

UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS.

*Miguel Horvath Júnior **
*Miriam Vasconcelos Fiaux ***

A abordagem do tema União Entre Pessoas do Mesmo Sexo envolve uma variedade de outros aspectos como: família, casamento, união estável, adoção, sociedade de fato e direitos previdenciários.

Também precisamos fazer, uma análise histórica. A história nos ajuda a esclarecer até que ponto a religião, os padrões morais de cada época, interferem no que acreditamos hoje. No estudo do direito comparado constatamos que alguns países, bem mais avançados que a maioria, possuem legislação protetiva dos homossexuais. Outros países, apenas não permitem discriminação, mas não legislaram concedendo direitos iguais nas relações homossexuais e heterossexuais. E, alguns poucos, ainda em função da crença religiosa, que se faz presente na própria atuação do Estado, ainda consideram crime a homossexualidade.

Na análise da legislação pátria, verificaremos que o Estado sempre teve grande preocupação em preservar a família. Em especial, na atual Constituição, o constituinte avançou muito para que esta preservação continuasse, desde o reconhecimento de *status* de entidade familiar a união estável entre homem e mulher, até a equiparação dos filhos. A classificação filial em adulterinos, incestuosos, ilegítimos é meramente histórica. Não se usa mais a expressão concubina e, sim, companheira, convivente.

Este estudo não tem a pretensão de exaurir o tema, mas trazer a discussão a possibilidade jurídica de serem ou não reconhecidos direitos a casais homossexuais, tendo em vista a busca cada vez maior por decisões junto ao Poder Judiciário.

A Família

1.1 - Evolução histórica

A família é uma das instituições mais antigas do mundo. Na Bíblia verificamos no livro de Gênesis o fundamento judaico-cristão para o casamento: “Criou, pois, Deus, o homem à sua imagem: à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou. Então Deus os abençoou, e Deus lhes disse: Frutificai e multiplicai-vos.”(Cap. 1, versículos 27 e 28).

* Professor Universitário (Puc/SP, IMES, UniSA). Procurador Federal (INSS). Doutorando em Direito Previdenciário (Puc/SP)

** Advogada e Mestranda em Direito Previdenciário (Puc/SP)

Para o povo judeu a família é extremamente importante, sendo fundada na união de um homem com uma mulher, com o fim da procriação. Duas características do povo judeu o destacam: a formação de riqueza de fácil conversão(dinheiro e jóias) e o entrelaçamento entre as famílias, o que lhes garante a continuidade e defesa como povo.

Quando lemos sobre família, seja grega, romana, judaica ou de qualquer outro povo, constatamos que a base está sempre na religião, na crença de cada povo. Fustel de Coulanges concluiu sobre o assunto: “Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas seguramente foi a religião que lhe deu as regras, daí resultando receber a família antiga uma constituição muito diferente da que teria tido se os sentimentos naturais dos homens tivessem sido os seus únicos causadores”.¹

No Direito Romano o modelo familiar era muito diferente do nosso. O modelo era o patriarcal. O ascendente mais velho, reunia seus descendentes sob sua autoridade, simulando as relações de poder que encontramos hoje no Estado.

1.2 - Família brasileira

O Brasil herdou o modelo patriarcal de família. Com a industrialização desapareceu a grande família da zona rural. Na estrutura familiar os papéis eram bem definidos, “num casal sem filhos exercem-se os papéis de marido e mulher. Na família nuclear, os papéis de mãe-pai-irmãos e filhos. A família extensa já admitiria inclusão dos papéis de avós, tios, demais parentes ou pessoas em coabitação na mesma casa”.²

Com o passar do tempos, verificamos que houve modificação desta estrutura aparentemente tão sólida, correta e imutável. Com o advento do divórcio, os papéis muitas vezes se invertem. Em muitos casos, o pai fica com a guarda do filho e exerce assim funções antes consideradas da mãe. Esta é só uma das situações que exemplificam as mudanças ocorridas na sociedade.

1.3 - A família perante a Constituição Federal

Com a Constituição de 1934 temos expressa referência à família em capítulo próprio, constituída pelo casamento indissolúvel.

A Constituição de 1937 manteve a indissolubilidade do casamento.

Somente com a Emenda Constitucional nº 9/77 houve alteração substancial no direito de família com o advento do divórcio.

A Carta Magna de 1988 ampliou a proteção à família, pois passou a considerar entidade familiar a união estável entre homem e mulher, assim como a comunidade formada

¹ VIRGÍLIO, Em., II. Horácio, Epit., I, 5. Ovídio, Trist., IV, 8,22., apud, Fustel de Coulanges, A Cidade Antiga, p.19.

² NALINI, José Renato. A Família Brasileira do Século XXI, Ed. Revista do Tribunais

por qualquer dos pais e seus descendentes. Não incluiu como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo. Com esta nova redação, o conceito de família deve ser encarado de forma mais abrangente. Não é somente o casamento que leva a constituição da família, mas também as uniões de fato, a família natural e a família adotiva.

O reconhecimento da união estável veio atender a um reclamo da sociedade. A realidade do concubinato puro se fez de tal modo presente, que o constituinte, até para uma maior valorização da família, houve por bem dispor sobre esta situação. O artigo 226 § 3º da Constituição Federal de 1988 confere o reconhecimento a união estável entre o homem e a mulher de entidade familiar. Não tratou o constituinte da união entre pessoas do mesmo sexo. Seria possível o uso da analogia? Tem a união entre pessoas do mesmo sexo as características que informam a união estável? Estabilidade, mútua assistência e união de afetos? Para Adauto Suannes “ a família é uma expressão que deve abranger pelo menos aquelas duas pessoas que se unem com o propósito de manutenção desse vínculo afetivo, independentemente de sexo diverso, tenham ou não prole”.³

O afeto é um aspecto que reflete o princípio estatuído no artigo 5º, X da CF: garantia à intimidade.

Para Orlando Gomes: “O casamento entre pessoas do mesmo sexo é inconcebível. A exigência da diversidade de sexo constitui, entretanto, uma condição natural, tendo-se em vista a conformação física de certas pessoas, dado que repugna cogitar na hipótese de casamento entre dois homens ou duas mulheres”.⁴

2 - O casamento

Para Lafayette: “ o casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”.⁵

Mesmo com variações entre as definições, todos os autores são unânimes em considerar que só há possibilidade de casamento entre um homem e uma mulher, descartando assim a possibilidade de haver casamento entre pessoas do mesmo sexo. A parte mais complexa, talvez seja determinar a finalidade do casamento. Para muitos o casamento serviria para: disciplinar as relações sexuais entre os cônjuges; proteção à prole; mútua assistência. Para outros, a finalidade seria: legitimação da família; procriação dos filhos; legalização das relações sexuais; prestação de auxílio mútuo; estabelecimento de deveres entre os cônjuges; educação da prole.

Quando se coloca como finalidade a procriação, descarta-se de vez a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Porém, na atualidade, para muitos

³ SUANNES, Adauto. As uniões homossexuais e a Lei 9278/96. Coad, Ed. Especial out/nov 1999, pg. 32

⁴ GOMES, Orlando. Direito de Família. Ed. Forense. 1999, pg. 118.

⁵ LAFAYETTE, Direitos de Família § 8º, apud, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, p.34.

casais o casamento deixou de ter finalidade procriativa por não quererem ter filhos. O casamento passou a ter uma conotação de união de afetos acima de toda e qualquer outra finalidade. Com o advento do divórcio, na prática, as finalidades apontadas acima, deixaram de ser observadas. Acabou o amor, acabou o casamento, independentemente da existência de filhos.

3 - Princípios constitucionais aplicáveis a união estável entre pessoas do mesmo sexo

Muito embora o constituinte não tenha previsto a união entre pessoas do mesmo sexo, verificamos que a nossa Carta Magna traz princípios que poderiam servir de fundamento para a defesa da proteção da união homossexual, seja esta tratada como família, seja tratada simplesmente como parceria civil (expressão utilizada no substitutivo do projeto de Lei nº 1151/95 da Deputada Marta Suplicy).

Toda lei deve ser interpretada em sintonia com as normas constitucionais. Principalmente em relação aos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade que devem nortear todas as leis.

Princípio significa “causa primária, razão, base, ditame moral, sentença, máxima”.⁶ No sentido jurídico é regra que contém uma verdade universal que deve ser aplicada ao direito.

O artigo 5º, caput, da Carta Magna preceitua que, “ todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”. Para os defensores da igualdade dos homossexuais em relação à união estável e ao casamento, o que deve prevalecer é o princípio da igualdade cumulado com o da liberdade individual, ambos resultando na isonomia de tratamento.

O livre exercício da sexualidade estaria relacionado com os postulados fundamentais da liberdade individual, da igualdade social e da solidariedade humana. Com este livre exercício, se formam os pares homossexuais que constroem suas vidas juntos. Existe afetividade, colaboração, patrimônio comum, enfim, fatos que estão presentes na vida de qualquer cidadão e que precisam ter amparo legal para garantir a dignidade humana.

Nas palavras de José Carlos Teixeira Giorgis: “A idéia de dignidade da pessoa humana não é um algo puramente apriorístico, mas que deve concretizar-se no plano histórico-cultural, e para que não se desvança como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa”.⁷

⁶ Dicionário melhoramentos da língua portuguesa. Revista Veja.

⁷ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Relação Homoerótica e a Partilha de Bens. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 5/2001, p.151.

4 - Direito comparado

Os países europeus nórdicos como a Dinamarca, a Suécia, Noruega e Islândia, foram pioneiros na adoção de uma legislação reconhecendo as uniões homossexuais.

A Dinamarca foi o primeiro país a reconhecer a união de homossexuais em 1989, inclusive com troca de sobrenomes. A lei dinamarquesa diz que os efeitos do contrato entre os homossexuais devem ser os mesmos do contrato de casamento. A única exceção é em relação a adoção. Há a exigência de dois requisitos. O primeiro é que um ou ambos devem ter residência permanente na Dinamarca e o segundo que um ou ambos tenham nacionalidade dinamarquesa.

A Noruega, em 1993, regulamentou o “Registro de Parceira de Casais Homossexuais”. Determinou que todas as leis e regulamentações aplicáveis ao casamento, devem ser aplicadas a parceria homossexual. Também a ressalva fica por conta da adoção. A legislação norueguesa se distingue em relação à autoridade parental. Estabelece a possibilidade de os parceiros compartilharem o pátrio poder. O patrimônio amealhado durante a convivência é considerado de ambos os cônjuges.

A Suécia reconheceu a parceria em 1995. A principal inovação da lei sueca foi a possibilidade do juiz intervir para o registro da união. Esta intervenção é facultativa, se tornando obrigatória no caso de ruptura da união. Até 1944, a Suécia considerava crime a parceria entre pessoas do mesmo sexo menores de 25 anos. Em 1978, a idade foi reduzida para 18 anos, que é a idade núbil sueca. Em 1987, proibiu qualquer discriminação contra os homossexuais. No ano seguinte conferiu-se aos homossexuais alguns direitos através do chamado “Ato de Coabitação”. A legislação sueca apresenta para a parceria registrada exigências que existem para o casamento: idade mínima, inexistência de afinidade entre as partes, inexistência de casamento ou parceria atual.

Traz algumas restrições: um dos parceiros precisa ser sueco ou ser domiciliado na Suécia por um período de tempo e proíbe a adoção individual ou em conjunto.

A Finlândia não possui legislação específica a respeito das parcerias homossexuais. O Ministério da Justiça daquele país designou, em 1992, uma comissão com o intuito de discutir as diferentes formações familiares e o tratamento dispensado a elas pelo Estado. Esta comissão recebeu o nome de Comissão da Família. A conclusão a que a comissão chegou foi que não se justifica qualquer tipo de discriminação em face das parcerias homossexuais, seja fruto da religião ou da ética. A recomendação ao Governo era que este viabilizasse juridicamente o registro das parcerias entre pessoas do mesmo sexo. Foi elaborado um projeto de lei que foi pelo Parlamento rejeitado em 1996. Em 1997 foi formada outra comissão.

Na Islândia, em 1996, foi promulgada lei que possibilita o registro da parceria homossexual. É muito parecida com a legislação norueguesa. O diferencial da legislação

islandesa está na possibilidade de ser conferida guarda conjunta se um dos parceiros já tinha guarda individual ao tempo da parceria.

Na Hungria, o Parlamento de Budapeste, aprovou uma lei que dá o direito a herança e pensão aos casais homossexuais.

Na Espanha algumas cidades registram a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

A legislação holandesa é a mais liberal das existentes até hoje. Não se fala simplesmente em parceria civil, mas em casamento.

A grande diferença apontada entre o casamento homossexual e o heterossexual é a dificuldade de haver o reconhecimento do primeiro em outros países.

Pela legislação desse país não surte efeito o casamento em relação a descendência, ou seja, a criança que nasce em tal contexto não será parente de ambos os esposos.

Em 1999, na França, houve a alteração do Código Civil. Com a alteração duas pessoas de mesmo ou de diferente sexo, podem firmar um contrato para organizar a vida em comum. É feita uma declaração conjunta em cartório que passa a vigor com o seu registro. Livrementemente os interessados podem dispor sobre patrimônio, ou se preferirem se omitir, presumem-se comuns os bens adquiridos na constância do contrato. Com o contrato cria-se a obrigação de auxílio mútuo.

Há restrições semelhantes as restrições ao casamento. Não pode ser firmado por pessoas já casadas. Para dissolução consensual é feita declaração no cartório conjuntamente, ou no caso de ser unilateral, é feita a comunicação ao outro e ao cartório.

Nenhum dos Estados Americanos reconhece a união homossexual. O então candidato as eleições presidenciais Bill Clinton, em 1996, foi considerado o presidente mais favorável aos direitos dos homossexuais da história americana. Porém por interesses políticos não defendeu esta postura liberal, preferindo garantir os votos dos conservadores. Algumas cidades americanas concedem benefícios domésticos aos homossexuais.

No Havai, em 1991, foi promovido um processo por três casais homossexuais contra o Estado por ter lhes sido negada a licença de casamento. O Tribunal não deu provimento ao recurso. A Suprema Corte local, em novo recurso interposto em 1993, deu provimento ao pedido dos casais sob o fundamento de que negar a licença constitui violação à emenda da Constituição americana de isonomia jurídica que garante direitos iguais a todos.

No Canadá, algumas cidades concedem igualdade de direitos entre os casais heterossexuais e os homossexuais.

Na América Latina, não há nenhuma legislação que conceda direitos aos casais homossexuais.

5 - A homossexualidade e a legislação brasileira

O direito positivo pátrio não disciplina as relações homossexuais. Qualquer pessoa que viva com outra do mesmo sexo não encontra nenhum amparo legal, ou seja, estão desprotegidos e a mercê das mais diversas dificuldades, principalmente em relação ao patrimônio amealhado durante a convivência.

6 - Adoção

Temos dois tipos de adoção no ordenamento pátrio: a adoção plena regulada pelo Código Civil (arts. 1618 e seguintes) e a adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Para nosso estudo interessa a verificar a adoção do ECA, ou seja, a adoção plena.

O ECA não traz nenhuma restrição. O art. 42 diz: “Podem adotar os maiores de 21 anos independentemente, do estado civil”. A possibilidade de adotar existe tanto para o homem quanto para a mulher, inexistindo a obrigatoriedade de ser pessoa casada. Em não havendo impedimento, cabe ao juiz fazer uso do preceito estatuído no artigo 43 do referido estatuto: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundamentar-se em motivo legítimo”.

Quando analisamos a situação social brasileira (bem diferente dos países avançados em termos de legislação para homossexuais), pensamos que não existe motivo para não se conceder a adoção, uma vez que, em isto não ocorrendo ficará o menor sem lar, a mercê de todas as intempéries da vida. Para Maria Berenice Dias, outro fundamento residiria no fato de “ não ser possível excluir o direito individual de guarda, tutela e adoção, face a sua preferência sexual, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem”.⁸ Na obra retro mencionada a autora faz ainda referência ao artigo 227 da Constituição Federal que atribui ao Estado o dever de assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade, o que, nas suas próprias palavras “não se encontra na rua, e sim em uma convivência familiar”.⁹

Este posicionamento, no entanto, encontra opositores. Para Rainer Czajkowski, duas pessoas do mesmo sexo e homossexuais entre si não podem adotar. “ A adoção procura sempre constituir uma entidade familiar. Cria-se, juridicamente, uma relação de pai-filho, ou mãe-filho, ou ainda pai - mãe-filho”¹⁰. Segundo sua opinião a impossibilidade resultaria por vedação legal e porque um casal homossexual não forma uma família.

A ressalva que o citado autor faz é em relação a possibilidade de uma pessoa que seja homossexual adotar. Neste caso se a pessoa mantém sua opção sexual fora do

⁸ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual O Preconceito e a Justiça. Ed. Livraria do Advogado, 2000.p.94

⁹ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual O Preconceito e a Justiça. Ed. Livraria do Advogado, 2000.p.95.

¹⁰ CZAJKOWSKI, Rainer. União Livre. Editora Juruá,2000,p.229.

ambiente doméstico, se tem condições de dar segurança material e psicológica ao menor, não se pode descartar de plano a adoção.”¹¹

Na Apelação Cível 35.466-0/7, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo Relator foi o Des. Dirceu de Mello, manteve-se a decisão de primeiro grau que concedia guarda de menor a pessoa homossexual, justificando-se que “ o fato do guardião ser homossexual não obstaculiza o deferimento da guarda da criança, pois esta é medida de natureza provisória podendo, portanto, ser revogada a qualquer momento diante da constatação de desvirtuamento na formação psicológica do menor”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 14.979/98, confirmou sentença de primeiro grau que deferia pedido de adoção por homossexual. Justificou que admitia a adoção diante da idoneidade do adotante e de reais vantagens para o adotado. Considerou absurda discriminação, por questão de sexualidade do requerente, afrontando sagrados princípios constitucionais e de direitos humanos e da criança.

Recentemente uma decisão judicial da 1ª Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro, acerca da guarda de menor chamou a atenção do Brasil, avançando e provocando alterações axiológicas sobre alguns tabus da guarda e adoção de menores por homossexuais. Trata-se da decisão judicial que concedeu a guarda de Francisco Ribeiro Eller, o “Chicão”, filho da cantora Cássia Eller à Maria Eugênia Vieira Martins, companheira da cantora nos últimos 14 anos.

7 - Reflexos jurídicos das uniões homossexuais

7.1 - Sociedade de fato e união entre homossexuais

Fora da órbita da discussão da possibilidade de se constituir em família um casal homossexual, discute-se se poderia haver o reconhecimento de união de fato. O reconhecimento judicial da sociedade de fato veio pela necessidade de se corrigir a injustiça quando ocorria a separação do homem e da mulher que viviam como se casados fossem. Um homem e uma mulher viviam anos juntos, construíam patrimônio, prestavam assistência mútua e, quando ocorria a separação, os bens que normalmente estavam somente em nome de um deles, ficava para este e o outro (geralmente a mulher) se via desamparado. A sociedade brasileira aceita melhor a possibilidade de se reconhecer uma sociedade de fato entre homossexuais do que a união entre pessoas do mesmo sexo. Este consenso é possível porque não se discute mais direito de família, mas sim direito obrigacional.

Na jurisprudência já há decisões reconhecendo a sociedade de fato entre homossexuais. Com base no artigo 1363 do Código Civil de 1916 (art. 981 do Código Civil em vigor) garante-se o reconhecimento da existência da sociedade de fato. Embora seja um avanço, está muito aquém de atender as reais necessidades desses casais. Quando falamos

¹¹ *Ib idem*, p.238.

de relação entre casais homossexuais, estamos falando não simplesmente de uma sociedade de fato e, sim de uma sociedade de afeto. Findo um relacionamento entre pessoas do mesmo sexo ou de pessoas de sexo diverso, mesmo havendo semelhanças nos relacionamento, distintas serão as decisões em um e em outro caso.

Algumas decisões judiciais reconhecem como incompetente a Vara de Família para julgamento das questões que envolvem a sociedade de fato entre homossexuais. Trago à colação decisão do Tribunal de Alçada do Paraná, na Apelação 131.962-0 que considerou incompetente a Vara de Família para o julgamento e processamento do feito que envolvia sociedade de fato entre homossexuais. Ementa: Uma vez reconhecida a possibilidade de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, afasta-se a competência do Juízo da Vara de Família para o julgamento e processamento do feito, remetendo-se o processo para o Juízo Cível competente. Não julgou ser possível a aplicação das Leis 8.971/94 e 9.278/96 e sim, do artigo 981 do Código Civil (atual art. 1363).

A contrario sensu, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento nº 599 075 496, cujo relator foi o Des. Breno Moreira Mussi, considerou competente para o julgamento das causas que envolvam situações de afeto as varas de família, independentemente de ser sociedade de fato de casal homossexual. Deve ser tratada esta situação à semelhança do que ocorre com as separações ocorridas entre casais heterossexuais.

8. União homossexual e direitos previdenciários.

Como resultado da denúncia de discriminação de homossexuais por parte do INSS efetivada pela ONG (Organização Não Governamental) Nuances, o Ministério Público no Rio Grande do Sul moveu Ação Civil Pública em face do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social - para concessão de pensão por morte a companheiro homossexual, ação esta em que a autarquia previdenciária foi vencida em primeira instância (ainda não transitada em julgado). Em cumprimento à decisão judicial o Instituto editou Instrução Normativa disciplinando os procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos a companheiro ou companheira homossexual. Esta ação alegou com fundamento para o direito pleiteado, os direitos fundamentais garantidos pelo Estado brasileiro, direito à igualdade e o direito à vedação de tratamento discriminatório contra homossexuais.

A primeira Instrução Normativa que tratou do assunto foi a de n.º 25, de 07 de junho de 2000, editada por força de decisão liminar. Posteriormente sendo substituída pela Instrução Normativa n.º 50, de 08 de maio de 2001. Atualmente matéria é regulada pela Instrução normativa n.º 84, de 17/12/2002.

Para se ter acesso à pensão por morte ou auxílio-reclusão o companheiro(a) homossexual deve comprovar a união estável e a dependência econômica com a apresentação de, no mínimo três dos seguintes documentos, sendo devida para eventos acontecidos a

partir de 05 de abril de 1991 (termo final do prazo prevista na Constituição para regulamentação do sistema previdenciário), obedecidas as previsões legais para concessão da pensão por morte (arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91), a saber:

- I – declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;
 - II - disposições testamentárias;
 - III - declaração especial feita perante tabelião;
 - IV- prova de mesmo domicílio;
 - V - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;
 - VI - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;
 - VII- conta bancária conjunta;
 - VIII - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;
 - IX - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;
 - X - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;
 - XI - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;
 - XII - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;
 - XIII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.
- No âmbito dos regimes próprios de previdência, o Município de Recife saiu na frente ao editar lei municipal sob nº 16.730/2001 que concede pagamento de pensão a casais homossexuais.

9. Efeitos patrimoniais da parceria homossexual

Como analisado anteriormente, a doutrina e a jurisprudência, vêm entendendo que nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, existe uma sociedade de fato que deve ser regulada pelo artigo 981 do Novo Código Civil (art. 1363 do Código Civil de 1916). Alia-se ao dispositivo legal o princípio que veda o enriquecimento sem causa. Com base nisto, os magistrados, vêm concedendo direitos patrimoniais as pessoas que compõem esta sociedade de fato. O professor Rainer Czajkowski explica que a questão é de direito obrigacional. Para ele, “não se cuida de estabelecer a existência de uma família entre esses parceiros... não há família. O que é essencial é a prova de que houve colaboração, com dinheiro ou trabalho de um na formação do patrimônio do outro. Os aspectos íntimos da convivência homossexual entre estes parceiros são matéria estranha que não precisa ser abordada”.¹²

Aplica-se a súmula 380 do STF, que permite a partilha judicial dos bens adquiridos do esforço comum, comprovada a existência da sociedade de fato.

¹² CZAJKOWSKI, Rainer. Reflexos Jurídicos das Uniões Homossexuais. Jurisprudência Brasileira, JB 176, p.100.

Conclusões

Hoje, mais do que em qualquer outra época, se torna imprescindível a discussão sobre os aspectos que envolvem a homossexualidade, desde o enfrentamento de sua gênese até as conseqüências para a sociedade, seja sobre o aspecto puramente sociológico, seja sobre o aspecto jurídico.

Desde as mais antigas civilizações, podemos verificar a existência de práticas homossexuais. Encarada com maior ou menor rigor; vista como uma necessidade natural e; até como um rito de iniciação dos jovens. Em alguns momentos da história, a homossexualidade foi até valorizada demais e, talvez de forma errada. Em outros, chegou a ser execrada ou ignorada, como se pelo simples fato de ignorar sua existência, ela pudesse deixar de existir.

A forma de encarar a homossexualidade, sempre esteve ligada aos padrões morais e religiosos de cada época.

A par de ser considerada como doença, pecado, perversão, etc, o que não se pode fazer é fechar os olhos para sua existência e deixar de resguardar os direitos daqueles que, por opção ou falta dela, estejam a esperar do Estado o amparo nas diversas situações com as quais se deparam que, pouco divergem daquelas pelas quais passam os heterossexuais em suas relações afetivas.

Quando o constituinte não previu como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, deixou de resguardar o princípio basilar da Magna Carta, qual seja, o princípio da igualdade.

Muito embora a nossa legislação seja omissa, o julgador não pode deixar de resolver os conflitos que lhe são trazidos e deve, para solução dos mesmos, fazer uso da analogia. Analogia com as disposições concernentes à união estável e ao casamento, que em sua estrutura em muito se assemelham às uniões homossexuais.

A grande diferença das relações homossexuais para as heterossexuais, reside na procriação. Mesmo esta diferença, nos dias atuais, já não é fundamental, uma vez que se constata o número de casais heterossexuais que por opção não têm filhos.

Para que duas pessoas vivam juntas harmoniosamente, o que se exige é a mútua assistência, amor, respeito. Ou seja, ligação afetiva, que tanto pode haver entre homossexuais quanto entre heterossexuais.

Como diz Maria Berenice Dias: “ O direito deve acompanhar o momento 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 juízes ter coragem de quebrar preconceitos e não ter medo de fazer justiça”.¹³

O legislador deve ter em conta que o homossexual é um ser humano e que, como tal, não pode deixar de ver apreciada sua situação diante da sociedade como se estivesse a margem dela. Concluo que, não obstante nossa legislação não disponha sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo, cabe ao poder judiciário buscar solucionar os conflitos que lhe surgem através da analogia e de uma interpretação mais ampla da Constituição, levando em consideração os princípios por ela abarcados.

Creio que já passou da hora do legislativo se fazer presente criando lei que regule os fatos que já se apresentam abundantes nos tribunais.

Um fato não deixa de existir pelo simples fechar de olhos. Agradando ou não a maioria da sociedade, o cidadão homossexual presente está na sociedade e, tem direito de ter amparo legal, como qualquer outro cidadão.

Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Editora Forense, 1991.
- BORGHI, Hélio. União estável e casamento. Aspectos polêmicos. Editora Juarez de Oliveira, 2000.
- COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. Ediouro, 1988
- CZAJKOWSKI, Rainer. Reflexos jurídicos das uniões homossexuais. Jurisprudência Brasileira, JB 176.
- _____. União Livre. Editora Juruá, 2000.
- DIAS, Maria Berenice. O preconceito e a justiça. Editora Livraria do Advogado, 2000.
- _____. (coordenação). Direito de Família e o Novo Código Civil. Editora Del Rey, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Editora Saraiva, 1987.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo, uma espécie de família. Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. Relação homoerótica e a partilha de bens. Revista Brasileira de Direito de Família. IBDFAM. Editora Síntese.
- GOMES, Orlando. Direito de Família. Ed. Forense, 1999.
- NALINI, José Renato. A família brasileira do século XXI. Revista de Direito Privado. Vol. 1, 2000.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito de Família. Editora Saraiva, 2000.
- SUANNES, Adauto. As uniões homossexuais e a lei 9278/96.. Coad, edição especial, out/nov 1999.

¹³ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: o preconceito e a justiça, Ed. Revista do Advogado, 2000, p.148.