

## Ações afirmativas em favor dos homossexuais: fundamentos jurídicos

### Affirmative actions in favor of homosexuals: legal fundaments

Celina Kazuko Fujioka Mologni\*  
 Daniela Massaro\*\*  
 Fernanda Emi Inagaki\*\*  
 Thalita Youssef\*\*

\* Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).  
 Universidade Estadual de Londrina (UEL).

\*\* Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

#### Resumo

A união homossexual é realidade da vida social embora tratada com preconceito e discriminação. Por um lado, negam-se a ela direitos básicos da cidadania e, por outro, implementam-se em seu favor as ações afirmativas, através de processos judiciais e extrajudiciais, com tendência de reconhecimentos de direitos, baseados na igualdade e na dignidade humana do homossexual. Se da união homossexual surgem efeitos pessoais e patrimoniais, observa-se a falta de legislação regulando este relacionamento, no Brasil. A lacuna é preenchida com a aplicação de analogia, costume e princípios gerais de direito. O Judiciário vem reconhecendo direitos aos parceiros homossexuais, tratando a sua união como uma nova espécie de família, no âmbito do Direito de Família, refletindo-se seus efeitos jurídicos no Direito Sucessório e demais ramos do Direito.

**Palavras-chave:** Uniões homossexuais. Homoafetividade. Ação afirmativa. Homossexualidade.

#### Abstract

*Homosexual unions constitute a reality in social life, although they are still faced with prejudice and discrimination. Homosexual couples are denied the basic rights of citizenship. Aiming to rescue the equality and human dignity of homosexuals, affirmative actions have been implemented in favor of this group, through public policies and judicial actions. Personal and patrimonial consequences arouse from homosexual unions. However, there is no legislation regulating this modality in our legal system. To fill the gap, based on constitutional principles of rights, the Judiciary recognizes rights to homosexual partners, dealing with their union as a new type of family in the ambit of Family Law, reflecting its legal effects in the the Successory Right and in other sections of the law.*

**Key words:** Homosexual unions. Homosexuality. Homoaffectivity. Affirmative action.

## 1 Introdução

A sexualidade humana, culturalmente, leva à noção de procriação, exigindo-se para tal ato a união do sexo masculino e do feminino, sendo este o modelo da família tradicional, constituída pelo casamento e pela união estável.

Contudo, no atual cenário familiar, e desde a Constituição Federal de 1988, admite-se a sua pluralidade, para além do casamento. Foi reconhecida a união estável “entre o homem e a mulher como entidade familiar”, nos termos do disposto no artigo 226 § 3º da Constituição Federal. Reconheceu-se, ainda, a família monoparental, “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, como textua o artigo 226 § 4º da Constituição Federal, fazendo-o com a cláusula de inclusão – “também”. Assim, pode-se afirmar que a partir do sentido abrangente do termo “também”, não se pode excluir outra forma de entidade familiar, como a homossexual, igualmente conhecida como homoafetiva.

É o reconhecimento jurídico do afeto como valor e

elemento fundante de um novo perfil da família eudemonista, voltada à realização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros como direito fundamental de garantia à felicidade.

A família é o “locus” indispensável à realização existencial e afetiva do ser humano. Esta proteção dá-se “na pessoa de cada um dos membros que a integram”, nos termos do disposto no artigo 226 § 8 da Constituição Federal, vinculados entre si por laço de afeto, que confere “status” de família, merecedora da proteção do Estado.

Neste contexto constitucional, como inserir, juridicamente, a união homossexual como categoria familiar? No presente artigo, reflete-se sobre os mecanismos de proteção jurídica das uniões homossexuais, por meio de ações afirmativas, que permitem a realização de seus direitos, no âmbito do Direito de Família, de Sucessões e outros ramos. Para tanto, discutem-se os fundamentos da homossexualidade, ressaltando a sua origem, a evolução histórica e os efeitos jurídicos nas áreas de Direito.

## 2 Ação Afirmativa

### 2.1 Conceito e Fundamentos Jurídicos da Ação Afirmativa

A “ação” tratada no presente trabalho, denominada de “afirmativa”, envolve medidas judiciais e extrajudiciais, tendentes a abolir a discriminação contra os homossexuais. Refere-se a qualquer providência que outorga e reconhece direitos aos homossexuais, como os concedidos aos heterossexuais e como se assim o fossem.

As ações afirmativas são implementadas de várias formas e tratam de aplicação de leis, regulamentos, políticas voluntárias e, sobretudo, de decisões judiciais. No presente estudo, a abordagem terá como foco as decisões judiciais decorrentes de união homoafetiva.

As ações afirmativas, porém, ultrapassam a noção do princípio da ação ou da demanda, que se refere à atribuição a qualquer cidadão ofendido em seu direito de provocar o exercício da função jurisdicional, visando à solução de conflitos, através do processo, vedada que é, em princípio, a autotutela.

Assim, a ação afirmativa pode ser utilizada como mecanismo judicial, por meio de ações, visando a obter tutela jurisdicional, bem como extrajudicial, tendo como finalidade igualar os direitos dos grupos que estão marginalizados na sociedade, por práticas discriminatórias – como é o caso dos homossexuais – conferindo-lhes direitos negados por preconceito.

Outras expressões são utilizadas como sinônimos da ação afirmativa, tais como: “discriminação positiva, discriminação reversa, ação positiva, ação corretiva, medidas compensatórias, etc.” (MENEZES, 2003, p. 40).

A origem da expressão ação afirmativa está na “affirmative action” dos Estados Unidos da América, cujo termo foi consagrado pelo Presidente Kennedy na “Executive Order 1095 ao proibir qualquer discriminação na contratação de funcionários públicos com base na raça, credo, cor ou origem nacional”, conforme se verá no tópico seguinte. (MENEZES, 2003, p. 41).

Quanto à semântica da ação afirmativa pode-se afirmar que:

Na tradução literal para a língua portuguesa, o termo perde um pouco de impacto, na medida em que não consegue transmitir a mesma idéia de conduta pró-ativa, presente na língua inglesa. Ao menos nesse particular, a expressão adotada pelos portugueses (ação positiva) mostra-se mais apropriada. (MENEZES, 2003, p. 52).

O tema abordado refere-se às ações judiciais, como variante da ação afirmativa, cuja finalidade é corrigir as desigualdades existentes na outorga dos direitos entre as uniões homossexuais e heterossexuais, conferindo àquelas os mesmos direitos destinados a estas, partindo-se dos princípios da isonomia e da dignidade humana e tendo como critério de análise a mesma causa e efeito das relações afetivas de ambas as modalidades de uniões.

A lei exige que haja diversidade de sexos para reconhecer a união havida fora do casamento a merecer a proteção do Estado. O afeto é o elemento

identificador da família eudemonista, “que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros.” (WELTER, 2003 apud DIAS, 2005, p. 48). A união homossexual não preenche este requisito da união entre o homem e a mulher, isto é, da diversidade de sexos.

Contudo, não se pode negar a existência de união entre pessoas do mesmo sexo, com a finalidade de formar família, com comunhão de esforços, produzindo deste fenômeno efeitos pessoais e patrimoniais, no âmbito do Direito de Família, como, por exemplo, direito à pensão alimentícia, à adoção, à meação na partilha de bens, com reflexo, também, no Direito das Sucessões, com reconhecimento de direitos hereditários como herdeiro, direito real de habitação e outras tutelas outorgadas em nosso ordenamento jurídico, desde que preenchidos os requisitos legais da entidade familiar e do estado de pessoa que nela ocupa seus membros, na condição de cônjuges ou conviventes.

Questiona-se, então: a falta de diversidade de sexos na união homossexual teria força jurídica para aniquilar direitos de família e sucessórios e outros de membros nela envolvidos? É jurídico situar parceiros homossexuais no âmbito do Direito das Obrigações, conferindo-lhes efeitos patrimoniais da sociedade de fato, como se sócios fossem na operação de divisão de lucros na partilha de bens, ignorando o elemento constitutivo e desenvolvimento da união – o afeto?

O ambiente de Estado Democrático de Direito tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, Constituição Federal). Assim, inserem-se todos os cidadãos na sociedade com igualdade de condições, abolindo-se qualquer forma de discriminação.

É o direito de ter direito, inerente à condição humana, só pelo fato de ter nascido ser humano, sem distinção de qualquer natureza, “promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação,” (artigo 3, IV da Constituição Federal), com objetivo de “construir uma sociedade livre, justa e solidária,” (artigo 3, I da Constituição Federal).

O fundamento do princípio da isonomia – *mesmo que nem todos sejam iguais, devem ser tratados como iguais* – assenta-se na igualdade, que

consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem. Dessa forma, tratar igualmente desiguais, ou desigualmente iguais, importaria em injustiça e em violação da própria igualdade. (FERREIRA FILHO, 2002, p. 114).

Não são iguais na sexualidade os parceiros heterossexuais e os parceiros homossexuais. Mas, o elemento comum que caracteriza ambas as uniões é o mesmo – o afeto.

A causa de rompimento também tende a ser o mesmo – a extinção do afeto. Logo, a homossexualidade poderia ser tratada juridicamente igual às uniões heterossexuais.

Este é o sentido e o alcance do princípio da isonomia, inserido no artigo 5º *caput* da Constituição Federal.

A igualdade formal, moldada pela igualdade fria do texto de lei, se aplicada sem levarem em conta algumas diferenças que há nos indivíduos, tende a não ser suficiente para promover a justiça. Por conseqüência, a igualdade almejada é a material, considerando-se e respeitando-se as diferenças existentes entre os cidadãos envolvidos na mesma situação fática e jurídica.

Assim, em respeito à dignidade humana dos homossexuais, reconhecendo-se a força jurídica da afetividade, que identifica o atual perfil da família, recomenda-se a aplicação, por analogia, das disposições legais que tratam do casamento e da união estável. Seriam aplicadas normas destinadas aos heterossexuais também aos homossexuais, sem discriminação quanto à diversidade ou não de sexos.

Pode-se, assim, estabelecer a isonomia e atingir o real objetivo da lei, pois

é na finalidade da lei que está presente o critério de sua correta aplicação a um dado caso. Se o direito consiste em atingir os fins sociais, sua compreensão encontra-se nesses objetivos. (DINIZ, 2002, p. 165).

Os fins sociais e o bem comum inseridos no artigo 5 da Lei de Introdução ao Código Civil (“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”) sintetizam a ética da sociabilidade humana, na vida em comunidade.

Em outras palavras, “o aplicador deverá ter por escopo a felicidade da sociedade política,” nela incluindo-se os homossexuais. (EYCKEN, 1907 apud DINIZ, 2002, p. 165).

E para a sua realização, maneja-se a ação afirmativa com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, evitando-se discriminações e promovendo a valorização do ser humano na sociedade em condições de usufruir de todos os direitos, com liberdade e plenitude do exercício dos Direitos Humanos.

Neste cenário é que atua a ação afirmativa como instrumento de compensação da igualdade, visando à igualização, “como ensinou San Tiago Dantas, quando a diferenciação visa ao ‘reajustamento proporcional de situações desiguais’, pois.” (DANTAS, 1953 apud FERREIRA FILHO, 2002, p. 114). Dá-se, assim, sentido e alcance ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores de espírito como com as condições materiais de subsistência. (BARROSO, 2004, p. 381).

Sob esta perspectiva, pode-se afirmar que:

As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em

função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patogenicia física/psicológica, etc. (CRUZ, 2003, p. 185).

Pode-se, assim, concluir que a ação afirmativa em favor dos homossexuais é um mecanismo de realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

## 2.2 Origem e evolução histórica da ação afirmativa

As ações afirmativas, conforme se referiu acima, tiveram seu marco inicial nos Estados Unidos da América na década de 60, na “Executive Order n. 10.925, de 6 de março de 1963, de iniciativa do Presidente John F. Kennedy e, desde então, propagaram-se mundo afora, visando à promoção da integração, do desenvolvimento e do bem-estar das minorias excluídas. (CRUZ, 2003, p. 185).

Sua finalidade era expandir a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, sobretudo, para negros e mulheres. Entretanto, atualmente, há uma ampliação da sua finalidade, visando a eliminar os desequilíbrios existentes na sociedade entre os diversos grupos que estão em situação desvantajosa, proporcionando, assim, igualdade de condições nas áreas de educação, emprego, moradia, contratos públicos, dispêndio de recursos públicos, entre outras.

## 2.3 Ação afirmativa no Brasil

A ação afirmativa no Brasil despertou discussões a partir da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, que posicionou o ser humano no centro do ordenamento jurídico, como fonte irradiadora de todos os direitos. Verifica-se a sua materialização nos concursos públicos a fim de igualarem concorrentes na disputa de vagas; é utilizada nos vestibulares, com a criação de cotas aos negros e oriundos de escolas públicas com o escopo de integração socioeconômica desses grupos.

Outras ações afirmativas públicas, em favor da mulher, surgem com a criação de Delegacias de Polícia especializadas em crimes contra a mulher; a reserva de no mínimo 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo (Lei 9.504/97 – art. 107 § 3º).

Em relação aos homossexuais, a ação afirmativa torna-se um poderoso instrumento de cidadania, conferindo-lhes direitos e abolindo-se o preconceito.

## 3. Homossexualidade

### 3.1 Origem e Etimologia da Homossexualidade

A origem etimológica da palavra homossexual vem da junção do grego “homo”, significando semelhança, e “sexu”, que é relativo ou pertencente ao sexo. Portanto, homossexualidade é a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo.

O homossexualismo era considerado doença mental de desvios e transtornos sexuais pela CID n. 9, de 1975. Em 1985, a OMS publicou uma circular que esclarecia que o homossexualismo deixava de

ser considerado uma doença por si só, tendo sido caracterizado como um desajustamento social decorrente de discriminação política, religiosa ou sexual. Em 1995, deixou definitivamente de ser considerado como doença, tanto que se aboliu o sufixo “ismo”, que significa doença (sic)<sup>1</sup>, e foi substituído pelo “dade”, no sentido de modo de ser. (BRANDÃO, 2002, p. 20).

A homossexualidade sempre existiu na história da humanidade, conforme expõe Debora Vanessa Caus Brandão (BRANDÃO, 2002, p. 29-37). Na Grécia antiga, era grande o número de homossexuais em decorrência da super valorização do sexo masculino, que representava a intelectualidade, estética corporal e ética comportamental. O sexo feminino era considerado em sua função procriativa. Além da estética, a transmissão e a aquisição de sabedoria eram obtidas através da troca de favores sexuais. Como exemplo, tem-se o filósofo Platão e seus preceptores, que escolhiam jovens rapazes com características sexuais de homem adulto, para iniciarem na arte da retórica e da oratória.

Na Idade Média, a homossexualidade estava presente nos campos militares e nos mosteiros onde se internavam meninos de famílias nobres.

Na Idade Moderna, tinha-se o olhar condescendente à homossexualidade, sobretudo, nos meios culturais, não se excluindo, contudo, a existência do preconceito.

No final do século XIX, como sinalização do surgimento das ações afirmativas, Freud inovou a função procriativa do sexo, caracterizando a homossexualidade como um fato social do indivíduo em evolução na sua vida sexual.

Verifica-se, assim, que sempre existiu a homossexualidade no registro da história da humanidade e, como fato social, não se podem ignorar os efeitos que dela decorrem. O seu tratamento, na esfera jurídica, tende a ser o mesmo dispensado aos heterossexuais, respeitando-se a sua especificidade, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia e da dignidade humana.

### 3.2 Fundamento Interdisciplinar da homossexualidade

Há diversas concepções sobre a homossexualidade, destacando-se as apresentadas por Roger Raupp Rios (RIOS, 2002, p. 99-126):

**A HOMOSSEXUALIDADE COMO PECADO** – é analisada a homossexualidade no plano religioso como ato pecaminoso, com base na doutrina cristã. A moral cristã parte do princípio de que a atividade sexual é restrita à reprodução no convívio conjugal, de forma que qualquer prática sexual não-reprodutiva é considerada transgressão do plano divino e afastamento da vida espiritual.

**A HOMOSSEXUALIDADE COMO DOENÇA** – trata-se de abordagem de atributos biológicos, no discurso científico sobre o sexo, partindo-se da descoberta da presença em embriões humanos, o sexo masculino e o feminino, constituindo o homossexual o terceiro sexo, resultante de um acidente na diferenciação fetal. Assim, o que antes era tratado como imoralidade é cuidado como doença. Entre os estudiosos, cita-se Sigmund

Freud. Freud que classificava o homossexual como ser humano que sofreu interrupção no processo de desenvolvimento sexual, isto é, uma doença, e defendia a idéia de que “punir a homossexualidade era extrema violação dos direitos humanos”. (RIOS, 2002, p. 110).

Contudo, não se aceita, na atualidade, a concepção da homossexualidade como uma doença, e sim um modo de ser, conforme já afirmado, anteriormente.

**A HOMOSSEXUALIDADE COMO CRITÉRIO NEUTRO DE DIFERENCIAÇÃO** – No final do século XIX, com o despontar do capitalismo industrial e surgimento de grandes cidades, ocasionando mudanças sociais e econômicas, teve início a formação de consciência coletiva como grupo social dos homossexuais, organizando movimentos em prol da igualdade de direitos entre hetero e homossexuais, reivindicando o fim da discriminação dos atos homossexuais, reconhecimento de direitos civis e políticos e revisão de conceitos médicos e psicológicos, que rotulavam a homossexualidade como doença.

**HOMOSSEXUALIDADE COMO CONSTRUÇÃO SOCIAL** – A heterossexualidade permaneceu como paradigma dominante para expressão erótica em nossa cultura. Contudo, Roger Raupp Rios traz notícias de povos – do Japão, Filipinas, Nova Guiné, certas tribos indígenas brasileiras e cultura urbana paraense – que toleram a homossexualidade como padrões de condutas da normalidade, tal qual a heterossexual. Assim, partindo da opção por homossexualidade, ao lado da heterossexualidade, como construção social, cria-se novo conceito na teoria jurídica de

diversidade sexual, embora ainda considerada por muitos grupos hostis como uma perversão, deixou de ser uma referência freudiana tomada a partir de casos exemplares para se tornar realidade cotidiana no mundo social. (GIDDENS, 1993 apud RIOS, 2002, p. 123-124).

Conclui-se pela abordagem interdisciplinar e coerente com a última revisão da CID, em 1995, que a homossexualidade se contrapõe à heterossexualidade, designada como “modo de ser” da identidade sexual, não trazendo, assim, conotação de distúrbios psicossociais, e sim um estilo de vida, o que por si só parece justificar como um modo de transformação do fato social da conduta humana específica. Contudo, há os que defendem o determinismo psicológico inconsciente, não sendo opção livre, como afirma Roberto Graña o qual considera a homossexualidade um distúrbio de identidade, um pré-determinismo psíquico primitivo, originado desde a concepção até os três ou quatro anos de idade, quando se constitui o núcleo da identidade sexual na personalidade do indivíduo. (GIORGIS, 2002, p. 113).

Independentemente das causas da existência da homossexualidade, os efeitos dela produzidos de uniões de pessoas do mesmo sexo repercutem na esfera jurídica.

<sup>1</sup> Mattoso Câmara Jr. (1979, p. 222), dá outra explicação para o sufixo *ismo*: é a expressão de uma “profissão de fé”, como em cristianismo e completa: ... no português do Brasil se revela na caracterização de ideologias políticas (pessedismo), bem como na derivação de um nome próprio (de filósofo, político, artista, etc) tomado como qualificativo (comtismo, de Augusto Comte...).

### 3.3 A homossexualidade nos Direitos Estrangeiros

Nos direitos estrangeiros, destacam-se os países que reconhecem a união entre os homossexuais, como a Holanda, a Espanha, Bélgica, Groelândia e na Hungria.

A Dinamarca foi o primeiro país do mundo, por meio da Lei da Parceria Registrada – Lei 372, de 07.06.89, com vigência a partir de 1 de outubro de 1989, a permitir que duas pessoas do mesmo sexo tivessem sua parceria registrada. Na Noruega está em vigor a Lei 40, de 30.04.1993, que disciplina o Registro de Parceria de Casais Homossexuais. Na Suécia, foi aprovada a lei da parceria registrada, de 23.06.1994. A França publicou a Lei 99-944, de 15.11.1994, dispondo acerca do Pacto Civil de Solidariedade (PACS). A Islândia promulgou a Lei de 4.06.1996, possibilitando o registro de parceria homossexual.

No entanto, nos países islâmicos e muçulmanos, é imposta a pena de morte à manifestação da homossexualidade. Na Irlanda e na Grécia, a homossexualidade é considerada ilícito penal.

Há tendência de reconhecimento de alguma espécie de efeito jurídico às parcerias homossexuais, como ocorre no Brasil, Canadá, Eslovênia, Finlândia, República Tcheca, Austrália, Nova Zelândia, Alemanha e alguns estados norte-americanos, como Nova Iorque e Nova Jérsei.

## 4. Aspectos Jurídicos

### 4.1 Ações afirmativas em favor dos homossexuais no Brasil

A ação afirmativa, na modalidade de lei, existente no Brasil em favor dos homossexuais é o Projeto de Lei n. 1.151, de 1995, de autoria de Martha Suplicy, no qual disciplina a união homossexual, conferindo-lhe direitos sucessórios, impedindo penhora do bem imóvel residencial, nos termos da Lei 8.009/90. Contudo, o referido projeto até o presente momento ainda não se tornou realidade legal.

O Projeto de Lei 1.151/95 objetiva disciplinar a “união civil entre pessoas do mesmo sexo”, o qual, por meio de um substitutivo elaborado pela Comissão Especial, modificou a expressão por “parceria civil registrada”, seguindo o modelo da legislação estrangeira. Na justificação do projeto, assevera a sua autora:

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 existe de fato.

E, o que de fato existe, de direito não pode ser negado. (THOMAZ, 2003, p. 97).

Tramita, também, a Proposta de Emenda à Constituição nº 139/95, da ex-Deputada Marta Suplicy, de alteração dos artigos 3º e 7º da Constituição Federal, para incluir a proibição de discriminação por motivo de orientação sexual.

Outro registro histórico ocorreu em 13 de maio de 2002, quando do lançamento do segundo Plano Nacional dos Direitos Humanos (PNDH 2), com o Decreto Federal n. 4.229, quando o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, defendeu oficialmente os direitos dos homossexuais, com as seguintes propostas:

- a) Proposta de emenda constitucional que proíbe expressamente a discriminação por orientação sexual;
- b) Exclusão do termo “pederastia” do Código Penal Militar;
- c) Inclusão nos censos demográficos e nas pesquisas oficiais dados relativos à orientação sexual;
- d) Promoção de campanha junto a operadores do Direito e a profissionais de saúde, bem como o esclarecimento de conceitos científicos e éticos relacionados à comunidade homossexual, entre outras. (CRUZ, 2003, p. 238-239).

Ainda que ausente a regulamentação legal das uniões homossexuais, verificam-se tendências em nossos tribunais de reconhecimento de seus direitos.

Assim, nas decisões judiciais, as ações afirmativas em favor dos homossexuais estão presentes em julgados de nossos Tribunais, em diversos ramos do direito, partindo-se do reconhecimento dessas relações como entidade familiar, merecedora de especial proteção do Estado.

Reconheceu-se a possibilidade jurídica do pedido da união homossexual como união estável, no âmbito do Direito de Família:

TJRS – HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto a união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. Apelação cível nº 5908362655, oitava câmara cível, tribunal de justiça do RS. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 01/03/2000. (UNIÃO..., 2004, p. 11).

Confirmando o entendimento acima, definiu-se a competência da Vara de Família para julgamento de

demanda, discutindo a partilha de bens decorrente da dissolução da união homossexual havida entre duas mulheres:

**RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO.** Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais.<sup>2</sup> (RIOS, 2002, p. 147).

A partir do reconhecimento da união homossexual, tal qual a estável, outorgam-se direitos à partilha de bens havidos na constância da união, à sucessão, a alimentos, à guarda, à adoção de crianças, ao visto de permanência no Brasil para estrangeiro que viva com brasileiro do mesmo sexo, à inscrição junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que, através da Instrução Normativa 25/2000, assegura auxílio por morte e o auxílio reclusão.

O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu, também, a união homossexual como entidade familiar, proclamando a inelegibilidade do parceiro homossexual, tal qual o cônjuge, matéria esta consagrada no artigo 14 § 7º da Constituição Federal. Trata-se de proibição aos cônjuges de presidente da República, governadores e prefeitos concorrerem nas eleições ao mesmo cargo.

**REGISTRO DE CANDIDATO.** Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. (CF 14 § 7º). Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14 § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE-Resp. Eleitoral 24564 – Viseu/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 01/10/2004). (DIAS, 2005a, p. 197).

A Superintendência de Seguros Privados – Susep, também, através da circular publicada no Diário Oficial de 22.06.2004, equiparou o companheiro homossexual ao heterossexual, na condição de dependente preferencial da mesma classe, com direito à percepção da indenização do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (DPVAT), em caso de morte do parceiro homossexual. (SEGURO..., 2004).

A Corregedoria Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, através do Desembargador Aristides Pedrosa de Albuquerque Neto, baixou o Provimento 6/4 de 17/2/2004, acrescentando um parágrafo ao artigo 215 da Consolidação Normativa Notarial Registral, nos seguintes termos:

As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou posição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. (DIAS, 2004, p. 7).

Assim, seguindo a tendência mundial, com fundamento nos princípios constitucionais e princípios gerais de direito,

na analogia, os tribunais brasileiros têm reconhecido a união homossexual como forma de comunidade de afeto geradora de direitos.

#### 4.2 Homossexualidade como entidade familiar: Construção Social

A homossexualidade, como construção e fato social, permite inserir a união homossexual como entidade familiar, alargando-se novo conceito de família, além da união estável e monoparental, sem ofensa ao disposto no artigo 226 da Constituição Federal (“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”). A classificação das famílias constitucionais não é *numerus clausus* e nem há proibição expressa de negativa de tutela do Estado às uniões de pessoas do mesmo sexo.

Os requisitos exigidos à existência da família atual são a afetividade, estabilidade e ostensibilidade, independentemente do paradigma convencional alicerçado no casamento, diversidade de sexo e reprodução.

Sob a concepção eudemonista, o vínculo afetivo é o mecanismo da realização da felicidade dos membros familiares, que são os focos jurídicos de proteção, por si próprios, em sua dignidade e liberdade. Assim, o fundamento da união homossexual se assemelha à união estável e ao casamento, no que se refere ao vínculo do afeto e do sentimento de amor, presentes nas relações familiares. A partir deste vínculo, pode-se reconhecer a união homossexual como uma comunidade familiar, na forma de parceria civil registrada, como é denominada em muitos países estrangeiros.

A proibição da discriminação sexual tutela a conduta afetiva da pessoa e o direito à liberdade, à forma e a quem amar e desejar sexualmente, conforme seus padrões éticos, conjugando suas vidas intimamente, de modo que tal escolha parece não poder ser alvo de tratamento diferenciado. Se alguém dirige seu interesse a outra pessoa, ou seja, opta por outrem para manter um vínculo afetivo, está exercendo sua liberdade, privilegiando as palavras de ordem constitucional, que são a cidadania e a inclusão.

#### 4.3 Efeitos pessoais e patrimoniais da homossexualidade no Direito de Família

O preconceito não pode negar direito ao fato social da união homossexual, sob pena de se tornar fonte de grandes injustiças. Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, tende a gerar direitos e obrigações, próprios do âmbito familiar, analogicamente aos mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais, no casamento e fora do casamento.

Neste sentido, a jurisprudência:

**UNIÃO HOMOSSEXUAL.** Reconhecimento. Partilha do

<sup>2</sup> Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul, por unanimidade, relatado pelo Desembargador Breno Moreira Mussi.

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 dessas 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 de direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa 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 provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre parceiros. (TJRS-AC. 70001388982 – 7ª C. Cv. – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis – j. 14/3/2001). (DIAS, 2005b, p. 196).

Assim, a força do afeto na comunhão de vida é mais do que uma sociedade de fato, como equivocadamente tem se posicionado contrariamente alguns. Trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, há que se subsidiar na determinação do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, com a aplicação da analogia, costumes e princípios gerais de direito. Não se pode deixar de estabelecer analogia com as relações decorrentes do casamento e da união estável, pois a causa de sua constituição é o afeto. Daí, a possibilidade de inserir as relações jurídicas homoafetivas no âmbito do Direito de Família e não no Direito das Obrigações.

## 5 Conclusão

A realidade social da existência das uniões homossexuais não pode ser ignorada pelo Direito, sob a perspectiva do livre exercício da sexualidade, com base no afeto por pessoas do mesmo sexo, como forma de realização da sua felicidade.

O afeto, como sentimento humano, é a exteriorização da dignidade humana; é a causa e a razão do casamento e da união estável entre pares de sexos diferentes.

Não é a sexualidade da união de sexos diferentes, entre o homem e a mulher, a fonte de direitos e merecedora de proteção legal como entidade familiar, e sim o vínculo de enlaçamento da afetividade entre eles.

Assim, na atualidade, o afeto contrapõe-se ao paradigma da antiga família, que reconhecia como legítima, que merecia proteção do Estado, somente aquela formada pelo casamento.

O casamento era forma de legitimar a atividade sexual entre o homem e a mulher. Sem excluir sentimentos, a atividade sexual, via de regra, visava à função procriativa da mulher e o “debitum conjugale” desta, cuja prole era considerada como fator econômico de produção de mão de obra, sob o comando do homem. Este era o chefe da família hierarquizada, porque em posição superior, a quem deviam obediência a mulher e os filhos. O único titular da dignidade humana era o “pater” da família, sendo esta considerada, também, patrimonializada, pois prestigiava-se o “ter” e não o “ser”.

Hoje, o foco é o afeto, como gerador de direitos e não a sexualidade, que pode ser praticada sem a existência do casamento, tanto que basta a presença do afeto para existir uma família, consagrada como eudemonista, considerando-se como um “locus” onde os seus membros desenvolvem a plena personalidade na consecução de seus projetos de vida, na busca do bem-estar e felicidade, em ambiente de igualdade e liberdade.

Verifica-se a consagração do afeto, não só no casamento, mas também na união estável e monoparental, na filiação socioafetiva, concebendo como filhos do amor os nascidos da inseminação artificial heteróloga, da adoção e da posse de estado de filho, enfraquecendo-se o valor normativo da sexualidade entre o homem e a mulher.

Assim, pode-se concluir que não se sustenta, sob o ponto de vista da natureza jurídica, o deslocamento das questões patrimoniais emergentes da união homossexual para o âmbito do Direito das Obrigações, porque não se trata de sociedade de fato, isto é, de “affectio societatis”, e sim de sociedade de afeto, de comunhão de vida afetiva, de amor, tal qual a “affectio conjugalis”.

Na plena realização dos ditames da justiça e princípios constitucionais de igualdade, da liberdade e da dignidade, deve-se perfilhar mais uma espécie do gênero união estável: a união homossexual, aplicando-se a esta legislação pertinente aos vínculos familiares, reconhecendo a juridicidade ao afeto entre pessoas do mesmo sexo que se unem para compartilhar a vida em comum, como uma entidade familiar.

Neste contexto, verifica-se a missão dos tribunais como agentes transformadores de novos valores jurídicos e eliminadores de estigmas de exclusão social dos homossexuais, tutelando seus direitos e distribuindo justiça, a fim de que o legislador regule as situações que a jurisprudência já vem consolidando. Tal fenômeno é dinamizado por ações afirmativas em favor dos homossexuais, concretizando a outorga de direitos aos integrantes da união homossexual, a partir da sua inserção analógica, na categoria de família.

## Referências

- BARROS, S. R. A Ideologia do Afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 14, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRANDÃO, D. V. C. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CÂMARA JR, M. *Em História e estrutura da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Padrão, 1979.
- CRUZ, Á. R. de S. *O Direito à Diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DIAS, M. B.. *Direito das Famílias*. Porto Alegre: Síntese, 2005a.

DIAS, M. B. *Manual de Direito das Famílias*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b.

\_\_\_\_\_. *Direito Fundamental à Homoafetividade*. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 2 fev. 2005c.

\_\_\_\_\_. Afeto registrado. *Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, n. 26, p. 7, maio/jun. 2004.

DINIZ, M. H. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica. In: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2001, Ouro Preto. *Anais...* Belo

Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

MENEZES, P. L. de. Ação afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 816. p. 39-61, out. 2003.

RIOS, R. R. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SEGURO obrigatório de carro vai pagar indenização para companheiro homossexual. *Folha Online*, 22 jun. 2004. Dinheiro. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u85864.shtml>>. Acesso em: 22 set. 2004.

THOMAZ, T. H. B. União homossexual: reflexões jurídicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 807, p. 82-102, jan. 2003.

UNIÃO estável homoafetiva. *Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, n. 26, p. 11, maio/jun. 2004.

---

### **Celina Kazuko Fujioka Mologni\***

Mestre em Direito Negocial (UEL).  
Docente do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR) e da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

e-mail: <[celina@uel.br](mailto:celina@uel.br)>

### **Daniela Massaro**

Discente do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

e-mail: <[danics@hotmail.com](mailto:danics@hotmail.com)>

### **Fernanda Emi Inagaki**

Discente do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

e-mail: <[fernanda.emi@gmail.com](mailto:fernanda.emi@gmail.com)>

### **Thalita Youssef**

Discente do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

e-mail: <[youssef.thalita@gmail.com](mailto:youssef.thalita@gmail.com)>

\* **Endereço para correspondência:**  
Av. Rio de Janeiro, 1421, 2º andar. Centro – CEP 86010-150 – Londrina, Paraná, Brasil.

---