

Recebimento do artigo: 01/02/2008

Aprovado em: 30/06/2008

Ademir de Oliveira Costa Júnior

São Paulo, São Paulo, Brasil

ademircostajr@globo.com

Sumário

1. A livre orientação sexual e os direitos da personalidade. 2. As uniões homoafetivas à luz do princípio da igualdade. 3. O reconhecimento das uniões homoafetivas no direito comparado. 4. A união homoafetiva no direito brasileiro. 5. Considerações finais.

Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, especialista em Direito Empresarial pela UNISINOS, mestre em Direito pelo UNIFIEO.

**Adriana Zawada Melo
(Orientadora)**

São Paulo, São Paulo, Brasil

azawada@terra.com.br

Doutora em Direito do Estado pela USP. Professora do Mestrado do UNIFIEO e Procuradora da República.

Resumo

Considerando a consagração do princípio da igualdade na Constituição da República, este trabalho apresenta os seus fundamentos e analisa a situação dos casais formados por pessoas do mesmo sexo, aos quais o ordenamento não tem assegurado o direito ao casamento, alimentos ou de suceder aos seus companheiros. Fazendo-se um comparativo com a forma como tem sido tratada a questão no direito comparado e no direito internacional, pretende-se contribuir para um maior debate em torno da matéria, de forma isenta de qualquer convicção preconceituosa.

Palavras-chave

Igualdade. Uniões homossexuais.

Abstract

Considering the consecration of the principle of the equality in the Constitution of the Republic, the work presents its beddings and the situation of the couples formed for people of the same sex, which the order has not assured the right to the marriage, alimony or to occur to their partners. Making a comparative degree with the way the question is treated in the comparative jurisprudence and the international law, it is intended to contribute for a bigger debate around the subject in an exempt form of any prejudicial conviction.

Key words

Equality. Homosexuals Unions. Civil Recognition.

1 A livre orientação sexual e os direitos da personalidade

As relações entre pessoas do mesmo sexo remontam a tempos bastante longínquos. Não se sabe ao certo quando se deu o primeiro caso de relacionamento deste tipo. Na história há relatos de casos de “homossexualidade” entre os antigos egípcios, gregos, alguns bem famosos como o general Alexandre Magno e Platão.

Luiz Augusto de Freitas Guimarães conta que na Grécia Antiga as relações entre homens, que hoje nomeamos de homossexualismo, eram quase sempre orientadas para finalidades específicas e ultrapassavam a simples busca do prazer sexual. A pederastia visava à formação do jovem, tanto em Esparta quanto em Atenas. No exército espartano o amor entre soldados fortalecia o exército¹. Em nenhum dos dois casos estava excluída a relação com uma mulher, no presente ou no futuro. Com o advento do cristianismo, essas relações passam a ser vistas como pecaminosas².

Para alguns a homossexualidade era uma perversidade que deveria ser controlada pelo Estado; para outros, era uma doença que deveria ser estudada e tratada. Em 1869, o médico húngaro Benkert cria o termo homossexualidade a fim de transferir do domínio jurídico para o médico esta manifestação da sexualidade³.

Durante anos a Medicina pesquisou o sistema nervoso central, os hormônios, o funcionamento do aparelho genital e nada encontrou de diferente entre homo e heterossexuais. Buscou-se mudar o comportamento humano tido como desviante, usando os mais diversos métodos, sem que nenhum deles lograsse êxito.

Somente em 1973 a American Psychiatric Association retirou a homossexualidade da lista dos distúrbios mentais, o que por si só não se mostrou suficiente ao adequado tratamento da questão. Como consequência, o sufixo *ismo* (que designa doença) foi substituído pelo sufixo *dade* (que significa modo de ser), o que implica dizer que, desde então, o homossexualismo deixou de ser doença, migrando do campo patológico para o cultural e sociológico.

¹ No temido exército espartano havia unidades formadas por pares de amantes homossexuais. Essas tropas, capazes de bravura suicida, eram estimuladas por idéias como as de Platão, que achava que um homossexual nunca abandonaria seu parceiro em combate e seria capaz de feitos heróicos para honrá-lo.

² GUIMARÃES, Luiz Augusto de Freitas. **Sobre a homossexualidade na Grécia antiga**. Disponível em: <http://www.cav-templarios.hpg.ig.com.br/homossexualidade_na_grecia.htm>. Acesso em: 04 dez 2007.

³ CECCARELLI, Paulo Roberto. **Homossexualidade e preconceito**. Disponível em: <<http://www.ceccarelli.psc.br/artigos/portugues/html/homossexueprec.htm>>. Acesso em: 04 abr 2008.

Ao se abordar o tema da homossexualidade no âmbito jurídico, está-se, inevitavelmente, adentrando ao campo dos direitos da personalidade, os quais, nas palavras de Orlando Gomes, compreendem os direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade⁴.

Na lição de Gustavo Tepedino, considerados como direitos subjetivos privados, os direitos da personalidade possuem como característicos no dizer da doutrina brasileira especializada, a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, e a intransmissibilidade⁵.

O direito à orientação sexual, atributo inerente à pessoa humana apresenta-se, pois, como sendo um direito de personalidade. A opção sexual ou o direito de perseguir a orientação derivada de seu sexo psicológico faz parte dos direitos intransmissíveis, indisponíveis e inalienáveis, pois forma um conteúdo mínimo dentro do conjunto da personalidade do ser humano.⁶

O cidadão tem a liberdade de optar por manter relação afetiva com pessoa do mesmo sexo ou de sexo oposto, não cabendo qualquer forma de discriminação em decorrência de sua decisão. Conforme se discorrerá adiante, a orientação sexual não admite a restrição a quaisquer direitos, pois a Constituição da República tem como princípio fundamental da igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí incluída a opção sexual que se tenha.

2 As uniões homoafetivas à luz do princípio da igualdade

Uma vez considerado um direito de personalidade, a orientação sexual não deve sofrer restrições senão tendo em vista a salvaguarda de direitos de terceiros. Como adverte Érica Harumi Fugie,

permitir a orientação sexual por pessoa de sexo oposto e não oferecer o mesmo tratamento em relação aos que direcionam o seu desejo sexual a pessoa de sexo não é senão deixar o indivíduo desamparado de um direito fundamental de intimidade e cercear o livre desenvolvimento de sua personalidade⁷.

De tais afirmações depreende-se não haver fundamento lógico para o tratamento desigual entre aquele que optou por se relacionar com pessoa do mesmo sexo e

⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.153.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.33.

⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.18.

⁷ FUGIE, Érika Harumi. Inconstitucionalidade do art. 226, §3º, da CF, **Revista dos Tribunais**, ano 92, vol. 813, julho de 2003, p.77.

240 o que mantém relacionamento com pessoa do sexo oposto.

Desta forma, verifica-se um verdadeiro contraste entre normas presentes na Constituição da República. Por um lado se reconhece a igualdade de todos (incluindo os homossexuais) perante a lei, e por outro se lhes nega o direito de ver reconhecida a sua união.

Ao tratar da família, o art. 226, §3º da Constituição da República dispôs:

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

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

Percebe-se que houve um grande avanço na medida em que se reconheceu a união estável como entidade familiar, possibilitando o reconhecimento jurídico da situação dos casais que optaram por não celebrar casamento com as formalidades que lhe cercam, mas que viviam como se casados fossem, formando uma verdadeira família.

Contudo, na forma como foi posta, a norma vai de encontro ao princípio da igualdade consagrado no art. 5º, I da Constituição, segundo o qual:

Art. 5º. 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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

A contradição se torna clara na medida em que se assegura a igualdade de todos em direitos e obrigações e, mais adiante, reconhece como entidade familiar apenas a união formada entre o homem e a mulher, devendo esta ter facilitada a sua conversão em casamento, deixando ao desamparo a união entre pessoas do mesmo sexo⁸.

Na mesma esteira seguiu o legislador infraconstitucional, dispondo o Código Civil em vigor que “o casamento se realiza no momento em que **o homem e a mulher** manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” (art. 1.514), e ao reconhecer como entidade familiar

⁸ No direito brasileiro, no entanto, não se admite a arguição de inconstitucionalidade de normas constitucionais, exceto nos casos de emendas ou de revisão constitucional sujeitas ao controle de constitucionalidade, bem como de normas e princípios da Constituição Estadual que violem a Constituição Federal (Érika Haumi Fugie, Inconstitucionalidade do art. 226, §3º, da CF, **Revista dos Tribunais**, ano 92, vol. 813, julho de 2003, p.73).

“a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (art. 1.723).

Carece de sentido a definição do legislador no que se refere à entidade familiar. Se a família é fenômeno natural, não se pode negar que haja família fora do casamento. Do contrário, não haveria o reconhecimento jurídico das uniões estáveis ou mesmo das uniões concubinárias.

Não há, portanto, como se compreender que não haja também o reconhecimento das uniões homossexuais pelo direito como entidade familiar. Oportuna, portanto, a observação de Érika Harumi Fugie, para quem

Ainda que se reconheça que a finalidade do casamento é a união entre o homem e a mulher para a prática de relações sexuais e a procriação, tais finalidades se esvaziam quando se trata do casamento *in extremis*. Nem por isso a ausência de relações sexuais desconfigura o casamento. Ademais, a impotência coeundi não gera a anulação do casamento se não for interesse de um dos cônjuges. Tampouco a impotência *generandi*, eis que a prole deixou de ser finalidade do casamento⁹.

As exigências legais para que se reconheça como entidade familiar a união entre homem e mulher podem perfeitamente ser atendidas por casais formados por pessoas do mesmo sexo. Inúmeros são os exemplos de casais homossexuais vivendo de forma pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família, lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos¹⁰.

Na lição de Maria Berenice Dias,

Com a evolução dos costumes, a mudança dos valores, dos conceitos de moral e de pudor, o tema referente à opção sexual deixou de ser “assunto proibido” e hoje é enfrentado abertamente, sendo retratado no cinema, nas novelas, na mídia em geral.

Ainda que a sociedade se considere heterossexual, 10% dela é formada por homossexuais. As culturas ocidentais contemporâneas estigmatizam aqueles que não têm preferências sexuais dentro de determinados padrões de estrita moralidade, renegando-os à marginalidade.

⁹ Idem. p.66.

¹⁰ O reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas poderia, inclusive, contribuir para o aumento do número de adoções por casais formados por pessoas do mesmo sexo. Não seria tal fato um problema, mas, pelo contrário, contribuiria para a redução do número de órfãos no país. Como afirma Edenilza Gobbo, “O preconceito, entretanto, faz com que a sociedade pereça e muitas crianças sejam privadas de ter um lar, afeto, carinho, atenção” (**Revista Jurídica Consulex**, ano IV, n.47, p. 55).

O homossexualismo é um fato que se impõe e não pode ser negado, estando a merecer a tutela jurídica, ser enlaçado como entidade familiar. Assim, faz-se necessário mudar valores, abrir espaços para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos.¹¹

No tópico seguinte, encontra-se uma breve análise sobre a forma como tem sido tratada a questão no direito estrangeiro, a partir do qual busca-se extrair importantes contribuições ao aprimoramento do direito pátrio.

3 O reconhecimento das uniões homoafetivas no direito comparado

No que concerne às uniões homossexuais, o direito comparado traz importantes contribuições rumo ao seu reconhecimento civil.

A Dinamarca foi o primeiro país que autorizou a união entre homossexuais. A Lei nº 372, de 1º de junho de 1989, reconhece essa parceria, devendo, pelo menos, um dos parceiros ter residência permanente e nacionalidade dinamarquesa. Aplica-se a essa parceria a lei do casamento¹².

Na Holanda, há lei que prevê a união civil entre pessoas do mesmo sexo, admitindo o seu casamento e permitindo a adoção, exigindo-se, para tanto, que um dos cônjuges seja holandês ou pelo menos resida no país¹³.

Na França, em 1999, foi alterado o Código Civil e regulado o Pacto Civil de Solidariedade. Mais um instrumento contratual a ser registrado em cartório, o PACS é uma alternativa ao casamento oficial e pode ser utilizado tanto por homossexuais quanto por heterossexuais. No caso daqueles, o PACS é o instrumento apto para a delimitação dos direitos e deveres a serem observados na vida comum do casal homossexual, tanto em relação um ao outro, quanto em relação a terceiros¹⁴.

No Canadá, o casamento homossexual foi regulamentado no ano de 2005 através do Civil Marriage Act. Assim, as uniões do mesmo sexo, que já vinham sendo judicialmente reconhecidas no nível das províncias desde 1999, foram trazidas à legalidade em todo o país. Foi reconhecido que o direito à igualdade sem discriminação requer que os casais do mesmo sexo tenham igual acesso ao casamento¹⁵.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: aspectos sociais e jurídicos. Disponível em: <<http://www.bioetica.org/cuadernos/doctrina17.htm>>.

¹² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.90-95.

¹³ VARGAS, Fábio de Oliveira. A proteção da união homossexual no direito internacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1506, 16 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10266>>. Acesso em: 22 out. 2007.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

A África do Sul tornou-se o primeiro país a elevar em nível de garantia constitucional fundamental, o direito à orientação sexual. Eis o que dispõe o 9º da Constituição sul-africana¹⁶:

9. Equality.

(1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.

(3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, **sexual orientation**, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth¹⁷. (grifo nosso).

A mencionada Constituição, promulgada a 18 de dezembro de 1996, foi a pioneira no sentido de tornar expressa a vedação à discriminação por orientação sexual, norma que se aplica tanto ao particular quanto ao próprio Estado.

Mesmo na América Latina países como México, Argentina e Uruguai possuem legislação com relação à matéria. A primeira legislação sobre a união entre pessoas do mesmo sexo na América Latina foi promulgada em Buenos Aires.

Na capital argentina, casais homossexuais podem registrar-se junto aos órgãos do governo municipal para celebrar contratos que regulem suas relações pessoais e efeitos patrimoniais derivados da convivência, como também as compensações econômicas que considerem adequadas para o caso de dissolução da união¹⁸.

A única condição que se impõe é a comprovação de dois anos de convivência em um domicílio situado naquele município, e que não sejam casados.

Os deveres e direitos dos casais que formalizem sua união por meio desta lei serão tais quais aqueles das pessoas casadas, a não ser no referente à herança e adoção de crianças. A dissolução da união deve ser formalizada no mesmo escritório de

¹⁶ GOVERNMENT OF RSA, 1996. **Constitution of the Republic of South Africa**. Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>>. Acesso em: 10 nov 2007.

¹⁷ Tradução livre do autor: 9. Igualdade. (1) Todos são iguais perante a lei e têm direito a sua igual proteção e benefícios. (2) O Estado não pode discriminar diretamente ou indiretamente a qualquer um, em primeiro ou mais graus, por raça, gênero, sexo, gravidez, status marital, origem étnica ou social, cor, orientação sexual, idade, inabilidade, religião, consciência, opinião, cultura, língua e nascimento.

¹⁸ A lei permite, por exemplo, pedir dias de licença para se acompanhar o parceiro enfermo, ou em caso de falecimento do mesmo, pode também beneficiar-se dos planos de habitação. É permitido ainda ao parceiro realizar visitas se o par estiver em terapia intensiva ou em uma cadeira. Não está previsto pela lei que a seguridade social de um dos parceiros deva beneficiar ao outro, salvo se se tratar de funcionários do governo de Buenos Aires.

244 registro, e é possível ser feito por acordo comum, por decisão judicial, pela morte ou pelo casamento de um dos membros¹⁹.

Seguindo os passos do legislador bonaerense, a Cidade do México aprovou em 2006 uma lei que reconhece juridicamente a união entre pessoas do mesmo sexo naquela capital.

Já no Uruguai, a questão foi tratada em nível nacional, tornando-se o primeiro país da América Latina a legalizar a união entre homossexuais. De acordo com a nova legislação, casais hetero ou homossexuais vão poder oficializar a união após viverem cinco anos juntos. Eles terão direitos similares aos heterossexuais em questões como herança, pensão e custódia de filhos.

De acordo com o deputado governista Diego Cánepa, redator do projeto original, a nova legislação “profundiza la democracia, protege la diversidad de opciones y deja de lado la discriminación existente en materia legislativa que amparaba determinadas preferencias”²⁰.

A evolução legislativa promovida por todos estes países vai ao encontro das precedentes normas de direito internacional. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já dispunha, em seu art. 1º que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

A igualdade de todos perante a lei, e a vedação a qualquer espécie de discriminação foi consagrada de forma mais ampla na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, segundo a qual:

Toda pessoa 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 condição²¹.

A vedação à discriminação foi consagrada nos principais documentos de direito internacional que se seguiram, tais como a Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

¹⁹ BAIG, José. **Buenos Aires legaliza las uniones gay**. BBC Mundo. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/misc/newsid_3045000/3045429.stm>. Acesso em: 12 abr 2008.

²⁰ Fonte: Nacion.com. **Uruguay avala unión entre parejas homosexuales**. Disponível em: <http://www.nacion.com/ln_ce/2007/diciembre/28/mundo1367001.html>. Acesso em 16 abr 2008.

²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos, São Paulo: Edipro, 1993.

O desrespeito às normas constantes dos mencionados documentos tem sido objeto de diversas manifestações dos tribunais internacionais. No que se refere à discriminação decorrente de orientação sexual, cumpre destacar alguns julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O primeiro caso tem sua origem na demanda deduzida contra o Reino Unido pela senhora Caroline Cossey. Discutiu-se o direito dos transexuais de exigir que o Reino Unido permitisse a modificação de identidade (alteração de sexo na certidão de nascimento), com o conseqüente direito ao casamento (art. 12 – direito de constituir família). A julgar o caso, a Corte, fundada nas diferenças entre as legislações européias, preferiu deixar a cada Estado, de acordo com sua margem de apreciação, decidir sobre o tema. A decisão contou com oito votos dissidentes, entre os quais o do juiz Martens, segundo o qual o direito de modificação da identidade dos transexuais é fruto do respeito à dignidade da pessoa humana e seu legítimo desejo de autorização²².

No caso *Cristine Goodwin* contra o Reino Unido, aquela apelou à Corte Européia ao ver violados os direitos de transexuais. Neste caso não foi acatada a teoria da margem de apreciação. Em uma surpreendente e bastante positiva mudança de posição, julgamento proferido em julho de 2002 condenou aquele país por violação ao art. 8º (direito à vida privada) e também do art. 12 (direito ao matrimônio). Na decisão sustentou-se que precedentes como o já citado caso *Cossey* não eram vinculantes e, além disso, era necessário sempre atualizar a interpretação dos dispositivos da Convenção, que é um instrumento vivo²³.

Embora não tenha logrado acompanhar a evolução verificada no tratamento das uniões homoafetivas em alguns dos Estados exemplificativamente citados, não se pode dizer que sobre o tema faltam projetos de mudança na legislação brasileira, visando sua adequação à nova realidade, sobre o que se discorrerá melhor a seguir.

4 A união homoafetiva no direito brasileiro

Se no direito comparado e nas normas e decisões do direito internacional percebe-se uma evolução no sentido de reconhecer as uniões homossexuais, o Brasil caminha, ainda que a passos bastante lentos, no mesmo sentido.

Tal afirmação se assenta no fato de que vários estados e municípios têm procurado amenizar a situação de marginalidade em que vivem os homossexuais, incluindo a expressão “orientação sexual” como causa passível de ser penalizada frente a

²² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.113-114.

²³ *Idem.*, p.115.

246 atos discriminatórios. Tome-se por exemplo as Constituições Estaduais de Mato Grosso, Sergipe, além da Lei Orgânica do Distrito Federal.²⁴

A questão, porém, não se restringe a normas penalizadoras, mas carece de dispositivos que tratem de temas como a adoção, a impenhorabilidade do bem de família, a partilha de bens, dentre outros aos quais o Constituinte e legislador infraconstitucional silenciaram.

No âmbito legislativo, algumas iniciativas têm surgido em busca da regulamentação do tema. Destaca-se o projeto de lei 1151/95, de autoria da então deputada Marta Suplicy, que assegura aos homossexuais o registro civil da parceria entre pessoas do mesmo sexo com a sua posterior lavratura no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais²⁵.

Diferentemente do que ocorre com a união estável entre pessoas de sexo oposto, a nova lei pretende trazer certo grau de formalidade ao prever o registro civil da união homoafetiva. Nas palavras da então deputada da autora do projeto,

²⁴ Nestas unidades da federação foram promulgadas, respectivamente, as seguintes normas:
Art. 10 - O Estado de Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade de todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, mencionados na Constituição Federal, assim como qualquer outro decorrente do regime e dos princípios que ela adota, bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos seguintes: (...) III - a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição; Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes: (...) II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei; Art. 2º O Distrito Federal integra a união indissolúvel da República Federativa do Brasil e tem como valores fundamentais: (...) Parágrafo único. Ninguém será discriminado ou prejudicado em razão de nascimento, idade, etnia, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, orientação sexual, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, por ter cumprido pena, nem por qualquer particularidade ou condição, observada a Constituição Federal.

²⁵ Eis o que dispõe o artigo 2º do Projeto de Lei: Art. 2º - A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro de Pessoas Naturais. § 1º - Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo: I - prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas; II - prova de capacidade civil plena; III - instrumento público de contrato de união civil. § 2º - O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

O projeto de lei não se propõe a dar às parcerias homossexuais um status igual ao casamento. O casamento tem um status único. Os termos “matrimônio” e “casamento” são reservados para a união heterossexual, com suas implicações ideológicas e religiosas. A união civil é mais uma relação entre particulares que, por sua relevância e especificidade, merece a proteção do Estado e do Direito²⁶.

No Brasil ainda há bastante conservadorismo no debate de temas polêmicos como este, especialmente por parte de setores como as igrejas católica e evangélicas, com forte representação no Congresso Nacional, o que tem levado à não apreciação de projetos desta natureza. Para que se tenha uma idéia, a matéria do jornal do Brasil do ano de 2001 registrou que “o projeto de lei, de 1995, já entrou na pauta do dia 14 vezes e nunca foi votado. Só em maio deste ano, os deputados estiveram prestes a colocar sua opinião sobre o assunto numa urna nove vezes”²⁷.

Ao justificar o seu projeto, Marta Suplicy asseverou que:

A ninguém é dado ignorar que a heterossexualidade não é a única forma de expressão da sexualidade da pessoa humana. (...) Este Projeto pretende fazer valer o direito à orientação sexual, hetero, bi, ou homossexual, enquanto expressão de direitos inerentes à pessoa humana. Se os indivíduos têm direito à busca da felicidade, por uma norma imposta pelo direito natural a todas as civilizações, não há por que continuar negando ou querendo desconhecer que muitas pessoas só são felizes se ligadas a outra do mesmo sexo. Essas pessoas só buscam o respeito às suas uniões enquanto parceiros, respeito e consideração que lhes são devidos pela sociedade e pelo Estado. (...) O Projeto de Lei que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo vem regulamentar, através do Direito, uma situação que, há muito, já existe de fato. E, o que de fato existe, de direito não pode ser negado²⁸.

O referido projeto possui 18 artigos que objetivam, sobretudo, proteger os direitos à propriedade e à sucessão das pessoas do mesmo sexo que tiverem reconhecida a sua união civil²⁹.

Algumas iniciativas importantes também têm sido observadas no âmbito administrativo. O Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), por exemplo, editou a

²⁶ Fonte: Agência Câmara. Disponível em: <<http://www.democracia.com.br/participe/partnoticias.asp?nop=7637&t=4>>. Acesso em: 10 abr 2008.

²⁷ Cruz, Luiz Carlos Lodi da. **O casamento de homossexuais vem chegando**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cashvem.htm>>. Acesso em: 05 dez 2007.

²⁸ 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: 16 nov 2007.

²⁹ A expressão união civil é fruto de alteração proposta durante as reuniões da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e veio em substituição à expressão “parceria civil”, constante da redação original do projeto de lei.

248 Instrução Normativa n. 25/2000³⁰, por meio da qual disciplinou a matéria.

A mencionada instrução normativa dispôs que “as pensões requeridas por companheiro ou companheira homossexual, rege-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC n. 20, de 18.05.2000, relativas à pensão por morte”. As normas contidas no Capítulo XXII da mencionada instrução normativa asseguraram aos companheiros homossexuais o direito também ao auxílio reclusão.

Isto significa que o Estado brasileiro, no âmbito da seguridade social, assegura a equiparação entre as uniões homossexuais e heterossexuais, regulando ambas pelo mesmo dispositivo normativo.

É evidente a preocupação em assegurar o amparo necessário à subsistência dos companheiros, independentemente de se tratar de união homo ou heterossexual, sendo garantido ao parceiro sobrevivente a pensão de natureza alimentar, por morte.

Para Maria Berenice Dias,

O Direito deve acompanhar o fato social. Assim como a sociedade não é estática, estando em constante transformação, o Direito não pode ficar estático à espera da lei. Como o fato social se antepõe ao jurídico e a jurisprudência antecede a lei, devem os juizes ter coragem de quebrar o preconceito e não ter medo de fazer justiça. Nada justifica a aversão em se aplicar a analogia com o casamento ou união estável, deixando de invocar a mesma legislação aos casamentos homoafetivos³¹.

Ante a inércia do legislador, ao julgador tem sido relegada a árdua missão de adequar a aplicação das normas então existentes à nova realidade social em que vivemos. Se, de fato, as uniões homossexuais constituem verdadeira entidade familiar, para o direito, quando muito, têm sido reconhecidas como sociedades de fato³², sem respaldo no direito de família impedindo a concessão, por exemplo, de direitos a alimentos e sucessórios.

³⁰ Esta instrução normativa teve por base a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 proposta pelo Ministério Público perante a Justiça Federal da 4ª Região em Porto Alegre. Em 26/04/2001, decisão proferida pela juíza Simone Barbisan Fortes determinou que o INSS emitisse nova norma estendendo os benefícios de pensão por morte e auxílio reclusão a todos os companheiros de homossexuais mortos ou presos, sob pena de multa diária fixada em R\$30.000,00, além de configuração de ilícito penal e administrativo. Isto porque a autarquia estava se limitando a estender os benefícios aos óbitos e prisões posteriores à Instrução Normativa 25/2000.

³¹ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.148.

³² Este reconhecimento se dá por meio de interpretação extensiva da Súmula 380 do STF, segundo a qual: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

O Estado do Rio Grande do Sul, vanguardeiro na inovação do direito pátrio, não se furtou dar novos contornos à matéria, reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, assegurando-lhes direitos patrimoniais e de adoção. Em julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado decidiu-se que:

EMENTA: Apelação Cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime.³³

Decisões como esta ainda são exceção no direito interno, mas não se pode deixar de reconhecer que representam um importante passo rumo ao reconhecimento civil das uniões homossexuais.

Roger Raupp Rios, de forma bastante perspicaz, aduz que

Em cada uma das questões onde surgir a indagação sobre a possibilidade de equiparação ou da diferenciação em função da orientação sexual, é de rigor a igualdade de tratamento, a não ser que fundamentos racionais possam demonstrar suficientemente a necessidade de tratamento desigual, cujo ônus de argumentação será tanto maior quanto mais intensa for a distinção examinada³⁴.

Já passou da hora de o Brasil superar velhos preconceitos. João Batista Villela considera inaceitável a restrição aos direitos da união homoafetiva, alegando, inclusive, que o próprio casamento não é mais atualmente um instituto preordenado à reprodução, mas voltado ao companheirismo e à camaradagem, que é natural também nas uniões homossexuais³⁵.

³³ Apelação Cível N° 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006.

³⁴ RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.136.

³⁵ VILLELA, João Baptista. As novas relações da família. **Anais da XV Conferência Nacional da OAB.** Foz do Iguaçu, Paraná, p. 639-647, set/1994.

250 A Constituição Federal de 1988 carece de uma interpretação mais condizente com a realidade, pois, como leciona Eros Roberto Grau,

Quando tomamos a Constituição de 1988 em face dos fatos da realidade social de hoje, ela não é mais a Constituição de 1988, mas a Constituição do Brasil de hoje. E outra será amanhã, embora permaneça sendo sempre a Constituição do Brasil. Ainda que não se altere o seu texto, a dinâmica da realidade social importará em que outras normas, distintas das dela extraídas em 1988, sejam a partir dela – e da realidade – construídas pelo intérprete autêntico³⁶.

Resta claro que a questão da união entre homossexuais urge de firme atuação por parte do legislador e de uma evolução no entendimento judicial no sentido de fazer valer os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, valores fundamentais expressamente consagrados na Constituição da República.

5 Considerações Finais

O princípio da igualdade encontra-se consagrado no art. 5º, inc. I, da Constituição da República, vedando qualquer forma de discriminação no tratamento a brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional.

A homossexualidade, antes vista como doença, hoje é considerada com certa naturalidade nas sociedades. Em muitos países a união entre casais homossexuais é reconhecida como fenômeno social sobre o qual cabe ao Estado o dever de traçar normas que lhes sejam aplicáveis. Assim o fizeram, de forma mais ou menos ampla, por exemplo, Dinamarca, Holanda, França, Canadá e África do Sul. Mesmo a Argentina já regulamenta a matéria, ainda que de forma restrita a algumas províncias como Buenos Aires, no que foi seguida pela cidade do México e pelo legislador uruguaio.

As normas que regem a matéria no direito comparado têm sua origem em diversos tratados de direito internacional, entre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que tem a igualdade e a dignidade da pessoa humana como alguns de seus valores máximos.

Com base nestes valores os tribunais internacionais de direitos humanos têm evoluído na interpretação cada vez mais sensível à questão das uniões homossexuais, buscando assegurar a que tais situações recebam por parte dos Estados o mesmo tratamento dado às uniões entre pessoas do sexo oposto.

No Brasil o tema merece pouca atenção. As poucas iniciativas legislativas têm sido obstaculizadas por pressões políticas de bancadas ligadas principalmente às

³⁶ GRAU, Eros Roberto. In: **Canotilho e a constituição dirigente**. 2.ed. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.99.

igrejas católica e evangélicas.

Administrativamente, importante destacar a edição de instrução normativa do INSS que assegura aos companheiros sobreviventes o recebimento de pensão por morte. No âmbito judicial, o país caminha a passos lentos rumo a um tratamento adequado à questão.

Já se observam decisões dando interpretação extensiva à súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, de modo a permitir a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum na constância da união. A interpretação extensiva da súmula, contudo, não se mostra suficiente ao tratamento da questão, pois não resolve questões como o direito a alimentos ou de adoção pelo casal homossexual, o qual ainda não tem sido reconhecido como entidade familiar.

Alguns tribunais pátrios buscam dar novos contornos à questão, fazendo uma interpretação dos dispositivos constitucionais adequada à nova realidade social. São pequenos, porém importantes passos rumo ao reconhecimento civil das uniões homossexuais no Brasil.

O Estado não pode se eximir da aplicação dos princípios sobre os quais se fundamenta a sua Constituição. É inaceitável que se fechem os olhos a um fenômeno social contemporâneo em prol de conceitos estigmatizados e morais que servem para excluir da cidadania uma determinada categoria de pessoas cujos números são cada vez mais significativos.

Ao proceder de tal forma, o Estado atinge os direitos da personalidade do indivíduo homossexual, deixando de operar no sentido de primar pela felicidade do cidadão e impedindo o conceito de dignidade da pessoa humana.

Referências

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

BAIG, José. Buenos Aires legaliza las uniones gay. **BBC Mundo**. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/misc/newsid_3045000/3045429.stm>. Acesso em 12/04/2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Saraiva de Legislação.

CECCARELLI, Paulo Roberto. **Homossexualidade e preconceito**. Disponível em: <<http://www.ceccarelli.psc.br/artigos/portugues/html/homossexueprec.htm>>. Acesso em 04/04/2008.

COUTINHO, Jacinto Neves de Miranda (org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- 252 CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **O casamento de homossexuais vem chegando**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cashvem.htm>>. Acesso em 05/12/2007.
- DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: aspectos sociais e jurídicos. Disponível em: <<http://www.bioetica.org/cuadernos/doctrina17.htm>>.
- FUGIE, Érika Harumi. Inconstitucionalidade do art. 226, §3º, da CF? **Revista dos Tribunais**, ano 92, v. 813, julho de 2003.
- GOBBO, Edenilza. A adoção por casais homossexuais. **Revista Jurídica Consulex**, ano IV, n.47, p. 54-55, Brasília, novembro de 2000.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- GOVERNMENT OF RSA, 1996. **Constitution of the Republic of South Africa**. Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>>. Acesso em 10/11/2007.
- GRAU, Eros Roberto. In: **Canotilho e a constituição dirigente**. 2.ed. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.99.
- GUIMARÃES, Luiz Augusto de Freitas. **Sobre a homossexualidade na Grécia antiga**. Disponível em: <http://www.cav-templarios.hpg.ig.com.br/homossexualidade_na_grecia.htm>. Acesso em 4 dez. 2007.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- NACION.COM. **Uruguay avala unión entre parejas homosexuales**. Disponível em: <http://www.nacion.com/ln_ee/2007/diciembre/28/mundo1367001.html>. Acesso em 16 abr. 2008.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos, São Paulo: Edipro, 1993.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- 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 16/11/2007.
- VARGAS, Fábio de Oliveira. A proteção da união homossexual no direito internacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1506, 16 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10266>>. Acesso em: 22 out. 2007
- VILLELA, João Baptista. As novas relações da família. **Anais da XV Conferência Nacional da OAB**. Foz do Iguaçu, Paraná, p. 639-647, set/1994.