

**“HOMOAFETIVIDADE -  
AVE, Ó MARIA BERENICE DIAS”**

**Rénan Kfuri Lopes**

## **SUMÁRIO:**

- I- A RELAÇÃO “HOMOAFETIVA”**
- II- PRECEITOS CONSTITUCIONAIS**
- III- *QUID JURIS* SE NÃO HÁ REGRAMENTO LEGAL?**
- IV- CASOS CONCRETOS**
  - IV.1 COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO -  
MATÉRIA CONTROVERTIDA**
    - IV.1.1-COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA**
    - IV.1.2-COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL**
    - IV.1.3-RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO JUDICIAL**
    - IV.1.4-DIREITO SUCESSÓRIO**
    - IV.1.5-RECONHECIMENTO NOTARIAL**
    - IV.1.6-INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS**
    - IV.1.7-ALIMENTOS**
    - IV.1.8-A ADOÇÃO**
    - IV.1.9-PENSIONAMENTO PREVIDENCIÁRIO**
    - IV.1.10- TRANSEXUALISMO E REGISTRO CIVIL**
    - IV.1.11- PERSPECTIVAS LEGAIS**
- V- CONCLUSÕES**

### **I- A RELAÇÃO “HOMOAFETIVA”**

Justifica a interjeição, pois no direito hodierno, quem se propõe a debruçar sobre o estudo da concepção jurídica gerada pela relação homossexual, indispensável abordar o ensinamento de vida e doutrinário da Dra. Maria Berenice Dias, desembargadora integrante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Na apresentação de sua obra intitulada *“Conversando sobre homoafetividade”* a magistrada gaúcha logo adverte que *“a justiça só é justa quando os seus juízes, sem medos e preconceitos, adquirem a consciência de que sua missão*

*é proteger a todos a quem a sociedade vira o rosto e a lei insiste em não ver”*<sup>1[1]</sup>.

- 
- 1[1] *in* Conversando sobre homoafetividade, ed.Livraria do Advogado, 2.004,p.5.
- 2[2] No plano infraconstitucional, dispõe o art.127 do CPC que “o juiz só decidirá por equi casos previstos em lei”. Isto quer dizer que ao julgador é vedado substituir a aplicação objetivo por seus critérios pessoais de justiça.
- 3[3] Art.5º da LICC: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se exigências do bem comum”.
- 4[4] O *costume* pode ser definido como a prática reiterada de uma conduta, ao por considerada, em tese, obrigatória.Deriva da longa prática uniforme, constante, públi convicção de sua necessidade jurídica.
- 5[5] Quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o magistrac deficiência da ordem jurídica, adotando os *princípios gerais do direito*, que é o enunci extraído da ordenação normatizada, de validade geral e genérica.
- 6[6] Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, Saraiva,9ª.ed., p.176.
- 7[7] O *princípio da razoabilidade* busca adequar a decisão com racionalidade, ic logicidade, prudência e moderação quanto à compreensão dos textos normativos.
- 8[8] União Homossexual, Ed.Livraria do Advogado, 3ª.ed.,p.96.
- 9[9] TJRS, apel.cível n. 7000.1388982, rel.Des.José Carlos T.Giorgis, j.14.04.2001.
- 10[10] TJRS- agr.inst. n. 599075496, rel.Des. Breno Moreira Mussi, j.17.06.99.
- 11[11] CPC,art.93.
- 12[12] CPC,art.111 *caput*.
- 13[13] CPC, art.113 *caput* e § 2º.
- 14[14] CF, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Esta Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento
- 15[15] CF, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Esta Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento
- 16[16] CPC,art.4º: O interesse do autor pode limitar-se à declaração:l-da existênc inexistência de relação jurídica.
- 17[17] Cód.Civil,art.981 *caput*.
- 18[18] TJBA, apel.cível 16313.9/99, 3a.C.Cível, j.04.04.2001.
- 19[19] Cód.Civil,art.1.725.
- 20[20] Elucidando, um companheiro que presta serviços direto ao outro no seu ateliê, po considerando que se tais serviços forem realizados por terceiros, normalmente seriam remu
- 21[21] Cód.Civil,art.1,694 *caput*.
- 22[22] A Comissão Especial da Lei de Adoções da Câmara aprovou em 02.01.20 relatório que prevê alterações na legislação nacional sobre adoção. Dentre as moc está a possibilidade de adoção por casais homossexuais. O relatório será enviado Plenário para votação. O texto também prevê: a criação de listas nacionais de ado crianças e adolescentes disponíveis; pessoas interessadas em adotar (atualmente cadastros são feitos por comarcas); institui regras para o abrigo de menores internacional; o arrependimento dos pais biológicos em dar os filhos à adoção e re para simplificar o procedimento de adoção.
- 23[23] *in* Adequação de Sexo do Transexual: Aspectos Psicológicos,Médicos e Jurídicos”,
- 24[24] CF,art. 1º,III e 196; CPC, arts.1.104 e seguintes; Lei n. 6.015/73- Reg.Públic alteração da Lei 9.708 de 18.11.1998: “o prenome será definitivo, admitindo-se, toda substituição, por apelidos públicos notórios”.
- 25[25] Lei 6.015, art.29 § 1º,letra ‘f’.

Mais adiante, na apresentação do livro, a mulher gaúcha se despe de qualquer vergonha e com coragem coloca os percalços da sua carreira profissional para ingressar na magistratura e hoje integrar a mais alta corte de justiça do guasca.

Com a autoridade de sua cátedra, Maria Berenice Dias criou uma palavra fora do léxico que melhor define o tema, numa junção do *homo* como elemento de composição do SEMELHANTE com o *affectu* do latim AFEIÇOADO, gerando a adotada expressão jurídica "*homoafetividade*".

A *homoafetividade* supera o neologismo para carregar em si uma carga intensa de sensibilidade e coragem para enfrentar um tema jurídico pouco prestigiado em nossa legislação. A abordagem na leitura jurídica de Maria Berenice é séria, segura, sobrelevando que a busca da felicidade é pessoal e não um modelo único arraigado em preconceitos. Conseguimos extrair do seu texto que o amor se descobre através da prática de amar e não das palavras.

A afinidade pelo texto da jurista involuntariamente nos torna próximos, diante da natureza comum da inquietude, do imaginário de mel e ferrão representado pela espada da palavra, que primeiro localiza o alvo para saber como atingi-lo.

Agradecemos pela coletânea literária que nos coloca sobre a mesa, pois a melhor maneira de aplicar o direito é buscá-lo onde estiver, "*o imobilismo é confortável. Não gera questionamentos. Repetir o modelo que está aí, aceitar o que está posto como verdade possui outras vantagens: garante a aceitação geral, não suscita discussões, além do que, é claro, não dá o mínimo trabalho*".

*Ave, ó Maria Berenice Dias.*

## **II- PRECEITOS CONSTITUCIONAIS**

Efetivamente não há na legislação pátria um enfrentamento direto sobre as relações homossexuais. O que se tem na realidade são contornos de interpretações da Lei Ápice conjuntamente com estudos, teorias e pesquisas nos ramos da psicologia, psiquiatria e medicina.

O timão do tema é de jaez constitucional, partindo do princípio de que não é injurídico a opção sexual pela homossexualidade.

Superada a vedação legal, o homossexualismo encontra guarida no salutar *“princípio da dignidade humana”*, que é a lógica mais importante do direito, pois o homem é sujeito de direito, nunca, objeto de direito. Esse gênero é de ordem pública, consagrado desde o nascimento até a morte, açambarcando na sua periferia o respeito que se lhe impõe nos aspectos morais e culturais.

O art.1º inciso III da Constituição Federal no instante que protege a dignidade da pessoa humana traz consigo o respeito à opção sexual do indivíduo, e por extensão o escudo resolutivo da *“inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra”* das pessoas preconizada no inciso X do art.5º da Lei Maior.

Invoca-se, ainda, o preceito constitucional esculpido no art.3º inciso IV que inclui como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Deflui-se daí

que a circunstância de se assumir uma relação homossexual não poderá ser vedada por nenhuma legislação infraconstitucional, sob pena de malferir a *“inadmissibilidade de qualquer discriminação”*, inclusive a opção sexual.

O arcabouço constitucional é içado no canto supremo da *“igualdade de direitos”*<sup>2[2]</sup> perante a lei, que no tema em estudo se admite aplainar no recinto afetuoso da opção individual da sexualidade. Não há motivo para um tratamento diferenciado entre o indivíduo atraído pelo sexo oposto daquele fascinado pelo mesmo sexo.

Destarte, o enfeixe constitucional que abriga a proposição em defesa da homossexualidade encontra-se no *“princípio da dignidade humana”* (art.1º,III); no *“princípio da eliminação de preconceitos”* (art.3º, IV); no *“princípio da igualdade”* (art.5º *caput*) e no *“princípio da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra”* (art.5º,X).

### **III- QUID JURIS SE NÃO HÁ REGRAMENTO LEGAL?**

O Direito há de ser concebido como uma adaptação contínua para atender ao homem no meio em que vive<sup>3[3]</sup>. O processo evolutivo da sociedade impede a fossilização do Direito, pedindo sempre urgência para a discussão dos temas contemporâneos.

É através do Direito que se põe ordem na sociedade, protege a coletividade e o bem comum, posto que fosse perfeita natureza humana, não haveria motivo para existir o Direito. E é através das normas jurídicas que o Direito atinge seus objetivos.

Mas a velocidade da vida não raramente cria situações inéditas, sem previsão legal, como se depara neste bosquejo, no trato da homossexualidade.

### *Quid juris?*

A forma de superar a lacuna legal sobre os relacionamentos homossexuais apresentados no cotidiano forense é a aplicação sistemática do “*princípio da analogia*” que impede ao judiciário permanecer inerte diante do caso concreto. Para isso nas veredas do art.126 do CPC, *in verbis*: *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*”.

No mesmo trilhar a LICC- Lei de Introdução ao Código Civil- Decreto-Lei n. 4.657 de 04.09.1942, que sobreviveu ao Código Revogado, permanecendo no novo sistema, por sua natureza, como norma suprema de hermenêutica jurídica. A LICC contempla no seu art.4º que “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes<sup>4[4]</sup> e os princípios gerais de direito<sup>5[5]</sup>*”.

A *analogia* pode se manifestar de duas formas: a *analogia legis*, quando o aplicador do Direito busca uma norma que se apliquem os casos semelhantes; a *analogia juris*, quando em não havendo um texto semelhante para aplicar ao caso *sub judice*, o intérprete recorra a um raciocínio mais profundo e complexo, tentando extrair do pensamento dominante, na análise do conjunto de normas do caso concreto.

Preleciona MARIA HELENA DINIZ que “a função



*jurisdicional, quer seja ela de ‘subsunção’ do fato à norma, quer seja de ‘integração’ de lacuna normativa, ontológica ou axiológica, não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão, nitidamente ‘criadora’ de norma individual, uma vez que os juízes despendem, se forem necessários, os tesouros da engenhosidade para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência objetiva, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no sistema jurídico, sem ultrapassar, por um instante, os limites de sua jurisdição. Se não houvesse tal elasticidade, o direito não se concretizaria, pois, sendo estático, não teria possibilidade de acompanhar as mutações sociais e valorativas da realidade, que nunca é plena e acabada, estando sempre se perfazendo”6[6].*

Portanto, não havendo regramento legal específico sobre a matéria no que tange às pendengas derivadas das pessoas que mantêm relacionamento homossexual, faculta-se ao juiz aplicar supletivamente a norma legal mais próxima, *praeter legem*, que melhor se assemelha juridicamente ao caso em apreço dentro de um raciocínio lógico e de razoabilidade7[7]. Dar-se-á uma interpretação extensiva ao primitivo propósito do dispositivo, acomodando-o na decisão do litígio, dentro do possível, da forma mais justa.

#### **IV- CASOS CONCRETOS**

##### **IV.1 COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO - MATÉRIA CONTROVERTIDA**

#### IV.1.1-COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA

A questão da competência do juízo de família ou do cível para o processamento das ações fundadas em relações homossexuais ainda não encontrou estabilidade.

Com propriedade, Maria Berenice Dias sustenta a competência do juízo de família, sob o ponto de vista que a relação advinda da vida entre indivíduos do mesmo sexo não tem colorido comercial que vise lucro, mas possui sim na sua essência uma aliança espiritual de sentimentos nobres, de respeito, de amor, equiparando-se, devendo, por isso, em síntese, ser admitida como uma família. Avança ao considerar *“evidenciada a simetria entre a união estável e a relação homossexual more uxorio- espécies do gênero relações afetiva- merecem ambas idêntico tratamento. Assim, as relações hétero e homoafetivas dão ensejo à mesma ordem de efeitos, não se podendo deixar de reconhecer que, nas duas hipóteses, surge um novo estado civil”*<sup>8[8]</sup>.

Entendendo equiparada à união estável prevista no art.226 § 3º da CF, Maria Berenice é enfática ao incluir a “união homoafetiva” no âmbito do Direito de Família. A envolvente argumentação da douta precursora da *quaestio juris* nesse país foi guarnecida pelo colendo TJRS em várias oportunidades, *verbi gratia*, TJRS- apel.cível n.598.362.655-j.01.03.2000.

José Carlos Teixeira Giorgis veio florescer a postura da jurisprudente no vigoroso voto condutor proferido em recurso de apelação:

*“...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, realidades ainda permeadas de preconceitos; mas que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária, pois nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas uniões de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, prestigiados os princípios da dignidade humana e da igualdade”9[9].*

Vogando na esteira:

*“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, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido”10[10].*

#### **IV.1.2-COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL**

A corrente jurisprudencial majoritária segue na direção de que a competência é da vara cível quando envolver questões relativas à dissolução de sociedade estável e partilha de bens entre homossexuais, *ad exemplificandum*, STJ-Resp 323.370/RS, DJ 14.03.2005 e Resp 502.995/RN, DJ 16.05.2005.

Compartilhamos em parte desse entendimento, não sob a égide de negar a união homoafetiva como entidade familiar, mas defronte às regras legais previstas do direito instrumental civil.

Urge elevar num encadeamento primário que a competência funcional dos juízes de primeiro grau é disciplinada pelo CPC<sup>11</sup>[11]. E por ser prevista em lei, a competência é de natureza absoluta, não admitindo prorrogação nem derrogação por vontades das partes, porque ditada em nome do *interesse público*<sup>12</sup>[12]. Deste modo, sendo estabelecida por lei a competência da matéria litigada, considera-se pressuposto processual de ordem pública, possibilitando, em caso de incompetência absoluta, ser declarada de ofício e alegada em qualquer grau de jurisdição, irradiando nulidade aos atos decisórios<sup>13</sup>[13].

Na situação em tablado, a matéria de competência está fincada com seus dois pés no CPC. Daí não poderá direcionar a discussão relativa aos direitos dos homossexuais para o terreno da analogia, visto que há lei regulamentando a questão da competência.

Indubitável que se busca com as recentes reformas no *codex* instrumental a necessária e indispensável reaproximação entre os planos do direito material e do direito processual para atingir a efetivação concreta da prestação jurisdicional. Ideal seria o compartilhamento ágil do binômio direito processual e direito material, minimizando-se ao máximo possível a litigiosidade preservada pela estrutura recursal, evidentemente, com o incondicional respeito às regras decorrentes do devido processo legal e garantia da ampla defesa.

O direito material é o conjunto de regras estatais que disciplinam as relações jurídicas entre as pessoas na sociedade e em relação aos bens da vida; o direito processual, por sua vez, é o conjunto de regras estatais que disciplinam as relações entre os atores no processo, conjugando o exercício da jurisdição pelo

Estado, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado. O direito processual tem nítido caráter instrumental, haja vista que todos os seus institutos fundamentais – jurisdição, ação, defesa e processo – visam garantir a fiel observância do direito material, ainda de que forma coercitiva.

Na hipótese em testilha o reconhecimento como um novo estado civil próximo de uma família nas relações entre homossexuais em virtude da afetividade estanque, *data vênia*, aloca-se apenas no plano suscetível da interpretação de princípios constitucionais.

E como há regra processual específica conjecturando as matérias de competência da vara de família, e dentre elas não se enquadram a que diz respeito à dissolução e partilha de uniões de pessoas do mesmo sexo. *Et pour causae*, parece-nos intransponível o óbice para discutir essa matéria perante a vara de família.

Não se aceita na seara processual atribuir a competência da vara de família sob o pálio do tecido constitucional trazido pelo art.226 § 3º da CF<sup>14</sup>[14], pois a sua lei reguladora, Lei 9.278/96, no art.1º exige a dualidade de sexos para que a união estável seja processada na vara de família (art.9º)<sup>15</sup>[15]. Portanto, mesmo sendo a relação homossexual como “união estável”, a simetria da Lei n. 9.278/96 é taxativa ao exigir o requisito da heterossexualidade entre os conviventes.

#### **IV.1.3-RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO JUDICIAL**

É através da ação declaratória no trecho processual para requerer o pronunciamento do Poder Judiciário através de

sentença no intento de se reconhecer como também de declarar dissolvida a união entre homossexuais<sup>16</sup>[16]. No lado do direito material será explicitada a existência de sociedade de fato entre pessoas que reciprocamente se obrigaram a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade comum e a partilhar o resultado<sup>17</sup>[17].

A dissolução da sociedade será proclamada no *decisum* operando-se à partilha dos bens, conforme o enunciado da Súmula 380 do STF: “*Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*”.

O judiciário não distancia da questão pulsante do relacionamento homossexual, aplicando-se analogicamente a Lei n. 9.278/96 para partilhar os bens adquiridos durante a convivência quando da sentença que dissolver a sociedade homoafetiva<sup>18</sup>[18].

#### **IV.1.4-DIREITO SUCESSÓRIO**

Está consolidado no seio jurisprudencial que quando da morte de um companheiro, o sobrevivente tem direito a exigir a partilha dos bens que comprovadamente adquiriu no transcurso do período da relação homossexual (STJ- Resp 148.897/MG, j.10.02.1998).

O caminho processual mais seguro é o ajuizamento de uma ação declaratória de reconhecimento de união homoafetiva cumulada com partilha de bens. Figurará no pólo passivo os herdeiros e sucessores do inventariado. Considerando que a ação declaratória tramitará no juízo cível ou no de família, na hipótese de inventário em andamento na vara de sucessões, providencial o requerimento dirigido ao juízo do inventário para que separe e não

partilhe os bens os bens adquiridos durante a relação até que se resolva a declaratória.

#### **IV.1.5-RECONHECIMENTO NOTARIAL**

Nada impede, aliás se recomenda, a formalização de contrato de convivência particular ou através de escritura pública em cartório de notas, contendo cláusulas que regerão os direitos e obrigações enquanto vigorar a vida em comum e a partilha do patrimônio comum em caso de dissolução.

Também possível fazer testamento *post mortem* deliberando, dentro do limite legais, que determinados bens do autor da herança fiquem em favor do companheiro sobrevivente.

Como não há segurança jurídica na aplicação da *lex specialis* reguladora da união estável, que possibilita o direito real de moradia ao companheiro sobrevivente, para suprir essa lacuna, possível a instituição do usufruto vitalício em favor do outro cônjuge co-proprietário ou não proprietário do imóvel escolhido. Para maior conforto, estabelecer-se-ia uma cláusula resolutória que o usufruto se extinguiria em caso de dissolução da união estável em vida.

#### **IV.1.6-INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS**

Há restrito espaço de ordem fática para numa união de pessoas do mesmo sexo obter reparação cível em caso de rompimento da união homoafetiva.

Na ligação homossexual as atividades domésticas não são bem delimitadas como ocorre no relacionamento heterossexual, quer pelo casamento ou união estável, que se destaca a atuação marcante da mulher nesse particular.

Ressoa por seu turno que a legislação infraconstitucional aplica o regime da comunhão parcial de bens à união estável, afastando o pleito de indenização aos companheiros por serviços domésticos e pessoais prestados<sup>19</sup>[19].

Mas se os olhos forem voltados para o reconhecimento puro da relação homossexual como uma sociedade de fato sem colorido afetivo, identificado o esforço pessoal de um parceiro resultando em frutos materiais para o outro, aí será possível requerer a indenização sob o pretexto de reparação por serviços prestados<sup>20</sup>[20].

#### **IV.1.7-ALIMENTOS**

Enquanto não consagrada a caminhada jurídica rumo ao reconhecimento do companheiro homossexual como integrante do Direito de Família, sem espaço legal por falta de legitimidade ativa e passiva o pedido de alimentos, só permitido entre parentes, cônjuges e companheiros heterossexuais<sup>21</sup>[21].

#### **IV.1.8-A ADOÇÃO**

Uma questão polêmica relacionada à homoafetividade é a possibilidade da adoção por casais do mesmo sexo, pois diante do rigor legal a família se afirma através do casamento ou da união



estável entre duas pessoas de sexos diferentes.

É carente a legislação pátria no que se refere às relações de pessoas do mesmo sexo, sobrevivendo a matéria graças aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, aderindo à possibilidade do reconhecimento da união de homossexuais para fins de partilha de bens e partilha em inventário<sup>22</sup>[22].

A questão da homossexualidade é polêmica para a sociedade brasileira deixando aberta a interpretação. Não há norma permissiva e a Constituição Federal inibe qualquer tipo de discriminação.

Todavia, a ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais. Aplica-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC).

Os opositores da adoção por homossexuais sustentam que *(i)* há vedação legal (CC, art. 1622) ao deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem casadas ou viverem em união estável; *(ii)* é reconhecida como entidade familiar a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher; *(iii)* nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual; *(iv)* de acordo com a doutrina, a adoção deve imitar a família biológica, inviabilizando a adoção por pares do mesmo sexo.

Todavia, a homossexualidade é um fato social que se

perpetuou através dos séculos, não podendo o Judiciário olvidar de prestar a tutela jurisdicional às uniões homoafetivas 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 uma latente discriminação, violando os princípios da dignidade da pessoa humana.

Nos dias atuais o que se busca é uma família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E nada há de ilícito que a realização pessoal pode tanto dar-se dentro da heterossexualidade como na homossexualidade.

A proteção jurídica da forma familiar tem arrimo atualmente no conteúdo da função que desempenha de trocar afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo e na convivência.

A *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto compartilhando uma vida em comum própria da entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

A medicina não admite a homossexualidade como uma doença de qualquer espécie insuscetível de cura, pois nada mais é do que uma manifestação particular do ser humano. Portanto, vedado discriminar a opção sexual, resultando admitir que as relações entre pessoas do mesmo sexo merecem *status*

semelhante às demais comunidades de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar.

Fixadas as premissas retro, o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo que convivem de modo durável, numa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família acrescida de um filho adotivo, irrefragável a similitude com a união estável.

A jurisprudência vem acenando para a possibilidade da adoção por casal do mesmo sexo:

*“Um casal homossexual de mulheres em união estável tem legitimidade para adotar uma criança. As duas crianças, de dois e quatro anos, já tinham sido adotadas por uma das mulheres. No entanto, a companheira queria dividir as responsabilidades e assumir oficialmente os deveres. A melhor interpretação do art. 1.622 do Código Civil possibilita a adoção por quem vive em união estável. E no caso, o casal homossexual vive junto há oito anos. Se o casal tem todas as características de uma união estável — vivem juntas com o intuito de constituir família, tem uma relação pública e duradora —, não importa o sexo das pessoas, elas devem ser tratadas com todos os direitos de uma família. Podem adotar em conjunto” (TJRS- apel.cív. 70013801592 - j.05.04.2006).*

*“A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação*

*ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado” (TJRJ - AC 14.332/98 - Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães).*

Por fim, os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente para que crianças sejam adotadas por casais homossexuais. Importa sim é a qualidade do vínculo de educação, carinho e respeito que permeiará o ambiente familiar.

#### **IV.1.9-PENSIONAMENTO PREVIDENCIÁRIO**

Por intermédio da Instrução Normativa 25/2000, o Instituto Nacional de Seguridade Social-INSS admite a possibilidade de concessão de benefício às pessoas que convivem em relação homoafetiva. A Instrução Normativa n.25, de 07 de Junho de 2000 veio a disciplinar a matéria, fundamentada na Ação Civil Pública n.2000.71.00.009347-0.

O art. 2.º do referido dispositivo legal assegura a equiparação entre as uniões homossexuais e heterossexuais, regulando ambas pelo mesmo dispositivo normativo (Instrução Normativa n.20/2000), *in expressis*:

*"As pensões requeridas por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC n° 20, de 18.05.2000, relativas à pensão por morte"*

Transparente a preocupação estatal em assegurar o amparo necessário à subsistência dos conviventes do mesmo sexo pela Previdência Social. É mais um ponto contundente para soerguer ao patamar do Direito de Família a relação homoafetiva,

posto que a pensão previdenciária brilho jurídico próprio de “ALIMENTOS”. E, como ressaltado alhures, alimentos é matéria própria de Direito de Família.

#### **IV.1.10- TRANSEXUALISMO E REGISTRO CIVIL**

De chofre, mister alumiar que a cirurgia de adequação de sexo é de natureza terapêutica, não se constitui em uma violência punível. Quando realizada não traduz exclusivamente uma mudança física em querer mudar de sexo. Mais que isto. O transexualismo vem de dentro do indivíduo, que reclama a colocação de sua aparência física em concordância com seu verdadeiro sexo: o sexo psicológico.

Transexual, é o indivíduo que possui a convicção de pertencer ao sexo oposto ao constante no seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. E um transexual feminino é, evidentemente, o contrário.

A advogada Tereza Rodrigues Vieira esgota o tema: “*o transexual é portador de neurodiscordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente...Entendemos que a transexualidade pode ser determinada por uma alteração hormonal e o fator social...Destarte, melhor solução não se apresenta atualmente, que a cirurgia. Uma triagem rigorosa em transexuais primários, maiores e capazes, deve ser observada visando assegurar as chances de sucesso na fase pós-operatória. Inclino-nos pela submissão do transexual a uma equipe*”

*multidisciplinar de profissionais especializados no assunto. Tal quadro deve ser composto por, pelo menos, um endocrinologista, um psiquiatra, um psicólogo e um cirurgião plástico, os quais analisarão o grau de feminilidade ou masculinidade do paciente...A obtenção do orgasmo ou prazer carnal é resultante da somatória de fatores diversos. O efeito estético deve ser a semelhança do sexo almejado, não se objetivando a perfeição. Todavia, a nova genitália deverá permitir ao operado a realização normal de suas necessidades fisiológicas”<sup>23</sup>[23].*

O progresso da medicina permite a adequação “definitiva” (sem condições de reversão) da genitália do indivíduo que possui a inabalável certeza de pertencer a outro sexo.

No campo legal o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 1.482/97 autorizou, a título experimental, em hospitais universitários e públicos, adequados à pesquisa, a realização de cirurgia de transgenitização a maior de 21 anos, mediante expressa autorização do paciente, consentimento livre. A intervenção é precedida de exames psicológicos e psiquiátricos para constatar a necessidade do paciente.

A rigor, não há impedimento legal ao cidadão para se submeter a esta cirurgia. Entretanto, os interessados mais cautelosos ingressam em juízo de forma precavida para requerer num só pedido cumulado a autorização para a cirurgia de mudança de sexo e alteração no registro civil.

O lineamento legal é a necessidade de preservar sua dignidade diante do problema psíquico concernente ao embate doentio de sua realidade sexual física com a mental<sup>24</sup>[24]. Reclama, por isso, a prestação jurisdicional sob o rito da jurisdição voluntária para lhe outorgar por sentença autorização para a

cirurgia e regularização de seus documentos no cartório de registro civil, averbando a adequação do sexo<sup>25</sup>[25].

Sobrepuja-se refletir que por gerar efeito *ex nunc*, a alteração deverá ser averbada à margem do registro de nascimento, para não encobrir uma realidade nem prejudicar direitos de terceiros antes dessa radical modificação.

Intrigante noutra praça a análise da restrição da legitimidade ativa *in judicio*, apenas ao transexual solteiro, divorciado ou viúvo, como forma de evitar desarranjos constrangedores ao cônjuge e à prole.

#### **IV.1.11- PERSPECTIVAS LEGAIS**

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 1.151/95, da então Deputada Marta Suplicy a proposição objetivando a Legalização da Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo. Nesse PL os casais homossexuais passariam a ter direito de receber heranças, pensões, plano de saúde e regularizava os bens comuns.

Como a autora do Projeto Lei é hoje Ministra do Turismo, certamente não tem mais entusiasmo em depreender esforços no seguimento do seu vetusto PL, pois mais voltada aos problemas cruciais do atual governo. Assim, o jeito é “esperar e gozar”.

Mais recentemente, através do Projeto de Lei n. 6.960 de 2.002, existe a proposta para acrescentar ao art.1.727 do Código Civil vigente o “Art.1.727-A”, vazado nestes termos: “As disposições contidas nos artigos anteriores (1.723 a 1.727) aplicam-se, no que couber, às uniões fáticas de pessoas capazes, que viviam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas de ordem

*pública e os bons costumes”.*

Os arts.1.723 *usque* 1.727 versam sobre a “UNIÃO ESTÁVEL” entre heterossexuais. Portanto, o propósito é a equiparação para a relação homossexual. Com a exceção dos eventos patrocinados pelas entidades homossexuais, até o momento não se vê de forma aguda um movimento intenso para acelerar a tramitação deste PL. Vamos aguardar.

## **V- CONCLUSÕES**

Ao encerrar, manifestamos nosso agradecimento à ilustre Dra.Christiane Nascimento Gieseke, com quem contamos para a pesquisa e caloroso debate sobre tema de tamanha relevância.

Irrefragável o ordenamento jurídico incorporar sem qualquer receio ou temor as relações homossexuais no contexto legal. É uma realidade próxima que compartilhamos diariamente em nossos relacionamentos mais próximos. Inconcebível privar do *status legis* duas pessoas, seres humanos, que vivem juntas num lar comum sob um manto envolto de carinho, respeito e amor.

E admitir como legal essa sociedade homossexual de afeto transbordará para o jurisdicionado que reclama dessa omissão a sensação de segurança num direito moderno, ágil e prestativo.

É o que a comunidade jurídica anseia.

junho de 2.007

***Rénan Kfuri Lopes,adv.***



