

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Flávio Augusto de Oliveira Santos *

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais. 2. Fundamentos Constitucionais da Possibilidade de Reconhecimento à União Homossexual. 3. Possibilidades de Fundamentação na Legislação Civil. 4. Outros Parâmetros na Jurisprudência. 5.0 Projeto de Lei nº 1.151/95. 6. Conclusão. 7. Referências.

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO EMITIDO NA APELAÇÃO CIVEL DE Nº 70006542377, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.

EMENTA: APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. Embora reconhecida na parte dispositiva da sentença a existência de sociedade de fato, os elementos probatórios dos autos indicam a existência de união estável. PARTILHA. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Caracterizada a união estável, impõe-se a partilha igualitária dos bens adquiridos na constância da união, prescindindo da demonstração de colaboração efetiva de um dos conviventes, somente exigidos nas hipóteses de sociedade de fato. NEGARAM PROVIMENTO¹

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em primeiro lugar, mostra-se necessário a compreensão do que sejam homossexuais, através da visualização do que seja, em si, o homossexualismo. Tal pode se dar, de maneira breve e sintética, de acordo

* Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá. Advogado (OAB/PR n. 32.227) em Maringá, Paraná.

¹ Apelação Cível nQ 70006542377, 81 Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, julgado em 11/09/2003. Texto obtido na *internet*, junto ao *site* <http://www.tj.rs.gov.br/site-php/jprud/result.php?reg=1>. acessado em 13 de junho de 2004

com os objetivos destes comentários, através da leitura de interessante conceito trazido por Jadson Dias Correia.

Etimologicamente a palavra homossexual é formada pela junção dos vocábulos 'homo' e 'sexu'. Homo, do grego 'hómos', que significa semelhante, e sexual, do latim 'sexu', que é relativo ou pertencente ao sexo. Portanto, a junção das duas palavras indica a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo.

'Sob o ponto de vista médico legal, homossexualismo configura a atração erótica por indivíduos do mesmo sexo, atingindo aos dois sexos, ou seja, pode ser praticado entre homens ou entre mulheres, sendo denominado, portanto, homossexualismo masculino e homossexualismo feminino².

Com o entendimento deste ponto, é de se salientar, também, que, certamente, em nosso país, os interesses dos homossexuais não podem ser simplesmente desprezados, em função das dimensões populacionais que tais indivíduos representam na sociedade brasileira, bem como em sua enorme capacidade de mobilização. Basta atentar aos fatos abaixo descritos.

São Paulo fez hoje a maior Parada Gay do mundo, segundo dados da Polícia Militar e da Associação do Orgulho GLBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros).

De acordo com os organizadores do evento, cerca de 1,8 milhão de pessoas participaram da parada que lotou as duas pistas da Avenida Paulista. Já a PM estima que mais de 1 milhão de pessoas compareceram. No final da tarde, a polícia chegou a divulgar que 1,5 milhão de pessoas participavam do evento. O número oficial da PM, no entanto, deve ser divulgado somente na segunda-feira.

Os números, tanto da polícia como dos organizadores, superam o da parada de Nova York no ano passado, que contou com cerca de 1 milhão de participantes, e de Toronto (900 mil)³

Logo, a decisão de que ora se trata, uma entre diversas outras do mesmo Tribunal, mostra-se avançado frente aos demais pretórios nacionais, e mesmo em relação à doutrina pátria, no sentido de promover a adaptação de nosso ordenamento jurídico positivo a uma situação de fato que, inegavelmente, exigia providências.

E, sendo este, em termos gerais, o quadro fático que envolve o tema em questão, passemos a comentar os fundamentos jurídicos que possibilitam decisões como a supra mencionada.

² CORREIA, J.D. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. Texto disponível na internet, através do site <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=554>. acessado em 13 de junho de 2004.

³ PORTES, I. *São Paulo tem a maior parada gay do mundo*. Texto disponível na internet, através do site <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u44973.shtml>, acessado em 14 de junho de 2004

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO À UNIÃO HOMOSSEXUAL

O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988 reconheceu, de maneira indiscutível, os direitos dos companheiros que convivam de maneira a caracterizar união estável. Diz o texto constitucional:

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

Percebe-se que o mencionado dispositivo confere tais direitos somente nos casos em que, nessa união, haja diversidade de sexos. Isto é, só teriam direitos decorrentes de união estável os companheiros que se unissem em uniões entre um homem e uma mulher.

Atualmente, contudo, tem considerado a doutrina que essa exigência de diversidade de sexos configura discriminação em relação aos homossexuais que convivem em intenção de formação de entidade familiar.

Assim, a situação jurídica atribuída aos companheiros heterossexuais deveria, com base no princípio da igualdade, se estender aos homossexuais. Desse modo, estar-se-ia atendendo ao *caput* do artigo 5º da Carta Magna, que se manifesta como abaixo transcrito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade à segurança e à propriedade (...).

Érika Harumi Fugie se alinha a esse entendimento, nos seguintes termos:

Não há, pois, obstáculo algum para que o conceito de união estável estenda-se tanto às relações homossexuais quanto às heterossexuais. A convivência diária, estável, sem impedimentos, livre, mediante comunhão de vida e de forma pública e notória na comunidade social independe da orientação sexual de cada qual⁴.

Logo, pode-se concluir que, através de uma interpretação atual e livre de quaisquer preconceitos, seria perfeitamente viável fundamentar o reconhecimento de direitos aos conviventes homossexuais nos arts. 5º, *caput*, e 226, § 3º, da CF/88.

⁴ FUGIE, É.H. *A união homossexual e a Constituição Federal*. In Revista Brasileira de Direito de Família, ano IV, nº 15. Porto Alegre: Síntese / IBDFAM, outubro a dezembro de 2002, p. 135.

3. POSSIBILIDADES DE FUNDAMENTAÇÃO NA LEGISLAÇÃO CIVIL

O julgado trazido à análise por este modesto trabalho trata de reconhecer o companheirismo entre pessoas do mesmo sexo como união estável regular, para efeitos de partilha de bens em eventual dissolução.

Na mesma linha de raciocínio, dever-se-ia considerar os companheiros homossexuais como aptos para efetuar adoção de menor, nos termos do artigo 1.618 e parágrafo único do novo Código Civil. Essa posição é expressamente defendida pelo próprio relator do acórdão comentado, Desembargador Rui Portanova:

O sistema jurídico como um todo permite a adoção por homossexuais'. A afirmação é do desembargador Rui Portanova, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ele participou do 9º Encontro Nacional de Associações e Grupos de Apoio à Adoção (Enapa), em Belo Horizonte, de 12 a 15 de maio.

O desembargador explicou que como não há norma que proíba homossexuais de adotarem uma criança, esse fato é juridicamente possível. Para pessoas solteiras não há problema algum, a lei faz referência apenas à idade: 'Só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar, de acordo com o artigo 1.618 do Novo Código Civil'. Também em relação a casais de homossexuais não existe norma alguma a respeito”⁵.

Essa possibilidade de adoção por parte de companheiros homossexuais seria não somente justa para com os adotantes, mas também salutar no sentido de ampliar os horizontes dos menores que aguardam ser adotados. É o que assevera Luís Reis:

E evidente que adoção por homossexuais é possível e também justa. Não se pode negar, principalmente àqueles que são órfãos, o direito de fazer parte de uma família, de receber proteção e amor. E esses atributos são inerentes à qualquer ser humano, seja ele hetero ou homossexual”⁶

Ainda no novo Código Civil, há a disposição do artigo 1.694, pela qual "podem os parentes, os cônjuges **ou companheiros** pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação" (grifo nosso). Logo, em raciocínio coerente com a decisão em questão, os

⁵ *Família possível*: Desembargador defende adoção de crianças por homossexuais. In consultor Jurídico, 22 de maio de 2004. Texto disponível na internet, através do site <http://conjur.uol.com.br/textos/27435/>, acessado em 13 de junho de 2004.

⁶ REIS, L. Adoção por casais homossexuais. Texto disponível na internet, através do site <http://www.pailegal.net/chiscus.asp?rvTextold=-1258476700>, acessado em 13 de junho de 2004.

alimentos seriam devidos entre companheiros do mesmo sexo, já que se identifica, na relação entre eles, uma união estável como outra qualquer.

Tem-se, igualmente, que a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que trata da impenhorabilidade do bem de família, estabelece, já em seu artigo 1º, que *"o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei"*. Portanto, considerando-se, como faz o acórdão, a união homossexual como entidade familiar para efeitos patrimoniais, não haveria razão para se negar a impenhorabilidade ao único imóvel de propriedade dos companheiros, utilizado pelos mesmos como residência.

4. OUTROS PARÂMETROS NA JURISPRUDÊNCIA

Foi dito, ao início deste trabalho, que o próprio Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul já vinha decidindo no sentido de reconhecer direitos aos homossexuais que mantivessem relação capaz de configurar união estável. Tal se verifica, com certa facilidade, através de pesquisa junto à jurisprudência disponível no *site* daquele Tribunal⁷ na rede mundial de computadores.

Um exemplo desses julgados anteriores é a decisão emitida nos Embargos de Declaração de nº 70004849048, tendo tido o mesmo relator, e com julgamento em 17 de outubro de 2002. O texto da Ementa dispõe o seguinte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. EFEITOS. PARTILHA. CASO EM QUE OS EMBARGOS VÃO REJEITADOS. POIS OS VOTOS EMBARGADOS APLICARAM O CRITÉRIO DE PARTILHA DE BENS PREVISTO NO REGRAMENTO LEGAL DA UNIÃO ESTÁVEL. LOGO, AUSENTE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC. DESACOLHERAM OS VOTOS.

No ano anterior, já se havia decidido de modo semelhante, na Apelação Cível de nº 70001388982, quando foi relator José Carlos Teixeira Giorgis, e cujo julgamento se deu em 14 de março de 2001. Diz a ementa:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO PARADIGMA. NÃO SE PERMITE MAIS O

⁷ <http://www.tj.rs.gov.br>. link *Jurisprudência*.

FARISAISMO 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.

Da mesma forma, a Apelação Cível de nº 598362655, julgada em 1º de março de 2000, cujo relator foi o Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Vejamos:

HOMOSSEXUAIS. UNIAO ESTA VEL. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. E POSSIVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIAO ESTA VEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUICAO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINACAO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINACAO QUANTO A UNIAO HOMOSSEXUAL. E JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO , COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAIS.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, tem se mostrado bastante relutante em relação à concessão de direitos a companheiro em união homossexual, manifestando-se ora a favor dessa concessão, e ora contra. Decisão a favor consta da ementa nº 243049, redigida da seguinte forma:

INVENTÁRIO - Partilha - Reserva de bens - União homossexual - Pretensão formulada por companheiro do falecido - Pendência de ação de reconhecimento de sociedade de fato - Deferimento do pedido - Interposição do artigo 1.363 do Código Civil - Recurso não provido⁸.

Em outro julgado, manifestou-se contrariamente, conforme se depreende do resultado da Apelação Cível nº 179.953-4, julgada pela 10ª Câmara de Direito Privado em 26 de fevereiro de 2002, tendo como relator o Desembargador Paulo Dimas Mascaretti:

SOCIEDADE DE FATO - Relação homossexual - Meação - Pretensão à extensão a todos os bens do falecido convivente - Simples sociedade de afeto mantida entre parceiros do mesmo sexo que não induz efeitos

⁸ Documento disponível na internet, através do site http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe?url=%2Fpesquisas%2F2ainstancia%2Fernenlas%2Fijsp_pesquisas_2ainstancia_ementa_informar_texto.asp%3Fopcao%3DJurisprud%3%AAncia+-+Tribunal+Jusli%3%A7+a+S%3%A30+Paulo+-+Ementas+Publicadas%2FN%3%A30+Publicadas&urlVoltar=%2Fwps%2Fportal%2Fhome, acessado em 14 de junho de 2004.

patrimoniais, à falta de normatização específica - Inexistência de respaldo a legitimar a aplicação analógica da Constituição da República de 1988 ou legislação ordinária que regulamente a união estável, de modo a conferir direito de herança ao apelante - Ruptura do liame informal que gera conseqüências meramente no âmbito do Direito das Obrigações - Presença dos pressupostos do artigo 1.363 do Código Civil - Necessidade da aferição da contribuição de cada um dos sócios para se proceder à partilha na proporção de seus esforços - Recurso parcialmente provido⁹.

Tem-se, portanto, como pioneira e louvável a coerência do Tribunal de Justiça gaúcho em formar postura regular no sentido de reconhecer, em decisões como a comentada neste trabalho, os direitos inerentes à condição de pessoas humanas dos homossexuais, unidas por vínculo estável.

5. O PROJETO DE LEI N° 1.151/95

O Projeto de Lei n° 1.151/95, de lavra da então deputada federal Marta Suplicy, se propôs a disciplinar os efeitos patrimoniais do que chamou "união civil entre pessoas do mesmo sexo". Para tanto, atribuiu a tal união caráter contratual.

Posteriormente, através de substitutivo apresentado, em dezembro de 1996, pelo deputado federal Roberto Jefferson, substituiu o termo união pela nomenclatura "parceria", ajustando-se à já mencionada natureza de contrato.

Nos termos do projeto, o contrato escrito no qual se formalizaria a união homossexual seria levado a registro em Tabelionato de Notas, para, então, produzir os efeitos patrimoniais que se pretendesse com as disposições nele contidas.

O Projeto tratava, ainda, de dissolução da união homossexual, impenhorabilidade de bem de família da entidade formada pela união, possibilidade de adoção por parte dos companheiros, questões atinentes ao processamento do registro, entre outros assuntos. Formava, de modo geral, um panorama amplo de regulamentação legislativa do instituto da parceria entre pessoas do mesmo sexo.

Desde sua formulação, o Projeto recebeu duras críticas, as quais previam, inclusive, sua absoluta inviabilidade de aprovação, como verificasse a seguir:

*Não bastasse toda a gama de absurdos que o projeto de D. Marta contém e que ela com tanta garra defende, ele já está fadado a acabar na "cestinha do lixo", a não vigorar jamais, porque é inconstitucional.
'Permito-me por fim, dois questionamentos:*

⁹ Documento disponível na *internet*, através do *site* <http://www.tj.sp.gov.br>, acessado em 14 de junho de 2004.

'1. Se, absurdamente, o projeto virasse lei, teria o condão de pôr fim ao estigma?

'2. Quem indenizará os danos causados à nação e à cidadania, pelo tempo despendido com uma discussão inútil, pelo gasto com material e todos os outros elementos que exigem a tramitação de um projeto no Congresso Nacional?''¹⁰.

Além dessa ordem de crítica, mais diretamente relacionada à questão em si de se reconhecer formalmente ou não os efeitos jurídicos das relações homossexuais, foram formulados outros tipos de observações contrárias, as quais, em sua maioria, por mais que se referissem a aspectos técnicos, traziam fundo de consideração moral à homossexualidade em si.

Por outro lado, é interessante o que ressalta Glauber Moreno Talavera:

Emboras muitas sejam as imperfeições apontadas pelos estudiosos no projeto de Lei n° 1.151/95, algumas apontando potencial atecnia, outras enaltecendo pormenores que haveriam de ter sido tratados, todas, invariavelmente, tecem críticas contundentes à supressão da possibilidade de adoção pelos casais que vivem em parcerias entre pessoas do mesmo sexo, retirando dessa conviventes a possibilidade de coroamento de seu núcleo familiar em virtude de uma suposta distorção dos padrões idealizados pela sociedade como paradigma familiar ortodoxo, que é o referendado pela moral cristã que refuta qualquer nuance ou variação que não se conforme aos seus desígnios tacanhos¹¹.

O Projeto ainda não obteve aprovação. No entanto, como salienta Maria Berenice Dias, "o inquestionável é que o Projeto marca o início da saída da marginalidade dos vínculos afetivos homossexuais, deixando de ser excluídos para ser incluídos no laço social, obtendo o reconhecimento de sua existência pelo Estado"¹².

De outra feita, havendo ou não a aprovação de um diploma legal específico, vimos, anteriormente, que parcelas da doutrina e, principalmente, da jurisprudência vem institucionalizando, já não sem tempo, a formalização dos direitos dos companheiros homossexuais.

Neste diapasão, recorreremos novamente ao referido texto de Maria Berenice Dias, pioneira na doutrina brasileira sobre o tema, quando afirma

¹⁰ DAHER, M.P. *Unões homossexuais*. Texto disponível na *internet*, através do site <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=556>. acessado em 14 de junho de 2004.

¹¹ TALAVERA, G.M. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 93.

¹² DIAS, M.S. *União homossexual: aspectos sociais e jurídicos*. In *Âmbito Jurídico*, agosto de 2001. Texto disponível na *internet*, através do site <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dfam0003.htm>, acessado em 13 de junho de 2004.

que "enquanto a lei não acompanha a evolução dos usos e costumes, as mudanças de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os aplicadores do direito, podem, em nome de uma postura preconceituosa ou discriminatória, fechar os olhos a essa nova realidade e se tornar fonte de grandes injustiças. Não se pode confundir as questões jurídicas com as questões morais e religiosas. (...) Uma sociedade que se quer aberta, justa, livre, pluralista, solidária, fraterna e democrática, às portas do novo milênio, não pode conviver com tão cruel discriminação, quando a palavra de ordem é a cidadania e a inclusão dos excluídos"¹³

De qualquer maneira, é chegado o momento social, como já salientado no início deste trabalho, em que não é mais possível simplesmente desprezar os fatos em torno das uniões homossexuais.

Assim, ao lado da apontada decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul, ponto de partida deste singelo estudo, o Projeto de Lei nº 1.151/95 foi uma iniciativa importante no sentido de levantar a polêmica acerca do tema.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se, primeiramente, que o reconhecimento de direitos pessoais e patrimoniais a companheiros homossexuais tem se tornado uma necessidade social em nosso país, em função das proporções populacionais que essa espécie de companheirismo vem assumindo.

Conclui-se, também, que a própria Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, caput, e 226, § 3º, se prestaria a fundamentar tais direitos.

Por outro lado, a legislação civil, tanto codificada quanto esparsa, ampliaria as possibilidades vislumbradas pela Carta Magna.

Com ou sem a aprovação de uma lei específica, como a proposta pelo Projeto de Lei nº 1.151/95, os direitos dos homossexuais que convivam em união estável devem ser assegurados, como corolário do próprio princípio da isonomia.

Por fim, é justamente nesse sentido que se deve louvar iniciativas jurisprudenciais como a da decisão aqui comentada, cujo pioneirismo, coragem e isenção devem ser ressaltados, no sentido de construir um país mais justo para todos.

¹³ *Idem, ibidem.*

7. REFERÊNCIAS

CORREIA, J.D. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. Texto disponível na internet, através do site <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=554>, acessado em 13 de junho de 2004.

DAHER, M.P. *Unões homossexuais*. Texto disponível na internet, através do site <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=556>, acessado em 14 de junho de 2004.

DIAS, M.B. *União homossexual: aspectos sociais e jurídicos*. In *Âmbito Jurídico*, agosto de 2001. Texto disponível na internet, através do site <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dfam0003.htm>, acessado em 13 de junho de 2004.

Família possível: Desembargador defende adoção de crianças por homossexuais. In *consultor Jurídico*, 22 de maio de 2004. Texto disponível na internet, através do site <http://conjur.uol.com.br/textos/27435/>, acessado em 13 de junho de 2004.

FUGIE, É.H. *A união homossexual e a Constituição Federal*. In *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano IV, nº 15. Porto Alegre: Síntese / IBDFAM, outubro a dezembro de 2002, p. 135.

PORTES, L. *São Paulo tem a maior parada gay do mundo*. Texto disponível na internet, através do site <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u44973.shtml>, acessado em 14 de junho de 2004.

REIS, L. *Adoção por casais homossexuais*. Texto disponível na internet, através do site <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-1258476700>, acessado em 13 de Junho de 2004.

Site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na internet: <http://www.tj.rs.gov.br>.

Site do Tribunal de Justiça de São Paulo, na internet: <http://www.tj.rs.gov.br>.

TALAVERA, G.M. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 93.