro. Ele não é herdeiro e por não ter feito o Contrato de Convivência, passa a ter sérias dificuldades em provar a união e os direitos sobre os bens adquiridos na constância da aliança.

O Código Civil de 2002, como se sabe, é omissivo a respeito do companheiro de uma união homoafetiva, destaque-se a quem ele ampara em seu artigo 1.829, mais precisamente em seus incisos I, II e III, *in verbis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:  
I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art.1.604, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;  
II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;  
III – ao cônjuge sobrevivente;  
IV – aos colaterais.

Tal dispositivo encerra uma concepção totalmente injusta e desumana. Daí, frise-se, a abissal imprescindibilidade do Contrato de Convivência nas relações homoafetivas. Como ainda não há lei que regule as relações de pessoas do mesmo sexo, esta é a forma mais segura de comprovar e ratificar a existência da união e a garantia de todos os direitos advindos dela.

Saliente-se que este contrato deve ser elaborado por pessoa qualificada, que deverá realizar um estudo específico da união, para poder ter condições de preparar com bom senso, sabedoria e cautela o referido documento, estipulando todas as cláusulas, evitando que os contratantes fiquem desprotegidos e abandonados juridicamente. Tal contrato é personalíssimo e exclusivo para cada caso. Muito perigoso e temerário é a utilização de modelos genéricos. Um contrato mal redigido e abrangente poderá gerar sérios problemas futuros aos parceiros da união homoafetiva.

Neste contrato, devidamente registrado no Cartório competente, todos os deveres e direitos dos parceiros serão estipulados. Nele constará algumas cláusulas indispensáveis, como: o início da convivência; o patrimônio de cada um; a existência de herdeiros; existência ou não de dependência entre os conviventes; a quem caberá a administração do lar; divisão dos bens ou incomunicabilidade dos mesmos em caso de separação; alimentos e indenização em caso de separação e abandono do lar; e muitos outros direitos.

É de suma importância discutir longamente as cláusulas deste contrato, para evitar póstumos dissabores. De alta relevância é a nomenclatura deste pacto. Contrato de Convivência, a melhor denominação, pois as sociedades de fato são processadas em varas cíveis, já os contratos de convivência são tratados em varas de família.

A diferença de tratamento entre a vara de família e a vara cível é simplória. Um casal ao se unir tem por escopo primordial o afeto. O patrimônio vem em segundo plano.

Numa sociedade de fato, por sua vez só é discutido o patrimônio e na vara cível será decidida a partilha do mesmo. Ora, um casal homoafetivo que se separa tem muito mais questões a serem decididas do que somente a partilha dos bens. Desta forma, como esta relação está abalizada no afeto, afeição e dedicação, entende-se que esta relação será muito melhor compreendida e regulada numa vara de família competente. A matéria sendo tratada na seara do Direito de Família garante muito mais direitos, como por exemplo, alimentos e direitos sucessórios. Daí, a constante luta em prol do Direito Homoafetivo.

### 3.4 Inexistência de previsão legal e o não-reconhecimento de uma sociedade de afeto

Pugna-se pela legalização de situações, de fato existentes, com desígnio do seu ajuste legal de forma adequada e proporcional à realidade existente. Não se trata de simples peripécia e aventuras passageiras. Casos concretos e não isolados existem de fato e protestam pelo seu reconhecimento ante a sociedade. O sentimento jurídico necessita ceder vez à imperiosa realidade da vida, respeitando-se valores. Isto sim, é genuinamente providenciar a estabilização social. O estigma do preconceito não pode ensejar que um acontecimento real de tamanha repercussão não se submeta a implicações jurídicas.

Na respeitada lição de Miguel Reale (2003, p.200), a regularização de um direito é diretamente proporcional ao surgimento de um novo fato:

Devemos entender, pois, que o Direito se origina do fato, porque, sem que haja um acontecimento ou evento, não há base para que se estabeleça um vínculo de significação jurídica. Isto, porém, não implica a redução do direito ao *fato*, tampouco em pensar que o fato seja mero *fato bruto*, pois os fatos dos quais se originam os direitos, são fatos humanos ou fatos naturais objetos de valorações humanas.

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, é raro ou quase nada existe em resguardo aos homossexuais, mesmo o fato existindo. No que tange aos indivíduos de mesmo sexo que se unem para uma vida em comum, abalizada em afeto, respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca, os operadores do Direito se vêem, continuamente, em meio ao árduo trabalho de julgarem estas uniões baseados em sociedades de fato, quando na realidade se está avaliando verdadeiras sociedades de afeto que necessitam serem protegidas.

No que tange às uniões homossexuais, nota-se uma irrestrita carência de normatização, seja em sede de legislação constitucional como infraconstitucional. Nem mesmo a novel Lei 10.406/2002, que se optou cognominar Novo Código Civil, foi capaz de escoltar a precisão veemente de regulamentação que tais uniões ensejam.

A Constituição da República de 1988, ao conferir tutela estatal às famílias brasileiras, reconhecendo a união estável como entidade familiar formada apenas por um homem e uma mulher, deixou de alargar as uniões homoafetivas a análoga proteção, negando-lhes, via de consequência, direitos manifestamente existentes, o que implica em uma exceção não mais considerada compatível com as premissas aceitas pelo Estado Democrático de Direito, que aclama, entre outros, o direito à liberdade, à igualdade, à não-discriminação e, sobretudo, o direito à dignidade humana como direitos fundamentais.

Sabe-se que a Constituição não é simplesmente um acomodado de leis, mas um conjugado de princípios, aos quais se devem adaptar aos próprios preceitos legais, por uma questão de lógica. Apresentando-se uma regra constitucional antagônico a um princípio igualmente vital, tal ocorrência configura um litígio, e, assim, a norma deve ser considerada inconstitucional

Ensina Ricardo Fiúza (2002, p.21):

O Estado não tem o direito de tutelar os sentimentos e as relações íntimas dos indivíduos. A abordagem legislativa da família tem de ser clara no estabelecimento de princípios e na definição de institutos e seus conteúdos, sem, contudo, apresentar fórmulas herméticas que desconheçam a dinâmica social.

Os homossexuais são titulares de direitos inalienáveis, cumpridores das leis, eleitores e contribuintes de impostos. Mesmo assim, são tidos como indivíduos de segunda classe, não possuindo arrimo legal para suas relações de afeto, como é garantida aos cidadãos em relação heterossexual, só encontrando proteção, deste modo fazendo valer seus direitos, após longas e exaustivas batalhas judiciais.

O afeto, o apego e o amor são aspectos do exercício do direito à intimidade garantido pelo inciso X, do artigo 5.º, da Constituição Federal. Mesmo que se ambicionassem analisar indiferentes ao Direito os ligamentos afetivos que acolhem as pessoas, são eles que dão procedência aos relacionamentos que suscitam as relações jurídicas, fazendo jus ao *status* de família. O Direito não normatiza sentimentos, porém as uniões que associam afeto a interesses comuns, que, ao terem grande valor jurídico, tem direito a abrigo legal, independente da opção sexual dos participantes da união.

Ora, rebaixar a união homoafetiva ao simples *status* de sociedade de fato é o mesmo que negar a existência do afeto neste vínculo, igualando-o a contratos negociais. Pois como se sabe, sociedade de fato, segundo o artigo 981 do Código Civil é aquela estabelecida "entre pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados".

Mas, ascendem-se indagações, uma vez que, se a norma acima referida preconiza apenas a junção de capital e esforços com fim econômico, sendo conferida as relações homoafetivas natureza de cunho friamente patrimonial, sem quaisquer garantias dos direitos de família. Assim, a interpretação da convivência da relação entre companheiros homoafetivos diante do dispositivo citado não encontra amparo quando considerado o desprezo total da situação afetiva.

Dessa forma, simples a conclusão de que não se deve nem se pode denegar às uniões homoafetivas o *status* de família( verdadeira sociedade de afeto) pelos motivos óbvios os quais não podem ser negados às uniões de pessoas de sexos adversos. O grande empecilho para promover a aplicabilidade desses direitos subjetivos, tão totalmente atrelados à abdicação de compreensões íntimas e preconceitos enraizados culturalmente.

#### 3.4.1 Aplicabilidade da analogia face o art.226 da CF

A discussão acerca da equiparação da união entre homossexuais com a união estável passa a existir a partir da garantia constitucional adjudicada a essa última em seu art. 226, § 3º. Quando dilatou o conceito de família com fito de reconhecer a união estável, preocupou-se o legislador em não comprometer o

Estado com o resguardo de situações, embora de fato existente, mas, polêmicas ante a sociedade, mesmo considerando-se a união entre homossexuais até contemporânea quanto àquela.

Tendo em vista total impossibilidade de o legislador relacionar na lei todos os atos considerados jurídicos ocorrentes na sociedade e que resultem da constante evolução e dinamismo desta, o próprio legislador, admitiu essa deficiência, ou seja, reconheceu as lacunas da lei.

No entendimento de Marcus Cláudio (1995, p. 872):

A lacuna existe quando a lei silencia precisamente quando se espera uma norma jurídica para um fato, ou seja, diz existir uma lacuna quando uma exigência feita ao Direito, fundamentada objetivamente pelas circunstâncias sociais e econômicas, não encontra satisfação no Direito.

Destarte, o aplicador do Direito não pode deixar sem respostas as questões postas a sua apreciação e, não havendo uma norma jurídica que se encaixe de forma específica ao caso concreto, o juiz deve se utilizar de meios adequados para aplicar o direito.

Neste mesmo sentido, ensina o jurista Miguel Reale (2003, p.296): "[...] se reconhecemos que a lei tem lacunas, é necessário preencher tais vazios, a fim de que se possa dar sempre uma resposta jurídica, favorável ou contrária, a quem se encontre ao desamparo da lei expressa".

Como esclarece Franco Montoro (1993, p. 381): "A analogia consiste em aplicar a um caso não previsto, a norma que rege outro semelhante".

Segundo Paulo Nader (1997, p.227): "A analogia é um recurso técnico que consiste em se aplicar, a uma hipótese não-prevista pelo legislador, a solução por ele apresentada para outro caso fundamentalmente semelhante à não prevista".

Ainda, conceituando analogia, Marcus Cláudio (1995, p.152): “Operação que consiste em aplicar, a um caso não previsto, norma jurídica concernente a uma situação prevista, desde que entre ambos exista semelhanças e a mesma razão jurídica para resolvê-los de igual maneira”.

A fundamentação basilar da analogia consiste na obrigação de harmonizar e da coerência ao sistema jurídico, ou seja, o fundamento da aplicação da analogia é sobretudo o princípio da igualdade, segundo o qual, a lei deve tratar igualmente os iguais, na exata medida de suas desigualdades.

Sabe-se que sem esse fator de integração do Direito, inevitavelmente as aberrações viriam afetar o sistema normativo, ficando desse modo completamente inadmissível a possibilidade de tratamento distinto a casos basicamente análogos, evitando-se de forma rigorosa a prática de inúmeras injustiças. A analogia pressupõe uma ampla inteligência e um intenso sentimento ético do aplicador do Direito.

Nesse mesmo sentido, a civilista Maria Helena Diniz (1996, p. 66), apresenta três condições para a aplicação da analogia:

O caso *sub judice* não esteja previsto em norma jurídica; o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança; o elemento de identidade entre eles não seja qualquer um, mas sim essencial, ou seja, deve haver verdadeira semelhança e a mesma razão entre ambos.

Portanto, não se pode deixar de ter por discriminatória a distinção que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal faz ao conceder arrimo a indivíduos de sexos distintos, contradizendo e aborrecendo princípio legal constante de regra pética. Surpreendido o confronto, plausível é concluir-se ser ao mesmo tempo

inconstitucional a restrição do art. 1º da Lei nº 9.278/96, que regulamenta a união estável, podendo e devendo ser aplicada às relações homossexuais.

Não é apenas na doutrina que se encontra respaldo para afirmar a necessidade de reconhecimento de Direitos as uniões homoafetivas. A jurisprudência gaúcha já reconhece o direito ora pleiteado, à sucessão:

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça combata a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (Emb. Infr. nº 70006984348, - Tribunal de Justiça - Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Breno Moreira Mussi, julgado em 14/06/99.)

Não há, deste modo, como deixar de imaginar a probabilidade do reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. O adjunto adverbial de adição “também”, utilizado no § 4º do art. 226 da CF (Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes), é uma conjunção aditiva, a evidenciar que se trata de uma enumeração exemplificativa da entidade familiar. Só as normas que restringem e/ou reduzem direitos têm de ter interpretação de exclusão.

Não se pode insultar o livre-arbítrio fundamental que tem direito todo ser humano no que diz respeito sua condição de vida. A orientação sexual adotada na esfera da privacidade não aceita restrições. Presentes os requisitos legais, vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas, não se pode

deixar de conceder-lhe os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características.

Mais do que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo vínculo que prende os companheiros heterossexuais. Na brecha da lei, ou seja, na ausência de normatização, há que se subsidiar na determinação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicação da analogia, costumes e princípios gerais de direito. Não se pode deixar de estabelecer analogia com as demais relações que têm o afeto por causa, ou seja, as uniões homoafetivas.

Resta, pois, aos magistrados se fundamentarem no artigo 126, do Código de Processo Civil, que afirma que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar quando houver lacuna ou obscuridade da lei, devendo-se recorrer, nesses casos, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.

Perante tal lei, hoje em dia é tendencioso enxergar as uniões homoafetivas cada vez mais nos arquétipos da união estável (Lei 9.278/96), por existirem afinidade manifesta, uma vez que ambas as relações se firmam em afeto, existindo uma relação de amor comum entre os parceiros, como também as dificuldades infligidas pela sociedade e aturadas pelas famílias homoafetivas, tal como ocorreu com os concubinos e que hoje são protegidos pela lei.

O que não se pode afirmar, com veemência, é que pessoas do mesmo sexo se unem apenas para construção de patrimônio comum, uma vez que ninguém se une por laços afetivos com o objetivo único e exclusivo de fundar uma sociedade mercantilista.

Nosso ordenamento jurídico deve se voltar para a Constituição, em seu art. 3º, inciso IV, o qual veda e não acolhe nenhuma forma de discriminação, seja ela de qualquer natureza. A expressão "qualquer natureza" compreende, claramente,

as causas de orientação sexual, advertindo que é finalidade da República Federativa do Brasil a ascensão do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Do mesmo modo, deve o legislador se voltar para o respeito total à liberdade do indivíduo, vastamente protegida no Estado Democrático de Direito, conforme estabelece o artigo 5º da CF:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

Regressando a apreciação comparativa entre a união estável e a união homoafetiva, evidenciam-se, em elevado grau, as similaridades que caracterizam tais modelos de agregação familiar. Em síntese, ponderando a hipótese de haver a eliminação da condição da distinção de sexos, que se manifesta na expressão “entre homem e mulher”, estar-se-ia perante verdadeira união homoafetiva, até mesmo com as características da convivência pública, contínua e duradoura e com o escopo de constituir uma família.

Ante toda exposição, percebe-se que a paz social e ao ideal de justiça são, ou devem ser, os frutos da aplicação. Tendo o Estado atraído para si o exercício da função jurisdicional, a ela compete, através do juiz, aplicar o Direito a casos concretos que lhe apresentem, com escopo de realizar e manter a paz e harmonia social.

Deve-se, antes de qualquer coisa, ter o julgador um profundo conhecimento da natureza humana. Ademais, é sabido que não é lícito ao juiz se escusar de aplicar “os direitos” sob a alegação de inexistir norma jurídica aplicável

ao caso. Ao direito de ação do titular de pretensão resistida corresponde ao dever do Estado em prestar a tutela jurisdicional adequada, favorável ou desfavorável ao postulante.

Diante disso, ainda que inexista norma jurídica aplicável ao caso concreto, o juiz deve servir-se de outros meios para manter o sossego social, valendo-se, então, dos métodos de integração da norma jurídica tais como a analogia.

Ainda que, de maneira acanhada e sem qualquer previsão legal, a jurisprudência vem despontando na acepção de garantir, dentro da norma que orienta o princípio da igualdade e sem esquecer as distinções naturais existentes, os direitos intrínsecos aos participantes de relacionamentos homoafetivos, aproximando, assim, o Poder Judiciário da essencial aplicação do ideal de Justiça e suprimindo a lacuna existente na legislação brasileira, utilizando a analogia como fonte real de fazer o que realmente é justo.

### 3.5 Sucessão nas células familiares homoafetivas

A questão das uniões homoafetivas, apesar de ser fato irrefutável e vastamente discutido pela sociedade em geral, ainda não encontrou espaço nas legislações brasileiras, seja em sede constitucional ou infraconstitucional.

Conquanto as uniões afetivas de pessoas do mesmo sexo encontrem inúmeros óbices que inviabilizam sua efetiva tutela jurisdicional, é notável o avanço jurisprudencial no sentido de reconhecer direitos antes negados, ainda que muitas vezes limite-se somente à concessão de direitos de caráter patrimonial. O que já é um progresso.

A carta magna de 1988, ao conferir proteção estatal às famílias brasileiras, reconhecendo a união estável como entidade familiar formada apenas por um homem e uma mulher, deixou de ampliar às uniões homoafetivas a idêntica proteção, negando-lhes, via de consequência, direitos manifestamente vivente, o que provoca em uma restrição não mais considerada ajustada com as premissas adotadas pelo Estado Democrático de Direito, que apregoa, entre outros, o direito à liberdade, à igualdade, à não-discriminação e, sobretudo, o direito à dignidade humana como direitos fundamentais.

Vale ressaltar a mutabilidade que caracteriza o Direito e as leis. Assim como o fator tempo, as mutações nos costumes são elementos que influenciam os valores presentes em cada civilização, o Direito tem o dever de seguir as transmutações ocorridas e, em mercê delas, apartar o preconceito e criar leis em nível de compatibilidade com os reais interesses da sociedade.

O que diz o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa acerca do reconhecimento de uniões homoafetivas pelos nossos tribunais (2003, p. 459-460):

Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso país, que se traduza em uma possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos às sociedades de fato. No entanto, crescem os julgados e os movimentos no sentido de que esses direitos ganhem maior amplitude. Será uma questão de tempo mais ou menos longo para se admitir direitos mais ou menos amplos às relações afetivas e duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

Mas a dificuldade começa, muitas vezes, pela repressão e agressão familiar. A família o rejeita até que possa usufruir algo de bom por ele construído, ou seja, até que todo aquele patrimônio constituído em conjunto e com o esforço do companheiro passe a beneficiar aqueles que o enxotaram durante muito

tempo. Sem falar na enorme injustiça que passa o companheiro "viúvo" da união homoafetiva, que por falta total de previsão legal, perde tudo, tendo o real direito de suceder somente aqueles que em nada contribuíram para o enriquecimento do patrimônio do *de cujus*, ficando o companheiro absolutamente a mercê de tamanha injustiça. Mas a discriminação será totalmente dissolvida quando há patrimônio monetariamente expresso. Que hipocrisia! É como se a existência de um "elemento especial" determinasse a aceitação da convivência. Um Estado tido como democrático não pode consentir tamanha charlatanice.

Em uma união homoafetiva onde há a constituição de patrimônio comum, inexistindo uma formalização prévia, a lei brasileira não protege e nem garante o direito dos "viúvos (as)".

O que ocorre normalmente é uma corrida do companheiro sobrevivente à Justiça, uma tentativa desesperada de resguardar os bens que foram adquiridos com o esforço comum, evitando que sejam partilhados e transferidos à família do parceiro morto ou na ausência de parentes, que a herança seja agregada aos bens do Estado, tornando mais revoltante a situação.

Conforme já fora evidenciado, o silêncio do legislador acerca das relações advindas de uniões homoafetivas traz consigo a cautelosa autorização para que, sob pretexto de inexistência de normatização quanto o assunto, cometa-se toda qualidade de tiranias, injustiças e demonstrem-se absolutos preconceitos.

A Desembargadora Maria Berenice Dias<sup>1</sup> ensina:

O distanciamento dos parâmetros comportamentais majoritários ou socialmente aceitáveis não pode ser fonte geradora de favorecimentos. Ainda que certos relacionamentos sejam alvo do preconceito ou se originem de atitudes havidas por reprováveis, o

---

<sup>1</sup> Disponível em <[http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6688](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6688)>. Acesso em: 15 set. 2006.

magistrado não deve afastar-se do princípio ético que precisa nortear todas as suas decisões. Principalmente em sede de Direito das Famílias, deve estar atento para não substituir princípios éticos por ultrapassados moralismos conservadores já distanciados da realidade social. É preciso privilegiar a ética.

Quando da morte de um dos companheiros, vê-se o sobrevivente compelido a questionar à tutela jurisdicional na límpida expectativa de ver reconhecido seus direitos no que tange à sucessão do consorte falecido. Todavia, as Cortes de Justiça do país, em momentos negam totalmente juridicidade ao convívio entre pessoas de mesmo sexo, ora deferem alguns escassos direitos.

Dirigem-se aos Tribunais na esperança de reconhecer a existência de sociedade de fato entre os conviventes homossexuais, determinando a repartição do patrimônio adquirido pelo esforço comum, não conferindo qualquer realce à convivência decorrente de demorados liames de afeto, não infligindo direito sucessório ao cúmplice sobrevivente.

Tais soluções cabem refletir, suscita um descabido beneficiamento dos familiares afastados, que, normalmente, agrediram, chacotearam, abandonaram, enxotaram e ridicularizavam a orientação sexual do *de cuius*. De outro ponto de vista, na falta desses mesmos familiares, a solução induz a uma conseqüência ainda mais censurável e injusta. A herança é angariada ao Estado pela declaração de vacância, em prejuízo e irrestrita lesão de quem verdadeiramente deveria ser reconhecido titular dos direitos sucessórios.

Neste contexto, continua Maria Berenice Dias (*apud* Giorgis, 2002, p. 150):

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

Não se permite mais o fascismo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados destas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária.

Maria Claudia Crespo Brauner e Taysa Schiocchet entendem da mesma forma (2005, p.319);

O desafio lançado ao novo Direito de Família consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação das entidades familiares e respeitar as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivando a proteção e provendo os meios para resguardar o interesse das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos.

São da Justiça do Rio Grande do Sul as pioneiras decisões agregando o companheiro de união homoafetiva na ordem de vocação hereditária. Igualmente em sede de recurso a Corte de Justiça daquele Estado foi a precursora a considerar a existência de uma real entidade familiar decorrente vínculos homoafetivos.

No Processo n.º 01196089682, a magistrada Judith dos Santos Mottecy, em sentença proferida no dia 24.02.1999, de forma pioneira, declarando a existência de uma união estável, deferiu a totalidade da herança ao parceiro, por não ter o *de cujus* deixado descendentes.

Em Apelação Cível n.º 598362655, a 8ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de forma unânime, afastou a sentença de primeiro grau que extinguiu o processo por impossibilidade jurídica do pedido, sob

fundamento de que a questão estava claramente posta no sentido de estabelecer o direito à herança, decorrente da dissolução, por morte, da união formada por pessoas do mesmo sexo.

Também em sede recursal, nos autos da Apelação Cível n.º 70001388982, cujo julgamento se deu em 14.03.2001, por maioria de votos, tendo por Relator o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, a 7ª. Câmara Cível daquele Tribunal de Justiça determinou a divisão igualitária do patrimônio, concedendo a meação ao parceiro sobrevivente e a herança à filha adotada pelo *de cujus* durante o convívio, que perdurou trinta anos e só findou pela morte do companheiro.

Inegavelmente, a imposição de parâmetros cerceadores das relações fáticas nascidas do afeto obstaría o reconhecimento de inúmeras situações que, na análise concreta, constituem entidade familiar.

Assim, como evidenciam os precedentes jurisprudenciais acima mencionados, diante da omissão legal, deverá ser aplicada analogicamente a legislação que regula as uniões extra-matrimoniais e a união estável.

O artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

O artigo 5º da referida lei pronuncia ainda que: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Não obstante o ordenamento jurídico apresente-se com lacunas ratificadas pelo descompasso entre a atividade legislativa e as transformações sofridas pela sociedade, cabe ao Judiciário, ante as controvérsias que se lhe apresentem sob

forma de demanda, integrar o Direito à realidade social, motivando as decisões nos Princípios Gerais de Direito e aplicando a analogia.

Como observa Maria Berenice<sup>2</sup>:

A finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizá-la, mas permanecer em contato com ela, segui-la em sua evolução e a ela se adaptar. O envelhecimento das leis frente a uma sociedade em rápida transformação e o constante surgimento de novos fenômenos sociais a reclamar a atenção do Direito contribuíram para deslocar ao juiz a solução de problemas e de incertezas que deveriam encontrar uma resposta na sede legislativa. O Direito tem um papel social a cumprir, e o juiz deve dele participar, interpretando as leis não somente segundo seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais que é chamado a reger, segundo as exigências da justiça e da equidade que constituem seu fim. E, na ausência da lei, é mister que o juiz invoque os princípios constitucionais, cujo valor se encontra em sua universalidade e racionalidade e depende principalmente de uma condição ética.

Diante disso, percebe-se que, a analogia, bem como os costumes e os princípios gerais de direito são procedimentos de integração da norma legal, ou seja, são meios pelos quais se “preenche as lacunas, existentes na lei, por elementos que a própria legislação oferece ou por princípios jurídicos, mediante operação lógica e juízo de valor”. (NADER, 1997, p.185).

A falta de previsão constitucional não pode provocar, abertamente, que se cometa toda sorte de discriminações. É indispensável que se reconheçam direitos sucessórios aos parceiros que, independente da preferência sexual que optem, colaboraram e muito para a constituição do patrimônio comum. Não pode ser considerada justa a deliberação que, por razão do preconceito, não reconhece ao

---

<sup>2</sup> Disponível em <[http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6688](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6688)>. Acesso em: 15 set. 2006.

parceiro direito à sucessão por atender simplesmente o fato de tratar-se de indivíduos que biologicamente possui o mesmo sexo do companheiro.

Identificada a omissão da lei, mesmo assim não pode o juiz eximir-se da obrigação de apreciar e julgar. A ausência de lei não quer dizer em hipótese alguma inexistência do direito. Não é facultado ao juiz se escusar na carência de norma legal como justificativa para assegurar a inexistência do direito e a não prestação da devida tutela jurisdicional.

Sabe-se que a falta de normatização não mais pode servir de comprovante negativo de direitos, mas deve sobretudo ser fundamento assecuratório, atendendo-se à natureza do ser humano, cuja dignidade e integridade precisam ser cada vez mais preservadas dentro dos princípios constitucionais asseguradores da liberdade e da igualdade

Se existem mecanismos para suprir as lacunas legais, podendo ser aplicadas aos casos concretos, não encontra respaldo jurídico a argumentação de que inexistente lei especial a tutelar os relacionamentos homoafetivos e por isso devem ser negados quaisquer direitos oriundos deste vínculo.

Aponda-se um imensurável e irreparável risco quando se adota um legalismo exacerbado, é uma imponderação que conduz a situações absolutamente injustas, desonestas e ultrapassadas. Sabe-se que o direito emana da sociedade, devendo-se portar a ela ser totalmente condizente, a fim de ser fazer vencer o ético, o moral e o justo. A lei é (deve ser) uma forma de expressão da justiça, se não cumpre esta finalidade não deve em hipótese alguma ser aplicada.

Ao reconhecer a pertinência dos direitos sucessórios ao parceiro sobrevivente da relação homoafetiva, a Justiça não estará chancelando uma

injustiça em relação ao companheiro sobrevivente e referendando o enriquecimento sem causa de parentes distantes que em nada contribuíram para o patrimônio acumulado pelo morto.

O caminho está aberto, e imprescindível que os tribunais cumpram com verdadeira incumbência, que é praticar justiça. É de suma relevância ter sensibilidade para discutir um tema tão delicado como as relações afetivas, cujas lides necessitam serem valorados e julgados com mais sensibilidade e menos preconceito. Uma maior prudência à justiça, à igualdade e ao humanismo deve presidir as deliberações judiciais.

Desmoronou há algum tempo a venda que tapava os olhos da Justiça. O símbolo da imparcialidade não pode servir de barreira para o reconhecimento da desigualdade, que clama por respeito. Não se deve aceitar nem se acostumar com a exclusão, convencionalismo ultrapassado e com o preconceito.

Não se trata simplesmente de qualquer benesse ou levante da bandeira colorida dos gays, mas uma questão da mais profunda justiça, que deve reconhecer estas relações de afeto, com fito de se ver tutelado todos os seus direitos e suas conseqüências jurídicas.

A Justiça carece ter os olhos bem abertos para ver a realidade social e os ouvidos atentos e precavidos para ouvir o brado dos que por ela esperam, confiam e aguardam. Imprescindível que os juízes abandonem os preconceitos, a fim de avistar a realidade dos fatos, pois os que procuram a Justiça querem ter o direito a serem julgados com respeito, e não castigados pelo tolo preconceito de quem não faz o mínimo esforço de enxergar as versatilidades sociais.

Segundo o renomado doutrinador Paulo Nader (1997, p.125):

Ao estabelecer em leis os critérios de justiça, o legislador deverá basear-se em uma fonte irradiadora de princípios [...] essa fonte há de ser necessariamente, o Direito Natural. Enquanto as leis se basearem na ordem natural das coisas, haverá o império da justiça.

Por fim, resta o anseio de que esta pesquisa leve fulgor ao secreto indigesto da consciência antiquada e manchada de preconceito e falso moralismo de muitos, que invocam uma moral criminosa e intransigente com fito de justificar a usurpação de direito e, por conseguinte, da justiça e do justo, para seres humanos cujo único "pecado" foi sustentarem uma união afetiva fundamentada em respeito mútuo e amor recíproco.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa científica teve por escopo evidenciar a necessidade que brada certos eventos sociais e, mais exatamente, a união homoafetiva e os direitos a ela inerentes, como o direito de sucessão, bem como demonstrar a urgente precisão de uma regulamentação exclusiva com fito de garantir uma justa solução as subversões jurídicas relacionados a essa questão que abrolha dia-a-dia.

Evidenciou-se a imprescindibilidade de reportar-se ao passado distante, com a finalidade de melhor entendimento acerca do homossexualismo, passando pela Grécia Antiga, Idade Média, a visão ultrapassada e influenciada da psicologia e medicina até as conclusões mais recentes. No decorrer da presente pesquisa, verificou-se que na Grécia Antiga, o homossexualismo era tido como ato moral, de crescente expressão. O evidente exercício do fluxo sexual era prerrogativa dos bem nascidos e era elemento clássico dos deuses. Com o advento da Idade Média, onde a Igreja era detentora de todo poder, as práticas homossexuais passaram a imorais e abomináveis perante Deus e os homens, que afrontavam os valores e princípios norteadores do dogmatismo cristão.

Diante a apreciação dos motivos determinantes da homossexualidade, constatou-se que eles ainda são desconhecidos, não havendo nenhum arremate peremptório da medicina, da psicologia ou da psicanálise que assegure a razão do comportamento homossexual. Sabe-se, todavia, que não se trata de opção livre e deliberada.

Acompanhando a consciência da sociedade e seguindo a ordem constitucional decorrente dos princípios da isonomia, da liberdade e da dignidade

da pessoa humana, não pode o legislador subtrair-se da obrigação de regulamentar os casos advindos dos relacionamentos homoafetivos, conferindo-lhes juridicidade e promovendo sua equiparação às uniões estáveis, e, via de resultado, impedindo que por causa do preconceito seja negado aos homossexuais o direito à felicidade, à constituição de vínculo familiar, o pleno direito de suceder, com todos os reflexos e conseqüências a eles intrínsecos, dentro de sua orientação sexual.

Através dos tópicos "Origem da família", "Família na atualidade" e "Das células familiares homoafetivas", viu-se que a história da humanidade comporta enormes mudanças de comportamentos e valores, sendo sensato afirmar que os conceitos morais vigentes são mutáveis de acordo com parâmetros de tempo e espaço, refletindo diretamente nos padrões culturais hodiernos, onde o estigma do preconceito não pode ser capaz de fazer que um fato social não se submeta às justas implicações jurídicas.

Ao serem analisadas as questões referentes à sucessão na união estável, observou-se que a união homoafetiva apresenta todos os requisitos presentes na primeira, apresentando distinção apenas no que concerne à diversidade de sexos. É exatamente neste ponto, que fica provado que o legislador foi contraditório ao proclamar o princípio da igualdade em diversos momentos na Constituição e, concomitantemente, aferir um tratamento demasiadamente distintivo em absoluto desfavor dos homossexuais ao determinar, em seu artigo 226, § 3º; que, para reconhecimento da união estável é mister a diferença de sexos entre os companheiros.

Ao longo da pesquisa evidenciou-se que negar aos companheiros participantes de relações homoafetivas o direito de suceder é punir cidadãos pelo

simples fato de fugirem aos ditames sociais rigidamente estabelecidos. O ordenamento jurídico, para encontrar-se mais próximo do ideal de Justiça, e enfim desempenhar seu papel fundamental, deve estar voltado, antes dos preceitos morais e estigmatizantes, para a libertação dos sujeitos, a fim de que se cumpra a ética do Direito.

Significante lembrar que, enquanto o ordenamento jurídico não preenche suas lacunas, a doutrina e em especial a jurisprudência, embora de maneira tímida, vêm despontando na aceção de garantir, aplicando a analogia, dentro do preceito que norteia o princípio da igualdade e sem olvidar as alterações naturais existentes, os direitos inerentes aos participantes de relacionamentos homoafetivos, aproximando, assim, o Poder Judiciário da efetiva aplicação do ideal de Justiça e suprimindo o vazio existente na legislação brasileira na mais importante tentativa de se alcançar o almejado valor de integridade, compensando as falhas cometidas pelo legislador.

Diante de toda a exposição feita, fica patente que as uniões homossexuais configuram verdadeiras comunidades familiares; para que sejam respeitos seus direitos, precisamente o de sucessão, cumpre assim, ao legislador, atualizar o direito de família, onde a proteção da dignidade humana, os valores de igualdade, liberdade, solidariedade e pluralismo, fundamentais para a Constituição e a vida em coletividade, possam florescer.

Por fim, em presença de tal fato e de sua percepção valorativa, o direito não pode permanecer inerte, necessitando acompanhá-lo por meio de uma regra que o discipline, elucidando as muitas discussões existentes. Fatos novos, novos valores, nova visão normativa. Mas enquanto tal não acontece, é imprescindível a busca por soluções mais harmônicas com os ideais de justiça e equidade, posto

que terminantemente a lei não é a única fonte do Direito e, por muitas vezes, não se configura a mais viável e justa delas.

## REFERÊNCIAS

AQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro Aquaviva*. Edição de luxo. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

ASSIS, Reinaldo Mendes de. *União entre homossexuais: aspectos gerais e patrimoniais*. In: Jus Navigandi, n.52. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2441>>. Acesso em: 11 set. 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999;

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 8 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BÍBLIA SAGRADA, traduzida por João Ferreira de Almeida. Edição revista e corrigida na grafia simplificada. 86ª impressão, Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1996.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo e SCHIOCCHET, Taysa O *Reconhecimento Jurídico das Uniões Estáveis Homoafetivas no Direito de Família Brasileiro. Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*, Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 3, Coordenação Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves, São Paulo, Editora Método, 2005.

BRITO, Fernanda de Almeida. *União entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. 1ª ed., São Paulo: Ltr, 2000.

BRUNET, Karina Schuch. *União Homossexual*. Júris Síntese Millenium n.º 33. Porto Alegre: Editora Síntese, 2001.

CARVALHO, Selma Drummond. *Casais Homossexuais: Questões Polêmicas em Matérias Cíveis, Previdenciárias e Constitucionais*. Revista Jurídica Consulex, ano IV, n.º 47, 30.11.2000.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. *A Igreja Católica e os homossexuais: a gota d'água*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 112, 24 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4420>>. Acesso em: 03 set. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CROCE, Delton. *Manual de medicina legal*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *União Homossexual – Aspectos Sociais e Jurídicos*. In Revista Brasileira de Direito de Família, n.º 4, Jan/Fev/Mar/2000.

\_\_\_\_\_. *União homossexual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. *A Ética do Afeto*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 668, 4 maio 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6688>>. Acesso em: 15 set. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. 5.º volume. 17ª. ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 10. ed. 1º volume, São Paulo: Saraiva, 1996.

DROPA, Romualdo Flávio. *Direitos fundamentais, homossexualidade e uniões homoafetivas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 341, 13 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5229>>. Acesso em: 03 out. 2006.

ENGELS, Friedrich *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família Contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*, Coordenação Ricardo Fiúza, São Paulo, Editora Saraiva, 1ª edição, 3ª tiragem, 2002.

GALLO, Ronaldo Guimarães. *Repensando a rigidez constitucional*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> (in "Seminário Virtual Ambito-jurídico: Temas Atuais do Direito Constitucional"). Acesso em: 22 de julho de 2006.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Relação Homoerótica e a Partilha de Bens*, Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 09, 2002.

GOBBO, Edenilza. *A tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=546>>. Acesso em: 20 set. 2006.

GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 27ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1989.

GRAÑA, Roberto Barberena. *Alem do desvio sexual*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

\_\_\_\_\_. *Homossexualidade: Formulações Psicanalíticas Atuais*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

HELMINIAK, Daniel. *O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade*. São Paulo: Summus, 1998.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos: a construção universal de uma utopia*. 3ª ed., Aparecida/SP: Editora Santuário, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos: uma idéia muitas vozes*. 3ª ed., Aparecida/SP: Editora Santuário, 1998.

\_\_\_\_\_. *Gênese dos direitos humanos*. 1ª ed., São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

\_\_\_\_\_. *Justiça, direito do povo*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Thex Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. *Movimentos sociais e direito*. 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Oliveira, Euclides de. Do Direito de Família. In Dias, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*: Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HUMENHUK, Hesterston. *A teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com>>. Acesso em 14 de outubro de 2003.

LEMOS, Aline Maria da Rocha. *Convivências homoafetivas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1030, 27 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8313>>. Acesso em: 06 out. 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos e cidadania à luz do novo direito internacional*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> (in "Seminário Virtual Ambito-jurídico: Temas Atuais do Direito Constitucional"). Acesso em: 23 de julho de 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*, 21ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direitos fundamentais: teoria geral*, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 1ª ed., São Paulo, 1998 – (Coleção temas jurídicos: 3).

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição ajustada ao novo Código Civil, 3ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2003.

RIOS, Roger Raupp. *Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. Volume 6, 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: direito das Sucessões*. Volume 7, 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Direitos humanos, urgente!*. 1ª ed., São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. *União homossexual: reflexões jurídicas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3930>>. Acesso em: 26 agosto. 2006.

VADE MECUM Acadêmico de Direito. Anne Joyce Angher (Org.). 1ª edição revista. São Paulo: Rideel, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. Volume 6, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: direito das Sucessões*. Volume 7, 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.