

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL**

**UNIÕES HOMOSSEXUAIS:
Aspectos jurídicos e perspectivas legislativas e jurisprudenciais.**

FERNANDA OLTRAMARI

Curitiba, Julho de 2003.

UNIÕES HOMOSSEXUAIS:

Aspectos jurídicos e perspectivas legislativas e jurisprudenciais.

Dissertação apresentada no Curso de Mestrado Interinstitucional, da Universidade Federal do Paraná e Universidade de Passo Fundo.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite

Área de concentração: Direito das Relações Sociais

Linha de pesquisa: Novos Paradigmas do Direito Contemporâneo

Curitiba, Julho de 2003.

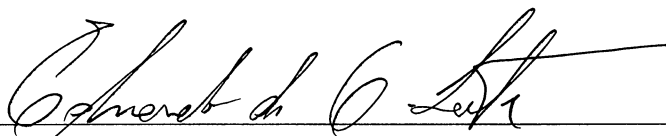
UNIÕES HOMOSSEXUAIS:
Aspectos jurídicos e perspectivas legislativas e jurisprudenciais.

por

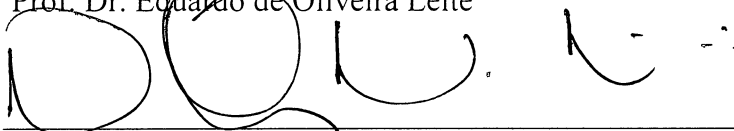
Fernanda Oltramari

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no Curso de pós-graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:

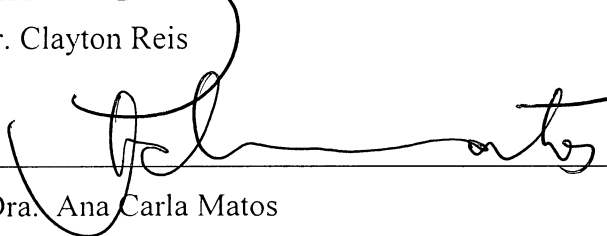
ORIENTADOR:



Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite



Prof. Dr. Clayton Reis



Profa. Dra. Ana Carla Matos

Curitiba, julho de 2003.

DEDICATÓRIA:

À minha irmã Clarissa, pois sua contribuição foi imprescindível para minha pesquisa.

Ao meu pai Vitor Hugo, colega de mestrado, companheiro de toda a trajetória percorrida.

AGRADECIMENTO:

Ao meu Professor Orientador Dr. Eduardo Oliveira Leite, pela atenção recebida, pois a realização deste trabalho não teria sido possível se não fosse sua brilhante orientação.

“A fonte imediata do direito é a lei. Esta, porém, por mais que se alarguem as suas generalizações, por mais que se espiritualize, jamais poderá compreender a infinita variedade dos fenômenos sociais, que emergem da elaboração constante da vida e vêm pedir garantias ao direito.”¹

¹ BEVILÁQUA, Clóvis *Teoria geral do direito civil* 2 ed. Rio de Janeiro, Rio, 1980, p 30

SUMÁRIO

Introdução.....	1
Parte I. Considerações metajurídicas.....	4
Capítulo I. Notícia histórica.....	4
Seção I. Culturas primitivas.....	5
Seção II. Idade Antiga: Grécia e Roma.....	5
Seção III. Idade Média.....	13
Subseção I. Direito canônico – O cristianismo.....	14
Subseção II. Renascimento – a redescoberta do corpo humano.....	20
Seção IV. Idade Moderna.....	24
Seção V. Mundo Contemporâneo.....	25
Subseção I. Segunda Guerra Mundial e pós-guerra	26
Seção VI. Movimento homossexual.....	32
Capítulo II. Distinções terminológicas.....	35
Seção I. Homossexual.....	38
Seção II. Heterossexual.....	48
Seção III. Transexual.....	48
Seção IV. Bissexual.....	54
Seção V. Travestismo.....	55
Capítulo III. Possíveis etiologias.....	58
Seção I. Fatores biológicos.....	60
Seção II. Fatores psiquiátricos.....	61

Seção III. Aspectos médicos.....	64
Seção IV. Fatores psicológicos.....	65
Seção V. Fatores sócio-culturais.....	68
Parte II. Posicionamento sob a égide do direito comparado.....	72
Capítulo I. Na Europa.....	75
Seção I. França.....	75
Seção II. Noruega.....	78
Seção III. Dinamarca.....	78
Seção IV. Suécia.....	79
Seção V. Holanda.....	81
Seção VI. Alemanha.....	83
Seção VII. Portugal.....	84
Seção VIII. Espanha.....	84
Seção IX. Bélgica.....	87
Capítulo II. Nas Américas.....	89
Seção I. No direito norte-americano.....	89
Seção II. Argentina.....	91
Seção III. Colômbia.....	94
Seção IV. Chile.....	100
Seção V. Peru.....	102
Parte III. A questão homossexual na órbita legal.....	104
Capítulo I. A postura da legislação brasileira.....	105
Seção I. Na Constituição Federal de 1988.....	105
Subseção I. O princípio da dignidade da pessoa humana.....	109
Subseção II. O princípio da igualdade.....	112
Subseção III. O princípio da não discriminação por orientação sexual.....	115

Seção II. No Código Civil de 1916.....	121
Seção III. No Código Civil.....	122
Capítulo II. Perspectivas dos relacionamentos homossexuais.....	124
Seção I. Posturas jurisprudenciais: as alternativas encontradas.....	125
Subseção I. Da entidade familiar.....	125
Subseção II. União estável.....	128
Subseção III. Sociedade de fato.....	132
Seção II. Aplicação dos princípios constitucionais.....	137
Subseção I. Efetividade dos direitos fundamentais.....	139
Subseção II. O Estado democrático de direito frente à questão homossexual.....	139
Capítulo III. Possibilidades e perspectivas.....	142
Seção I. Juridicização.....	142
Seção II. O projeto de lei 1151/95 (parceria civil registrada) e seu substitutivo.....	143
Seção III. Adoção.....	149
Conclusão.....	167
Anexos.....	169
I. Projeto de Lei n. 1151, de 1995.....	170
II. Substitutivo adotado pela comissão.....	174
Bibliografia.....	178

RESUMO

O presente trabalho objetivou analisar a juridicidade e as perspectivas que envolvem os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, pois são uma realidade fático-social inegável. A sociedade brasileira assiste ao fenômeno dessas convivências afetivas, mas a ciência jurídica ainda ignora-os, o que não pode persistir, já que devem ser observados os princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito. Foi dada ênfase aos aspectos históricos de tais relacionamentos, demonstrando a sua existência desde as mais remotas civilizações, passando pela Idade Antiga e pela Idade Média, com grande destaque para o Cristianismo, fase de grande repressão. Passou-se também pelo Mundo Contemporâneo, em especial pela segunda guerra mundial, e, por fim, se pesquisou os movimentos homossexuais e as lutas pelos direitos humanos. Após verificou-se às diversas distinções terminológicas existentes, procurando diferenciar os homossexuais de outras tantas identificações sexuais. Também se realizou uma interação do tema com várias outras ciências, pois através de um estudo multidisciplinar, se poderá melhor entender as facetas da homossexualidade. Em seguida buscou-se o posicionamento da ciência jurídica no Direito Comparado, demonstrando a evolução dos direitos homossexuais na Europa e na América. Na terceira parte se ressaltou a órbita da legislação brasileira. Para alcançar o objetivo da pesquisa, deu-se especial destaque aos aspectos constitucionais, pois é mediante a aplicação dos princípios vigentes na Carta Magna, que poderemos construir a normatização jurídica capaz de tutelar tais uniões. Analisou-se, o posicionamento do Código de 1916, do Código Civil de 2002 e do Projeto de Lei 1151/95 e seu substitutivo. São também examinados os posicionamentos jurisprudenciais, concluindo, que as normas relativas às uniões estáveis podem e devem ser aplicadas às uniões homossexuais. Por último, os aspectos relacionados com a adoção, tema extremamente polêmico, demonstrando-se as significativas mudanças que vêm ocorrendo, principalmente no Direito de Família, que ganha uma nova roupagem, com grande valorização dos aspectos afetivos.

Palavras chaves: homossexualidade, dignidade, adoção.

ABSTRACT

The present research paper objectified to analyze the legality and perspectives that involve relationships between people from the same sex, because they are an undeniable social-fact reality. The Brazilian society watches these affective conveniences, but the juridical science still ignore them, which cannot go ahead, since the constitutional principles that guide the democratic state of right must be observed. Emphasis was given to the historical aspects of these relationships, showing its existence since the most distant civilizations, passing through archaic and middle ages, with great eminence to the Christianity, time of repression. Contemporary world was also passed, especially over the second world war, and, at last, the homosexual and fights for human's rights were researched. Afterwards the great number of actual terminological distinctions were realized, trying to difference homosexual from other sexual identification. A theme interaction with other sciences was also made, because with an interactive study, it will be possible to better understand the faces of homosexuality. Afterwards, a juridical science position in compared right was searched, showing the evolution of European's and American's homosexual rights. In the third part the orbit of Brazilian's laws was stucked out. To reach the research objective, special attention to constitutional aspects was given, since it's by means of actual constitution principles application, we can build a juridical normative, capable to protect such union. The position of 1916 and 2002 codes and 1151/95 law project with its substitutive was analyzed. Jurisprudential positions are also examined, concluding the laws related to stable unions can and must be applied to homosexual unions. At last, the aspects related to adoption, a polemic theme, showing the significative changes that have been occurred, mainly in family's right, which earns new face, with great affective aspects valorization.

Keywords: homosexuality, dignity, adoption.

INTRODUÇÃO

Nossa sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência sob o mesmo teto, ou não, de pessoas do mesmo sexo. Já é bastante comum tomarmos conhecimento desses relacionamentos, mas, mesmo assim, na grande maioria, são solenemente ignorados pelo Direito. “O direito não pode fechar os olhos para a realidade. O Direito deve acompanhar a realidade dos fatos sociais que se impõem perante si.”¹

As uniões entre pessoas do mesmo sexo são uma realidade fático-social, e, cada vez mais, esta realidade fática se impõe, exigindo uma reavaliação do tratamento social e jurídico sobre o tema. “Os fatos se impõem perante o Direito e a realidade força a sua adaptação a eles.”² A ciência jurídica é uma ciência que varia conforme a realidade sociocultural na qual se insere.³ É incontestável que a homossexualidade constitui-se um fato social⁴ problemático, de extrema importância social, um desafio não apenas para o ramo do direito⁵, mas para todas as demais ciências.

Há indícios veementes de que se torna necessário uma tomada de posição pela lei e pela jurisprudência em face deste tema, pois de nada adianta ao Direito⁶ fechar os olhos para

¹ THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União homossexual – Reflexões jurídicas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 807, p. 97-98, jan./2003. “Não é justo que o direito feche os olhos para a realidade. Ele nunca fechou seus olhos. Ele ganha mais força e vitalidade com os fatos sociais. Da realidade advém a sua subsistência. Não há como dissociar o Direito da realidade () Assim, o Direito é o desdobramento da vida da sociedade, evolui à medida que a coletividade evolui, caminha à medida que a coletividade caminha.”

² THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. Obra citada, p. 84.

³ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002, p. 50.

⁴ THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. Obra citada, p. 83. “Os fatos sociais são a fonte criadora do Direito. São meios pelo qual este pode se exteriorizar através da norma. O direito busca, na realidade, seu sustentáculo, tendo-se o fenômeno jurídico como fato cultural e a sociedade o seu foco necessário e indispensável.”

⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 2. “O direito é regra de conduta () é norma nascida da necessidade de disciplinar a convivência social.”

⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 628, p. 36, fev./1988. “Ao Direito cabe elaborar os textos legais mais adequados à nova realidade e interpretá-los consentaneamente, evitando a cristalização, a mumificação e o pernicioso descompasso entre um povo e seu Direito.”

fatos e condutas constatadas na sociedade, tentando fazê-las imperceptíveis ou irrelevantes.⁷ “A união homossexual (não obstante os entraves da aceitação social, os preconceitos, etc.) é, sem sombra de dúvidas, assunto com reflexos no mundo jurídico.”⁸ Devemos deixar de lado as idéias preconcebidas, pois o assunto clama por uma reavaliação.⁹

A questão das uniões homossexuais é um fato social que nenhum estado contemporâneo pode ignorar, pois não se trata de um fenômeno isolado, mas como expressão de opção pessoal, que o Estado tem o dever de respeitar. A ciência jurídica precisa atender tais realidades, que não podem passar imperceptíveis ou irrelevantes aos olhos dos juristas e do judiciário.

Como bem referiu a então Deputada Marta Suplicy¹⁰, quando justificou a apresentação do seu projeto n. 1151/95: “*Se todos têm direito à felicidade, não há por que se negar ou desconhecer que muitas pessoas só serão felizes relacionando-se afetiva e sexualmente com pessoas do mesmo sexo. Valores e normas sociais são modificadas, reconstruídas e alteradas de acordo com as transformações da própria sociedade.*”

⁷ FACHIN, Luiz Edson Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo *Revista dos Tribunais* São Paulo, v 732, p 48, out /1996. “Tal negativa, emergente de força preconceituosa e estigmatizante dos valores culturais dominantes em cada época, alicerçam-se em juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado, mas esse medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos que emanam das parcerias de convívio e afeto” Nesse sentido também DIAS, Maria Berenice. *União homossexual. O preconceito & a justiça*, p. 17 “Os temas da ordem da sexualidade são envolvidos em uma aura de silêncio, despertando sempre enorme curiosidade e profundas inquietações e, por gravitarem na esfera comportamental, têm em regra lenta maturação”

⁸ THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. Obra citada, p 83

⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo RESP 4 987, julgado em 04 jun 1991, apud FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros *Adoção para homossexuais*, p. 59 “O fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manifestar-se em face de uma realidade mais palpitante () O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter um contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o Juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam disciplinar, como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim (.) A interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo real, humana, socialmente útil. Grifamos”

¹⁰ SUPLICY, Marta *Projeto de Lei 1151, de 1995, que disciplina a união livre entre pessoas do mesmo sexo* Disponível na Internet <http://www.martasuplicy.org.br> Acesso em 03 maio 2001 “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 entre pessoas do mesmo sexo vem regulamentar, através do Direito, uma situação que, há muito, já existe de fato. E, o que de fato existe, de direito não pode ser negado.” Grifamos

O estigma do preconceito e da moral¹¹ não pode ensejar que um fato social não se sujeite a efeitos jurídicos. Tem-se de deixar de lado a hipocrisia da legalidade estrita e adotar posturas mais liberais frente ao tema.

Nessa linha, pela sua atualidade e desafio, e pelo escasso tratamento que tem merecido no nosso direito, escolhemos o tema. Assunto que ainda provoca perplexidade, repúdio e mal-estares nos mais tradicionais, mas que traz como vetores a luta pela efetividade do princípio constitucional da igualdade por meio do reconhecimento da diferença e a luta contra o hermetismo do Judiciário como um todo.¹²

Com a certeza da importância do debate para a comunidade jurídica, num momento em que é considerável o crescimento de demandas postulando o reconhecimento de direitos oriundos de convivências entre pessoas do mesmo sexo, procuraremos desenvolver o tema ‘União Homossexual’, pois somente assim chegaremos a uma solução que não afronta as garantias e os direitos individuais constitucionalmente assegurados.

¹¹ CZAJKOWSKI, Rainer *União Livre à luz das Leis 8 971/94 e 9 278/96* 1 ed Curitiba: Juruá, 1997, p 170 “São notórias as influências da moral no direito, não há como se negar, mas o raciocínio jurídico, de um certo estágio para frente, não se sustenta só em fundamentos morais”

¹² Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n 70001388982, julgada em 14 mar 2001, voto do Des Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, p 39 “ () hoje a sociedade já convive bem com esse fato social que não é novo, sendo sua aceitação progressiva Vivemos novos tempos, e o preconceito vai ficando para trás A sociedade vai olhando os fatos com o colorido e o contorno que eles efetivamente apresentam, sem a máscara hipócrita que transforma o fato real em invisível, e alvo de prévia, imposta e artificial censura ()”

PARTE I – CONSIDERAÇÕES METAJURÍDICAS

CAPÍTULO I – NOTÍCIA HISTÓRICA

O presente estudo, inicialmente, analisa os aspectos históricos das relações homoafetivas, demonstrando o caminho até hoje percorrido, buscando-se uma análise das principais fases da história mundial, desde as culturas primitivas, sem dúvida analisando mais aprofundadamente a fase atual vivenciada pelos cidadãos, em especial no que se refere ao aspecto jurídico brasileiro.

Deve-se esclarecer que o material histórico sobre a homossexualidade é escasso. As repressões, as proibições legais, as resistências sociais e psicológicas acabaram acarretando resultados negativos, provocando uma ocultação, para não dizer clandestinidade, das atividades homoeróticas pelos próprios homossexuais, que permaneciam sempre dissimulando seu próprio comportamento.

“É irrefutável que a homossexualidade sempre existiu, podendo ser encontrada nos povos primitivos, selvagens e nas civilizações mais antigas, como a romana, egípcia e assíria, tanto que chegou a se relacionar com a religião e a carreira militar, sendo a pederastia uma virtude castrense entre os dórios, citas e os normandos.”¹³

Certamente, a pesquisa histórica facilitará o nosso estudo e a compreensão sobre os relacionamentos homoafetivos.

Desta forma, faremos uma análise dos principais momentos históricos da nossa civilização, iniciando-se pelas civilizações primitivas, e, após, analisaremos o berço dos relacionamentos homossexuais, a Grécia, e, assim, até os movimentos homossexuais, iniciados no final da década de 60, início dos anos 70.

¹³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. *Revista Brasileira de Direito de Família* Porto Alegre Síntese, IBDFAM, ano II, v 9, p. 141, jan/fev/mar/2001

Seção I - Culturas primitivas

Desde as mais remotas culturas primitivas, já encontramos o fenômeno da homossexualidade. Estudiosos da história da homossexualidade dizem que as relações homoafetivas datam da própria existência da vida humana.

Se estudarmos as mais diversas tribos existentes desde os primórdios da humanidade, chegaremos à conclusão de que, em cada uma delas, através das suas crenças, dos seus rituais próprios, a homossexualidade estava presente. Colin Spencer,¹⁴ em sua obra, comenta estudo realizado por antropólogos nas Ilhas da Melanésia, no Oceano Pacífico, onde ficou comprovado que todos os meninos da tribo, assim que passassem da infância para a puberdade, eram retirados de suas casas, e passavam a dormir com seu pai e outros homens da tribo, sendo que um tio materno era escolhido para penetrar o menino anualmente, e, a partir daí com o fornecimento do esperma o menino se tornaria forte. Igualmente, ocorria com as meninas, também submetidas a estágios de iniciação, visto que eram entregues a um tio materno, que adquiria o papel especial de tutor da menor.

Spencer, relativamente às culturas primitivas, faz referência aos Grandes Nambas, da Ilha de Malekula¹⁵ onde: “Todo chefe tem um certo número de meninos-amantes e comenta-se que alguns homens são tão completamente homossexuais nos seus afetos que raramente têm relações com suas esposas, preferindo seus rapazes.”¹⁶

Portanto, o fenômeno homossexual não é recente, as relações entre pessoas do mesmo sexo existem, desde as mais remotas sociedades humanas.

Seção II - Idade Antiga: Grécia e Roma

Quando falamos na Idade Antiga, não podemos deixar de falar da cultura Ocidental, principalmente na Grécia, maior berço histórico da homoafetividade, que se tem notícia,

¹⁴ SPENCER, Colin *Homossexualidade uma história* 2 ed. Rio de Janeiro São Paulo Editora Record, 1999, p 19-20

¹⁵ São uma cultura patrilinear, do Interior da Ilha de Malekula, que ainda concede às mulheres um *status* extremamente baixo. Seu nome é uma referência ao grande pênis ereto postíço, usado pelos homens adultos

¹⁶ DEACON, Bernard, apud SPENCER, Colin Obra citada, p 22

onde a homossexualidade era considerada mais nobre que as relações entre pessoas do mesmo sexo. A Grécia¹⁷, para muitos pesquisadores, foi onde se institucionalizou a homossexualidade.

Historiadores contam que as convenções sexuais estavam presentes na Grécia desde muitos anos antes de Cristo, 330 a.c. , principalmente nas Ilhas de Creta e Esparta, sendo que o que mais impressiona os estudiosos é o fato de que o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo era visto como uma necessidade natural, principalmente no que se referia ao fenômeno de iniciação sexual dos meninos adolescentes daquela cultura. “En la cultura griega las parejas homosexuales eran aceptadas y gozaban de algún predicamento; se afirma que la unión homosexual estaba asociada a la educación, a la cultura y a la filosofía.”¹⁸

No que concerne a iniciação sexual, Michel Foucault¹⁹ é sábio em seus ensinamentos: “Na Grécia, a verdade e o sexo se ligavam, na forma da pedagogia, pela transmissão corpo-a-corpo de um saber precioso; o sexo servia como suporte às iniciações do conhecimento.”

“Antes de ser reconhecido adulto em seu próprio gênero, os jovens deviam, pois, incursionar pelo sexo oposto, numa relação de caráter iniciático, (grifamos) sempre restrita à ligação entre homem mais velho e o menino imberbe.”²⁰

As lendas Gregas são célebres nos estudos históricos, o principal exemplo é o caso de Hermafrodite, aquele jovem efeminado, com seios e órgãos sexuais masculinos proeminentes, sendo conhecida também a estória de Tirésias²¹ que nasceu homem e após permaneceu sete anos como mulher retornando, após este período, à condição masculina.

¹⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n 70001388982, julgada em 14 mar 2002, voto do Rel Des GIORGIS. José Carlos Teixeira, p 2 “Sua maior feição foi entre os gregos, que lhe atribuíam predicados como a intelectualidade, a estética corporal e a ética comportamental, sendo considerada mais nobre que a relação heterossexual, e prática recomendável por sua utilidade.”

¹⁸ MEDINA, Graciela *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio* Buenos Aires Rubinzal-Culzoni Editores, [s d], p 23.

¹⁹ FOUCAULT, Michel *História da sexualidade I A vontade de saber* Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J A Guilhon Albuquerque 12 ed Rio de Janeiro. Edições Graal, 1998, p 61

²⁰ SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas civilizações In Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (Coord) *Homossexualidade Discussões jurídicas e psicológicas* Curitiba: Juruá, 2001, p 106

²¹ TAYLOR, Gordon Rattray. Aspectos históricos e mitológicos da homossexualidade In MARMOR, Judd (Org) *A inversão sexual. As múltiplas raízes da homossexualidade* Tradução de Christiano Monteiro Oiticica Rio de Janeiro Imago Editora, 1973, p 136

A homossexualidade estava presente como um fato absolutamente normal, da própria natureza humana. “O protótipo da beleza era dado, na Grécia antiga, pelo adolescente, musculoso e imberbe, que o homem adulto ia observar nos ginásios.”²²

Muitos pesquisadores comentam que os relacionamentos homoeróticos eram admitidos livremente, quando se falava em relações de homens com os efebos,²³ pois, como se disse, era um comportamento normal, em razão da iniciação ou introdução do jovem à vida sexual. Porém, toda a homossexualidade adulta era comportamento reprimido, motivo de muito preconceito e condenação. O homem adulto era conhecido como inspirador e o efebo como ouvinte, e, assim, o inspirador auxiliava o efebo a descobrir o seu lugar na vida.

Colin Spencer²⁴, sobre a história da homossexualidade refere:

“O historiador grego Éforo (405-330 a c) escreveu um fascinante relato sobre a pederastia em Creta, mas seu trabalho se extraviou e tudo que se sabe a respeito vem de Estrabão de Amasia, escritor que viveu 200 anos depois. Em seus livros de geografia (tudo que sobrou de seu trabalho), Estrabão descreve com detalhes as convenções eróticas da sedução, segundo as quais o amante contava aos amigos e à família do menino desejado que pretendia conquistá-lo. A família e os amigos do menino faziam de conta que se opunham e fingiam perseguir o sedutor, desde que ele tivesse uma boa posição social. Caso contrário, a resistência e a perseguição seriam para valer e a família e os amigos afastariam dele o menino () O amante presenteava o menino e o levava para florestas e montanhas, onde viviam por cerca de dois meses ”

Estudiosos dizem que, até mesmo nos versos da Ilíada, escrita há mais de três mil anos, já se observavam interpretações e grandes exaltações homossexuais, “através da descrição do estreito laço amoroso que unia Aquiles e Pátrocolo,”²⁵ salientando que grandes nomes, entre

²² MORICI, Silvia *Homossexualidade um lugar na história da intolerância social, um lugar na clínica*. In. GRAÑA, Roberto B. (Org) *Homossexualidade Formulações psicanalíticas atuais* Porto Alegre. Artmed,1998, p. 152

²³ Meninos na fase da adolescência

²⁴ SPENCER, Colin Obra citada, p 41

²⁵ GRAÑA Roberto B (Org) *Homossexualidade Formulações psicanalíticas atuais* Porto Alegre Artmed, 1998, p 9

eles filósofos, políticos, poetas, tais como Alexandre o Grande, Platão e Aristóteles, mantinham relações homoafetivas, vislumbrando-se a total liberdade sexual dos cidadãos. O homossexualismo era tido como um comportamento normal, apenas uma opção pessoal, sem nenhuma conotação de doença, pecado, vício, perversão ou degradação.²⁶

“Na Grécia clássica, o livre exercício da sexualidade era prática do cotidiano de todos, inclusive de deuses, reis e heróis. O mais famoso casal masculino da mitologia grega era formado por Zeus e Gamimede. Mitos falam dos amores de Aquiles com Pátrocolo e dos constantes raptos de jovens por Apolo.”²⁷

Os historiadores contam que as relações homoafetivas não se resumiam apenas às masculinas; o homossexualismo feminino também se fazia presente na Grécia antiga, sendo citada Safo²⁸, a célebre poetisa da Ilha Grega de Lesbos²⁹, que tinha grande alento pelas mulheres e era conhecida pelo amor que por elas nutria.

Atualmente, os pesquisadores questionam se a poetisa Safo³⁰ se tornou realmente um marco na histórica homoerótica da Grécia por seu comportamento sexual, ou por sua independência, fato inexistente naquela época, pois para todas as mulheres restavam apenas os trabalhos do lar. “As mulheres casadas eram mantidas no recesso dos lares (...) e proibidas de aparecer em público, a menos que acompanhadas (...)”³¹

Relativamente às relações homossexuais na Grécia, vale transcrever parte do discurso de Fedro, na obra “O Banquete”, de Platão (416 a.c.):

“Aqueles que amam homens e sentem prazer em deitar-se com homens e em ser abraçados por homens são também os rapazes mais formosos e jovens, e – naturalmente – os mais masculinos. Os que os acusam de falta de vergonha, mentem, não fazem tal coisa por falta de vergonha, e sim abraçam o que é como eles por pura valentia, por pura virilidade. Uma prova clara disso nos é

²⁶ DIAS, Maria Berenice *União homossexual* O preconceito & a justiça Porto Alegre Livraria do Advogado, 2000, p. 24

²⁷ DIAS, Maria Berenice *Obra citada*, p. 23

²⁸ Em homenagem a poetisa Grega ‘Safo’ criou-se em Portugal o “Clube Safo”, fruto do empenho de um grupo de lésbicas (www.clubesafo.com)

²⁹ Assim surgiu o termo lesbianismo

³⁰ O nome da poetisa, até hoje é associada a prática sexual tradicionalmente conhecida pelos sexólogos como safismo

³¹ SPENCER, Colin *Obra citada*, 44

dada pelo fato de que, uma vez adultos, são os únicos que se comportam como homens em suas carreiras públicas ”³²

Na Grécia antiga, não eram feitas distinções conforme as tendências e os desejos sexuais dos cidadãos, tal diferenciação não era considerada importante para a população. A distinção homossexual/heterossexual, presente nos estudos da sexologia, surgiu muito tempo depois. Naquela época, apenas sabia-se que o número de cidadãos que se sentiam sexualmente atraídos por pessoas do mesmo sexo, os chamados sodomitas, eram muito maiores dos que eram atraídos pelo sexo oposto, sendo que, para muitos, a atração pelo mesmo sexo era como uma necessidade natural.

Saul H. Fischer³³ comenta quais os possíveis motivos da intensa devoção à pederastia entres os gregos, veja-se:

“O fato de ela os haver ajudado na guerra a promover um companheirismo intensamente leal e a realizar feitos militares notáveis constitui uma dessas explicações. Outra é que, na religião dos gregos, a pederastia era fomentada pelos ritos da iniciação na puberdade. Outra explicação ainda, é a acentuada devoção ao corpo que constituía uma parte muito importante do treinamento educacional da juventude grega, cujos membros lutavam e disputavam corridas nus ”

Fala-se também que o intenso comportamento homossexual coincidiu com a situação rebaixada das mulheres, que não passavam de simples objetos, numa posição depreciada pelos próprios maridos. Na época, as mulheres não possuíam direitos, nem políticos nem econômicos, sua única função era procriar e criar seus filhos, sendo excluída de toda e qualquer atividade cultural da época.

No mundo antigo, poucos foram os estudiosos que classificaram os indivíduos de acordo com o sexo ao qual se sentiam eroticamente atraídos. “Não estava em uso dicotomia

³² MORICI, Silvia. Obra citada, p 148-149

³³ FISHER, Saul H. Uma nota sobre a homossexualidade masculina e o papel da mulher na Grécia Antiga. In MARMOR, Judd (Org) *A inversão sexual. As múltiplas raízes da homossexualidade*. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1973, p 143

alguma para expressar essa distinção: concebiam-se as pessoas como “castas ou não castas”, “românticas ou não românticas”, “casadas ou solteiras”, “ativas ou passivas”, mas não ocorria a ninguém que a distinção de gênero, por si só, fosse útil e importante, e as categorias homo e heterossexual simplesmente não existiam (...).”³⁴

Para iniciarmos nosso estudo no que se refere ao período histórico romano, vale transcrever trecho de ‘Sêneca, o Velho’: “A impudícia é uma infâmia para um homem livre; para o escravo, constitui o mais absoluto dever para com seu amo; para o liberto, representa um dever moral de gratidão.”³⁵

Em Roma não foi diferente, a sodomia também existia, mas não era encarada de forma tão tolerada como na Grécia. Em determinadas condições, admitia-se a homossexualidade, da mesma maneira que uma relação entre um homem e uma mulher, e se condenava, em outros, como por exemplo, nas chamadas relações *homossexuais passivas* (passionalidade). Existia uma grande distinção entre a passividade e a atividade. O papel principal aqui era dos escravos.³⁶

Segundo Jurandir Freire Costa “(...) o que estava em jogo era a educação do cidadão; portanto, toda conduta que evocasse passividade e excesso era considerada indigna. O erômenos não podia ser passivo na relação amorosa, isto é, não podia ser penetrado, pressionado física ou moralmente a ceder aos avanços sexuais do erastes, subornado com dinheiro ou presentes etc. (...)”³⁷

Para os Romanos, o aspecto realmente importante não eram as relações de sodomia, mas o aspecto ativo da relação sexual, seja ela praticada com pessoas de mesmo sexo ou sexo oposto. pois somente o cidadão que atuava de forma ativa na atividade sexual era potente politicamente, este não sofria nenhuma alteração do *status* de homem. A posição passiva estava sempre reservada para os não-cidadãos, visto que, estes não tinham nenhum papel dentro da política da sociedade Romana, assim poderiam sofrer todo e qualquer rebaixamento. Existia, portanto, uma associação entre passividade sexual e impotência

³⁴ MORICI, Silvia. Obra citada, p. 149

³⁵ MORICI, Silvia. Idem. p. 154.

³⁶ Mancebos – jovens escravos que não possuíam nenhuma posição social.

³⁷ COSTA, Jurandir Freire, apud FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. Obra citada, p. 20-21

política. sendo censurado o caráter passivo que implicava debilidade de caráter³⁸ “A hierarquia sexual devia corroborar a hierarquia social.”³⁹

“Aparentemente o que se visa, em verdade, é a vocação militar-imperialista deste povo, para o qual, qualquer representação submissa, ou percebida como submissa, exporia algum tipo de debilidade, incompatível com a política romana voltada para o auto conceito de superioridade Tanto que, os temores evidenciados desta forma, dizem respeito aos riscos de desmobilização do soldado, atingem uma classe numerosa e emblemática na qual se assentava em muito o império Ou contrariam simbolicamente as relações de poder exercidas sobre outras sociedades, onde o que era romano dispunha de total ascendência sobre os povos bárbaros, os não latinizados Assim, Roma e o que é romano são ativos, se identifica como passivo tudo que se exclui desta natureza”⁴⁰

Neste sentido, os historiadores dizem que eram toleradas as relações entre senhores e seus escravos, sempre observando o papel ativo do senhorio, pois evitavam a passividade sexual. Se o senhor deixava-se penetrar por seu escravo, certamente seria desprezado, mas, se fosse ao contrário, ou seja, o senhor assumindo o papel ativo, estaria atuando de forma varonil, respeitado por todos.

“Para os romanos, o importante era ser o que penetra (atividade), quanto ao mais, pouco importava o sexo do outro () Era um mundo no qual não se classificava o comportamento amoroso segundo o sexo ao qual esse amor se dirigia, mulheres ou rapazes, e sim em relação ao papel ativo ou passivo que adotasse o cidadão ser ativo é atuar virilmente, qualquer que seja o sexo do partenaire que adote o papel passivo na relação sexual A mulher se apresentava como passiva por definição Assim, o varão adulto e livre que

³⁸ MORICI, Silvia. apud DIAS, Maria Berenice Obra citada, p 25

³⁹ FRY, Peter, MACRAE, Edward *O que é homossexualidade* São Paulo Abril Cultural, Brasiliense, 1985, p 53

⁴⁰SOUZA, Ivone M C Coelho de Obra citada, p 110

fosse homófilo passivo (iompudicus), tornava-se merecedor de desprezo mais absoluto Os homófilos passivos eram expulsos do exército”⁴¹

Desta forma, chega-se à conclusão de que não era a homossexualidade a causa de repressão nos relacionamentos sexuais, mas, sempre o repúdio e o preconceito eram voltados a conduta passiva no relacionamento, não importando se o companheiro era do mesmo ou do sexo oposto.

Todo este pensamento, que reinava no mundo romano, estava relacionado ao aspecto poder-político, pois somente seriam potentes politicamente os cidadãos ativos sexualmente, e, os passivos, conseqüentemente não possuíam qualquer poderio, sendo desprezados, pois, conforme Silvia Morici⁴² “Um varão que adotasse voluntariamente o papel sexual dos que careciam de poder, compartilhavam com ele *status* inferior: recebia o desprezo dos outros por abdicar metaforicamente do poder e da responsabilidade próprios da condição de cidadão.”

Grandes nomes do Império Romano estão elencados na literatura como homossexuais, Júlio César, que se submetia às propostas de outros homens; Tibério que amava os jovens rapazes: Nero, da mesma forma

Colin Spencer,⁴³ sobre o homossexualismo em Roma, comenta as histórias dos seus imperadores e seus pecados sexuais.

“O historiador Suetônio tornou conhecidas essas histórias, a começar por Tibério nadando em Capri, enquanto seus menininhos mordiscavam, até o travestismo e crueldade de Calígula e Nero, que se deleitavam no incesto e na cópula com homens e meninos. Houve Galba, que gostava de homens maduros e vigorosos, Oto, que usava peruca e massageava o rosto para que a barba não brotasse, e Cômodo, de quem se disse “todas as partes de seu corpo, inclusive a boca, foram aviltadas pelas relações entre homens e mulheres”, e que conservava ao seu lado um menino nu, mas enfeitado de jóias Taciano

⁴¹ MORICI, Silvia Obra citada, p 157

⁴² MORICI, Silvia Idem, Ibidem

⁴³ SPENCER, Colin Obra citada, p 73

escreveu que os romanos colecionavam meninos como outros colecionavam manadas de cavalos”⁴⁴

Como aconteceu na Grécia, em Roma as relações homoafetivas também se faziam presentes entre as mulheres. Os pesquisadores citam Bassa, uma notável lésbica romana. “O lesbianismo, ao que tudo indica, era muito disseminado em Roma. O santuário das homossexuais era estabelecido especialmente nos suntuosos estabelecimentos de banhos. Ali, as lésbicas se entregavam às mais diversas práticas sexuais com escravas especialmente treinadas, denominadas *fellators*”⁴⁵

“Enquanto na Grécia se admirava e até cultivava o papel do eromano, em Roma, a ênfase recaía no escravo, no mancebo, que obviamente, por sua situação, na escala social, não usufruía do mesmo prestígio que o eromano”⁴⁶.⁴⁷

De qualquer forma, a homossexualidade e a bissexualidade estavam naturalmente inseridas no contexto sócio-cultural greco-romano e a homossexualidade aparecia como uma preferência, de certo modo, inferior à reservada à procriação.

Seção III - Idade Média

Enquanto que na antiguidade, principalmente nas culturas primitivas e na Grécia, a homossexualidade era tolerada e fazia parte dos rituais e tabus de muitas tribos, diferentemente ocorreu na Idade Média, onde, em razão do Cristianismo, os ideais eram outros, totalmente diversos. Ocorreu uma hegemonia divina. “Essa incrível supremacia do espiritual sobre o material, do sagrado sobre o humano, do eterno divino, infinito sobre a vulnerabilidade do homem (...) vai provocar enormes e perenes influências sobre a concepção de casamento, de parentesco, da família.”⁴⁸ Nesta época, iniciou-se uma perseguição a todos

⁴⁴ GREENBERG, David F. , apud SPENCER, Colin Obra citada, p 73

⁴⁵ ROSITO, Cláudia A de Miranda *Sobre a homossexualidade na mulher a busca de um olhar feminino* In GRAÑA, Roberto B (Org) *Homossexualidade. Formulações Psicanalíticas Atuais* Porto Alegre Artmed, 1998, p 130

⁴⁶ Na Grécia, os eromanos eram os jovens adolescentes, que possuíam o mesmo nível social dos erastes, ou sejam, os homens mais velhos

⁴⁷ SOUZA, Ivone M. C Coelho de. Obra citada, p. 111.

⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira *Tratado de direito de família* Origem e evolução do casamento Curitiba Juruá, 1991, p 152

os homossexuais em razão de ser, a homossexualidade, considerada um pecado divino, atitude que contrariava as leis divinas, em razão da concepção filosófica de São Tomás de Aquino, que analisava as relações sexuais no sentido apenas da procriação – homem, mulher, filhos -.

“Durante la Edad Media se hace sentir la condena de la Iglesia Católica a la homosexualidad, que fue severamente reprimida mediante la castración, la confiscación de los bienes y la tortura.”⁴⁹

As idéias anti-sodomitistas eram tão fortes, nesta fase, que em várias legislações se chegou a prescrever a castração e até a pena de morte, tudo devido às idéias prescritas pelo Cristianismo.

Como se disse, esta fase histórica teve grande influência da filosofia natural de Tomás de Aquino, que alegava que o comportamento homossexual era uma afronta à predisposição natural da sexualidade. “Havia um sentimento gradativo na Igreja de que a sodomia era o maior dos crimes. pior até do que o incesto entre mãe e filho.”⁵⁰

Subseção I - Direito Canônico – O Cristianismo

O direito canônico teve grande influência, principalmente na constituição das entidades familiares.⁵¹ A filosofia da ‘concepção de uma nova vida’ no cristianismo⁵² foi incorporada e, assim, a homossexualidade repreendida com maior rigor. A igreja possuía uma dominação ideológica imensa sobre todos os seus seguidores. Conforme Michel Foucault,⁵³ no cristianismo o valor do ato sexual era associado à maldade, ao pecado, à morte, ao casamento monogâmico, com a imposição da função procriadora, com exclusão rigorosa das relações entre indivíduos do mesmo sexo.

⁴⁹ MEDINA, Graciela *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, p 32

⁵⁰ SPENCER, Colin Obra citada, p 109

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira Obra citada, p. 111 “Não foi a religião que criou a família, está é fruto espontâneo da evolução humana, mas, como veremos agora, seguramente foi a religião que lhe impôs as regras, os contornos legais, a forma jurídica, como hoje entendemos e estudamos A moral religiosa consolidou uma ética jurídica, voltada ao domínio dos atos determinando o que é lícito ou proibido, abominável ou execrável, venial ou mortal ”

⁵² LEITE, Eduardo de Oliveira Obra citada, p 130 “O cristianismo, ao invés de unir à noção de amor a de corpo e alma, vinculará, de todas as formas possíveis - e lançando mão de todos os argumentos – o pecado à carne, ao corpo Ao longo da Idade Média, um processo lento e paulatino se instaura o de repressão das práticas sexuais, justificando-se tal atitude com a autoridade suprema da Bíblia ”

⁵³ FOUCAULT, Michel *História da sexualidade* O uso dos prazeres Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J A Guilhon Albuquerque 12 ed Rio de Janeiro. Edições Graal, 1998, p 17

“Do tempo dos Apóstolos aos dias de hoje, o Cristianismo estimulou diversas manifestações morais acerca do sexo. O traço unificante de todas essas morais foi a recusa do prazer, às vezes flexível, mas sempre presente em todas as reflexões e códigos éticos fundamentados no Cristianismo. Em certo sentido, a problematização cristã da carne se confunde com este ideal de recusa, que supõe o prazer como um mal em si mesmo e também como obstáculo à salvação eterna (grifamos), a principal responsável pelos flagelos da humanidade”⁵⁴

Nesta fase histórica, a noção da sexualidade se destacou, mas foi analisada como pecaminosa, “não uma sexualidade normal, como dimensão mais profunda e íntima do ser humano, mas uma sexualidade necessariamente, envolta em pecado, controlada por uma série de tabus: do adultério, do incesto, da virgindade, da sexualidade anárquica, sempre severamente castigados.”⁵⁵

Conforme Mary Del Priore⁵⁶, iniciaram-se, nesta fase, pesquisas médicas sobre o corpo feminino, que se uniram aos discursos religiosos. Através desta união, deu-se mais ênfase ainda à função natural do sexo feminino, à procriação, à maternidade, caso contrário estaria a mulher condenada à melancolia e à exclusão.

Somente o matrimônio, a união entre um homem e uma mulher, era a solução para que se recebesse a benção divina. Este sacramento seria uma conduta moralmente aceitável, um padrão ideal de comportamento. E, segundo esta teoria, a Igreja passou a disseminar o seu discurso, através de pregadores e moralistas, teoria esta que, lentamente, foi penetrando e se impregnando nos pensamentos de cada cidadão. Existia uma tríade ligação entre sexo, casamento e reprodução.

“Como o apelo pecuniário sempre foi mais forte no seio da Igreja, o matrimônio, instrumento de manutenção e formação de novas fortunas de enorme carga patrimonial, foi transformado em sacramento e, assim, somente

⁵⁴ VAINFAS, Ronaldo, apud LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 110

⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 129

⁵⁶ PRIORE, Mary Del, apud SILVA, Américo Luís Martins da. *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 94

as uniões sexuais devidamente sacramentadas seriam válidas, firmes e indissolúveis. O ato sexual ficou reduzido à fonte de pecado e estritamente para cumprir o ditame crescei-vos e multiplicai-vos”⁵⁷

Conforme Eduardo de Oliveira Leite,⁵⁸ “Na salvação da alma humana, a Igreja jamais vacilou em empregar todos os meios para desviar o homem de sua perda: o sexo.” O autor ainda conclui que a Igreja empregava esses meios através de constante vigilância dos costumes, admoestando e aplicando penas e castigos espirituais e também de ordem moral a todos os indivíduos.

Portanto, a Idade Média foi conduzida pelas idéias da igreja, sobretudo a Igreja Cristã. Estudiosos da história das relações homoafetivas dizem que foi neste período em que a homossexualidade foi mais reprimida e condenada, o ápice da intolerância, sendo por muitos integrantes da igreja considerada uma anomalia, uma doença repugnante, um pecado divino, pois a idéia principal da Igreja era a procriação, somente assim se explicaria a perpetuação da espécie, o que seria impossível nas relações entre pessoas do mesmo sexo.

A igreja, assim, começou a editar normas, principalmente relacionadas à família, e, mais uma vez, ocupou-se da filosofia natural de Tomás de Aquino, de que o casamento era o remédio enviado por Deus aos homens, com o objetivo de livrá-lo das impurezas, e também, de ensinamentos de Santo Agostinho, considerados dois pilares do cristianismo católico, que deixaram claro “o princípio de que unicamente o fim procriativo justifica as relações conjugais”⁵⁹, que o papel feminino estava restrito à multiplicação da espécie humana; qualquer manifestação sexual contrária à reprodução biológica era considerada antinatural e condenada pela moral religiosa. Deixou-se de lado aquele modelo familiar da antiga Roma, onde todas as relações estavam envoltas ao fator político, onde o casamento existia apenas para cumprir o papel de cidadãos para com o Estado, tudo passou a ser visualizado com objetivo de

⁵⁷ RIBEIRO, Thaysa Halima Sauáia. *Adoção e sucessão nas células familiares homossexuais*. Equiparação à união estável. Disponível na Internet <http://www1.jus.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=3447>. Acesso em 21 nov 2002

⁵⁸ LEITE, Eduardo Oliveira. Obra citada, p. 110

⁵⁹ LEITE, Eduardo Oliveira. *Idem*, *ibidem*, p. 129

perpetuação. Formou-se uma moral cristã, que analisava todos os prazeres carnavais como uma tentação e abandono a Deus, o que não permitia a salvação eterna.⁶⁰

*“Para Santo Tomás, los pecados son divididos en secundum naturam, cuando al cometerlos no queda excluido el fin de la procreación, como el incesto y el adulterio, y contra naturam, cuando queda excluido, como la masturbación, el bestialismo y la homosexualidad. Los pecados contra naturam (entre los que se incluye la homosexualidad) fueron más censurados por Santo Tomás que los secundum natura, porque entendió a los primeros contrarios a la obra de Dios, y consideró que quienes los cometían le negaban a la naturaleza los fines para los que fue pensada ”*⁶¹

Antes mesmo de Tomás de Aquino, de Santo Agostinho, já existia o texto de Clemente de Alexandria, que, conforme estudos de Foucault⁶², foi uma das primeiras doutrinas cristãs dedicadas à prática sexual, sendo que no Livro II do Pedagogo já se encontra a associação do ato sexual com a maldade, com a monogamia reprodutiva e a proibição das relações entre pessoas do mesmo sexo, o que, sem dúvida, marcou o pronunciamento ético e moral da igreja.

Como a pretensão da igreja era a perpetuação da espécie humana, pois somente assim se alcançaria a graça divina, qualquer atividade sexual, com finalidade diversa da procriação, era considerada pecado, um ato totalmente contrário aos desígnios divinos. O desperdício de sêmen era muito condenado, considerado um delito totalmente contrário a todos os ensinamentos religiosos. A necessidade de procriação, de dar origem a uma nova vida, era usada para combater o homossexualismo, pregando assim a irrelevância do ato sexual com pessoas do mesmo sexo, condenando todo o ato sexual sem intenção conceptiva.

Vale transcrever uma citação feita pelo filósofo grego Platão, em seu último livro: “*As leis*” que desde tempos mais remotos, já caracterizavam as relações homossexuais como um ato contrário à natureza: “Fazer uso do sexo com qualquer finalidade que não seja a

⁶⁰ RIOS, ROGER RAUPP *A homossexualidade no direito* Porto Alegre Livraria do Advogado Esmafe, 2001, p. 33.

⁶¹ MEDINA, Graciela *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, p. 32.

⁶² FOUCAULT, Michel *História da sexualidade* O uso dos prazeres, p. 18

reprodução é uma injúria ao nascimento, isto é, à natureza; é contra-natura.”⁶³ “O sêmen era reverenciado; como o sangue, ele corria pelas veias do homem.”⁶⁴ Tal pensamento criou uma apreensão para todos os estudiosos da época, visto que até o momento, em todas as outras obras de Platão o mesmo tratava do sexo como quase que inteiramente homossexual.

Tais pregações da Igreja, através do seu ideal reprodutivo, fizeram com que dominasse, nas comunidades da época, a lei da fecundação, ou seja, homens e mulheres deveriam se unir para aumentar o número de seres humanos, para assim crescer a força de trabalho, assegurando-se a sobrevivência. Nas pequenas colônias, as normas da Igreja eram pregadas com mais afinco, pois somente com a reprodução existiriam trabalhadores suficientes para produzir a terra, todos persuadidos por advertências e punições religiosas para aqueles atos que contrariassem as normas reprodutivas (como a sodomia, a masturbação, e até mesmo o adultério).

Os homossexuais da época eram comparados aos maus agricultores, que não aproveitavam a terra fértil, que falsificavam o selo da natureza, buscando o prazer antinatural, não contribuindo assim para o povoamento das cidades.⁶⁵ “A sodomia era um paradigma ruim, de energia desperdiçada no prazer não produtivo.”⁶⁶

“A sexualidade do homem estava agora tocada pela divindade de Deus e tornou-se sagrada (as mulheres eram tão marginalizadas que sequer eram consideradas) Em termos práticos, qualquer expressão sexual fora do casamento, ou posições ou atitudes dentro do casamento que não fossem a penetração vaginal na posição mais tradicional estavam contaminadas pelo demônio Gradualmente, todos os atos ‘desviantes’ tornaram-se pecados graves e flagrantes contra a divindade de Deus”⁶⁷

⁶³ MORICI, Silvia Obra citada, p 153

⁶⁴ SPENCER, Colin Obra citada, p 83

⁶⁵ WILDE, Oscar *Os retoques históricos na face da homossexualidade*, p 19 Disponível na Internet www.casadamaita.com/sexualidade/homo/texto/texto152.htm Acesso em 25 jan 2003

⁶⁶ VARELLA, Luiz Salem. *Homoerotismo no direito brasileiro e universal* Parceria civil entre pessoas do mesmo sexo Campinas, SP: Agá Juris, 2000, p 52

⁶⁷ SPENCER Colin Obra citada, p 119

Com o III Concílio de Latrão, em 1179, e com a Santa Inquisição, as relações homossexuais acabaram ainda mais penalizadas

*“A sodomia devia ser punida com a morte, declarou o reverendo JOHN RAYNER, embora pudesse não envolver o mesmo grau de pecado contra a família e a posteridade que outros pecados capitais de lascívia Willian Plaine mereceu a morte por sodomia na Inglaterra e por incitar a juventude de Guilford, na Colônia New Haven, à masturbação, explicou JOHN WINTHROP Porque os crimes de Plaine foram contra o matrimônio e colocaram em risco a perpetuação da espécie humana”*⁶⁸Grifamos.

O estudo da própria Bíblia reflete claramente o pensamento que dominava a época Cristã, tanto no capítulo da destruição de Sodoma e Gomorra (Gênesis19:1-13), como no Levítico18:22, veja-se: “Não dormirás com um homem como se dorme com mulher. É uma abominação.”⁶⁹

Michel Foucault⁷⁰, sobre as imposições do Direito Canônico, assevera:

“Até o final do século XVIII, três grandes códigos explícitos – além das regularidades devidas aos costumes e das pressões de opinião – regiam as práticas sexuais o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil Eles fixavam, cada qual à sua maneira, a linha divisória entre o lícito e o ilícito Todos estavam centrados nas relações matrimoniais o dever conjugal, a capacidade de desempenhá-lo, a forma pela qual era cumprido, as exigências e as violências que o acompanhavam, as carícias inúteis ou indevidas às quais servia de pretexto, sua fecundidade () A relação matrimonial era o foco mais intenso das constrações ()”

⁶⁸ KATZ, Jonathan Ned, apud VARELLA, Luiz Salem Obra citada, p 50

⁶⁹ GARMUS, L (Coord) *A Bíblia* Rio de Janeiro Editora Vozes Editora Santuário, 1992, p 143

⁷⁰ FOUCAULT, Michel *História da sexualidade I A vontade de Saber*, p 38

Todos os estudiosos deste período histórico dizem que se incorporou a idéia da sentença moral, pois manter relações sexuais, sem contudo pensar na reprodução, era um grande pecado; sexo sem finalidade reprodutiva era totalmente contrário às regras da natureza.

Portanto, nesta fase se implantou a intensa repressão a toda prática sexual com caráter não-reprodutivo, tudo era analisado com olhos de transgressão, de ofensa ao Deus Divino Criador, pois a perpetuação da espécie era importantíssima para manter as forças de trabalho

Subseção II -Renascimento - a redescoberta do corpo humano.

O movimento renascentista,⁷¹ surgido na Europa, nos anos 1300. foi de suma importância para o mundo intelectual, pois provocou significativas mudanças no pensamento dos cidadãos da época, que, até este momento, estavam atrelados aos ditames da Igreja Católica. Iniciou-se assim uma fase de subtração do poder católico.

Conforme Eduardo de Oliveira Leite⁷², o renascimento não significa um começo, mas um recomeço, um retorno ao passado, uma renovação:

“A Renascença nasce sob o signo da efervescência: teólogos, sábios, navegadores, políticos, todas as classes humanas, todas as categorias profissionais e artísticas tinham plena consciência de viver uma renovação cultural intensa, estavam convictos de serem os atores e os autores de um ressurgimento. A origem desta renovação é encontrada nas fontes inesgotáveis do mundo greco-romano. Roma e Grécia são os modelos a serem imitados e reencontrados através da tenebrosa Idade Média ”

O renascimento significa um novo posicionamento do homem frente ao mundo. foi um processo de profundas mudanças, deixou-se de lado as idéias e conceitos da Idade Média, de que Deus era o centro de tudo e o homem apenas um mero contemplador de sua obra. As idéias do homem pecador, do temor divino, do proibido foram, aos poucos, abolidas,

⁷¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p 222 “A Renascença se opõe à Idade Média como o dia à noite ”

⁷² LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, ibidem

renovando-se a idéia do homem como detentor do seu destino. Nesta nova etapa, ocorreu a redescoberta e a valorização do ser humano (humanismo); iniciaram-se estudos sobre a interpretação da arte, sobre a literatura e ocorreu uma valoração muito grande do corpo humano. Os homens não se contentam mais em observar a natureza, transformam-se em grandes estudiosos e pesquisadores.

*“A Renascença faz do homem o sujeito de sua ação, elaborando um outro estatuto da criatura, uma outra concepção das relações que ele mantém com o seu Criador. No lugar de uma história divina do homem, os renascentistas formam uma história natural do homem () que o homem seja uma criatura (de Deus), não o impede também de ser criador, o homem criador, portanto livre é, de agora em diante, compreendido como o artesão de uma história que ele funda e cujo sentido não lhe escapa, uma vez que ele é autor da história”*⁷³

Portanto, este movimento renovador deixa de lado os pensamentos da Idade Média, iniciando-se uma fase contestadora, principalmente dos fundamentos da igreja. O ser humano passa a uma nova dimensão, assumindo papel importantíssimo dentro da sociedade. “O renascimento, depois da absoluta negação do homem, pregada dolorosamente durante todo o medievo, significa o redescobrimento do homem, das suas misérias, das suas grandezas, das prováveis limitações físicas e da insuperabilidade da sua criação através da arte, do amor, da guerra, do poder, da grandiosidade do intelecto sobre a vulnerabilidade do corpo.”⁷⁴

Dentre as principais características encontradas durante este período, podemos citar a racionalidade, a busca pela dignidade do ser humano, a cientificidade, o ideal humanista e a reutilização das artes greco-romanas. Conforme Eduardo de Oliveira Leite.⁷⁵ “A origem desta renovação é encontrada nas fontes inesgotáveis no mundo greco-romano. Roma e Grécia são os modelos a serem imitados e reencontrados (...)”. A cultura greco-romana valorizava a figura do ser humano, encontrando nos homens e mulheres a figura da beleza, que acabou sendo valorizada através da representação perfeita do corpo humano.

⁷³ MAIRET, Gerard, apud LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 224

⁷⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 222

⁷⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, ibidem

Esse movimento renascentista, de cunho intelectual e filosófico e de valorização humana, foi muito importante para os homossexuais, trouxe grandes influências para o pensamento do povo da época, amenizando, em parte, todas as represálias sofridas. Esta fase histórica permitiu novos conceitos sobre as relações homoeróticas. Muitos escritores e estudiosos pregavam a liberdade de amar e o sexo livre. “A sementeira ideológica que caracteriza a Renascença vai alterar profundamente o comportamento sexual do outono da Idade Média, adquirindo modalidades muito variadas. A própria noção de casamento é atingida.”⁷⁶

Na fase do renascimento, encontramos grandes nomes, tais como Leonardo da Vinci, Michelangelo, sendo que ambos mantinham relações homossexuais; veja-se o relato apresentado por Colin Spencer:

“Dois pintores que pareciam ter apenas relacionamento platônico com mulheres e que mantinham ligações próximas e emocionais com seus assistentes eram Leonardo da Vinci e Michelangelo. Em 1476, Leonardo, com outros quatro florentinos, foi acusado anonimamente de sodomia com um jovem de 17 anos, Jacopo Saltarelli. Deveria ter havido um julgamento, e Leonardo passou dois meses na cadeia, escrevendo pedidos de ajuda a sua família, amigos e mecenas. Finalmente a pressão sobre as autoridades fez com que as acusações fossem deixadas de lado. Leonardo tinha 24 anos () Michelangelo, aos 57 anos, amava Tommaso Cavalieri mais do que qualquer um ()”⁷⁷

Neste período iniciou-se uma pregação contrária ao posicionamento difundido por Tomás de Aquino, de que as relações homossexuais seriam *contra-natura*. Pregavam a liberdade sexual, a representação perfeita do corpo humano.

“Os humanistas consideravam a cultura greco-romana superior à cultura medieval. Isso acontecia, primeiro porque a cultura greco-romana valorizava

⁷⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 226

⁷⁷ SPENCER, Colin. Obra citada, p. 132

o homem, vendo nele a beleza. A arte renascentista mostra muita semelhança com as obras gregas que se conservavam no aspecto da valorização da beleza e na representação perfeita do corpo humano Grifamos. Segundo, pois os humanistas valorizavam o uso da razão, outra característica das sociedades gregas”⁷⁸

Napoleão Dagnese comenta que esta fase se contrapôs ao argumento de que a homossexualidade contraria a natureza, citando Blazek:⁷⁹ “Uma ação é natural, se a natureza a estimula, se ela se executa e termina conforme desejado. Se, então, a satisfação ao olhar um belo rapaz é um sentimento natural, como pode tal amor ferir a natureza?”

“Na Itália do século XV, o humanismo alçou vôo, com base na redescoberta da Grécia Clássica e dos filósofos de Atenas. Os humanistas tinham de considerar (com algum alívio e vontade, pode-se imaginar) as atitudes positivas e justificações dos gregos para com a homossexualidade. Eles não perderam tempo em fazer isso, pois num único pacote glorioso, havia uma razão para a idealização do homossexualismo e para remover a mancha do pecado e depravação a ele imposta pela Igreja”⁸⁰

A época do renascimento, além de movimento intelectual e filosófico, como antes referimos, foi um momento de redescoberta do corpo humano. Os historiadores contam que foi uma época de grandes trabalhos artísticos, em que se exaltava o corpo, a beleza corporal e a vida. “Na pintura, os pincéis de Boticelli, Bellini, Ticiano, Da Vinci, Claude Lorrain e Nicolas Poussin retratam a beleza e a suavidade do corpo feminino em todo seu esplendor, encanto e graça. É a época do nu, fato inédito depois do esplendor da arte greco-romana.”⁸¹ Várias esculturas, em mármore, foram criadas, sempre com grande valorização para os corpos nus. “Na escultura, o ideal clássico ressurgiu com toda a sua pujança. Da Vinci, Cellini e

⁷⁸ *Características do renascimento* Disponível na Internet <http://www.renascimentohp.hpq.ig.com.br/index3.htm> Acesso em: 13 fev 2003

⁷⁹ BLAZEK, Helmut. apud DAGNESE, Napoleão. *Cidadania do armário* Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade São Paulo LTr, 2000, p 17

⁸⁰ SPENCER, Colin Obra citada, p 127

⁸¹ KENNETH, Clark. apud LEITE, Eduardo de Oliveira Obra citada, p 225

Bernini visualizavam essa grande tarefa de retratar a figura humana. Despem-se os corpos, caem as roupagens, e o corpo – a mais bela produção da natureza – surge triunfante. Deixa de ser objeto de humilhação e vergonha e se torna espelho da perfeição divina.”.⁸² Colin Spencer cita o exemplo dos cardeais que tinham suas cabeças esculpidas no mármore, e, também, o caso das estátuas vivas, representadas por jovens despidos, quando da Coroação do Papa Alexandre VI.⁸³

Seção IV - Idade Moderna -

Na Idade Moderna, ainda, existiu muita resistência, mas também momentos de ampla liberdade de expressão, tudo em razão do desligamento das relações Igreja/Estado, caindo, assim, o pensamento, até então existente, de que tudo estava sujeito à ira do ser superior – Deus.

Os pensamentos humanos modificaram-se, as idéias, neste período, são totalmente antagônicas à fase anterior – Idade Média –, em que, todos os pensamentos estavam intimamente ligados aos ensinamentos teocêntricos, ou seja, o homem sempre tinha Deus como fator principal, como centro de todo o Universo. Neste período, principalmente com o humanismo, o homem iniciou uma época de análises de si mesmo, com grandes movimentos científicos e sociais, buscando-se resgatar as idéias gregas e romanas.

O grande marco da Idade Moderna foi a Revolução Francesa, que, conforme Eduardo de Oliveira Leite, foi um impetuoso golpe contra o poder da Igreja:

“A Revolução Francesa alterou completamente este estado de coisas estabelecendo uma separação completa entre a lei civil e a lei religiosa, garantindo-se a independência do Estado em face da Igreja () No espaço reduzido de apenas dois anos, desmoronava-se o mundo e a civilização que, durante séculos, haviam abrigado o edifício religioso. () No terreno puramente literário, o romantismo, exaltando o indivíduo e glorificando as

⁸² BURCKHARDT, Jacob, apud LEITE, Eduardo de Oliveira Obra citada, p 225

⁸³ SPENCER, Colin Obra citada, p 128

paixões, devastava, sem clemência, os princípios religiosos, condenando a Igreja a estiolar-se e a desaparecer dentro de curto prazo ”⁸⁴

Napoleão, o grande símbolo da Revolução Francesa, expandiu suas novas idéias, eliminou a pena de morte para os delitos de sodomia, consentindo com as relações entre homossexuais, desde que praticadas por cidadãos adultos e em relações estritamente privadas.

Seção V - Mundo Contemporâneo

Esta fase histórica foi marcada pelo Código de Napoleão – 1910 – através do qual foram abolidas as injustiças cometidas contra os homossexuais. Napoleão acabou retirando do Código Penal Francês os crimes homossexuais. Mas tal comportamento não se alastrou para outros países da Europa; na Alemanha, por exemplo, a repressão contra os homossexuais persistia, sendo que no seu Código Penal, através do art. 175, a homossexualidade era considerada crime. Justamente em razão da grande perseguição, iniciaram-se, ali, algumas organizações de defesa aos homossexuais.

“No século XX, é o momento em que os mecanismos da repressão teriam começado a afrouxar, passar-se-ia das interdições sexuais imperiosas a uma relativa tolerância a propósito das relações pré-nupciais ou extra-matrimoniais, a desqualificação dos perversos teria sido atenuada e, sua condenação pela lei, eliminada em parte, ter-se-iam eliminado, em grande parte, os tabus que pesavam sobre a sexualidade das crianças ”⁸⁵

Foi na Alemanha, em 1897, que surgiu a primeira organização em defesa dos direitos homossexuais. chamada Comitê Científico e Humanitário. Tal entidade foi fundada por Magnus Hirschfeld, e tinha como objetivo não apenas a busca pelos direitos humanitários, mas também a pesquisa da homossexualidade em vários ramos do saber, a divulgação e a busca dos próprios homossexuais na luta pelos seus direitos.

⁸⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p 302-303

⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I*. A vontade de saber, p 109.

Subseção I - Segunda Guerra Mundial e Pós-Guerra – O terror da era nazista.

Os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo começaram, nesta fase, a ser reprimidos com maior rigor, principalmente no campo do direito penal. pois todo o comportamento homossexual era considerado crime, e, portanto, tinha a pena correspondente. “Com a unificação da Alemanha, em 1871, o parágrafo 175 do Código Penal Prussiano passou a ser aplicado em todo o país. Este parágrafo tornava punível qualquer ato sexual entre homens”⁸⁶, prevendo inclusive a pena de morte para qualquer cidadão que praticasse atos homóficos, com a extradição e deportação.

Colin Spencer diz que, durante a Segunda Guerra Mundial e igualmente no período nazista que a antecedeu, foram períodos de ‘perseguição selvagem’ a todos os homossexuais.⁸⁷ Na Alemanha, de Hitler, o combate e a repressão aos cidadãos homossexuais eram públicos, existia uma perseguição selvagem, pois todos os homossexuais eram considerados perigosas ameaças sociais, visto que, Hitler (que para muitos era considerado um homossexual) pretendia um grande exército de soldados para concretizar seus planos de guerra, o que jamais seria alcançado se a homossexualidade invadisse os seus soldados, cuja prole jamais se reproduziria. Os nazistas pregavam a repressão, acreditando ser a homossexualidade uma doença contagiosa, que poderia contaminar os soldados e também os futuros soldados do exército alemão. Muitos historiadores registram que, dentro da cúpula nazista, vários homossexuais existiram, não apenas Hitler, mas nunca assumiram a sua homossexualidade, pois seria ultraje à superioridade ariana.

“O historiador Lothar Martchan, no seu livro ‘O Segredo de Hitler’, afirma que o ditador era homossexual. Claro que o movimento não quer um ilustre membro como este dentro da sua galeria de personalidades homossexuais, só que o livro aborda a falta de interesse de Hitler com as mulheres, sendo consenso que ele nunca manteve relação sexual com sua esposa, Eva Braun. No livro, ele coloca que não há nenhum indício documental definitivo sobre a

⁸⁶ CASTRO, Elias Ribeiro de. *A fúria de Hitler e Stálin contra os homossexuais*. Disponível na Internet <http://www.casadamaite.com/sexualidade/homo/texto/texto184.htm> Acesso em 04 jul 2002

⁸⁷ SPENCER, Colin. Obra citada, p 329

sexualidade do Führer, somente indícios, tais como a proximidade de Hitler com artistas e políticos assumidamente homossexuais ⁸⁸

Os nazistas demonstraram em todo o período que estiveram no poder, principalmente através de Adolf Hitler, sua oposição radical às relações entre pessoas do mesmo sexo, e acabavam considerando inimigos do partido e da Alemanha todos os cidadãos que acreditavam no amor homossexual. “La característica fundamental de este período nazi fue la obsesión por la perfección de la raza, lo cual los impulsó exterminar a todo aquel grupo o individuo que – según su criterio – atentara contra la raza aria y, en consecuencia, se tornó moralmente aceptable el exterminio de aquellos a quienes ellos denominaron inferior, anormal o degenerado.”⁸⁹

Napoleão Dagnese⁹⁰, relativamente a repressão sofrida pelos homossexuais na era Hitler, afirma:

“O terror nazista contra os homossexuais, durante o período de guerra iniciava com torturas como ficar de pé, por vezes nus, durante horas na rua, expostos a temperaturas negativas, e contava com cirurgias pseudocientíficas, nas quais a castração dos testículos, e, por vezes do próprio pênis, era corriqueira, com a pretensão de reverter os desejos homossexuais dos pacientes. Injeções com superdosagens de hormônio, tanto em homens quanto em mulheres homossexuais eram também usuais ”

Na obra do mesmo autor acima citado, ainda encontramos mais referências ao terror sofrido pelos homossexuais, veja-se:

“Em 1933, publicações referentes ao tema foram proibidas e recolhidas, em seguida, a privacidade das moradias pôde ser violada indiscriminadamente como forma de controle e vigilância, locais públicos para trânsito de

⁸⁸ KOCH, Maurício. *As relações entre o nazismo e a homossexualidade*. Disponível na Internet <http://www.casadamaite.com/sexualidade/homo/texto/texto287.htm>. Acesso em. 04 jul 2002

⁸⁹ MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, p 35

⁹⁰DAGNESE, Napoleão. Obra citada, p 20.

homossexuais foram limitados, sob o argumento de se tratar de impureza de raça, além de crime contra esta, por impedir sua perpetuação, sendo frequentemente comparada a prática homossexual, com o aborto. O número de prisões que se sucederam crescia geometricamente à medida que a década finalizava () Em 1941 Hitler ressuscitara a pena de morte para os homossexuais (principalmente aos descobertos entre as fileiras militares), que agora considerava contaminados pela peste da homossexualidade, risco potencial aos jovens de sexualidade saudável, cujos futuros filhos seriam essenciais aos planos de guerra do Führer ”⁹¹

Segundo dados dos historiadores, durante a Segunda Guerra Mundial a repressão tornou-se extremamente violenta, o número de mortes e torturas a homossexuais foi estrondosa, sendo difícil precisar um número exato, pois todos os arquivos existentes foram destruídos pelo partido nazista, mas, conforme dados apurados na obra de Colin Spencer,⁹² “estima-se que quase 50 000 pessoas tenham sido condenadas por homossexualismo e morrido nos campos.”

Relativamente à destruição dos arquivos existentes, vale ressaltar dado histórico colhido por Elias Ribeiro de Castro, que diz que, quando Hitler foi eleito chanceler, em 1930, extinguiu qualquer instituição de luta homossexual, inclusive tendo mandado queimar, em 06 de maio de 1930, todos os arquivos existentes no Instituto de Pesquisa da Sexualidade⁹³; foi feita uma varredura em todas as bibliotecas de Berlim, destruindo todo o material considerado ‘degenerado e não-alemão’⁹⁴, desaparecendo, assim, por completo, todo o material existente.

Historiadores e estudiosos como João Silvério Trevisan⁹⁵ comentam que caminhões carregados de militantes nazistas recolheram todos os arquivos, livros, pesquisas e manuscritos das bibliotecas de Berlim e principalmente do Instituto de Pesquisa da

⁹¹ DAGNESE, Napoleão Obra citada, p 19

⁹² SPENCER, Colin Obra citada, p 329

⁹³ Primeiramente foi chamado de Comitê Científico Humanitário, que foi fundado em 1897, pelo Dr Magnus Hirschfeld

⁹⁴ TREVISAN, João Silvério O espetáculo do desejo Homossexualidade e crise do masculino In CALDAS, Dario (Org) *Homens* São Paulo Editora SENAC, 1997, p 66

⁹⁵ TREVISAN, João Silvério Obra citada, p 66

Sexualidade, fundado por Magnus Hirschfeld. Todo este material foi queimado numa fogueira pública, juntamente com o busto de Hirschfeld e uma foto de Freud.

Todos os homossexuais descobertos naquela época eram recolhidos e obrigados a utilizar um triângulo roxo, costurado sobre as vestimentas, de forma bem visível; e, conforme pesquisadores, a partir de 1941, com Hermann Wilhelm Goering, surgiram as construções de campos de concentração⁹⁶, onde eram torturados física e psicologicamente.

“() A solução imediata para diminuir a população dos campos de concentração é o fuzilamento, porém esta solução envolve altos custos, prejuízos emocionais a quem executava o serviço, além de ser facilmente identificada. Como solução encontrada, a cúpula nazista resolveu pôr em prática a solução final, ou seja, a eliminação dos não arianos. Para isto, é iniciado o projeto de campos de concentração de extermínio. Neste local, eram eliminados aqueles não aptos como mão-de-obra escrava. () Para matar, os nazistas fizeram uso do gás ciclôn. O ciclôn B é um inseticida que provoca uma asfixia interna. Como as doses eram economizadas, as vítimas viviam uma agonia de 15 min, antes de morrer. () Os corpos eram incinerados como forma de não deixar pistas, inclusive para o próprio povo alemão, das atrocidades cometidas.”⁹⁷

Os homossexuais capturados pelo partido nazista passaram por reais testes de sobrevivência. Não existia qualquer comunicação entre os presos homossexuais com o mundo exterior. Segundo Elias Ribeiro de Castro,⁹⁸ o clima existente era terrível, muitos homossexuais não tinham nenhum contato nem mesmo com familiares, pois estes acabavam abandonando os presos pelo medo que tomava conta, na época. Castro comenta ainda:

⁹⁶ FERNÁNDEZ, D. apud MEDINA Graciela *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, p. 37. “En el año 1999 se realizó la primera conmemoración oficial en el antiguo campo de concentración de Sachsenhausen, en la cual se recordó oficialmente los miles de gays que fueron perseguidos durante la Segunda Guerra Mundial.”

⁹⁷ KOCH, Maurício *As relações entre o nazismo e a homossexualidade*. Disponível na Internet <http://www.casadamate.com/sexualidade/homo/texto/texto287.htm>. Acesso em 04 jul 2002.

⁹⁸ CASTRO, Elias Ribeiro de *A fúria de Hitler e Stálin contra os homossexuais*. Disponível na Internet <http://www.casadamate.com/sexualidade/homo/texto/texto184.htm>. Acesso em 04 jul 2002.

“Os três mais terríveis destinos que aguardavam os homossexuais que caíam nas mãos dos nazistas eram 1) as fábricas de pólvora, onde qualquer um ficava com tuberculose em pouco mais de duas semanas, pois tinham que trabalhar e viver em túneis, 2) as fábricas de cimento, onde o trabalho era literalmente pesado e, muitas vezes, eram jogados em valas de concreto, 3) e os laboratórios médicos, onde era feita, sem anestesia, toda forma de experiência ”

Nesta época, todos os homossexuais que eram proprietários de bens, os perderam, pois eram repassados aos heterossexuais, quase que na maioria das vezes, para os parentes mais próximos ou para pessoas que exercessem influência dentro do movimento nazista. “Esta ação fazia parte da “arianização”, ou seja, passar os meios produtivos do país para os considerados arianos legítimos.”⁹⁹

Durante o período da guerra, a homossexualidade era considerada uma doença psicopática; os homossexuais eram tidos como doentes mentais e também doentes físicos, erros genéticos, que deviam ser eliminados para não contaminar a raça ariana. Estudiosos contam as experiências propostas por Dr. Carl Vaenert, que atuava nos campos de concentração e acreditava que os homossexuais poderiam ser convertidos através da injeção de hormônios. Desta forma, injetava nos homossexuais altas doses de testosterona e nas mulheres progesterona. Ainda, fazendo parte desta experiência, os homossexuais eram obrigados a manter relações sexuais com o sexo oposto.¹⁰⁰

Todos os soldados que quisessem ingressar para o exército eram submetidos a exames de seleção, em que eram averiguadas todas as semelhanças e as identidades físicas, pois, pensava-se que os homossexuais masculinos teriam que ter, obviamente, identidades físicas femininas. Assim, concluíam que o homossexualismo jamais estaria presente em soldados que tivessem semelhanças masculinas. Desta forma, a seleção realizada sempre foi fracassada.

⁹⁹ KOCH, Maurício *As relações entre o nazismo e a homossexualidade* Disponível na Internet <http://www.casadamaite.com/sexualidade/homo/texto/texto287.htm> Acesso em 04 jul 2002

¹⁰⁰ KOCH, Maurício *As relações entre o nazismo e a homossexualidade* Disponível na Internet <http://www.casadamaite.com/sexualidade/homo/texto/texto287.htm> Acesso em 04 jul 2002

“Homens e mulheres iniciados logo desenvolveram uma regra básica para se protegerem. O medo era tal que eles nunca falavam sobre o homossexualismo, nem mesmo entre eles e nunca revelavam o homossexualismo de outros, especialmente às autoridades militares. Mesmo entre amantes, o hábito era nunca classificar ou tentar descrever a relação. Os grupos de iniciados, porém, achavam importante se identificar com um código secreto, gíria ou apelido. As mulheres de um grupo de lésbicas usavam um certo tipo de anel, enquanto as de outro assobiavam um trecho do canto de guerra havaiano. Os soldados davam uns aos outros apelidos inspirados em filmes. () E o vento levou, outro grupo se autodenominava Legião dos Malditos”¹⁰¹

Em razão da grande repressão sofrida pelos homossexuais, reinou durante muito tempo o silêncio; os próprios homossexuais se mantinham mascarados, enrustidos, mantendo segredo da sua própria identidade, demonstrando um comportamento totalmente irreal e ilusório.

“Em 1982, cessa o silêncio. Pierre Seel revela na França todo o tipo de sofrimento que passou dentro de um campo de concentração. O austríaco Heinz Heger escreve um livro sobre o tema. O judeu e gay Martin Shermann lança uma peça teatral que aborda pela primeira vez o “Holocausto Gay”. Atualmente temos várias obras que abordam o tema, como o documentário Triângulo Roxo, de Rob Epstein e Jeffrey Friedman. Mesmo com todas as provas, o governo Alemão ainda se nega a pagar as indenizações aos familiares das vítimas do Holocausto Gay e, no memorial das vítimas do Holocausto, não há nenhuma referência aos homossexuais assassinados pelos nazistas”¹⁰²

¹⁰¹ SPENCER, Colin. Obra citada, p. 330.

¹⁰² KOCH, Maurício. *As relações entre o nazismo e a homossexualidade*. Disponível na Internet <http://www.casadamaite.com/sexualidade/homo/texto/texto287.htm>. Acesso em 04 jul. 2002.

Seção VI - Movimento homossexual

Os movimentos homossexuais começaram a surgir na década de 60, início da década de 70, principalmente nos Estados Unidos, nas cidades de São Francisco e Nova York, sendo que a partir deste momento o número de movimentos e grupos organizados aumentaram significativamente, reivindicando seus direitos, buscando alcançar o respeito e o reconhecimento como um novo agrupamento de cidadãos, assim, a intolerância cedeu espaço a uma maior compreensão e aceitação.

Através destes movimentos, os homossexuais buscavam a igualdade e criaram o slogan “saindo do armário”, foi quando, realmente, iniciaram a luta pelos seus direitos, pela liberdade, igualdade e dignidade, princípios constitucionais presentes nas Cartas Magnas da maioria dos países no âmbito mundial, pois faziam parte de um grupo excluído, considerado inferior, pervertido, fracassado.

“Da mesma forma que negros, índios, mulheres, idosos, deficientes, etc , os “homossexuais” vieram a público defender-se de violências físico-morais () A partir dos anos 70, sobretudo, alguns destes homens deram um basta a tudo isto e como que disseram: “Chega de sermos vistos como “doentes”, “pervertidos”, “anormais”, “regredidos” ou “desviantes” Somos indivíduos com direito à livre expressão das nossas preferências sexuais, desde que respeitemos as regras elementares de nossa moral (.) Assim sendo, nenhum argumento filosófico, científico ou do senso comum pode justificar condutas preconceituosas que venham a constranger físico-moralmente o indivíduo em seu direito de auto-realizar-se afetivo-sexualmente se esta auto-realização está de acordo com os valores básicos da cultura democrática, pluralista, humanista e individualista do Ocidente ”¹⁰³

¹⁰³ COSTA, Jurandir Freire A questão psicanalítica da identidade sexual In GRAÑA, Roberto B (Org) *Homossexualidade* Formulações psicanalíticas atuais Porto Alegre Artmed, 1998, p 16

Estes grupos também se organizaram e implantaram o chamado “Dia do Orgulho Gay”, ou também chamado “Dia do Motim de Stonewall”, em referência ao nome de um bar, onde ocorreu uma batida policial, no dia 28 de junho de 1969, com confronto direto e injustificado com seus frequentadores.

Colin Spencer, em sua obra, relata todos os acontecimentos¹⁰⁴:

“A polícia de Nova York havia invadido um bar gay chamado Stonewall Inn, na Rua Christopher, no Bairro de Greenwich Village, alegando infração da permissão para venda de bebidas alcoólicas. Mas os fregueses, junto com os gays dos bares, dos quatinhos dos fundos e outros quartos existentes na rua, contra-atacaram durante dois dias e duas noites. O tumulto foi uma explosão de raiva e frustração de um pequeno grupo de jovens homossexuais ”

“La institución de mayor importancia fue el ‘bar gay’” . Este tipo de bares constituía um lugar aberto al público donde los homosexuales posían encontrarse y relacionarse abiertamente con otros de su misma condición sin necesidad de desimular su homosexualidad. El bar gay de tod ciudad era el lugar seguro para tener acceso a la comunidad homosexual.”¹⁰⁵

A partir deste episódio, a comunidade homossexual iniciou uma reivindicação, ainda maior, de seus direitos. Um ano após o Motim de Stonewall, surgiu, em Londres, a Frente de Libertação Gay (GLF), que nasceu justamente pelo entusiasmo por seus integrantes, pelos fatos ocorridos nos Estados Unidos. “Seus membros tinham entre 24 e 35 anos. Entre eles havia muitos artistas, marginalizados e dependentes da Previdência, além de estudantes, professores e sociólogos. O que os unia era o sentimento particular e inebriante que vinha do fato de poderem agir e falar abertamente sobre sua condição *gay*”¹⁰⁶

João Silvério Trevisan¹⁰⁷ comenta que muitos pesquisadores e até os integrantes dos movimentos homossexuais acreditam que os movimentos de liberação entre homossexuais

¹⁰⁴ SPENCER, Colin. Obra citada, p. 369

¹⁰⁵ MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, p. 46

¹⁰⁶ WEEKS, Jeffrey, apud SPENCER, Colin. Obra citada, p. 349

¹⁰⁷ TREVISAN, João Silvério. Obra citada, p. 59

iniciaram-se com o Motim de Stonewall, em 1969, quando na verdade começaram muito tempo antes, em meados do século XIX, com as feministas chamadas “sufragetes”.

Nesse contexto, nos últimos 30 anos, os homossexuais puderam sair da clandestinidade e a prática homossexual se aproximou da heterossexual. Em várias partes do mundo assistiu-se ao surgimento de uma nova minoria que reivindicava sua legitimidade, tendo cultura e estilo de vida próprios.

Atualmente, os movimentos homossexuais têm desenvolvido trabalhos importantes, colocando em voga a questão das relações entre pessoas do mesmo sexo, principalmente em razão da grande luta pelos direitos humanos, dada a sua importância, no panorama mundial. Menores restrições pesam sobre ela, cedendo importância a uma maior compreensão desse fenômeno e sua aceitação como variante comum da sexualidade humana.

CAPÍTULO II – DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS

Primeiramente, devemos deixar claro que o nosso trabalho, neste capítulo, não possui a pretensão de aprofundar o estudo da sexualidade humana, pois acreditamos que, nesta parte, teríamos que fazer uma análise muito mais ampla e voltada para aspectos médicos, psiquiátricos e sociológicos e, somente num segundo plano, os aspectos jurídicos, o que, realmente, está longe do nosso conhecimento. Mas sem dúvida, se faz necessária a análise das diferentes identificações sexuais dos sujeitos, para entendermos melhor o aspecto trabalhado, que é o nosso objetivo, as relações homossexuais.

Deve-se salientar, desde logo, que, na antiguidade, não tínhamos nenhuma classificação da sexualidade humana. Se analisadas as civilizações gregas e romanas, não encontraremos a distinção hoje existente de homo e heterossexuais. Somente nos séculos XVIII e XIX, iniciaram-se os estudos dos seres humanos como seres divididos em dois grupos sexuais. o que deu origem aos termos homossexual e heterossexual, como pessoas do mesmo sexo e pessoas do sexo oposto.

Referentemente à distinção homossexual/heterossexual, vale transcrever posicionamento de Anfred Kinsey:

“Os machos não se dividem em dois grupos distintos os homossexuais e os heterossexuais. O mundo não está dividido em ovelhas e carneiros. Nem todas as coisas são negras, nem todas as coisas são brancas. É um princípio fundamental do sistema de classificação que raramente na natureza se encontram categorias nitidamente separadas. Só a mente humana inventa as categorias e tenta abrigar os fatos em compartimentos separados. O mundo vivente representa uma continuidade em todos os aspectos. Quanto mais depressa aprendermos esta noção, aplicando-a ao comportamento sexual do

homem, tanto mais depressa compreenderemos claramente o que é a realidade do sexo”¹⁰⁸

Antes de ingressarmos propriamente nas diversas distinções terminológicas, parece-nos interessante entender o que seja a ‘identidade de gênero dos seres humanos’, que é o “conceito chave na personificação sexual”¹⁰⁹. Conforme William H. Perloff¹¹⁰ “pela expressão papel de gênero quer-se significar todas as coisas que uma pessoa diz ou faz para revelar-se a si própria como possuidora da condição de rapaz ou homem, menina ou mulher, respectivamente.” Portanto, para entendermos as diferentes terminologias devemos necessariamente fazer o estudo da identidade de cada indivíduo, através da análise de vários componentes do sujeito, tais como, os seus interesses, os seus comentários, as suas atividades, o conteúdo dos seus sonhos, as suas preferências, dentre outros fatores.

“A identificação com aspecto do sexo oposto, a qual se expressa em impulsos a trocar de gênero, é encontrada em todas as pessoas. Algumas delas, em quem esses impulsos são muito intensos, tentam passar por membros do sexo oposto àquele que lhes foi originalmente atribuído. As pessoas que não se fazem passar por outras partilham de algumas das mesmas fantasias e defesas de troca de gênero.”¹¹¹

Cada indivíduo pode assumir diversas dimensões relativamente a sua identidade sexual, a própria formação humana já estabelece a identificação de uma pessoa como do sexo masculino ou do feminino, com base nas diferentes características homem/mulher. Dita formação seria o protótipo do ‘normal’, da normalidade que está presente quando temos uma harmonia entre os aspectos sociais e os psicológicos, ou seja, a heterossexualidade.¹¹² Nesta análise, sempre temos presente a função básica e primária dos relacionamentos sexuais, a reprodução da espécie.

¹⁰⁸ KINSEY, Anfred, apud FRY, Peter, MACRAE, Edward Obra citada, p 79

¹⁰⁹ STOLLER, Robert J. As personificações e as séries de composições da identidade de “gênero” In: MARMORR, Judd (Org) *A inversão sexual* As múltiplas raízes da homossexualidade. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica Rio de Janeiro Imago Editora, 1973, p 165

¹¹⁰ PERLOFF, William H. Hormônios e homossexualidade In: MARMORR, Judd (Org) *A inversão sexual* As múltiplas raízes da homossexualidade. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro. Imago Editora, 1973. p. 59

¹¹¹ STOLLER, Robert J. Obra citada, p 172-173

¹¹² PERES, Ana Paula Ariston Barion *Transsexualismo* O direito a uma nova identidade sexual Rio de Janeiro Renovar. 2001, p 106

“O sexo constitui um dos caracteres primários da identidade da pessoa e pode ser definido como o conjunto de características que distinguem o macho da fêmea, ou o conjunto de indivíduos que têm a mesma conformação física, considerada sob o aspecto da geração.”¹¹³

Como salienta Tereza Rodrigues Vieira,¹¹⁴ a identificação sexual do indivíduo é muito complexa para ser analisada apenas de acordo com o aparelho genital do indivíduo. Em muitos casos, não concluímos pela real identificação sexual do sujeito, portanto, desta forma, deveremos analisar o sexo não apenas pelo estudo do aparelho genital, mas através do intercâmbio de inúmeros outros fatores.

Muitos estudiosos da sexologia humana apresentam um estudo pluridimensional do sexo. Antônio Chaves¹¹⁵, por exemplo, analisa o sexo em três dimensões, através do sexo genético, gonadal e fenotípico: “(...) Concluimos que a definição do sexo de um indivíduo obedece a critérios estabelecidos: a. Pelo sexo genético, que irá informar a constituição cromossômica; b. Pelo sexo gonadal, que irá conduzir a formação da estrutura morfológica das gônadas; c. Pelo sexo fenotípico, que respeita o estado hormonal e é responsável pela estrutura morfológica dos condutos genitais e dos genitais externos.”

Conforme Luiza Campos Olazábal¹¹⁶:

“A diferenciação sexual é formada por sete variáveis, sendo que cinco constituem-se as variáveis físicas, a saber: a cromossômica, a gonadal, a hormonal, a morfológica interna e a morfológica externa. Qualquer alteração que venha a ocorrer, em qualquer destas fases, poderá determinar um desenvolvimento sexual anômalo do indivíduo. As outras duas, denominadas variáveis psicossociais, constituem-se da declaração do sexo, no momento do registro do indivíduo, e da diferenciação de uma identidade psicosexual, como ser masculino ou feminino, a partir do seu nascimento. A adequada

¹¹³ SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 34.

¹¹⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de sexo: Aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos Livraria Editora, 1996, p. 7.

¹¹⁵ CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: Intersexualidade, transexualidade e transplantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 128.

¹¹⁶ OLAZÁBAL, Luisa Campos, apud SZANIAWSKI, Elimar. Obra citada, p. 35.

diferenciação sexual física e psíquica resulta da composição harmônica dessas variáveis ”

Portanto, inúmeros são os fatores que podem determinar e influenciar a identificação sexual de um indivíduo, além das três dimensões apontadas por Antônio Chaves, podemos citar as influências culturais, psicológicas, sociológicas, psicanalíticas que certamente também poderão ser responsáveis pela determinação sexual.

Edson Fontanele¹¹⁷ esclarece: “A sexualidade do homem pode apresentar, não raras vezes, perturbações ou disfunções, denominadas, pela Medicina, de *anomalias sexuais*. A *anomalia sexual* ou *sexopatía* é definida como o padrão de conduta sexual, no qual os modos de realização de prazer sexual ocorrem através de formas distintas da relação heterossexual normal.”

Os chamados desvios sexuais ou também chamados ‘tipos sexuais desarmônicos’¹¹⁸ tornaram-se matéria de estudo em vários ramos da ciência, não apenas na área da medicina, mas através da investigação de outros olhares científicos, como por exemplo da psicologia, psicanálise, psiquiatria e, atualmente, muito se tem discutido no ramo da ciência jurídica.

Assim, estas anomalias ou distúrbios sexuais são classificados de várias formas, mesmo que o nosso tema seja o homossexualismo, faremos uma diferenciação terminológica aos principais tipos sexuais analisados pelas ciências.

Seção I – Homossexual¹¹⁹ -

Homossexualismo deriva do grego *homos* ou *homós* (semelhante, igual) e *sexual* (relativo ao sexo. prática sexual erótica), ou seja, o amor erótico entre duas pessoas do mesmo

¹¹⁷ FONTANELE, Edson, apud SZANIAWISKI, Elimar Obra citada, p 44

¹¹⁸ PERES, Ana Paula Ariston Barion Obra citada, p 107

¹¹⁹ No decorrer da história muitas outras denominações surgiram, tais como pederastia (relação ano-sexual de um homem com uma criança), uranismo (prática sexual entre homens por falta do sexo feminino), sodomia (de origem bíblica – Sodoma e Gomorra - prática sexual entre homens adultos), e, relativamente ao homossexualismo feminino expressões como safismo (prática sexual entre mulheres com a sucção do clitóris), lesbianismo (prática sexual entre duas mulheres que se masturbam mutuamente) ou tribadismo (prática sexual entre duas mulheres que consiste no atrito dos órgãos sexuais)

sexo, masculino ou feminino. Segundo Aurélio Buarque de Holanda¹²⁰: “Homossexual (cs). [De *hom(o)-* + *sexual*] Adj. 2 g 1. Relativo ao comportamento sexual entre indivíduos do mesmo sexo. 2. Que tem esse comportamento. S 2 g. 3. Pessoa que tem esse comportamento. [Antôn.: *heterossexual*]

Conforme o ensinamento de Matilde Zavala de Gonzalez¹²¹:

“ La homosexualidad significa “la inclinación manifiesta u oculta hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo”, que puede o no estar acompañada por la “ práctica de dicha relación” La etimología no se vincula con la raíz latina de ‘ hombre’ sino con la griega (homoiotef) referida a “igualdad” o “semejanza”, en el caso, en cuanto a la inclinación o el comportamiento sexuales ”

William H. Perloff¹²² cita a definição de homossexualidade retirada do ‘Wester’s Third Interational Dctionary’, que transcrevemos a seguir, pois acreditamos seja realmente a melhor definição por nós encontrada:

“(1)sexualidade atípica caracterizada pela manifestação do desejo sexual por um membro do próprio sexo, (2) atividade erótica com um membro do próprio sexo – comparar com Lesbianismo, (3a) uma fase do desenvolvimento psicosexual normal que ocorre durante a pré-puberdade no macho e durante a adolescência na fêmea, no decorrer do qual a gratificação libidinal é procurada por membros do próprio sexo, (3b) o grau no qual a libido é fixada em nível homo-erótico”

O termo homossexualidade foi empregado pela primeira vez em 1869, através de estudos desenvolvidos por um médico húngaro¹²³ – Karly Maria Benkert¹²⁴, que concluiu:

¹²⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda *Novo Dicionário Aurélio* 15 ed Rio de Janeiro Nova Fronteira, [s d], p 732

¹²¹ GONZALEZ, Matilde Zavala de. *Resarcimiento de daños* Daños a las personas [Integridad espiritual y social]. Buenos Aires Editorial Hammurabi S R L , 1997, p 136

¹²² PERLOFF, William H Obra citada, p 45

“A natureza, em sua disposição soberana, dotou, no nascimento, certos indivíduos do sexo masculino e feminino do desejo homossexual, colocando-os numa escravidão sexual que os torna fisicamente incapazes, mesmo com a melhor das intenções de ereção normal. Esse desejo cria, antecipadamente, imediato horror ao sexo oposto, e faz com que a vítima dessa paixão ache impossível suprimir a emoção que lhe despertam indivíduos de seu próprio sexo”¹²⁵

Em 1862, o jurista alemão Karl Heinrich Ulrichs criou a designação *uranismo* a partir da idéia de Platão em ‘O Banquete’¹²⁶. Em 1870, Westphal adota o termo *sensibilidade sexual contrária*, que deu origem a chamada *inversão sexual*, com referência à alma ou à sensibilidade feminina dos homens invertidos.¹²⁷ No Brasil, o termo *homossexual* surgiu através do escritor Adolfo Caminha, em sua obra ‘O Bom-crioulo’, no ano de 1896.

Segismund Freud, em seus estudos, também fez uso da nomenclatura ‘invertidos’, através da qual designava os homossexuais, fazendo uma distinção com as chamadas ‘perversões’. Os invertidos são os verdadeiros homossexuais, se relacionam com indivíduos do mesmo sexo, independentemente de sua vontade (inversão sexual), já, os pervertidos, ou pseudo-homossexuais são aqueles que possuem tal comportamento por vício, por curiosidade. Os estudiosos do comportamento homossexual repudiam a denominação pervertidos, pois consideram perversão como uma significação altamente pejorativa.

¹²³ Muitos desencontros existem quanto a identidade de Karly Maria Benkert, muitas obras identificam como sendo do sexo feminino e outras, na sua maioria, como do sexo masculino

¹²⁴ MOTT, Luiz. *Em defesa do homossexual*. Disponível na Internet www.ggb.org.br/gaysaber_art6.html Acesso em 15 fev 2002. Salienta que Karly Maria Benkert, que aparece em todos os estudos como o inventor do termo homossexual, na verdade é Karol Maria Kertbeny, e não foi médico, mas um jornalista e advogado, com o objetivo de lutar contra o parágrafo 175 do Código Penal Alemão, que condenava os praticantes do amor do mesmo sexo à prisão com trabalhos forçados. O nome Benkert foi usado como um pseudônimo, para proteção de sua pessoa e também para conferir um respeito maior à defesa desta minoria discriminada.

¹²⁵ BENKERT, Karly Maria, apud CAPRIO, Frank S., BRENNER, Donald R. *Conduta Sexual*. Aspectos psicolegais incluindo casos típicos. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo, IBRAS, 1967, p. 77.

¹²⁶ MORICI, Sílvia. Obra citada, p. 150, escreve sobre o diálogo de *O Banquete*, onde Aristófanes relata o mito de Andrógino, onde fala da existência de três gêneros humanos, um masculino, um feminino e também um terceiro – o Andrógino – participe de ambos os sexos. E, por serem desafiadores por sua força, Zeus buscou uma solução, a divisão em dois, com a transposição de suas partes pudendas para a frente, para assim se unirem como macho e fêmea, para que se perpetuasse a espécie. E, assim, todas as mulheres que são parte daquele ser sentem-se atraídas por mulheres e da mesma forma os homens.

¹²⁷ WILDE, Oscar. *Os retoques históricos na face da homossexualidade*, p. 2. Disponível na Internet www.casadamaite.com/sexualidade/homo/texto/texto152.htm Acesso em 25 jan 2003.

Nos nossos dias, mais uma denominação surge - “homoerótico” -, que vem buscando substituir a denominação homossexual. Tal denominação foi criada por um médico, também de nacionalidade húngara, Dr. Santor Ferenczi. No Brasil, o termo foi adotado pelo também médico, Dr. Jurandir Freire Costa, que justifica a nova terminologia: “Com ele pretendo revalorizar, dar um outro peso moral às experiências afetivo-sexuais que, hoje, são pejorativamente etiquetadas de homossexuais”¹²⁸

Portanto, a homossexualidade é caracterizada pela atração física e psíquica por cidadãos do mesmo sexo, mas, ao contrário do transexualismo, o homossexual não repudia o seu sexo biológico. A escolha do parceiro é voltada para o mesmo sexo e, assim, a homossexualidade é chamada de inversão sexual, pois a versão correta ou normal, seria a não coincidência entre os sexos, ou seja, a atração sempre pelo sexo oposto.

“Os homossexuais, por seu turno, convivem bem com o próprio sexo e estão conscientes de a ele pertencerem, embora tenham manifesta preferência pelas relações sexuais do mesmo sexo”¹²⁹

Apesar do homossexual sentir prazer pelo sexo oposto, ele não visualiza conflitos com o seu estado sexual, os seus órgãos sexuais são fontes de prazer, são zonas erógenas e jamais ele cogitará na sua remoção. “O homossexual não está em conflito com a sua condição, ele não tem motivação para fazer a operação de mudança de sexo porque se regozija de possuir um pênis. Chega mesmo a excitar-se com a sua presença e ao orgasmo fácil com a sua manipulação.”¹³⁰

Antigamente a homossexualidade era rotulada como anomalia, para a psiquiatria era um distúrbio de personalidade psicopata, sempre associada à patologia e ao crime. “La homosexualidad es, entonces, una deformación que ataca a cierta gente que necesita cura; un homosexual es una persona orgánica o psiquicamente inferior.”¹³¹ Na linguagem médica, era uma perversão sexual; e todo o infrator sexual era um doente mental. O sexo era visto como fator de reprodução biológica, e, assim, procriação da família, desta forma todo aquele que

¹²⁸ COSTA, Jurandir Freire, apud DIAS, Maria Berenice Obra citada, p 312-313

¹²⁹ MOUSNIER, Conceição S, apud CHAVES, Antonio Obra citada, p 129.

¹³⁰ CHAVES, Antonio Obra citada, p 130

¹³¹ DE CARLUCCI, Aida Kemelmajer Homossexualidade – Derecho y homosexualismo en el derecho comparado In Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (Coord) *Homossexualidade* Discussões jurídicas e psicológicas Curitiba Juruá, 2001, p 18

fugisse deste instinto era definido como um pervertido, pois possuía um desvio a uma meta natural.

Atualmente, sabe-se que as causas da homossexualidade são muito complexas, mas após muita pesquisa já se descartou a hipótese de anomalia, sendo estes indivíduos considerados apenas pessoas com preferência sexual diferente, criando-se uma nova tese no sentido de que o homossexualismo provém de uma complexa interação de fatores, educacionais, ambientes biológicos, culturais, emocionais ...

“Uma vez considerada a origem biológica do homossexualismo congênito, a nosso ver, impor-se-ia, aí, o respeito a sua própria natureza, que, conforme vimos, não poderia pura e simplesmente ser mudada, já que a homossexualidade integraria a própria estrutura biológica da pessoa. O não reconhecimento legal de sua condição e a falta de atribuição de direitos constituem certamente cerceamento de liberdade e uma das formas que a opressão pode se revelar. Tudo leva a crer que o homossexualismo é uma característica inata, como a cor da pele, e não uma perversa escolha de estilo de vida, como os moralistas conservadores entendem.”¹³²

O homossexualismo não é opção feita pelo sujeito, também o heterossexualismo não é escolha. Simplesmente surge a atração por indivíduos que possuem o mesmo sexo. Os sexólogos afirmam que todas as crianças, a partir de três ou quatro anos de idade, começam a criar uma definição sobre sua orientação sexual, este período seria o núcleo de formação da sua identidade sexual, mas o reconhecimento nítido da predileção por pessoas do mesmo sexo surge na etapa final da adolescência ou no início da idade adulta.

“A Associação Americana de Psiquiatria removeu, em 1974, a expressão homossexualidade do Manual de Distúrbios Mentais, não sendo mais considerada como um distúrbio de personalidade sociopata, mas mero distúrbio de orientação sexual.”¹³³ Tal posicionamento também foi adotado pela OMS – Organização Mundial de Saúde, pelo Conselho Federal de Medicina e as principais Associações Científicas Brasileira, a partir de

¹³² SILVA, Américo Luis Martins da. Obra citada, p 314

¹³³ SZANIAWSKI, Elimar. Obra citada, p 48

1985, que acabaram excluindo o homossexualismo como categoria de transtornos sexuais, deixando de considerá-lo como desvio ou doença, mas uma orientação sexual normal. Dez anos após, em 1995, a classificação foi novamente revista e o termo homossexualismo deixou de integrar o espaço dos diagnósticos. O sufixo 'ismo', que significa doença, foi abolido e substituído por 'dade', que designa modo de ser, assim homossexualismo passou a ser homossexualidade.

A homossexualidade pode estar presente tanto no sexo masculino como no sexo feminino, sendo que nesta forma existe uma variante do termo, utilizando-se a expressão *lesbismo ou lesbianismo*, que, conforme a história, deriva do nome de uma ilha do Mar Egeu (Lesbos), onde conforme vimos, se acredita surgiram as primeiras evidências concretas dos relacionamentos sexuais entre o sexo feminino. Muitos autores, quando estudam o homossexualismo feminino, também nomeiam-se *safismo*, que, na verdade, seria considerado uma das formas de apresentação do lesbianismo. “O safismo denomina-se também, *cunnilinguis* e parece ter sido prática da poetisa Safo, donde o nome desta modalidade de lesbianismo.”¹³⁴

Para o nosso trabalho, é importante quando analisamos as diferenciações terminológicas, fazer referência ao estudo de Freud¹³⁵, que classificou o comportamento dos invertidos sexuais em três diferentes classes:

“a)invertidos absolutos – seu objeto sexual só pode ser do mesmo sexo, enquanto o sexo oposto nunca lhes desperta interesse,

b)invertidos anfigênicos (hermafroditas psico-sexuais) – seu objeto sexual pode pertencer tanto ao mesmo sexo quanto ao sexo oposto, faltando a esta inversão a característica da exclusividade,

c)invertidos ocasionais – seu objeto sexual pode ser uma pessoa do mesmo sexo, devido à inacessabilidade ao objeto sexual normal ”

¹³⁴ SILVA, Américo Luis Martins da Obra citada, p 302

¹³⁵WILDE, Oscar *Os retoques históricos na face da homossexualidade*, p 12 Disponível na Internet www.casadamaite.com/sexualidade/homo/texto/texto152.htm Acesso em. 25 jan 2003

Além dos estudos realizados por Freud, encontramos a pesquisa de Alfred Kinsey, que passou a investigar, durante dez anos, o comportamento sexual e os aspectos da sexualidade humana, principalmente através da pesquisa de campo, com a busca de dados precisos entre pessoas de ambos os sexos. Após concluir seu trabalho, em 1948, publicou uma obra intitulada ‘A conduta sexual do homem’; e, em 1953, ‘A conduta sexual da mulher’, em que concluiu ser impossível fazer a classificação em homossexuais e heterossexuais, pois, muitos entrevistados, considerados heterossexuais, já tinham mantido pelo menos uma relação homossexual. Concluiu, igualmente, que o comportamento homossexual era muito freqüente e comum na maioria dos indivíduos, desta forma, jamais poderia ser considerado uma enfermidade e, menos ainda, um transtorno mental.

Muitos outros estudos existem, sobre as diferentes espécies do homossexualismo; pode-se citar aquele que classifica os homossexuais em virilóides e feminóides.

Os virilóides são também denominados bissexuais, porque se sentem atraídos por ambos os sexos, ou seja, por homens e por mulheres. Apresentam um comportamento normal, dentro da sociedade, a sua homossexualidade se mantém camuflada, já que, não demonstram, em público, a real identidade sexual. Os homossexuais virilóides estão sempre em conflito interior, sendo que estudos concluíram que os integrantes deste grupo possuem graves problemas psicológicos, pois possuem um duplo comportamento. Ora simulam um comportamento masculino, ora demonstram a sua real identidade sexual.

Basílio de Oliveira¹³⁶ diz que o virilóide seria:

“O homossexual enrustido, sente-se obrigado a ocultar a sua condição, somente conhecida em seu ambiente restrito ou por seus parceiros sexuais. Sente vergonha quando descobre a sua condição e tem medo de ser descoberto. Em sociedade, comporta-se como homem normal. Seus relacionamentos sexuais com outro homem são, assim, mantidos em segredo, às ocultas e de forma dissimulada. Mantém o sigilo com a família e os amigos ”

¹³⁶ OLIVEIRA, BASÍLIO *Concubinato* Novos Rumos. Direitos e Deveres dos conviventes na união estável São Paulo: Freitas Bastos, 1998, p 311

Os feminóides são os homossexuais, considerados assumidos, não apenas no âmbito familiar, mas também no meio social em que vivem, assim, jamais contrairão matrimônio, ou seja, jamais formarão uma família com pessoas de sexo oposto. Este grupo, realmente, é de grande importância para nosso estudo, visto que são os possíveis integrantes das futuras sociedades de afeto. Jamais formarão sociedade com pessoas do sexo oposto, mas poderão se unir, sem qualquer constrangimento, com pessoas do seu sexo, para as quais se busca proteção jurídica.

*“Os homossexuais feminóides assumem, de forma mais natural, a homossexualidade masculina, porque não são obrigados a fingir que são homens. Ao contrário, esmeram-se e se parecem com o sexo oposto, eis que têm uma postura rigorosamente feminina, chegando, às vezes, à exasperação. Por serem homossexuais assumidos, adotando naturalmente um comportamento feminino, são coerentes com sua natureza sexual e por isso mantêm-se compatibilizados com seu meio, porque não vivem em conflitos com ele, já que não levam uma vida dupla e clandestina. Isso explica também por que a maioria não tem distúrbios psíquicos, porquanto ajustado ao seu ambiente familiar e social, sem medo e sem pudibundice. (.)”*¹³⁷

Outra classificação encontrada nos estudos sobre a homossexualidade é aquela que subdivide em latente e situacional.¹³⁸ Na homossexualidade latente, os homossexuais encobrem todos os seus desejos. Muitos homossexuais latentes nem sequer se dão conta dos seus desejos homossexuais, apenas através da psicanálise entenderão seu comportamento e seus desejos. Nestes sujeitos, a tendência homossexual é contida e permanece adormecida, e acaba sendo despertada por fatores instintivos e experimentais.¹³⁹

¹³⁷ OLIVEIRA, BASÍLIO. Obra citada, p. 312.

¹³⁸ ZIMMERMAN, David Eplebaum. A face narcisista da homossexualidade: implicações na técnica. In: GRANA, Roberto B. (Org.) *Homossexualidade*. Formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 175.

¹³⁹ SALZMAN, Leon. Homossexualidade “latente”. In: MARMOR, Judd (Org.) *A inversão sexual*. As múltiplas raízes da homossexualidade. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1973, p. 195.

L. A. Dourado¹⁴⁰ cita uma terceira classificação: os chamados homossexuais situacionais, os seja, aqueles que raramente têm relações com pessoas do seu sexo, exemplificando: “a excitação sexual provocada pelo ato ou a terna admiração de um homem pelo pai ou professor se confundem e traduzem as mesmas emoções de tipo homossexual, sendo que, na segunda eventualidade, o impulso se encontra inibido”. Os homossexuais situacionais, ou também denominados transitórios, são aqueles que não são psicodinamicamente homossexuais, ou seja, não são motivados pelo desejo específico e preferencial, mas acabam desenvolvendo tal comportamento, em razão que estão vivenciando, por exemplo, em prisões, internatos, onde estão totalmente privados de relacionamentos heterossexuais.

Ainda, L. A. Dourado,¹⁴¹ na sua obra, faz um resumo de todas as classificações antes apontadas em sete grupos, veja-se: “0” – Exclusivamente heterossexual, sem homossexualismo; “1” – Predominantemente heterossexual, homossexualismo raro; “2” – Predominantemente heterossexual, homossexualismo freqüente; “3” – Iguamente heterossexual e homossexual; “4” – Predominantemente homossexual, heterossexualismo freqüente; “5” – Predominantemente homossexual, heterossexualismo raro; “6” – Exclusivamente homossexual, sem heterossexualismo.” Leon Salzman¹⁴², compartilha com as idéias de Dourado, quando conclui que alguns indivíduos não possuem dúvida quanto ao sexo oposto ao seu, assim provavelmente nunca se submeterão a relações homoeróticas, já outro grupo de indivíduos não conseguem compartilhar a idéia do outro sexo, e acabam se transformando em homossexuais declarados, e, outros têm contatos com pessoas do mesmo sexo apenas e exclusivamente de forma passageira.

Aracy Augusta Leme Klabin¹⁴³ faz um estudo sobre a homossexualidade, classificando os homossexuais em seis formas diversas, veja-se:

“Homossexualismo ativo, diz respeito ao paciente que faz papel ativo, predominando assim, o desejo de vingança ou sadismo, homossexualismo passivo é aquele em que o paciente identifica-se com a mãe ,

¹⁴⁰ DOURADO, L. A. *Homossexualismo e delinquência* Rio de Janeiro Zahar Editores, 1963, p. 25

¹⁴¹ DOURADO, L. A. *Idem*, p. 77

¹⁴² SALZMAN, Leon. *Obra citada*, p. 1

¹⁴³ KLABIN, Aracy Augusta Leme, apud VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Obra citada*, p. 26-27

homossexualismo por trauma na fase anal e fixação por trauma, homossexualismo por excessiva fixação à mãe (complexo de Édipo), homossexualismo por falta de identificação com o pai, homossexualismo ocasional é o que ocorre com psicóticos, tipo esquizofrênico, toxicômano e por circunstâncias especiais (vida em penitenciária, marítima, etc) e homossexualismo inconsciente, o paciente ainda não tem consciência de suas manifestações homossexuais, reveladas pelo donjuanismo, atitude de ciúme , paranóia, etc ”

Atualmente, através de estudos de sexólogos, chegou-se à conclusão de que o número de homossexuais masculinos é muito superior que os homossexuais do sexo feminino. “No mundo atual, de uma maneira geral, o homossexualismo é duas ou três vezes mais presente nos homens do que nas mulheres.”¹⁴⁴ Conclui-se, também, que os homossexuais masculinos poderão não apresentar nenhuma identificação afeminada, como também ocorre nos femininos; e, ao contrário, poderemos encontrar homens com traços femininos e mulheres com traços masculinos, que jamais serão homossexuais.

Após esta constatação, estudiosos iniciaram uma busca do por que a homossexualidade abarca um número muito maior de homens do que mulheres, sendo que se verificou que os homens (meninos), desde o início da formação da identidade sexual, sentem-se intimidados com o desligamento da figura da mãe, não conseguindo se desligar totalmente da proteção da progenitora.

Conforme estudos de Bernard Germain e Pierre Langis¹⁴⁵ sobre o homossexualismo masculino, além da hipótese antes apontada, o homossexualismo é em maior número masculino em razão de outras hipóteses:

“() b)-as exigências sociais bastante elevadas, ligadas ao papel sexual masculino e à rejeição dos meninos destoantes da maioria; c) – uma sexualidade genital mais desenvolvida e mais precoce no começo da adolescência, o que favorecia a estruturação do desejo erótico sobre os

¹⁴⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues Obra citada, p 27

¹⁴⁵ GERMANIN, Bernard, LANGIS, Pierre, apud VIEIRA, Tereza Rodrigues Obra citada, p 27.

membros do seu sexo a um período no qual eles se mantêm em grupos de meninos. Ao contrário, as meninas desenvolveriam sua pulsão sexual mais tarde, perto dos quinze anos, no momento em que frequentam grupos muito mais compostos de pessoas dos dois sexos, e) - a valorização maior de ser um homem do que ser uma mulher; e f) - o caráter mais proibitivo da homossexualidade masculina ”

Seção II – Heterossexual

No heterossexualismo, existe a coincidência absoluta entre o sexo biológico e a identidade de gênero, sendo a escolha do parceiro voltada para o sexo oposto.

Veja-se o posicionamento de Antônio Chaves quando faz uma diferenciação entre os heterossexuais e os homossexuais: “Os heterossexuais, como é do conhecimento de todos, caracterizam-se por uma perfeita adequação entre o sexo físico e o psíquico, elegendo, para as práticas íntimas, pessoas do sexo oposto. Por seu turno, a homossexualidade é traduzida por uma atração impulsiva para indivíduos do mesmo sexo, obtendo os homossexuais, nessas relações anormais entre si, resposta e gratificação.”

Os heterossexuais são os considerados para a sociedade em geral como ‘normais’, ou seja, são todos os cidadãos que se encontram em perfeita harmonia com o sexo oposto, diferentemente dos homossexuais, que são os ‘diferentes’, assim, a minoria excluída.

Seção III – Transexual

O termo transexual entrou em uso desde a introdução da transmutação de sexo por meios cirúrgicos. Foi usado pela primeira vez no ano de 1952, no caso de um ex-combatente norte-americano, George Jorgensen, que se submeteu à cirurgia e se transformou em Christine Jorgensen.¹⁴⁶ Dita cirurgia foi realizada por três médicos de Copenhague, na Dinamarca, Hamburger, Sturup e Iversen¹⁴⁷.

¹⁴⁶ SZANIAWISKI, Elmar. Obra citada, p 51

¹⁴⁷ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Obra citada, p 5.

Para conceituar transexual, faremos uso da definição da Corte de Direitos Humanos da Europa, conforme consta da obra da jurista Argentina Graciela Medina, pois acreditamos ser a melhor conceituação por nós estudada, veja-se: “Un transexual es una persona que pertenece físicamente a un sexo, pero que siente pertenecer a outro, y para acceder a una identidad más coherente y menos equívoca se somete a tratamientos médicos o a procedimientos quirúrgicos, a fin de adaptar sus caracteres del sexo opuesto al de origen.”¹⁴⁸

O transexual é aquele que rejeita a sua formação física, ou seja, o seu sexo biológico, rejeitando o sexo que lhe foi atribuído. Assim, no transexualismo, a identidade de sexo biológico é alterada. Os transexuais identificam-se psicologicamente com o sexo oposto, sentem-se mulheres num corpo de homem ou homens num corpo de mulher, não aceitando suas genitais, que são motivo de vergonha e repulsa, totalmente indesejáveis. Portanto, este grupo procura, de todas as formas, harmonizar seu corpo com sua identidade de gênero através dos procedimentos cirúrgicos.

*“De todas as variantes da sexualidade humana, nenhuma é tão incompreendida quanto o transexualismo, a bizzara experiência de nascer com cromossomos, genitais e hormônios de um sexo – mas ter a convicção íntima de pertencer ao sexo oposto. Enquanto gays, lésbicas e travestis assumem os órgãos genitais que têm, transexuais repudiam o que a natureza lhes legou Vivem um estranhamento em relação ao próprio corpo que desencadeia tentativas de automutilação e suicídio ”*¹⁴⁹

A manifestação do comportamento transexual inicia desde os primeiros anos da vida. A criança, desde seus primeiros anos de vida, tem um comportamento psíquico diferente de todas as outras de sua idade. Nas suas brincadeiras, busca sempre as crianças do sexo oposto ao seu sexo aparente, até mesmo no modo de se vestir. Mas, o problema começa a ser

¹⁴⁸ Corte de Direitos Humanos da Europa, apud, MEDINA, GRACIELA *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, p 74

¹⁴⁹ SEGATTO, Cristiane *Nasce uma mulher Transexuais saem do armário e a ciência mostra que a mudança de sexo não é perversão* Disponível na Internet <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT441567-1660,00.html> Acesso em 26 nov 2002.

claramente demonstrado a partir da puberdade, quando o adolescente já começa a ter consciência de sua anomalia.¹⁵⁰

Desta forma, o transexual possui uma insatisfação de grande intensidade, em razão do seu sexo anatômico; existe uma incompatibilidade entre a sua identidade psíquica e sua identidade civil. Todo o transexual tem uma convicção inalterável de que é membro do sexo oposto.

“O transexualismo consiste em uma ‘pseudosíndrome psiquiátrica’, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se identifica com o gênero oposto. Constitui um dos mais controvertidos dilemas da medicina moderna, em cujo recinto poucos médicos ousam adentrar. Trata-se de manifestação extrema de inversão psicosexual, em que o indivíduo nega o seu sexo biológico e exige a operação de reajustamento sexual a fim de poder assumir a identidade do seu verdadeiro gênero, que não condiz com seu sexo anatômico.”¹⁵¹

A maioria dos estudiosos afirma que o transexual não possui nenhum tipo de anomalia, o único problema existente é apenas de ordem psicológica, já que seus órgãos sexuais reúnem todas as qualidades concebíveis para o indivíduo ‘normal’, apenas não estão de acordo com o que gostariam de ser, assim, recusam a sua identidade e desejam modificar seu sexo. “Esta defasagem entre corpo e psique é o que define claramente a entidade transexual.”¹⁵²

Na obra de C. Lawrence e M. D. Kolb, encontramos a conclusão de um trabalho feito por R. J. Stoller, psicanalista americano, sobre o desenvolvimento precoce do futuro transexual, que “descreve a relação materna como de íntimo contato emocional estendendo-se durante anos, sem ser interrompida pelo nascimento de outros irmãos, o que reforça o desejo de permanecer como parte da mãe. Os pais do transexual, por ele examinados, geralmente apresentam um casamento sem amor e sem sexo; as mães são, comumente, deprimidas, tendo

¹⁵⁰ SZANIAWISKI, Elimar. Obra citada, p 49

¹⁵¹ FARINA, Roberto, apud SZANIAWISKI, Elimar Obra citada, p 49

¹⁵² CARVALHO, Hilário Veiga de, apud PERES, Ana Paula Ariston Barion Obra citada, p 131

um sentimento vazio. Os pais, por outro lado, são ausentes, passivos e quase sempre sedutores.”¹⁵³

Os transexuais não se identificam com o sexo constante na sua Certidão de Nascimento, possuem a sensação de pertencerem ao sexo oposto, assim, buscam a ajuda da ciência médica, para buscar a identidade sexual que realmente acreditam possuir. Procuram estrógenos, criar seios e feminilizar os contornos do corpo, eletrólise para remover os pelos masculinos e cirurgia para criar órgãos genitais semelhantes aos femininos. por meio de castração dos testículos, amputação do pênis e criação de vagina artificial.¹⁵⁴

*“El transexual posee un sentimiento profundo e irreversible de pertenecer al sexo opuesto al que está inscripto en su acta de nacimiento Los transexuales se presentan en un numero menor que los homosexuales, su problema es más difícil de entender desde el punto de vista psicológico y mérido pues no se reduce a una preferencia sexual, sino a toda una metamorfosis El transexual puede o no ser un travestí, (el que siente placer en vestirse con las topas propias del otro sexo). Un travestí puede o no ser un homosexual y puede o no ser un transexual ”*¹⁵⁵

Conforme estudos realizados sobre o transexualismo, existem duas classificações relativamente ao transexual – o transexual primário e o transexual secundário. Os primeiros são os considerados verdadeiros transexuais, pois possuem a real intenção de modificar seu sexo; já no segundo grupo, não existe a vontade inequívoca de troca de sexo que é característica marcante dos primeiros. “(...) o transexual secundário oscila entre o homossexualismo e o travestismo, razão pela qual Aracy Klabin (1981, p. 29) define o seu impulso transexual como sendo ‘flutuante’ e ‘temporário’¹⁵⁶. Harold I. Kaplan e Benjamin J.

¹⁵³ STOLLER, Robert J, apud LAWRENCE, C KOLB, M. D *Psiquiatria clínica* Tradução de Sônia Regina Pacheco Alves 9 ed Rio de Janeiro Editora Guanabara, 1986,p 473

¹⁵⁴KAPLAN, Harold I, SADOCK, Benjamin J *Compêndio de psiquiatria dinâmica* Tradução de Helena Mascarenhas de Souza, Maria Cleonice L Schaun, Maria Cristina R Goulart, Maria Luiza Silveira e Silvia Ribeiro, 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984, p 480.

¹⁵⁵DE CARLUCCI, Aida Kemelmajer. Obra citada, p. 14

¹⁵⁶ KLABIN, Aracy Augusta Leme, apud PERES, Ana Paula Ariston Barion Obra citada, p 126

Sadock¹⁵⁷, psiquiatras norte-americanos, nos seus estudos, utilizam tal classificação, considerando, primários, todos aqueles que demonstram tal comportamento, desde os primeiros anos de vida, permanecendo inalterado por toda vida; e, secundários, aqueles que tal comportamento foi diagnosticado em período posterior, através de fortes impulsos femininos.

Estudos da psicologia e psiquiatria humana asseveram que somente os transexuais verdadeiros ou também denominados primários são pessoas que podem se submeter a cirurgias para troca de sexo, pois possuem uma vontade inequívoca para tanto. Os secundários não possuem um comportamento definido, possuem diferentes estados clínicos¹⁵⁸, por isso, denominados, também, de homossexuais travestidos. Somente através de um longo diagnóstico, através de pareceres de profissionais competentes, é que se poderá chegar a esta conclusão.

“A operação de mudança de sexo somente será indicada em se tratando de transexual primário, pois infere do seu diagnóstico a necessidade da intervenção. Motivo não há para se recomendar à cirurgia, no caso do transexual secundário. O seu quadro clínico é suscetível de mudanças e uma intervenção cirúrgica, medida drástica, requer certeza quanto à sua imprescindibilidade. Tanto é verdade que, normalmente, para se diagnosticar o transexualismo primário, para fins de submeter o paciente à operação, ele terá que passar por uma série de exames e por uma equipe de profissionais, entre eles psicólogos”¹⁵⁹

O transexualismo também aparece nas mulheres. As transexuais possuem fortes características masculinas. Muitas vezes, o sexo biológico passa despercebido das pessoas que as cercam. Como ocorre nos masculinos, as transexuais femininas possuem um desejo enorme de transformação do seu corpo, mas com grandes dificuldades, já que a medicina ainda não

¹⁵⁷ KAPLAN, Harold I , SADOCK, Benjamin J. Obra citada, p 480.

¹⁵⁸ KAPLAN, Harold I , SADOCK, Benjamin J. Idem, p 481

¹⁵⁹ PERES, Ana Paula Ariston Barion. Obra citada, p 128

criou possibilidades de dar a uma mulher o pênis e os testículos com real capacidade de orgasmo.

O grupo dos transexuais é totalmente diferente dos homossexuais. Os homossexuais aceitam a sua identidade sexual, se relacionando com indivíduos do sexo idêntico ao seu, mas jamais demonstrando a intenção na mudança do sexo biológico. Os transexuais, ao contrário, nunca aceitam o seu sexo biológico, demonstram uma profunda reprovação com seus órgãos genitais. O transexual possui “a convicção de pertencer ao sexo oposto, é uma idéia fixa que preenche sua consciência, impulsionando-o a tentar, por todos os meios, conciliar seu corpo à sua mente. Assim, segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher em um corpo de homem . Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário.”¹⁶⁰

“Os transexuais não são homossexuais Consideram-se membros do sexo oposto e se sentem amaldiçoados pelo aparato sexual errado Desejam a mudança desse aparato e, além disso, assistência cirúrgica para que possam participar das relações heterossexuais Ao contrário, um homossexual gosta de sua genitália e a utiliza com os membros de seu próprio sexo anatômico ”¹⁶¹

Armando Ganger Rodrigues¹⁶² diferencia os homossexuais dos transexuais de acordo com a psicanálise, veja-se: “Sob ponto de vista psicanalítico, o homossexual tem ego corporal masculino e ego psíquico feminino, sendo homem somaticamente. Os transexuais têm ambos os egos femininos e, somaticamente, são também homens.”

Segundo Antonio Jeová Santos¹⁶³, não se deve confundir homossexualismo com transexualismo,

“Neste, é procurada a correção da genitália para adequação ao estado psíquico do indivíduo Se alguém introjeta em seu ser a vontade de ser mulher, efetua a abolição dos órgãos sexuais masculinos, substituindo-os por

¹⁶⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues Obra citada, p 22

¹⁶¹ Pauly, apud FRAGOSO, H C Transexualismo Cirurgia Lesão corporal. Revista de Direito Penal, p 25, apud PERES, Ana Paula Ariston Barion Obra citada, p. 107

¹⁶² RODRIGUES, Armando Ganger, apud VIEIRA, Tereza Rodrigues Obra citada, p 28

¹⁶³ SANTOS, Antonio Jeová *Dano moral indenizável* 3 ed São Paulo Editora Método, 2001. p 454

femininos É o transexualismo. Há um entendimento de que, em regra, o homossexual masculino, mesmo aqueles vistos na modalidade de inversão, não tem o desejo de ser castrado, nem de sofrer cirurgia que ocasiona a oblação dos órgãos sexuais ”

É do jurista Nicolas Pérez Canovás¹⁶⁴ outro estudo sobre as diferenciações entre transexuais e homossexuais, que conclui que não podemos jamais afirmar que os homossexuais masculinos são aqueles que se sentem interiormente como mulheres e, da mesma forma, os homossexuais femininos não são os que desejam pertencer ao sexo oposto. O transexual sente uma profunda fascinação pelos atributos do outro sexo, que chega até mesmo a identificar-se com ele, desvalorizando completamente o seu próprio corpo. Ao contrário, os homossexuais não têm esta fascinação pelos atributos do outro sexo, a fascinação se desenvolve com indivíduos do seu próprio sexo, não possuindo nenhum interesse pelo sexo oposto.

Seção IV – Bissexual

O bissexualismo é condição primitiva do ser humano. Tal idéia surgiu desde os tempos mais remotos, através da história contada por Platão em sua obra “Banquete”, onde diz que o homem e a mulher foram um só ser, e que acabaram divididos, sempre buscando, com grande esforço, um retorno ao seu estado anterior. “Este mito representa uma das abordagens mais antigas do homem ao enigma de existência de dois sexos.”¹⁶⁵

Nos indivíduos bissexuais, existe, como nos heterossexuais e nos homossexuais, a coincidência entre o sexo biológico e a identidade de gênero; contudo, a escolha volta-se alternativamente para o sexo oposto ou para o mesmo sexo.

¹⁶⁴CANOVÁS, Nicolas Pérez, apud MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, p. 74

¹⁶⁵ RADO, Sandor. Um exame crítico do conceito de bissexualidade. In: MARMOR, Judd (Org) *A inversão sexual*. As múltiplas raízes da homossexualidade. Tradução de Christiano Oiticica. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1973, p. 45

Os indivíduos bissexuais são aqueles que possuem relacionamentos sexuais com ambos os sexos. ou seja, “caracterizam-se pela alternância na prática sexual, que ora se realiza com parceiros do mesmo sexo, ora com parceiros do sexo oposto.”¹⁶⁶

Seção V – Travestismo

O termo travestismo foi criado em 1910, por Hirschfeld, que também significava roupas cruzadas ou roupas trocadas.¹⁶⁷

Alguns autores consideram o termo travestismo inapropriado, pois estaria restrito às pessoas que usam roupas do sexo contrário, indicando para tanto o termo transvestismo. Como no Brasil o termo mais comumente usado é o travestismo, adotaremos este, para melhor entendermos tal perversão.

O travestismo também é denominado eonismo. Os travestis possuem um comportamento psíquico controvertido, principalmente no que diz respeito ao incremento das vestes do sexo oposto, assim, muitas vezes, possuem comportamento próprio do sexo masculino, outras vezes, do sexo feminino.

“Considera-se travestismo ou eonismo a entidade na qual os indivíduos apresentam uma inclinação ao uso de trajes típicos do sexo oposto.”¹⁶⁸

Tereza Rodrigues Vieira, classifica os travestis em dois grupos diferenciados: o doméstico e o público.

“O tipo doméstico é clandestino, frequentemente do sexo masculino, que se veste, se maquia como mulher quando está sozinho. Quando casado, ao apossar-se das vestimentas, se admira diante do espelho Para completar a ilusão, ele confecciona seios postiços, introduzindo-os em um soutien Ele pode ser bastante hábil e organizado para evitar durante longos anos os dramas conjugais suscitados pela desagradável descoberta de seu teatro privado O tipo público se traveste geralmente de forma ostensiva e deseja que as pessoas

¹⁶⁶ PERES, Ana Paula Ariston Barion Obra citada, p. 118.

¹⁶⁷ OLAZÁBAL, Luisa Campos, apud SZANIAWSKI, Elimar Obra citada, p. 52.

¹⁶⁸ SZANIAWSKI. Elimar Obra citada, p. 52.

parecem que se trata de alguém do sexo oposto. A maioria ganha a vida se prostituindo”¹⁶⁹

No travestismo, apesar da identidade biológica corresponder ao seu sexo biológico, este não coincide com a identidade de gênero e a escolha do parceiro sexual, que poderá ou não se dirigir para o mesmo sexo. “O travestismo, em geral, começa entre os cinco e quatorze anos, na associação dos objetos de vestuário feminino, com gratificação social, através da masturbação.”¹⁷⁰ É muito comum tal comportamento em famílias onde a mãe deseja uma filha mulher e acabou educando seu filho como se do sexo feminino fosse.

Ao contrário do transexual, o travesti não tem a vontade de mudança de sexo, aceita a sua identidade sexual, os seus órgãos genitais são fonte de prazer e embora possua uma preferência sexual com indivíduos do mesmo sexo, jamais se submeteria à remoção da sua genitália. Os travestis buscam a sedução, a beleza provocante através das vestimentas, o que, muitas vezes, chega à vulgaridade. “Manifesta, através de atitudes e trejeitos, as suas preferências, chegando a ser grotesco (...)”¹⁷¹

*“Em geral o travesti é homossexual, mas nem todo o homossexual é travesti. Alguns cultivam atributos eminentemente masculinos, tais como vestuário, barba e outros costumes que lhes conferem aparência máscula, embora outros, denominados homossexuais efeminados, além de sua preferência pelo coito anal, podem revelar uma tendência ao transvestismo, quando, então, cultuam uma aparência bizarra, excêntrica, parodiando grotescamente as mulheres, sem contudo nutrirem interesse em se parecer com uma mulher normal”*¹⁷²

“Para o travesti, a roupa (...) funciona como um véu sob o pênis, sobre o vestido (...) Seria um jogo de revelação, ligado ao olhar e ao pudor do outro: mostrar que ali, onde se

¹⁶⁹ VIERA, Tereza Rodrigues. Obra citada, p. 38

¹⁷⁰ LAWRENCE, C. KOLB, M. D. Obra citada, p. 473.

¹⁷¹ HOJDA, Matilde J., apud BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais*. Aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21

¹⁷² MOUSNIER, Conceição S., apud CHAVES, Antonio. Obra citada, p. 129

esperava não haver nada, há alguma coisa'. Quanto ao transexual, serve para lhe proporcionar aparência feminina.”¹⁷³

Conforme ensinamento de Luís Roberto Lucarelli¹⁷⁴: “Os travestis são, na verdade, indivíduos que se contentam com o uso de roupas do sexo oposto, o que não impedem que se relacionem sexualmente com pessoas de sexo diferente do seu, podendo levar vida dupla. São homens e desejam continuar como homens. O ‘travesti’ é, no dizer dos doutos, um feticlista, chegando a ser grosseiro.”

¹⁷³ MILLOT, Catherine, apud PERES, Ana Paula Ariston Barion. Obra citada, p. 123

¹⁷⁴ LUCARELLI, Luís Roberto, apud VIERA, Tereza Rodrigues. Obra citada, p. 22.

CAPÍTULO III – POSSÍVEIS ETIOLOGIAS¹⁷⁵

Para alcançarmos nosso objetivo, ou seja, para que possamos dimensionar o fato jurídico existente nas relações entre pessoas do mesmo sexo, se faz imprescindível o conhecimento prévio das possíveis etiologias.¹⁷⁶

Acreditamos que somente através de um estudo multidisciplinar, com a interlocução da matéria sob vários campos do saber, tanto nas ciências biológicas, como nas ciências sociais, poderemos melhor entender as facetas da homossexualidade, visto a complexidade do tema, já que existem diversos fatores que podem condicioná-la.

Mesmo após inúmeras pesquisas interdisciplinares¹⁷⁷, que tiveram início no século XIX, quando se deixou de lado a moralidade e se valoraram principalmente as pesquisas médicas, ainda encontramos entre os estudiosos dúvidas acerca das causas da homossexualidade, pois não é clara a sua compreensão e conceituação. São várias as teorias que encontramos, tentando explicar as causas da homossexualidade, algumas de cunho biológico, outras de cunho psicanalítico e ainda outras, de cunho social, mas todas sob diferentes pontos de vista. David Epelbaum Zimerman¹⁷⁸ diz que a expressão homossexualidade é polissêmica, já que apresenta vários sentidos e significados, desta forma, as opiniões dos autores ora coincidem entre si, ora são totalmente ambíguas, e muitas são as vezes que se complementam. Muitos pesquisadores chegam a concluir, embora vários estudos, que ainda são ausentes pesquisas conclusivas que possam, adequadamente, explicar

¹⁷⁵ Etiologia é a parte da medicina que trata das origens das doenças

¹⁷⁶ SABATÉ, Luiz Munõz, apud Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n 70001388982, julgada em 14 mar de 2001, Rel Des José Carlos Teixeira Giorgis, p 13. “La homosexualidad es tal vez una de las desviaciones sexuales que más difícilmente podría ser atacada o reprobada con base solamente a argumentos derivados de una sexología comparada. Tanto si nos remontamos a las costumbres de las sociedades paralelas a la nuestra, o incluso si acudimos a las conductas de otras especies animales habremos de rendirnos a la evidencia de que se trata de un fenómeno corriente sobre el cual se han añadido diversas consideraciones de orden cultural y alguno que otro prejuicio”

¹⁷⁷ Essas pesquisas sempre sofreram a intervenção das doutrinas morais eclesíásticas.

¹⁷⁸ ZIMERMAN, David Epelbaum. Obra citada, p 174

a homossexualidade. “O tema continua gerando polêmicas, tanto do ponto de vista teórico como, técnico, e parece que as tantas posições encontradas, no mundo psicanalítico, estão longe de chegar a pontos de concordância.”¹⁷⁹

Conforme José Maria Fernandez-Martos, em estudo denominado *Psicologia e Homossexualidade*, “A psicologia científica tem de reconhecer, de entrada, que com respeito à homossexualidade é imensamente mais o que ignora que o que sabe. Como nos tempos que precederam os primeiros descobrimentos, apenas temos alguns mapas maltraçados e bem mais fruto de nossas suspeitas e intuições – também de nossos preconceitos – que de autênticas comprovações cientificamente válidas.”¹⁸⁰

Segundo Roger Raupp Rios,¹⁸¹ o primeiro grande estudo médico-científico sobre a sexualidade, foi do médico Richard Von Krafft-Ebing, que escreveu um catálogo de perversões sexuais, com ênfase para a homossexualidade.

Judd Marmor diz que: “Estamos provavelmente lidando com uma condição que não é apenas multiplamente determinada por fatores psicodinâmicos, sócio-culturais, biológicos e situacionais, mas que também reflete a importância de sutis variáveis temporais, qualitativas e quantitativas.”¹⁸²

Certamente esta visão interdisciplinar, através de uma síntese científica sob vários setores das ciências, analisando os fatores biológicos, psicológicos, sociais, culturais, será requisito indispensável para entendermos a homossexualidade, pois, como dissemos, ainda pairam dúvidas acerca do tema, a diversidade de opiniões é multifatorial. Judd Marmor¹⁸³ já dizia que um dos mais desafiadores problemas no campo da psiquiatria é o estudo da homossexualidade.

William H. Perloff¹⁸⁴ cita três elementos principais na resolução da sexualidade humana: os fatores genéticos, os fatores hormonais e os fatores psicológicos. Este último, responsável pelo controle da escolha do objeto sexual, bem como o grau da reação sexual;

¹⁷⁹ STUBRIN, Jaime P. A psicanálise e as homossexualidades. In: GRAÑA, Roberto B. (Org) *Homossexualidade* Formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 152

¹⁸⁰ FERNANDEZ-MARTOS, José Maria, apud RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Esmafe, 2001, p. 230.

¹⁸¹ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*, p. 41-42

¹⁸² MARMOR, Judd (Org) *A inversão sexual*. As múltiplas raízes da homossexualidade. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1973, p. 14

¹⁸³ MARMOR, Judd. Idem, p. 11

¹⁸⁴ PERLOFF, William H., apud RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*, p. 230

os primeiros fixam e definem os limites de operação dos outros dois grupos e os fatores hormonais, aqueles que regulam o desenvolvimento dos órgãos sexuais.

A respeito da etiologia da homossexualidade, cabe mencionar o estudo do jurista Espanhol Nicolás Pérez Cánovas, que concluiu que, quando a excitação homossexual não é aceita pelo sujeito homossexual, poderá produzir uma enfermidade mental, mais conhecida como perturbação mental “egosistónica”, mas a homossexualidade, em si, não é uma doença.¹⁸⁵

Novas teorias estão surgindo, suplantando as antigas. O que há um século considerávamos verdadeiro, atualmente sabemos ser apenas falácia. Atualmente existem pesquisas em vários campos, como a medicina, a psiquiatria, a sociologia, dentre outras, sempre interessadas no descobrimento das causas de tal comportamento.

Seção I - Fatores Biológicos

Quando analisamos os fatores biológicos da homossexualidade, encontramos teorias discordantes, opiniões contraditórias e mal-encontradas sobre o assunto. Atualmente, ainda se está a pesquisar se os fatores biológicos podem realmente ter influência no homossexualismo. Teria o homossexualismo origem genética ou hormonal? Seriam os aspectos genéticos, orgânicos ou glandulares capazes de constituir causas do homoerotismo?

Um grande número de estudiosos acredita ser a homossexualidade congênita ou hereditária, outros acreditam existir um ‘terceiro sexo’¹⁸⁶; já outros, por sua vez, concluem que os fatores biológicos não são determinantes para o comportamento homossexual, mas não os destituem de importância. As pesquisas sobre os genes, os hormônios, o sistema nervoso central, a constituição dos aparelhos genitais femininos e masculinos, ainda estão impregnadas de incertezas.

Aqueles que acreditam ser a homossexualidade hereditária pregam a sua existência desde a fecundação, de natureza puramente genética; outros acreditam ser de natureza hormonal.

¹⁸⁵ PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás, apud MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, p 39

¹⁸⁶ Tal teoria foi criada por Karl Heinrich Ulrichs, que interpretava a homossexualidade como um estágio intermediário entre o masculino e o feminino.

Atualmente, a tese de que a homossexualidade possui causas biológicas ganha importância, principalmente em razão de pesquisas que estão sendo feitas no cérebro de animais, mais precisamente no núcleo préóptico do hipotálamo, que tem atuação decisiva na distribuição dos hormônios pelo corpo e em alguns comportamentos sexuais. Pode-se citar como exemplo a pesquisa de Kay Larkin¹⁸⁷, nos Estados Unidos da América, divulgada em 04 de novembro de 2002, realizada em carneiros, em que se verificou que os animais homossexuais possuem esta parte do cérebro com o dobro de tamanho dos animais masculinos, e tem o mesmo tamanho se comparados com as fêmeas, sugerindo assim que existe um fator biológico na escolha da orientação sexual.

Apesar de todas estas teorias, ainda permanece a etiologia científica indeterminada e muitas perguntas ainda sem respostas sobre a verdadeira origem da homossexualidade sob os olhares da ciência biológica.

Seção II - Fatores Psiquiátricos

Da mesma forma das análises feitas pela biologia, quando analisamos os fatores psiquiátricos, igualmente, não encontramos um posicionamento unânime referente à homossexualidade, são inúmeras as hipóteses explicativas.

“O termo homossexualidade permite uma escuta *polifônica*, isto é, cada psicoterapeuta tem uma forma particular de entender e *escutar* e, portanto, de *interpretar* o conteúdo e a forma das mensagens verbais e não-verbais emitidas por estes pacientes a respeito de sua conduta sexual.”¹⁸⁸

Primeiramente deve-se ater ao fato de que para a psiquiatria a homossexualidade é uma perversão sexual, ou seja, os homossexuais possuem impulsos sexuais, que apenas se satisfazem com o sexo oposto, o que é um sintoma de uma perversão profunda da personalidade

A psiquiatria define o comportamento homossexual como sendo “a manifestação por um padrão vitalício de preferência do parceiro erótico, sem consciência de estímulo de um

¹⁸⁷ PROMETEU COM BR. *Pesquisa sugere que a homossexualidade tem origem biológica* Disponível na Internet: <http://www.prometeu.com.br/noticia.asp?cod+600>. Acesso em: 13 nov 2003

¹⁸⁸ ZIMERMAN, David Epelbaum. Obra citada, p 174

parceiro do sexo oposto. Todos os interesses afetivos e genitais são dirigidos para parceiros do mesmo sexo.”¹⁸⁹

Se analisarmos os vários estudiosos desta forma comportamental dentro da ciência da psiquiatria, encontraremos constantemente o indicativo da teoria de Sigmund Freud, que concluiu ser a homossexualidade um comportamento universal, existente entre todos os seres humanos, em razão de uma predisposição bissexual, contrariando anteriores estudos que consideravam a homossexualidade uma doença degenerativa. “Freud, cujas idéias sofreram forte influência Darwiniana, acreditava que todos os seres humanos passavam por uma fase ‘homoerótica’ inevitável no processo de atingir a heterossexualidade.”

“Os pervertidos¹⁹⁰ não são nem enfermos, nem naturezas obstinadamente anárquicas que se levantam contra as leis comuns. São, ao contrário, prisioneiros “malgré eux”, acorrentados a acontecimentos de sua primeira infância, que, desviados, se convertem em instintos necrosados, tornando-os, desse modo, neuróticos, sobre os quais nem a Justiça com suas leis, nem a Moral, com seus preceitos, conseguem atuar, libertando-os do conflito interior”¹⁹¹

Uma das teorias da psiquiatria é a de que os homossexuais sofrem de uma mentalidade paranóica – são totalmente neuróticos, sentem-se perseguidos por todos, estão em constante luta consigo mesmo, sempre com grande complexo de culpa, ávidos de afeto, possuem um acentuado sentimento de inferioridade, depressão do ego¹⁹², ocultando assim a sua situação comportamental. Na maioria das vezes, este sentimento de inferioridade, depressivo, provém da infância, quando sofreram imensas perseguições, sendo ridicularizados por todos. Em razão da paranóia, acabam não compreendendo o seu eu interior, tentando, na maioria das vezes, desviá-lo da realidade e, é justamente essa repressão dos seus apetites homossexuais que o

¹⁸⁹ KAPLAN, Harold I SADOCK, Benjamin Obra citada, p. 484.

¹⁹⁰ Classificação criada por Freud para todos os cidadãos que procuram o prazer por meios diferentes daqueles destinados à reprodução

¹⁹¹ FREUD, Sigmund, apud DOURADO, L. A. Obra citada, p. 20

¹⁹² DOURADO, L. A. Obra citada, p. 30

tornam cada vez mais paranóicos, já que surgem ansiedades, que não encontram sustentabilidade no seu inconsciente.

Vale transcrever a análise de Aída Kemelmajer de Carlucci¹⁹³, sobre as neuroses nos homossexuais, veja-se:

“El hecho constatado de que el porcentaje de neurosis y suicídios sea especialmente alto entre homosexuales no significa que la homosexualidad sea una conducta neurotizante, y menos aún intrínsecamente neurótica. Lo que obviamente resulta neurotizante para el homosexual es el rechazo y la eventual persecución de que es objeto por parte de la sociedad. El estigma asociado a la definición de homosexualidad es tan fuerte en nuestra sociedad que ha obligado al homosexual a buscar mecanismos de defensa para poder evadir los controles sociales. El miedo a ser calificado como homosexual y por tanto perder su trabajo, la posición social, etcétera, ha obligado a muchos homosexuales a buscar mecanismos para ocultar o negar su identidad sexual ()”

O comportamento acima apontado é visto nitidamente pelo depoimento de um paciente homossexual ao seu psiquiatra, encontrado na obra de Caprio e Brenner¹⁹⁴ “(...) Recordo-me de que era tímido, introvertido e extremamente rabugento aos quinze anos. Comecei a masturbar-me aos onze ou doze. Poderia atribuir isso à sensação de insegurança e de inferioridade, a esse tempo?”

Caprio e Brenner acreditam que os homossexuais possuem sérios problemas, acabam com o decorrer do tempo, tomados pela insegurança e adquirindo tendências masoquistas, e acabam caindo num estado depressivo que pode levar até mesmo ao suicídio.¹⁹⁵

A psiquiatria também faz um profundo estudo sobre a chamada identidade de gênero no desenvolvimento sexual, onde se investiga a autodesignação do indivíduo como homem ou

¹⁹³ DE CARLUCCI, Aída Kemelmajer, apud MEDINA, Graciela *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, p 40

¹⁹⁴CAPRIO, Frank S. BRENNER, Donald R. Obra citada, p 100

¹⁹⁵BAUER, Bernard A, apud CAPRIO, Frank S, BRENNER, Donald R. Obra citada, p 93

mulher. Conforme ensinamento de C. Lawrence e M.D.Kolb,¹⁹⁶ a identidade de gênero é fruto das atitudes dos progenitores antes e após o nascimento da criança, bem como de todas as exibições às quais a criança está exposta em relação às expectativas, desejos e fantasias dos próprios pais.

Seção III - Aspectos Médicos

Os estudos médicos sobre a homossexualidade têm o nome do médico húngaro Benkert como referência. Tal médico, como anteriormente apontado, foi quem empregou pela primeira vez o termo homossexualidade, no ano de 1869, sendo que em seus estudos considerou uma doença. E assim o foi, até o ano de 1973; somente a partir deste momento se passou a analisá-la como um comportamento aceitável.

O psicanalista Roberto Barberena Graña¹⁹⁷, em seus estudos sobre a história clínica da homossexualidade, cita várias fases de estudos sobre as possíveis etiologias da homossexualidade. Inicia citando Aristóteles, que considerava que a homossexualidade era decorrente de uma obstrução congênita da passagem do esperma através do pênis, que obrigava assim o sêmen a buscar sua liberação pelo ânus, o que provocava o desejo anal do homem. Após, indica os estudos do médico Romano Caelius Aurelianus, que iniciou a pesquisa sobre a inversão dos gêneros e as perturbações mentais. Cita também o trabalho de Alberto Magnus, que considerava a homossexualidade uma doença contagiosa de difícil cura.

Muitas pesquisas foram elaboradas, antes de se retirar o rótulo de enfermidade dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, principalmente através do acompanhamento psiquiátrico e psicológico de pacientes homossexuais. Mas, até ser eliminada da lista das enfermidades, passou-se por fases onde foi considerada doença degenerativa do sistema nervoso, doença mental hereditária, etc... Vários tratamentos foram experimentados, desde a castração, choques convulsivos, tratamentos hormonais, inclusive a chamada “ terapia de

¹⁹⁶ LAWRENCE, C KOLB, M D Obra citada, p 471.

¹⁹⁷ GRAÑA, Roberto Barberena É a homossexualidade um problema “clínico”? In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (Coord) *Homossexualidade* Discussões jurídicas e psicológicas Curitiba Juruá, 2001, p. 158

aversão”.¹⁹⁸ Muitos passos foram dados até a conclusão de que a homossexualidade jamais poderia ser uma doença, pois tais pacientes não possuíam nenhuma patologia e nenhuma diferenciação dos também analisados pacientes heterossexuais.

“Muitos autores acreditam que a impotência viril pode levar à homossexualidade ou, quando menos, é um dos seus mais importantes fatores. Acredita-se que acontece justamente o contrário. O indivíduo, em alguns casos, se torna impotente porque seu objetivo sexual secreto inconsciente é o homem e não a mulher. As tendências homossexuais vigorosas, não resolvidas, impedem o normal desenvolvimento sexual e criam uma neurose que traduz o conflito entre aquelas tendências e o senso moral. Uma vez superadas as inibições mórbidas, desaparecem o conflito e a impotência.”¹⁹⁹

Mas, em razão da complexidade do tema, a ciência médica também não concluiu quais os fatores exatos que podem levar a tal comportamento, muitas pesquisas ainda persistem, mas até o momento, sem unanimidade.

Seção IV - Fatores Psicológicos

Assim como não existe unanimidade, nem é clara a conceituação e inserção da homossexualidade nos campos da medicina, da psiquiatria e da biologia, também não o é o apontamento dos seus fatores psicológicos determinantes. Persistem, também na ciência da psicologia, as dúvidas e as incertezas acerca do homossexualismo.

A psicologia ensina que o papel dos pais é importantíssimo na análise do comportamento dos seus filhos. Todos nós, mesmo leigos no assunto, temos conhecimento da teoria psicológica que entende ser o contexto familiar importantíssimo para a formação dos

¹⁹⁸ Conforme SPENCER, Colin. Obra citada p. 335 “A ‘terapia por aversão’ foi utilizada na Tcheco-Eslováquia, pelos Drs. J. Srnec e Kurt Freund. (.) Srnec e Freund utilizavam eméticos (drogas indutoras de vômito) e slides. Primeiro, administravam ao paciente um café ou chá com emético; 10 minutos mais tarde, uma injeção subcutânea com uma mistura de emetina, apomorfina, pilocarpina e efedrina. Em seguida, mostravam-lhe slides e filmes com homens nus e pediam que visualizasse esses homens como parceiros sexuais. Uns cinco minutos depois, o paciente começava a se sentir mal e vomitar. A sessão se repetia mais ou menos umas seis vezes (.).”

¹⁹⁹ DOURADO, L. A. Obra citada, p. 52.

seus integrantes. É na família, nas relações intrafamiliares, que se inicia a construção do sentimento de identidade. Muitos estudiosos apontam a estreita ligação dos desejos inconscientes dos pais, relativamente aos seus filhos.

O comportamento dos progenitores é fator que contribui para a homossexualidade, principalmente a conduta da figura materna, pois acreditam que os homossexuais possuem uma afeição e uma ligação intensa com a mãe, justamente em razão desta ligação profunda poderá adquirir traços femininos, identificando-se como tal. Acredita-se que esta profunda relação, na maioria dos casos, surge na ausência ou indiferença do pai. Faltarão a esta criança um modelo de identificação²⁰⁰ do sexo masculino que possa ser introjetado com admiração.

“Se os meios familiar e social não são favoráveis a um desenvolvimento psicosssexual maduro e saudável, o impulso dirigido a uma heterossexualidade madura será bloqueado ou desviado. Assim, um menino intimamente ligado a sua mãe, durante seus anos de desenvolvimento e privado de uma associação íntima com o pai, através da hostilidade, indiferença ou ausência posterior, estará propenso a relações homossexuais como sua forma preferida de gratificação sexual na vida adulta. Há muita evidência, tanto clínica como de laboratório, de que o desenvolvimento heterossexual eficaz no homem e em animais depende dos contatos contínuos com membros de ambos os sexos durante todo o desenvolvimento”²⁰¹

Muitos psicólogos que escrevem sobre o assunto concluem, através de suas experiências clínicas, que grande parte dos homossexuais têm pais com graves problemas psíquicos, muitos são alcoólatras. Veja-se o depoimento de um paciente ao seu psiquiatra “(...) Sempre senti desprezo por meu pai. Foi um beberrão inveterado (...) Em casa éramos todos infelizes. Havia muitas desavenças (...) Ele jamais nos dava atenção (...) Eu sempre o temi (...) Costumava beber tanto que acabava dormindo sobre o sofá, com as garrafas ao redor dele.”²⁰²

²⁰⁰ZIMERMAN, David Epelbaum Obra citada, p. 185

²⁰¹LAWRENCE, C KOLB, M. D. Obra citada, p. 471.

²⁰²CAPRIO, Frank S , BRENNER, Donald R Obra citada, p. 102-103

Os principais fatores analisados através da figura paterna, conforme estudo de David Epelbaum Zimerman são: “o pai se mantém física e geograficamente muito afastado do lar; ele é exageradamente frágil e dominado pela mulher; ou excessivamente tirânico; no entanto, a principal causa é quando a imagem do pai, apesar de seus esforços, é denegrida pelo discurso da mãe na determinação dos valores do filho. Com outras palavras, a imagem que a criança introjetará da figura do pai é a mesma que esta tem do marido.” Através da análise de inúmeros casos tratados em seu consultório, David ainda conclui que enquanto a homossexualidade masculina se refere a falta da figura paterna, no caso dos homossexuais femininos existe a figura de um pai sedutor e seduzível²⁰³, que leva a menina a fuga do incesto, buscando assim a segurança na figura materna.

“O homossexualismo traduz indiscutível situação neurótica, resultante de ‘fixações’ou persistência, na idade adulta, da sexualidade infantil, agravada por influência das constelações familiares.”²⁰⁴

Muitos psicólogos desenvolvem a teoria de que a privação do convívio familiar, aqui se diga tanto paterno como materno, quando os sujeitos iniciam a convivência fora do ambiente da família, perdendo assim a proteção, o amor e os afagos da família, também podem desenvolver um comportamento homossexual, pois estaria o sujeito obrigado a compensar esta falta de carinho, de proteção em companheiro do mesmo sexo que o seu.

Outra teoria existente na psicologia é aquela que prega que o ambiente social vivenciado pelo sujeito, fortalece a tendência ao modo de vida homossexual. Para esta teoria, o meio é decisivamente influente no aparecimento da tendência homossexual. Tais estudiosos acreditam que a privação heterossexual prolongada é fator certamente tendencioso. O desejo sexual é próprio do ser humano, é instintivo, assim persiste em qualquer ambiente social, e, nos locais onde os sujeitos estão privados do sexo oposto, o resultado inevitável é o relacionamento sexual com alguém do seu próprio sexo. Podemos citar, como exemplo, o que ocorre com os presidiários, com os marinheiros. O Dr. Bernard A. Bauer²⁰⁵ esclarece tal teoria: “Está absolutamente provado que a homossexualidade aparece sempre que pessoas do

²⁰³ZIMERMAN, David Epelbaum Obra citada, p 192

²⁰⁴DOURADO, L A Obra citada, p 57

²⁰⁵BAUER, Bernard A , apud CAPRIO, Frank S , BRENNER, Donald R. Obra citada, p. 91.

mesmo sexo são obrigadas, por condições externas, a viver em mínimo contato, entre si, em virtude da ausência de pessoas do sexo oposto.”

Seção V - Fatores sócio-culturais

Sem dúvida, não poderíamos deixar de citar a grande influência sócio-cultural no comportamento homossexual. Ninguém contesta, na atualidade, os efeitos condicionantes indiretos dos costumes e códigos sociais, que são ditados por determinadas culturas.

Os costumes, o ambiente social, a religião, os fatores econômicos, os fatores políticos determinam grandes e decisivas mudanças na maneira de surgir, encarar e abordar a homossexualidade.

O trabalho, principalmente experimental, desenvolvido por profissionais que estudam o comportamento homossexual, demonstram serem de demasiada importância às condições sócio-culturais.

Se analisarmos diferentes grupos sociais, nas mais longínquas regiões do universo, não teremos dúvida das variações culturais, não apenas no que se refere à homossexualidade, podendo concluir que os comportamentos podem ser totalmente antagônicos.

Portanto, deve-se relacionar a influência da cultura e o meio ambiente sobre o indivíduo.

*“Os fatores sociais, e culturais também, possuem importante relação com as atitudes referentes à homossexualidade entre homens e mulheres em qualquer cultura dada. Em algumas sociedades, a adoção de papéis de inversão de gênero, inclusive o travesti, é aberta apenas a um dos sexos. Na sociedade ocidental moderna, roupas masculinas em pessoas do sexo feminino encontram um grau de aceitação que é inexistente quanto a roupas femininas em elementos do sexo oposto.”*²⁰⁶

²⁰⁶ MARMOR, Judd. Obra citada, p. 20-21

As variações do caráter humano se devem à diversidade das culturas.²⁰⁷ A educação e o ambiente sócio-cultural são fundamentais na gênese do homossexualismo.

“A cultura é um dos principais meios de adaptação humana e, neste sentido, auxilia os indivíduos a adaptarem-se ao mundo da natureza e das relações sociais, as culturas definem normas de conduta sexual nos mesmos ambientes ou padrões em que definem as relações sociais, educacionais, econômicas e políticas. Um ponto de vista cultural sobre qualquer aspecto do comportamento acentua assim a identificação social, bem como a identificação sexual e a auto-identificação. Existem, em todas as culturas, definições sociais de conduta ligadas com definições sexuais e com noções de comportamento pessoal adequado. Na verdade, essas ligações são a maneira pela qual as culturas auxiliam o homem nas adaptações ao mundo da natureza, ao “cosmo” e a outras pessoas, masculinas e femininas, na sociedade.”

O comportamento humano não é preestabelecido, mas resulta de paulatino ajuste que advém de aprendizagem e preparação cultural. É produto de interação com outros indivíduos, a personalidade surge das forças interpessoais e sociais que atuam desde o berço.²⁰⁸ Se analisarmos os aspectos históricos da homossexualidade, certamente chegaremos a esta conclusão. Na antiguidade, citando como exemplo a Grécia, os padrões culturais e sociais eram totalmente opostos aos vivenciados na atualidade. Quando falamos em comportamento sexual, naquela época, lembramos a homossexualidade como uma atividade sexual nobre, considerada como uma necessidade natural, tanto que foi considerada como o maior berço histórico do homoerotismo. Nos dias atuais, as atitudes culturais para o comportamento homossexual são analisadas de forma totalmente diversa, hoje analisadas como um comportamento desajustado, por muitos, ainda uma doença.

“Se decorre de fatores biológicos ou genéticos, sociais ou comportamentais, o certo é que não é uma opção livre, sendo considerada um distúrbio de identidade, fruto de um determinismo psicológico inconsciente. Existem preferências e inclinações. Ser homem não é

²⁰⁷ DOURADO, L. A. Obra citada, p. 40

²⁰⁸ DOURADO, L. A. Idem, p. 41

uma preferência, como não o é ser heterossexual. A heterossexualidade também não é uma escolha, embora seja uma sexualidade mais cômoda, mais adaptada.”²⁰⁹

Portanto, ainda não temos um estudo conclusivo sobre o homoerotismo. Conforme verificamos anteriormente muitas, são as teses criadas; a matéria é um desafio para a ciência; a única certeza a que chegamos é que tal comportamento deve ser estudado de forma multifatorial, sem, contudo, investigar apenas uma minoria assimétrica de homossexuais, pois aqueles que procuram a ajuda de profissionais especializados constituem um pequeno grupo que justamente buscam ajuda em razão de dificuldades enfrentadas, assim ficam excluídos de tais análises todo o grande grupo, ou seja, aqueles que não tiveram motivação para buscar ajuda com esses profissionais.

“O desvio sexual em si não significa necessariamente desajustamento social. Embora o comportamento exclusivamente sexual, de fato, reflita – como argumenta a maior parte dos psicanalistas – uma limitação funcional da capacidade para a heterossexualidade, deve-se admitir a possibilidade de que, em certas circunstâncias, essa limitação pode não interferir, necessariamente, em um ajustamento de vida razoavelmente satisfatório. Se o julgamento dos psicanalistas sobre os heterossexuais se baseasse apenas naqueles que vêm como pacientes, não teriam a mesma impressão distorcida dos heterossexuais como um grupo?”²¹⁰

No direito comparado, relativamente às possíveis etiologias, as dúvidas também permanecem, veja-se: “No se trata de una condición intrinsecamente reprochable: no es elegida com absoluta libertad, sino que viene impuesta al sujeto por antecedentes genéticos, por una predisposición síquica, por el medio familiar o social o por todos esos condicionantes unidos.”²¹¹

²⁰⁹ RIBEIRO, Thaysa Halima Sauáia. *Adoção e sucessão nas células familiares homossexuais Equiparação à união estável*. Disponível na Internet: <http://www1.jus.com.br/doutina/imprimir.asp?id=3447> Acesso em 21 nov 2002

²¹⁰ MARMOR, Judd. Obra citada, p. 22.

²¹¹ GONZALEZ, Matilde Zavala de. Obra citada, p 139.

Tecidas essas considerações que demonstram a diversidade de hipóteses explicativas, é momento de uma análise sobre o enfrentamento da questão pelo direito comparado.

PARTE II – POSICIONAMENTO SOB A ÉGIDE DO DIREITO COMPARADO

As uniões homossexuais já se encontram tuteladas em alguns ordenamentos estrangeiros, mas são encaradas de forma bastante diversificada, conforme os fatores sócio-culturais e religiosos, e a época em que se verifica, com leis de diferentes conteúdos, desde cerimonial até o direito à adoção. Os países europeus são os que possuem tradição mais liberal, foram os pioneiros a adotar uma legislação reconhecendo direitos a estes cidadãos.

É da própria essência dos Estados democráticos liberais e das sociedades modernas a defesa dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Por esta razão, nada mais pertinente do que o posicionamento que está sendo adotado pelos vários países do mundo, reconhecendo as sociedades entre pares do mesmo sexo, deixando de lado uma concepção autoritária e discriminatória sobre o homossexualismo, não reconhecendo e excluindo as realidades sociais e culturais, em flagrante contradição com a maioria das Cartas Constitucionais dos próprios países.

Em países onde o estado religioso tem grande influência, tais como o Afeganistão, Irã e Arábia Saudita, as uniões homossexuais ainda não estão regulamentadas.

A respeito do posicionamento do Direito Comparado, cabe mencionar estudo realizado pela jurista argentina Aída Kemelmajer de Carlucci²¹², que sistematizou quatro diferentes modelos de reconhecimento de direitos nesta seara, quais sejam:

Expansivo reconhecimento ou também denominado reconhecimento em expansão: tal modelo é representado, principalmente, pelos países Escandinavos, merecendo destaque a Noruega, Dinamarca e Suécia. Podemos, também, englobar, neste seletivo grupo, a Holanda. As legislações desses países proporcionam aos casais homossexuais grandes perspectivas de igualdade com os demais casais. Já prevendo direitos no âmbito da seguridade social, legislação fiscal, direitos de propriedade e sucessórios, algumas já reconhecendo, inclusive, os

²¹² Ministra da Suprema Corte de Mendoza - Argentina

direitos de família: de casamento e adoção. Para outros pesquisadores, como Débora Vanessa Caús Brandão,²¹³ tal grupo é denominado liberal, já que são pioneiros na legalização das uniões homossexuais

Conforme Roger Raupp Rios,²¹⁴ “O modelo expandido de reconhecimento se caracteriza por enumerar providências jurídicas nas esferas da descriminalização de condutas, da existência de políticas gerais de ação afirmativa, tais como, respectivamente, revogação de legislação penal incriminadora, garantia de acesso a lugares públicos, sem restrições e apoio às organizações de homossexuais. (...)”

Reconhecimento intermediário é o modelo adotado pela França, por alguns estados norte-americanos, canadenses e austríacos. Proíbe toda e qualquer medida discriminatória, sem, contudo, apontar qualquer solução positiva.

Reconhecimento mínimo é aquele em que a preocupação é eliminar qualquer tipo de penalização dos relacionamentos homossexuais, sem qualquer meio protetivo. Este posicionamento é o adotado pela Corte Européia de Direitos Humanos. Para Débora Vanessa Caús Brandão,²¹⁵ tal grupo é denominado ‘bloco intermediário’ e abrange o maior número de países, citando como exemplo o Brasil, Bélgica, a Espanha, o Canadá, a Alemanha, dentre outros.

Reconhecimento misto é o modelo adotado pelos Estados Unidos da América, onde em alguns estados da federação, os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são tratados da mesma forma que as uniões heterossexuais; mas, em outros estados, ainda subsistem penalizações. É chamado por muitos autores de modelo federalista-plural. Roger Raupp Rios²¹⁶ inclui o Brasil neste modelo, pois convivemos simultaneamente com a ordem jurídica Federal, Estadual e Municipal, ou seja, dentro de um mesmo espaço nacional, temos diferentes níveis de proteção.

²¹³ BRANDÃO, Debora Vanessa Caús. Obra citada, p. 40.

²¹⁴ RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual. O direito brasileiro e a homossexualidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O direito público em tempos de crise*. Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado Esmafe, 2001, p. 247

²¹⁵ BRANDÃO, Debora Vanessa Caús. Obra citada, p. 41

²¹⁶ RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual*. O direito brasileiro e a homossexualidade, p. 247.

Nos estudos de Débora Vanessa Caús Brandão,²¹⁷ encontramos também uma classificação que engloba os países conservadores, onde ainda existe forte restrição aos relacionamentos homossexuais, inclusive persistindo a pena de morte, citando como exemplo os países islâmicos, a Grécia e a Irlanda, onde tal comportamento é, ainda, considerado um delito, inclusive impondo-se a pena de morte.

O Brasil, segundo Roger Raupp Rios, apesar de constituir um único espaço político, enquadra-se no grupo do reconhecimento misto, uma vez que existem diferentes níveis de proteção, existem ordens jurídicas distintas, na esfera federal, estadual e municipal, e algumas trazem dispositivos protetivos, prevendo a discriminação por orientação sexual, como, por exemplo, na Lei Orgânica Municipal de Porto Alegre-RS, enquanto em outras o assunto ainda não é legislado. Mas, deve-se esclarecer que estas legislações estaduais e municipais se resumem exclusivamente ao fator discriminação, inexistindo, até o momento, uma legislação federal que proteja estes cidadãos, o que, conforme a classificação da jurista Aída Kemelmajer de Carlucci, torna o Brasil um país de ‘sistema mínimo’, ou seja, nenhuma previsão existe a respeito das uniões homossexuais, o pronunciamento legislativo ainda não ocorreu, e os legisladores ainda se mantêm inertes a tal situação.

²¹⁷ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Obra citada, p. 40.

CAPÍTULO I – NA EUROPA

Sem dúvida, a Europa foi a precursora, no que se refere a aquisição de direitos por homossexuais, principalmente através da Corte Européia de Direitos Humanos. Igualmente, ressalta-se a importância da Resolução adotada, em 08 de fevereiro de 1994, pelo Parlamento Europeu, que grande influência teve neste caminho precursor da comunidade européia, no que se refere à aquisição de direitos. Tal resolução ratifica a igualdade de direitos entre todos os cidadãos, independentemente da sua orientação sexual, propondo a todos os Estados Europeus membros, que apliquem um tratamento igualitário para todos, suprimindo todas as disposições discriminatórias.

Os países nórdicos são os pioneiros, foram os primeiros países, no mundo, no reconhecimento de um status legal para os pares homossexuais, com uma ampla regulamentação, equiparando a união homossexual registrada ao matrimônio heterossexual, mas todos esbarraram numa intensa polêmica, principalmente através da oposição da Igreja e dos Partidos Conservadores.

Assim, fazendo referência à legislação comparada, sem dúvida, os ordenamentos jurídicos vigentes nos países europeus são os mais avançados do mundo. A grande maioria regula as uniões de fato, sejam elas formadas por integrantes homo ou heterossexuais, outorgando-lhes um estatuto jurídico, muito similar ao instituto do casamento civil.

Seção I – França

Até o ano de 1981, ainda persistia, na França, uma forte discriminação contra os homossexuais. Após esta data, com a eleição de François Mitterrand, estabeleceu-se uma igualdade sexual, com proibições às diferenciações e discriminações.

Deve-se chamar atenção para o fato de que, na França, não apenas os casais homossexuais não possuíam direitos assegurados, mas também os pares heterossexuais que

não possuíam o casamento civil. Todas as uniões não formalizadas através da instituição do casamento, homo ou hetero, não gozavam de reconhecimento jurídico. Sem dúvida, a jurisprudência, ao longo do tempo, já estava buscando e aplicando soluções aos casos concretos, mas, relativamente à legislação, a lacuna existia.

Desta forma, muitos movimentos foram formalizados em busca do reconhecimento legal destas uniões, qualquer que fosse o sexo do parceiro, até que, em 15 de novembro de 1999, foi promulgado o *Pacte civil de solidarité* (Pacto Civil de Solidariedade – PACS, Lei 99-944), estatuto que regula todas as uniões não formalizadas pelo instituto civil do casamento, sejam elas formadas por cidadãos homo ou heterossexuais. A Lei 99-944 acrescentou ao Livro 1 do Código Civil, o Título XII, denominado ‘Du Pacte Civil de Solidarité et du Concubinage’.

*“El Pacs es un contrato que permite a uno de los miembros de la pareja beneficiarse de la asistencia médica y los subsidios mínimos del otro. A partir del tercer año de la firma, permite presentar declaraciones conjuntas de la renta y beneficiarse de grandes reducciones en el impuesto de sucesión. A la hora de establecer fechas y condiciones de las vacaciones laborales, las empresas están obligadas a considerar a la pareja de hecho en pie de igualdad con los matrimonios. El derecho de arrendamiento queda traspasado automáticamente en caso de fallecimiento o abandono de un miembro”*²¹⁸

O conceito do pacto está no art. 515-1 “Contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune”²¹⁹

Conforme Caroline Mécary²²⁰ “On précisera enfin que le pacte n’est pas un contrat solennel au sens juridique du terme puisque la formalité de déclaration du pacte n’est pas une condition nécessaire à sa validité. Ainsi un pacte pourrait être conclu entre deux personnes

²¹⁸ EL PAÍS España 05 nov 2002 *Los derechos de los homosexuales en la Unión Europea*. Disponível na Internet <http://tau.uab.es/associacions/jalg/elpais2.html> Acesso em 12 fev 2003

²¹⁹ BÉNABENT, Alain *Droit civil fa famille* Paris Éditions Litec, [s d], p 5

²²⁰ MÉCARY, Caroline. apud BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Obra citada, p 53 “Há a necessidade, enfim, de se precisar que o pacto não é um contrato solene no sentido jurídico do termo, uma vez que a formalidade da declaração do pacto não é condição necessária para sua validade. Desse modo, um pacto firmado entre duas pessoas sem ser registrado seria válido, mas não poderia produzir efeitos perante terceiros”

sans être enregistré, il n'en demeurerait pas moins valide il ne pourrait pas produire d'effets à l'égard des tiers.”

Existem vários pontos comuns entre o PACS e o casamento civil, como, por exemplo, a celebração, restrita a pessoas maiores de idade, com consentimento expresso, excluindo explicitamente a poligamia, mas, em contrapartida, existem importantes diferenças, veja-se que algumas dimensões do casamento civil não estão presente no PACS, podemos indicar a ausência explícita de referência à fidelidade sexual, não criando entre os parceiros nenhuma obrigação de fidelidade, e mais, a adoção.

O art. 515-2 do Código Civil francês trata dos impedimentos para a sua celebração, como, por exemplo, ascendentes e descendentes não possuem capacidade para celebrar o PACS, bem como os colaterais até terceiro grau, veja-se o posicionamento de Alain Bénabent a respeito:

”Capacité mutuelle – Toujours par mimétisme du mariage, la loi a créé des empêchements (art 515-2-1°) qui sont même plus stricts que ceux du mariage: car si ce sont les mêmes (ascendants et descendants, alliés en ligne directe, collatéraux jusqu'au troisième degré), rien ne prévoit ici les possibilités de dispense que connaît le droit du mariage entre alliés et collatéraux du troisième degré: ceux-là sont renvoyés au concubinage.”²²¹

O art. 515-3 do Código Civil francês estabelece a forma de apresentação do PACS, que, necessariamente, é contrato solene, deverá ser apresentado na forma escrita, sempre em duas vias, indicando sempre de que forma, cada um dos integrantes contribuirá para a união, bem como a divisão dos bens.

Já, o art. 515-7 dispõe sobre as formas de extinção do PACS, que poderá ocorrer por acordo entre as partes, pelo casamento ou morte de um dos celebrantes do contrato e ainda por vontade unilateral.

²²¹ BÉNABENT, Alain. Obra citada, p 7

Seção II – Noruega

A união civil foi legalizada na Noruega no ano de 1993, com a Lei n. 40 ‘Lov om Registrert Partnerskap’ (Registro de parceria de casais homossexuais). Através desta legislação, todos os parceiros do mesmo sexo começaram a registrar as suas parcerias, sendo-lhes aplicados todos os regramentos do instituto do casamento civil.

A lei norueguesa tem, em seu texto, aspectos idênticos à lei dinamarquesa. Na verdade, a lei aprovada na Dinamarca serviu de modelo para a ‘Lov om Registrert Partnerskap’.

Conforme Débora Brandão, “a tônica da legislação norueguesa diz respeito à autoridade parental. Existe, naquele diploma legal, a possibilidade de os parceiros compartilharem a autoridade parental, ou o pátrio poder (...)”²²²

Seção III – Dinamarca

A Dinamarca foi o primeiro país a aprovar o Contrato de União Civil entre pessoas do mesmo sexo, no ano de 1989. Após o pioneirismo dinamarquês, outros países europeus legislaram de forma similar. Na verdade, alguns direitos já eram assegurados aos homossexuais, desde 1986. Mas, foi com a lei 372, de 01 de junho de 1989, que a matéria realmente passou a ser regulamentada, passando a ter vigência em 01 de outubro do mesmo ano. Através deste contrato, duas pessoas do mesmo sexo podem registrar a sua sociedade, inclusive, podendo uma das partes adquirir o sobrenome do outro. A formação e a extinção do contrato registrado serão formalizadas, da mesma forma que no instituto do casamento.

Neste primeiro momento, ocorreu uma restrição relativamente ao instituto da adoção, que atualmente já é admitido.

Deve-se chamar a atenção para o dispositivo da lei, de que somente e apenas os cidadãos de nacionalidade dinamarquesa possuem tal direito. “O requisito de um ou de ambos serem dinamarqueses para que se estabeleça a parceria registrada aponta um contraste em

²²² BRANDÃO, Debora Vanessa Caús. Obra citada, p 45

relação ao casamento, posto que dois estrangeiros, residentes num país, ainda que recentemente, podem convolar núpcias.”²²³

Seção IV – Suécia

A união civil foi legalizada, em 01 de janeiro de 1995, através da Lei n. 23 – *Ley de Registro de Parejas Homosexuales* - ²²⁴

“A Lei Sueca baseou-se em trabalhos da comissão parlamentar, constituída em 1991, contendo quase os mesmos dispositivos da lei dinamarquesa, entretanto, a lei sueca possibilita a intervenção do juiz, para o registro da união, facultativamente, mas exige, obrigatoriamente essa intervenção em caso de ruptura da mesma união ” ²²⁵

A legalização destas uniões ocorrerá através de um registro da relação, com o requisito de que uma das partes seja um cidadão sueco, com domicílio na Suécia e, mais, que sejam os seus integrantes maiores de 18 anos, sem nenhum parentesco em linha direta e que não possuam nenhum vínculo matrimonial anterior, não resolvido. E, assim, o art. 4º. da lei estabelece que, antes de proceder-se o registro, realizar-se-ão averiguações para determinar se realmente não existem impedimentos.

A lei prevê também a dissolução destas uniões, através do disposto no art. 1º., do capítulo II, declarando que a relação poderá ser dissolvida por falecimento de uma das partes e também por sentença judicial.

Na Suécia, a lei permite o reconhecimento de todas as uniões homossexuais que foram legalizadas em outros países.

²²³ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Obra citada, p 45

²²⁴ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Idem, p 46 Conforme Débora Brandão o autor do projeto de lei que deu origem a parceria homossexual na Suécia foi Barbro Westerholm, que em 05 de novembro de 1996 participou no Brasil, na Câmara dos Deputados em Brasília, de uma audiência Pública na Comissão Especial sobre a União Livre

²²⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Uniões entre pessoas do mesmo sexo. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). A família na travessia do milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, p 146

Mas, foi somente a partir de agosto de 2002, que os pares homossexuais suecos garantiram o direito à adoção. O Parlamento Sueco aprovou a adoção de crianças por parte dos pares homossexuais, respaldando, assim, uma proposta apresentada pelo governo sueco, um ano antes. Após seis horas de profundos debates, a ampla maioria dos deputados votou a favor do texto apresentado; de 198 votos, 38 votaram contra e 71 se abstiveram. A Suécia é o primeiro país do mundo que autoriza a adoção de crianças estrangeiras por casais homossexuais.²²⁶

“Con este proyecto, Suecia se convierte en el segundo país en equiparar plenamente los derechos de los homosexuales, por detrás de Holanda, que ya permitió la adopción el año pasado. La novedad en el caso de Suecia es que el país nórdico permite que las parejas de gays e lesbianas adopten a menores extranjeros Holanda restringe las adopciones de homosexuales a los niños del país, para evitar problemas con legislaciones de los países donantes.”²²⁷

Os requisitos para a adoção são os mesmos que para a adoção por casais unidos pela instituição do matrimônio, ou seja, viver juntos, e esta união estar escrita através de um registro.

Muitos cidadãos suecos e também muitos especialistas na área jurídica e da psicologia demonstram uma contrariedade muito grande à aprovação desta lei, referentemente ao aspecto da adoção, pois consideram a lei sueca extremamente liberal, pois permite a adoção internacional, o que poderá produzir o tráfico ilegal de crianças e, também, graves conflitos de direito internacional, já que a maioria dos países, ainda não admitem a adoção por homossexual. Os que demonstram esta contrariedade acreditam que pelo menos deveria ocorrer o mesmo que na Holanda, onde as adoções por homossexuais são permitidas, mas exclusivamente a crianças daquela nacionalidade.

²²⁶ CRUZEIRONET *Casais homossexuais poderão adotar filhos a partir de fevereiro na Suécia* Disponível na Internet <http://www.cruzeironet.com.br/run/35/33935.shl> Acesso em 17 dez. 2002.

²²⁷ CRUZEIRONET *Casais homossexuais poderão adotar filhos a partir de fevereiro na Suécia* Disponível na Internet <http://www.cruzeironet.com.br/run/35/33935.shl> Acesso em 17 dez. 2002.

Seção V – Holanda

A Holanda possui a legislação mais avançada do mundo.²²⁸ “A legislação holandesa é a mais liberal das existentes ao redor do mundo. (...) Essa característica assumida pela Holanda é de origem histórica. Em 1810, foi adotado, neste país, o Código Penal francês, que não tipificava qualquer conduta homossexual, e, em 1971, o Parlamento Holandês apontou idade legal para as relações hetero ou homossexuais. Em 1992, a discriminação baseada na orientação sexual tornou-se penal.”²²⁹

Desde 1998, a Holanda já admitia o registro da união de parceiros do mesmo sexo, o que garantia aos integrantes desta parceria o direito sucessório, a pensão, previdência social, direitos tributários, pensões ... Mas, foi com a aprovação da lei que admite aos homossexuais contraírem casamento, com 49 votos a favor e 26 contra, que realmente os direitos dos homossexuais foram amplamente reconhecidos, inclusive, o direito a alimentos em caso de separação e herança. Através desta lei, o Parlamento admitiu a conversão de todas as uniões registradas, até então existentes, em casamento. Concedeu-se ao casamento entre homossexuais status jurídico igual ao da união entre casais heterossexuais, conferindo aos seus integrantes direito à saúde, educação, benefícios trabalhistas, ou seja, todos os direitos que assistem aos casais heterossexuais.

“La ley, aprobada ayer definitivamente, pone punto final a um progreso de liberalización de la concepción de la familia, comenzado en Holanda ya en 1998, cuando el Parlamento de La Haya aprobó una ley que permitía la institución de las uniones homosexuales registradas. Desde entonces han recurrido a esta institución 9.500 parejas homosexuales.”²³⁰

Como ocorre entre casais heterossexuais, aos casais do mesmo sexo foi também assegurado o direito da adoção, podendo ser adotados os filhos de um dos integrantes da união ou também filhos de pais diversos dos integrantes da relação, desde que sejam holandeses,

²²⁸ Por muitos estudiosos, principalmente dos Direitos Humanos, a Holanda recebe a reputação de laboratório social europeu, pois além do matrimônio homossexual e o direito de adotar, muitas outras normas progressistas existem naquele país. como a legalização da prostituição, a legalização da eutanásia, a liberação do consumo da maconha, dentre outras

²²⁹ BRANDÃO, Debora Vanessa Caús. Obra citada, p 48

²³⁰ *Alemania La Cámara baja reconoce las uniones homosexuales Holanda Concede a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar Itália Discriminación gay en Itália* Disponível na Internet <http://www.utopia.pcn.net/hmsx3.html>. Acesso em 12 fev 2003.

ou seja, a adoção internacional ainda permanece vetada, evitando-se assim conflitos internacionais com outros países que não admitem o casamento homossexual e também evitando a chegada de uma avalanche de casais homossexuais que não residam na Holanda, mas que desejam casar-se e adotar seus filhos, já que no seu país não existe este reconhecimento, transformando-se, assim, a Holanda, em um país de turismo homossexual.

Referentemente à adoção, percebe-se um rigorismo na lei, pois apenas os pares que estejam vivendo juntos a mais de três anos é que possuem condições de adotar.

Na Holanda, a aprovação de tal lei teve o consentimento da grande maioria da população, segundo uma investigação, que a considerou um triunfo máximo pelo tratamento igualitário de todos os cidadãos.

Mas, ao mesmo tempo em que a maioria da população aprovava, muitas manifestações, principalmente por parte da Igreja Católica, repudiavam e manifestavam a sua contrariedade. Veja-se o posicionamento do Cardeal Adrianus Johannes Simonis, presidente da Conferência Episcopal da Holanda: “Todos los educadores afirman que la mejor educación es la que se ofrece em uma pareja heterogénea, por ello, aunque se presenten peticiones de adopción, precisamente para garantizar la felicidad de los niños, no deben permitirse las adopciones a las parejas homosexuales.”²³¹

No momento em que a lei entrava em vigor, mais precisamente, à meia noite, quatro casais homossexuais holandeses, três pares masculinos e um feminino, oficializaram o seu matrimônio, cerimônia presidida por Job Cohen, ex-secretário de Justiça do Estado Holandês, que foi um dos impulsionadores do direito à adoção na Holanda.

Deve-se esclarecer que os casamentos entre pares do mesmo sexo, apenas e exclusivamente, serão celebrados entre cidadãos que legalmente comprovem a residência no país, evitando-se assim, que muitos outros homossexuais saiam de seus países conservadores, e busquem, na Holanda, apenas a celebração da união. “(...) La ceremonia es muy semejante a la del matrimonio civil: se celebra ante un funcionario del ayuntamiento, hace necesaria la presencia de testigos y cuesta lo mismo.”²³²

²³¹ *Alemania. La Cámara baja reconoce las uniones homosexuales Holanda Concede a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar Itália Discriminación gay en Itália* Disponível na Internet <http://www.utopia.pcn.net/hmsx3.html>. Acesso em 12 fev 2003.

²³² *EL PAÍS DIGITAL Holanda y los países nórdicos equiparan las parejas del mismo sexo al matrimonio* Disponível na Internet <http://tau.uab.es/associacions/jalg/elpais2.html>. Acesso em 12 fev. 2003

Como ocorre com os casais heterossexuais, permite-se aos pares homossexuais o divórcio.

Através da promulgação desta lei, a Holanda, sem sombra de dúvidas, está na linha de frente, vanguardista, pelos direitos dos homossexuais, uma posição que, até este momento, era ocupada pela Dinamarca, primeiro país a reconhecer as uniões homossexuais, no ano de 1989.

Débora Brandão comenta que atualmente algumas reformas estão sendo discutidas a fim de se fazer pequenos ajustes na legislação, principalmente no que se refere à adoção pro casais do mesmo sexo.²³³

Seção VI – Alemanha

Atualmente, na Alemanha, a situação vivenciada pelos homossexuais é totalmente antagônica àquela vivenciada na época nazista, em que o homossexualismo era ferozmente reprimido, inclusive com a pena de morte. Mas, para chegar à atualidade, muitos caminhos sinuosos foram ultrapassados. O Partido União Cristão-Democrático e o Partido Liberal se opuseram totalmente à aprovação da lei, pois a consideravam inconstitucional, o que acabou retardando a sua aprovação. A Igreja, igualmente, se opôs à lei, criticando abertamente o seu texto; o Bispo Karl Lehmann, em uma Conferência Episcopal Alemã, declarou, efusivamente, que considerava a lei: “La promoción y el apoyo intencionado del estilo de vida homosexual”,²³⁴ O Ministro Federal do Interior, o social democrata Otto Schily²³⁵, da mesma forma, demonstrou a sua contrariedade: “ La ley equipara lãs uniones homosexuales con el matrimonio. Desde mi punto de vista, esto es inconciliable con la constitución. Formas de uniones alternativas no pueden gozar de la misma tutela que el matrimonio.”

²³³ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Obra citada, p. 52.

²³⁴ *Alemania. La Cámara baja reconoce las uniones homosexuales Holanda Concede a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar Itália Discriminación gay en Itália.* Disponível na Internet: <http://www.utopia.pcn.net/hmsx3.html> Acesso em 12 fev 2003

²³⁵ *Alemania. La Cámara baja reconoce las uniones homosexuales Holanda Concede a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar Itália Discriminación gay en Itália* Disponível na Internet: <http://www.utopia.pcn.net/hmsx3.html> Acesso em 12 fev 2003

Na Alemanha, em agosto de 2001, foi aprovada a lei que regulariza a união por meio de um contrato de vida em comum. As uniões homossexuais passaram, desde então, a gozar de direitos próprios da instituição do matrimônio, como herança, seguridade social ...

A nova lei alemã possui os mesmos moldes das leis dinamarquesa e francesa, prevendo uma cerimônia solene para perfectibilização da união.

Seção VII – Portugal

Em Portugal, até bem pouco tempo, a Lei que regula as ‘Uniões de Facto’ restringia os direitos aos casais de sexo diferente, desta forma, muitos movimentos foram realizados juntamente com representantes do Parlamento Português, para que tais direitos fossem acrescidos aos pares homossexuais.

O Parlamento Português já aprovou uma lei que dá aos casais homossexuais os mesmos direitos dos casais heterossexuais. Todos os direitos restritos aos casais de sexo oposto foram ampliados para os casais do mesmo sexo. No entanto, não lhes foi concedido, ainda, o direito à adoção. Atualmente existe uma luta muito grande para a aquisição do direito à adoção, sem discriminação em função da orientação sexual.

A Lei 7/2001, de 11 de maio, requer, através do disposto no seu art. 1º, a convivência de fato dos integrantes de no mínimo dois anos e impede o benefício desta lei, através do seu art. 2º, a todos os menores de 16 anos, àqueles que possuam casamento anterior não dissolvido ou parentesco com o outro integrante do par.

Através do art. 4º, aos integrantes do contrato de união fica assegurado, em caso de morte, o direito real de habitação, pelo prazo de cinco anos, não se aplicando tal regra, se, por ventura, o falecido tiver deixado descendente com menos de um ano de idade ou no caso de disposição testamentária em contrário.

Seção VIII – Espanha

O ordenamento espanhol já reconhece alguns efeitos jurídicos decorrentes das uniões homo e heterossexuais, mas ainda não possui uma lei específica que regulamente tais relacionamentos. Permanece, ainda, a disposição da Constituição Espanhola, segundo a qual

um homem só pode se casar com uma mulher e uma mulher com um homem, excluindo-se assim qualquer relação entre pessoas de mesmo sexo.

A Espanha é um país, se analisado através das suas legislações, de modelo misto, pois seus Estados possuem leis totalmente independentes. Portanto, a situação jurídica e social dos pares homossexuais na Espanha é muito distinta em função de cada região, já que não existe uma legislação nacional. Desta forma, algumas comunidades autônomas, como Cataluña, Navarra, Astúrias, etc...²³⁶ já promulgaram suas próprias leis, totalmente autônomas, regulamentando a convivência de fato.

*“Siguiendo con el Derecho vigente, ya no estatal sino autonómico, son en la actualidad tres la Comunidades Autónomas que han promulgado sus propias leyes sobre convivencia extramatrimonial; por orden cronológico la Comunidad Catalana, por ley 10/98, de 15 de julio, sobre uniones estables de pareja; la aragonesa, por ley 6/99, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas; la Comunidad Foral Navarra, por ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables ”*²³⁷

Portanto, a Cataluña foi a região pioneira na Espanha, iniciou seu projeto normativo autônomo, que acabou entrando em vigor em 15 de julho de 1998. Foi a primeira lei que regulamentou as uniões de fato na Espanha, apenas discriminando os homossexuais frente aos heterossexuais quanto à adoção. Logo após, a Catalunã; menos de um ano depois, foi a vez de Aragon aprovar sua própria lei normativa, nos mesmos moldes da Catalunã.

Através destas leis autônomas, estas comunidades oferecem um amplo estatuto de direitos pessoais e patrimoniais aos conviventes, tanto homossexuais como heterossexuais, com grandes semelhanças ao instituto do casamento civil, sendo que apenas Navarra admite a adoção conjunta por casais homossexuais. A lei da Cataluña e de Aragon vetam a adoção, para casais homossexuais, mas possibilitam a adoção para cidadãos solteiros, deixando, assim, em

²³⁶ Después de 1999 nacen a Ley de Parejas de Navarra, la Ley de Parejas de Hecho de Valencia. el Principiado de Astúrias y la Comunidad de Madrid, así como la Ley de Parejas Estables de las Islas Baleares

²³⁷ HÉRVAS, Dolores García. *Las mal llamadas uniones de hecho* Disponível na Internet <http://www.archimadrid.es/alfayome/menu/pasados/revistas/2000/oct2000/num229/enport/e> Acesso em 12 fev 2003

aberto a possibilidade para indivíduos homossexuais solteiros, mas a Coordenadora de Gays e Lésbicas de Madrid, Boti G. Rodrigo, diz que esta possibilidade, na prática, é impossível.²³⁸

Outras comunidades espanholas como Andalúcia e Canárias já anunciaram a tramitação de uma lei que reconhece direitos iguais a todos os integrantes as uniões de fato, sejam elas homo ou heterossexuais. Podemos citar, também, o projeto apresentado, em 17 de julho de 2002, que se encontra na Corte de Castilla e Leon, apresentado pelo Grupo Parlamentar Socialista, que, através do teor do seu art. 1º., expõe seus objetivos, veja-se:

*“ La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas que contribuyan a garantizar el principio de no discriminación en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, de manera que nadie pueda ser discriminado por razón del grupo familiar del que forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan por náloga relación de efectividad, con independencia de su orientación sexual. ”*²³⁹

Tal projeto terá apenas aplicação no âmbito territorial da Comunidade Autónoma de Castilla e León, desde que os pares comprovem, em primeiro lugar a maioria ou sua emancipação e, após, a notoriedade da relação, com vínculo afetivo similar ao conjugal, e a inexistência de vínculos de parentesco entre os seus integrantes. Deverão, igualmente, comprovar a convivência, de no mínimo 12 (doze) meses, ininterruptamente. Essas uniões se constituirão através da inscrição em “Registro Administrativo de Parejas Estables de la Comunidad de Castilla y Leon”²⁴⁰, onde constará, inclusive, o regime econômico-patrimonial.

Na Espanha, os direitos dos casais homossexuais, estão sendo analisados timidamente, mas podemos citar a “Ley de Arrendamientos Urbanos”, como a primeira lei federal espanhola que faz uma equiparação, reconhecendo o direito de sub-rogação *causa mortis* sobre o imóvel

²³⁸ MUEZ, Mikel. *Navarra permite por primera vez en España adoptar niños a las parejas homosexuales* Disponível na Internet: http://www.ctv.es/USERS/juan_madiaz/navarra.htm. Acesso em 12 fev 2003

²³⁹ *Proposición de ley para la igualdad jurídica de parejas estables PPL CCYL/13/5/2002* Disponível na Internet <http://www.ccy.es/Documenta/leys/ppl5200214a.htm> Acesso em 14 fev 2003

²⁴⁰ *Proposición de ley para la igualdad jurídica de parejas estables PPL CCYL/13/5/2002* Disponível na Internet <http://www.ccy.es/Documenta/leys/ppl5200214a.htm>. Acesso em 14 fev 2003.

objeto do arrendamento. Sendo que, quando ocorrer o falecimento de um dos membros de uma união de fato, o outro integrante da união, cujo nome figurava no contrato de arrendamento, pode continuar com o contratado, independentemente de sua orientação sexual.

Muitos estudiosos do assunto, favoráveis à legalização de tais uniões, clamam para uma lei única na Espanha, ou seja, uma lei nacional, que seja aplicada em todo o território, pois os cidadãos dependem muito das leis da comunidade em que vivem, dentro de um mesmo país, o que é totalmente inconcebível.

Dolores García Hervás, professora titular de Direito Eclesiástico da Universidade de Santiago de Compostela, sustenta a sua contradição, veja-se

“Pero, además, argumentos como la libertad para decidir sobre su orientación sexual (), el derecho a la intimidad y a la libre desarrollo de la personalidad, etc , no justifican suficientemente las razones de interés social en cuya virtud una relación homosexual deba ser objeto de un tratamiento jurídico especial de carácter tuitivo por parte del ordenamiento ” ²⁴¹

Os contrários sustentam ainda que os casais homossexuais podem pretender certa proteção jurídica, para evitar desigualdades, ou o enriquecimento, sem causa; mas nunca podem pretender o amparo do direito matrimonial ou de família, porque esta relação não pode ser considerada de caráter conjugal, restrita a pares heterossexuais, como também não possuem a característica procriativa, própria do casamento.

Seção IX – Bélgica

Não poderíamos deixar de citar, quando estudamos o direito comparado a Bélgica, pois, no último dia 30 de janeiro, a Câmara dos Representantes da Bélgica aprovou a lei que permite o casamento entre casais do mesmo sexo. Desta forma, a Bélgica se tornou o segundo

²⁴¹HÉRVAS, Dolores García. *Las mal llamadas uniones de hecho* Disponível na Internet <http://www.archimadrid.es/alfayome/menu/pasados/revistas/2000/oct2000/num229/enport/e> Acesso em 12 fev 2003.

país do mundo a colocar em pé de igualdade os casais homo e heterossexuais, já que o primeiro país foi a Holanda, sempre assumindo posicionamentos muito liberais.

A lei belga difere da lei holandesa, quanto ao direito à adoção, que, ao menos por enquanto, resta proibida para casais homossexuais.

A nova lei entrará em vigor quatro meses depois de sua publicação no Monitor Belga, uma espécie de Diário Oficial daquele país.

CAPÍTULO II – NAS AMÉRICAS

Seção I - No direito norte-americano

Os Estados Unidos da América, como a Espanha, podem ser citados como exemplo de um modelo misto, pois são os Estados que legislam, de maneira totalmente independente. Em alguns estados da federação, os relacionamentos homossexuais são aceitos e tratados da mesma forma que os heterossexuais, mas em outros, tal comportamento é ainda objeto de repressões; portanto, o panorama varia segundo os estados da federação.

Os Estados norte-americanos não estão obrigados a aceitar as uniões entre pessoas do mesmo sexo reconhecidas em outros. Cada Estado é livre para aprovar suas leis, ou seja, legislam de maneira totalmente independente e soberana.

“En 10 de ellos es imposible pensar en una hipotética regulación de las parejas de hecho, porque la cohabitación fuera del matrimonio todavía aparece como delito en las leyes locales Sin embargo, en otros Estados y en un puñado de ayuntamientos se han criado registros de parejas de hecho que, en su mayoría, están abiertos también a parejas homosexuales. El registro es un formalismo. sólo las empresas, a través de los convenios colectivos, pueden ofrecer igualdad de beneficios a las parejas de los trabajadores que estén o no casadas ” ²⁴²

Existem alguns estados norte-americanos, tais como a Califórnia e o Havai, onde já se reconhecem alguns direitos aos homossexuais, mas apenas no estado de Vermont, as uniões

²⁴²EL PAÍS DIGITAL. *Holanda y los países nórdicos equiparan las parejas del mismo sexo al matrimonio.* Disponível na Internet: <http://tau.uab.es/associacions/jalg/elpais2.html> Acesso em 12 fev. 2003.

entre pessoas do mesmo sexo receberam o mesmo status das uniões heterossexuais. Vermont foi o primeiro estado a aceitar as uniões homossexuais, criou-se um instituto legal, paralelo ao do casamento, conferindo aos cidadãos os mesmos direitos e deveres, benefícios e responsabilidades de pares heterossexuais, inclusive, permitindo a pares homossexuais de fora do estado obter o registro da união civil.

“Después de convencer los tribunales de Vermont para que creen la novedad legal de una ley ‘uniones civiles’, homosexuales viajan de todos los otros estados de los Estados Unidos para obtener un casamiento de ipso en Vermont. Significativamente, más que tres cuartos de los cientos de ‘uniones civiles’ contraídas en vermont han implicado parejas residentes fuera do estado.”²⁴³

Aqueles estados que se posicionam contra as uniões de pessoas do mesmo sexo, contestam, assegurando que estas uniões não possuem qualquer condição de regulamentação, principalmente se analisada pelos patamares do instituto do casamento, que se resume em uniões entre homens e mulheres, veja-se:

*“La institución del matrimonio – la unión legal y sagrada, de por vida, entre un hombre y una mujer – es fundamental para la familia y, por ende, para la sociedad. La extensión de beneficios de que gozan los matrimonios a las uniones de hecho, sean entre personas del mismo sexo o del sexo opuesto, constituye un ataque al matrimonio y a la familia. La legalización del “matrimonio” entre homosexuales, a la que dicha extensión de beneficios conduce, crea aún más confusión social respecto del valor singular e importancia fundamental del matrimonio para la humanidad.”*²⁴⁴

Nos Estados Unidos da América, no sudoeste do Estado da Flórida, existe a única cidade do mundo para gays e lésbicas da terceira idade, *Palmas of Mansota*, é a primeira cidade fechada – *gated community* – para homossexuais de ambos os sexos. O projeto foi idealizado por uma imobiliária *Lundberg Group* de propriedade de um ex-professor de

²⁴³DANIELS, Matthew. *El matrimonio en peligro en los Estados Unidos*. Disponível na Internet: <http://www.vinculum-news.com/spanish/marriage/riskinamerica.htm>. Acesso em 14 fev. 2003.

²⁴⁴NOTICIAS MUNDIALES. *El problema del homosexualismo y de las uniones de hecho*. Disponível na Internet: <http://www.vidahumana.org/news/8MAY2002.html>. Acesso em 12 fev. 2003.

psicologia Bill Laing, que acabou falecendo em 2000, aos 70 anos. Lá existem, por enquanto, 21 casas e condomínios habitados por 40 a 50 homossexuais entre 50 a 80 anos de idade. Os moradores se dizem muito satisfeitos com a idéia, pois, neste âmbito, podem ser o que realmente são, amar a quem amam sem nenhum preconceito, sem contar que podem contar com uma família, onde existe o apoio mútuo, já que a maioria não possui famílias biológicas, sem sofrer qualquer tipo de discriminação e marginalização.²⁴⁵

Seção II – Argentina

Na Argentina, mais especificamente em Buenos Aires, já existe uma lei regulamentando as uniões civis homossexuais, chamada de *Ley de Unión Civil*, que foi aprovada, no último mês de dezembro de 2002, mais especificamente, no dia 11 de dezembro, na última sessão do ano de 2002 da Legislatura, por 29 votos a favor e 10 contra, após uma longa e agitada sessão, e entrará em vigor em abril de 2003. A lei enfrentou fortes contradições, principalmente, por parte da Igreja Católica Argentina.

Buenos Aires se tornou a primeira capital da América Latina a reconhecer os direitos civis dos pares homossexuais. Tal lei não implica um matrimônio, mas sim um contrato civil. O reconhecimento de direitos não acarreta a equiparação ao casamento, mas o status legal é em muito similar a dos matrimônios.

A redação do projeto inicial é da Juíza Graciela Medina, especialista em Direito de Família, com a colaboração da Comunidade Homossexual da Argentina. Antes da aprovação o projeto passou por acalorados debates, e profundas análises de quatro comissões: a Constitucional, a de Direitos Humanos, da Legislação Geral e a Comissão de Orçamento. A sessão que aprovou a Lei de União Civil para os homossexuais durou quase seis horas.

A Deputada Alicia Pierini, anunciou a aprovação, defendendo os direitos humanos de todos os cidadãos:

²⁴⁵ RETICO, Alessandra *Desarrollan en los EE UU una ciudad pensada para ancianos homosexuales* *Plans of Manasota, en le estado de la Florida, es la única comunidad estadounidense especialmente desarrollada para gays y lesbianas de más de 50 años* Disponível na Internet <http://www.550m.com/usuarios/diarioaccion/enlaces/homo/paises.htm>. Acesso em 14 fev 2003

“Esta ley promueve la aceptación desde lo público de los vínculos privados Promueve la dignidad, la aceptación y la inclusión Hay una larga historia humana que discrimina al diferente. Por eso es profunda esta norma, porque intenta modificar ese pensamiento Hubo un conflicto en mi conciencia porque soy cristiana y entonces pensé que tenía dos platillos: el de la doctrina de la Iglesia, que tanto se ha equivocado en la historia, y el de mi propia fe en Dios. Porque yo sé que Dios es amor, es inclusión.”²⁴⁶ () Pensamos en una norma de inclusión, porque incluir es la manera de dar dignidad, así como excluir es echar al margen Porque para excluir basta con menos, basta con el argumento de autoridad de ser mayoría, pero para incluir hace falta además una pedagogía social de la dignidad humana ”²⁴⁷

A lei regulamenta tais uniões através de Registros Públicos, ou seja, as partes deverão inscrever-se no ‘Registro Público de Uniones Civiles’, mas somente os cidadãos que residem na cidade de Buenos Aires e que convivem há pelo menos dois anos é que podem usufruir dos direitos elencados em tal norma. “La ley establece la apertura de um ‘registro público’ exclusivo para uniones civiles, formadas libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual”²⁴⁸ As partes devem comprovar, através de testemunhas, duas no mínimo e cinco no máximo, que mantêm uma relação de convivência estável e pública de pelo menos dois anos, ficando liberados de tal comprovação os integrantes das uniões que tenham descendência comum, aqui, portanto, referindo-se as uniões heterossexuais.

Vários impedimentos estão elencados na lei, o que impossibilita o reconhecimento da união, tais como: a idade, pois somente os maiores de idade possuem condições de registrá-la, excluídos, assim, os menores de idade, os parentes por consangüinidade, os ascendentes e os descendentes e os parentes por adoção.

²⁴⁶ RETICO, Alessandra *Desarrollan en los EE UU una ciudad pensada para ancianos homosexuales Plams of Manasota, en le estado de la Florida, es la única comunidad estadounidense especialmente desarrollada para gays y lesbianas de más de 50 años* Disponível na Internet <http://www.550m.com/usuarios/dia10accion/enlaces/homo/paises.htm> Acesso em 14 fev 2003

²⁴⁷ CLARIN *Legislatura Porteña aprobo la ley de union civil* Disponível na Internet. <http://www.550m.com/usuarios/dia10accion/enlaces/homo/sancion.htm>. Acesso em 14 fev 2003

²⁴⁸ CLARIN COM *Legislatura Porteña aprobo la ley de union civil* Disponível na Internet. <http://old.clarin.com/dia10/2002/12/14/s-03801.htm> Acesso em 12 fev. 2003.

Através deste novo regramento, as partes adquiriam vários direitos, pode-se citar as pensões, em caso de morte de um dos integrantes da sociedade, licenças trabalhistas por enfermidade ou falecimento do parceiro, dependência em planos de saúde, dentre outros. Tal projeto, em nenhum momento, autoriza o casamento civil e a adoção. O próprio texto da lei estabelece: “La creación de una unión civil, no matrimonial conformada por dos personas, independientemente del sexo u orientación sexual.”²⁴⁹ O próprio presidente da Comunidade Homossexual da Argentina, César Ciglutti, quando festejava a aprovação da lei, explicava: “Ahora vamos a contar con la protección del Estado en el ámbito exclusivo de la Ciudad para cualquier pareja, hetero u homosexual. (...) No tiene nada que ver con el matrimonio.”²⁵⁰

Sem dúvida, foi um grande avanço a aprovação da União Civil na Argentina, mas já foi aprovada trazendo algumas insatisfações por parte dos movimentos homossexuais, já que os integrantes destas uniões não possuem direitos à herança em caso de morte de um dos integrantes do par, talvez este seja o grande pecado da dita lei e, também, o direito à adoção.

Importante salientar que tal lei não reconhece apenas direitos civis aos pares homossexuais, mas igualmente traz benefícios aos pares heterossexuais, que não formalizaram o seu casamento civil, visto que, reduz de cinco para dois anos o prazo para regularizar a sua união.

As uniões civis poderão, a qualquer momento, se dissolver, através da morte de um dos seus integrantes, através do matrimônio posterior de um dos envolvidos, como também por acordo mútuo ou por vontade unilateral, neste caso, se fazendo necessária a denúncia frente ao Registro Público de Uniões Civis, comprovando que a outra parte já tomou consciência de tal decisão.

A aprovação da lei das uniões desatou uma forte polêmica entre os Deputados Porteños. Enrique Rodrigues, um dos autores da lei, afirmou categoricamente que os cidadãos de Buenos Aires possuem o direito de ver suas famílias reconhecidas, e estas não precisam, necessariamente, coincidir com os aspectos e requisitos elencados no Código Civil Argentino para o instituto civil do casamento. Já, os contrários, como o legislador radical Jorge Enríquez,

²⁴⁹SUPLEMENTO TIEMPO LIBRE *Buenos Aires aprueba ley que legaliza uniones homosexuales* Disponível na Internet http://www.diarioelpais.com/Suple/TiempoLibre/02/12/19/sptl_mundo_23401.asp Acesso em 12 fev 2003

²⁵⁰ CLARIN COM *Legislatura Porteña aprobo la ley de union civil* Disponível na Internet. <http://old.clarin.com/diario/2002/12/14/s-03801.htm>. Acesso em 12 fev 2003.

consideram a lei inconstitucional e inconveniente, totalmente oposta à tradição jurídica, cultural e histórica, de sentimentos e valores da grande maioria dos cidadãos argentinos.

Mesmo após a sua provação, persistem árduas controvérsias, principalmente através de debates entre juristas, uns consideram a lei constitucional, pois vem ao encontro dos direitos humanos, outros a consideram totalmente inconstitucional, veja-se:

“Algunos cuestionan la constitucionalidad de la nueva norma porque sostienen que excede la competencia de la Legislatura porteña y que además choca contra lo dispuesto por el Código Civil. Como se sabe, todo lo referido al estado civil de las personas está legislado en ese Código que es nacional y rige para todo el país. Otros, mientras tanto, consideran que la ley es constitucional y representa un importante adelanto en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales. Pero no es el único aspecto que sigue despertando polémicas. Para algunos legisladores que se opusieron a la ley, ésta es virtualmente inoperante. Cosa que no comparten ni los legisladores que la apoyaron ni los miembros de la Comunidad Homosexual Argentina (.)”²⁵¹

Outras províncias argentinas já possuem projetos similares ao aprovado em Buenos Aires, mas que ainda estão sendo objeto de análise, pode-se citar Mendoza e Córdoba.

Seção III – Colômbia

Na Colômbia, as uniões entre pessoas do mesmo sexo ainda não estão regulamentadas, mas, desde o ano passado, já se encontra em andamento o projeto de lei n. 43/2002, que busca a regulamentação e o reconhecimento das uniões de pares homossexuais, bem como seus efeitos patrimoniais e outros direitos.

²⁵¹ CLARIN *Legislatura Porteña aprobo la ley de union civil* Disponível na Internet: <http://www.550m.com/usuarios/diarioaccion/enlaces/homo/sancion.htm> Acesso em 14 fev 2003

Os juristas, defensores dos homossexuais, dizem que a Constituição Colombiana aceita a coexistência de distintas formas de vida e, por consequência, respeita as diferenças e a liberdade de cada cidadão, assim, cada qual possui a oportunidade de construir seu próprio projeto de realização pessoal, pois a livre orientação sexual está protegida. “La libre opción sexual está claramente protegida, precisamente porque se entiende que ésta hace parte de un ámbito fundamental de la vida humana que compromete no sólo la esfera íntima y personal del individuo, sino que pertenece al campo de la libertad fundamental y el libre desarrollo de la personalidad.”²⁵²

Gérman Vargas Lleras, Presidente da Primeira Comissão Constitucional do Senado da República da Colômbia, assevera:

*“El Congreso tiene pues la oportunidad de remediar este silencio, no sólo ayudando a reivindicar y porteger a un grupo discriminado, sino contribuyendo a la formación de una sociedad menos excluyendo. El proyecto de Ley ‘Por la cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos’ es un passo decisivo en este sentido, que merece nuestra especial consideración y apoyo.”*²⁵³

Apesar de tal projeto ainda não ter sido aprovado, a jurisprudência, através da Corte Constitucional da Colômbia, já transpassou as fronteiras legalistas e não tem fechado os olhos para a realidade social das relações entre homossexuais. Várias decisões já foram tomadas, tendo como base o direito fundamental à livre opção sexual, instituído na Carta Magna do país. Veja-se parte da sentença C-098/96²⁵⁴:

“ El derecho fundamental a la libre opción sexual sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad, aparte de comprometer la

²⁵² DÍAZ, Carlos Gaviria. *En Colômbia se debate proyecto de ley para uniones entre homosexuales*. Disponível na Internet: http://www.republicagay.com/apges/noticias/noticias_05.htm. Acesso em 12 fev 2003.

²⁵³ DÍAZ, Carlos Gaviria. *En Colômbia se debate proyecto de ley para uniones entre homosexuales*. Disponível na Internet: http://www.republicagay.com/apges/noticias/noticias_05.htm. Acesso em 12 fev 2003.

²⁵⁴ *Proyecto de ley que reconoce las uniones de pareja del mismo sexo*. Disponível na Internet: <http://www.manuelvelandia.com/leyparejas/proyectedeley/proyecto43.htm>. Acesso em 12 fev 2003.

esfera íntima y personal de los individuos, pertenece al campo de la libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social ”

O projeto de lei 43/2002, que atualmente está tramitando na Colômbia, foi apresentado pela Senadora Piedad Córdoba Ruiz²⁵⁵, que explica que o projeto pretende dar reconhecimento jurídico a um fato social inevitável, como a existência das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, seguindo a realidade, jamais se opondo de maneira insensata a ela, incorporando e não excluindo; ampliando e não ignorando a cidadania; desativando os conflitos sociais futuros e previsíveis; legitimando, assim, as ações do Estado para a construção de uma verdadeira Nação. E expõe, ainda mais, motivos da apresentação de tal projeto:

“ El artículo 13 de la Constitución consagra los derechos fundamentales a la libertad y a la igualdad () Según esta disposición, los derechos a la igualdad y a la libertad implican el derecho a no ser discriminados en términos absolutos, esto es, que no existe en nuestra sociedad razón alguna que justifique un trato de tal naturaleza. (.) El constituyente, ahondando en la garantía del pleno respeto a la igualdad, en el mismo artículo asignó al Estado una responsabilidad categórica específica () Es decir, los poderes públicos, y de manera especial el legislativo, tienen la obligación de velar por el correcto entendimiento y la eficaz aplicación del derecho a la igualdad, y de disponer los mecanismos y acciones que sean necesarios para que el mismo no se quede en el papel () Cada individuo tiene derecho a construir su propio proyecto de vida, sin otros límites que los derechos de terceros y el interés público (grifamos)”

²⁵⁵ *Proyecto de ley que reconoce las uniones de pareja del mismo sexo* Disponível na Internet <http://www.manuelvelandia.com/leyparejas/proyectedeley/proyecto43.htm>. Acesso em 12 fev. 2003.

O registro das uniões entre parceiros homossexuais deve ser feito através do Cartório do domicílio do par – *La Supertintendencia de Notariado y Registro* -, que deverá transcrever através de escritura pública, inclusive, com a constituição do regime patrimonial. Mas para ser efetuado tal registro, vários requisitos são exigidos, tais como a maioridade de idade, a continuidade da relação, ou seja, a convivência de pelo menos dois anos de duas pessoas totalmente ligadas pelo afeto e pela solidariedade, livres, ou seja, não pode existir nenhum vínculo conjugal, união de fato seja hetero ou homossexual.

“Será condición sine qua non para la constitución del régimen patrimonial especial que las sociedades conyugales, sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes o patrimonios especiales que hubieran vinculado antes a alguno de los miembros de la pareja, hayan sido disueltas y liquidadas con antelación no menor a un año.”²⁵⁶

Os homossexuais que obtiverem o registro de sua parceria, receberão a proteção do Estado, com inúmeros direitos assegurados, tais como a seguridade social, os direitos patrimoniais e os direitos sucessórios nas mesmas condições que o cônjuge na instituição do casamento, todos os benefícios que a legislação trabalhista estabelece, poderão também ser beneficiários de contratos de seguro, prevendo também a possibilidades de alimentos, bem como a aquisição da nacionalidade colombiana.

Referentemente ao benefício da aquisição da nacionalidade colombiana, muitos demonstram insatisfação, alegando que tal prerrogativa nem mesmo é assegurada aos cônjuges pela Constituição Federal em vigor. Para os considerados companheiros permanentes, tal direito é totalmente excluído, e para os estrangeiros que tenham casamento civil, somente após decorrido dois anos a apresentação da solicitação.

Dita proteção encontra-se, também, elencada nos artigos 8º e 10º de tal projeto, onde se reitera o princípio constitucional da não discriminação e o direito fundamental à liberdade, mais especificamente, aqui com relação à orientação sexual; e o artigo 9º prevê a punibilidade para todas as condutas discriminatórias, em razão da identidade e orientação sexual, com aplicação de pena de prisão de um a dois anos.

²⁵⁶ *Proyecto de ley que reconoce las uniones de pareja del mismo sexo* Disponível na Internet <http://www.manuelvelandia.com/leyparejas/proyectedeley/proyecto43.htm> Acesso em 12 fev 2003

Relativamente aos aspectos patrimoniais, o projeto estabelece a constituição de um patrimônio especial, no qual os bens que adquirirem a partir do registro da união, bem como débitos, rendas e frutos serão distribuídos em igualdade para as duas partes, mas abre, também, a hipótese para as partes estabelecerem cláusulas em contrário, na própria escritura de registro ou posteriormente, a fim de incluir outros bens ou também excluir alguns daqueles indicados.

A dissolução das sociedades entre pares homossexuais ocorrerá nos mesmos moldes que das instituições formadas pelo casamento, ou seja, pela morte de uma das partes, pelo consenso de ambas ou por decisão judicial, tudo conforme estipulado pelo art. 6º. do projeto de lei, veja-se:

“Art 6º Disolución y liquidación del patrimonio especial El patrimonio especial de las parejas del mismo sexo se disolverá y liquidará por alguna de las siguientes causales:

1 Por mutuo acuerdo.

2 Por muerte de alguna de las personas que conformam la unión

3 Por decisión judicial, a petición de cualquiera de las personas que conforman la unión”²⁵⁷

A Senadora Piedad Córdoba Ruiz²⁵⁸, redatora do projeto, diz que se a dissolução for por mútuo acordo, poderá ser elaborada através de escritura pública, junto ao próprio cartório onde ocorreu o registro, mas, quando a dissolução ocorrer por morte ou decisão unilateral de uma das partes, tal ato deverá ser efetuado através do poder judiciário.

Desta forma, com a aprovação do dito projeto, nenhuma pessoa poderá ser discriminada em razão de sua identidade sexual e, caso isso ocorrer, incorrerá nas devidas sanções, indicadas no próprio projeto, veja-se:

²⁵⁷*Proyecto de ley que reconoce las uniones de pareja del mismo sexo* Disponível na Internet: <http://www.manuelvelandia.com/leyparejas/proyectedeley/proyecto43.htm> Acesso em 12 fev 2003.

²⁵⁸*Proyecto de ley que reconoce las uniones de pareja del mismo sexo* Disponível na Internet: <http://www.manuelvelandia.com/leyparejas/proyectedeley/proyecto43.htm> Acesso em 12 fev 2003

“Art 8º Principio de no discriminación Ninguna persona podrá ser discriminada en razón de su identidad, género u orientación sexual. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación toda distinción, exclusión, censura, señalamiento o restricción que tenga por objeto o por resultado anular, impedir, menoscabar o perturbar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos, por razón de identidad u orientación sexual, en las esferas económica, educativa, política, social, religiosa, cultural, deportiva o civil

Art 9º Discriminación en razón de identidad u orientación sexual El que discrimine directa o indirectamente a otra persona en razón de su identidad u orientación sexual, o difunda por cualquier medio ideas que contengan o propicien discriminación, incurrirá en prisión de uno a dos años, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.”²⁵⁹

Mas, muitas batalhas devem ser travadas antes da aprovação, já que os contrários já estão elaborando campanhas e pareceres com o objetivo de arquivamento do dito projeto, pode-se citar o Senador Jose Villanueva²⁶⁰, que se posiciona totalmente contrário pois considera um ataque ao instituto do matrimônio da família, já que o matrimônio é a base para a instituição familiar e social. Veja-se:

“Dar legalidad a uniones del mismo sexo, iria en contra esse bien común por el Estado, ya que las virtudes publicas se ejection y se gestan antes en la familia que en la sociedad o en el Estado, el profundo transfondo social, espiritual y moral del proyecto, lo despojan de cualquier tipo de aceptación dadas las actuales condiciones de descomposición familiar existentes, siendo el objetivo primordial del Estado, promover y fortalecer las instituciones que dignifiquen

²⁵⁹ Proyecto de ley que reconoce las uniones de pareja del mismo sexo Disponível na Internet <http://www.manuelvelandia.com/leyparejas/proyectedeley/proyecto43.htm>. Acesso em 12 fev 2003

²⁶⁰ Proyecto de ley que reconoce las uniones de pareja del mismo sexo Disponível na Internet. <http://www.manuelvelandia.com/leyparejas/proyectedeley/proyecto43.htm>. Acesso em 12 fev 2003.

la familia concebida como tal y para cuyos fines fue establecida por el constituyente ”

Mas, contrariamente, os integrantes dos movimentos dos homossexuais estão efetuando grandes campanhas, propondo o respeito ao pluralismo e às diferenças, pois cada ser humano possui o direito de construir seu próprio projeto de vida e, por esta razão, devem receber a mesma proteção por parte de todas as autoridades. Estes clamam pela Resolução adotada pelo Parlamento Europeu, a qual ratifica a igualdade de direitos dos homossexuais e lésbicas em toda a União Européia, pois todos os cidadãos possuem o direito a um tratamento idêntico, independentemente de sua orientação sexual e citam exemplos de vários países europeus, tais como a Holanda e a Dinamarca, onde já existem leis que estabelecem a igualdade real de direitos, sem distinção de sexo, chegando até mesmo a autorizar o matrimônio entre pares do mesmo sexo.

Seção IV – Chile

Atualmente, no Chile, não existe nenhuma legislação que garanta direitos aos pares homossexuais.

Vários movimentos, que formam a chama a *Alianza Social*, estão há vários anos lutando por uma regulamentação, por várias reformas constitucionais, tentando consolidar a democracia no Chile. Pode-se destacar, principalmente, o *Movilh – Movimiento de Integración y Libertación Homosexual*²⁶¹, que, em conjunto com mais organizações, busca não apenas os direitos dos homossexuais, mas de várias classes sociais, tais como professores, ecologistas, mulheres, etc...

Estes movimentos estão se manifestando de diversas formas, inclusive, através de uma marcha até o Congresso Nacional, onde entregaram diversas cartas requerendo emendas à Constituição Federal, pois a consideram ultrapassada, visto ter herdado vários dispositivos da época da Ditadura Militar, quando governava o país o então presidente Augusto Pinochet.

²⁶¹ Organização de homossexuais mais importante do Chile

O *Movilh*, através de seu presidente Rolando Jiménez, já apresentou um projeto de lei, no qual se busca a igualdade das relações homossexuais às heterossexuais – *Ley de Matrimonio Civil* -, mas tal projeto não foi aceito pelo Senado Chileno, que somente reconhece o instituto do casamento, quando formado por parceiros de sexo diferente, o que acabou recebendo várias críticas, principalmente do *Movilh*. Veja-se a manifestação crítica de Rolando Jiménez²⁶²: “Esta nueva norma de la Comisión de Constitución Del Senado demuestra las contradicciones e incoherencias de nuestro país, pues mientras Chile es parte de diversos tratados internaciones y mecanismos de integración con los países desarrollados, desconocerá em Chile los derechos que han conseguido los ciudadanos de esas naciones com el beneplácito de sua autoridade.”

Muitas discussões foram travadas a partir da não aprovação do projeto de lei. Os que lutam a favor sustentam ser um violento atentado aos direitos humanos, contrariando completamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos; os contrários pregam a união entre homem e mulher, pois somente assim, teremos a instituição do casamento.

Com a aprovação, no vizinho país argentino, mais precisamente em Buenos Aires, da ‘Ley de Unión Civil’, em dezembro passado, de imediato, as organizações homossexuais chilenas iniciaram novamente uma batalha, pois renasceu a esperança da aplicação de uma lei similar àquela aprovada. A vizinhança com a Argentina reacendeu os ânimos dos movimentos homossexuais chilenos. Os representantes do Movimento de Libertação Homossexual do Chile, MOVILH, através do seu representante Rolando Jiménez, anunciou que, em março, apresentarão um projeto de lei denominado “Legalización de uniones de hecho”²⁶³

Referentemente ao novo projeto, já denominado “Legalización de uniones de hecho”, é apenas regulamentador das uniões entre pares do mesmo sexo, sem qualquer projeção para o matrimônio. Assim, todas as uniões deverão ser inscritas num registro civil, através de um Notário e, a partir daí, adquirirão direitos como herança, seguridade, dentre outros.

Desde então, muitas pesquisas e estudos estão sendo apresentados não apenas aos movimentos homossexuais, mas também aos integrantes do poder legislativo. Muitos

²⁶² *Senado chileno violenta normas internacionales al rechazar matrimonio entre homosexuales extranjeros* Disponível na Internet <http://www.movilh.org/detalle.asp?id=58>. Acesso em 13 fev 2003.

²⁶³ ROMPIENDO EL SILENCIO. *Legalización de uniones de hecho Es posible una ley de union civil para lesbianas y homosexuales en Chile?* Disponível na Internet: <http://www.rompiendoelsilencio.cl/02-12/pages/rep.htm> Acesso em 12 fev 2003

deputados consideram de difícil tramitação tal projeto, argumentando que no Chile ainda não existe uma mentalidade para tal regulamentação em razão do conservadorismo na maioria dos seus integrantes.

Seção V – Peru –

No Peru, ainda não encontramos nenhuma legislação que garanta direitos aos homossexuais. Há ausência de políticas de Estado que evitem a discriminação; os próprios peruanos salientam “(...) no somos iguales ante la ley. La discriminación em el peru esta presente en cada aspecto de la vida cotidiana, incluso en los confines del Congreso de la República.”²⁶⁴

Muitos ativistas dos direitos humanos demonstram a sua insatisfação, pois, no Peru, existe ainda muita discriminação até mesmo contra as mulheres, o que obrigou a Congressista Ada Lolli a apresentar um projeto de lei que garanta a igualdade, proteja as minorias e ofereça oportunidades iguais para todos. “El objeto de esta ley es atender a través de políticas de Estado, a la eliminación a lãs distintas modalidades de discriminación que hay em nuestro país, de exclusión social, y promover la igualdad de oportunidades, para toda la población peruana.”²⁶⁵

O projeto de Ada Lolli ainda não foi aprovado pelo Congresso, mas já foi aprovado pelo Conselho de Ministros. Mas, muitas barreiras serão enfrentadas até a aprovação, pois, cada vez que se trata do tema, os setores mais conservadores fazem muita pressão, através dos meios de comunicação e da Igreja, o que acaba obrigando as autoridades a retrocederem em suas propostas e suspenderem o debate.

Aldo Araújo, diretor do Movimento Homossexual de Lima – MOHL, sobre o projeto comenta: “Seria un gran paso para la comunidad homosexual porque habría un referente donde recalar cuando suceda un acto de discriminación contra nosotros.”²⁶⁶

²⁶⁴ UGAZ, Paola, STOLL, Diego Fernandez *Ley contra discriminación en debate* Disponível na Internet <http://www.agenciaperu.com/sociedad/2002/may/discriminacion.htm> Acesso em 14 fev 2003

²⁶⁵ UGAZ, Paola, STOLL, Diego Fernandez *Ley contra discriminación en debate* Disponível na Internet <http://www.agenciaperu.com/sociedad/2002/may/discriminacion.htm> Acesso em 14 fev 2003

²⁶⁶ UGAZ, Paola; STOLL, Diego Fernandez *Ley contra discriminación en debate* Disponível na Internet <http://www.agenciaperu.com/sociedad/2002/may/discriminacion.htm> Acesso em 14 fev 2003

Desta forma, concluímos que, grande número de países, principalmente europeus , possuem legislações que asseguram aos casais do mesmo sexo uma grande gama de direito, em muitos, chegando-se à equiparação ao casamento civil. Mas, por outro lado, nota-se grande rejeição à possibilidade da adoção por homossexuais, o que se justifica considerando o direito dos menores à identidade masculina e feminina, especialmente, na fase da infância, em que inicia a formação da sua personalidade.

PARTE III – A QUESTÃO HOMOSSEXUAL NA ÓRBITA LEGAL

A terceira parte versará, primeiramente, sobre questão homossexual, face à nossa Carta Magna de 1988, examinando os seus princípios fundamentais, com ênfase especial para o princípio da igualdade, da dignidade humana e da não-discriminação ou liberdade de orientação sexual e, na seqüência, analisando o posicionamento da lei civil de 1916, bem como, a nova lei civil que entrou em vigor em janeiro último.

“A questão dos direitos dos casais do mesmo sexo tem sido debatida no mundo e o argumento básico, em favor do tratamento igualitário (grifamos), é no sentido de que as uniões homoeróticas devem ter os mesmos direitos que outros casais, ao demonstrar um compromisso público um para o outro, em desfrutar uma vida de família, a qual pode ou não incluir crianças, o que exige isonomia legal.”²⁶⁷

Faz-se esta análise, pois, sem dúvida, a reivindicação de direitos por parte dos homossexuais está centrada, primeiramente, na lei constitucional e, após, na lei civil.

²⁶⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n 70001388982, Rel Des José Carlos Teixeira Giorgis, julgada em 14 mar 2001, p 18

CAPÍTULO I – A POSTURA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Seção I – Na Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 foi a primeira Carta Magna brasileira, a prever um título específico para os princípios fundamentais. Conforme posicionamento de Clemérson Cléve²⁶⁸, quando faz a apresentação da obra de Ingo Sarlet, com a Constituição de 1988, temos uma nova realidade político-jurídica.

O constituinte anunciou os princípios fundamentais, inaugurando o texto constitucional, já no art. 1º, logo após o preâmbulo, formando assim o cerne da constituição, assumindo um compromisso de efetivação de tais princípios. Deve-se chamar atenção de que os princípios fundamentais do Estado brasileiro não se resumem exclusivamente aos primeiros quatro artigos, já que, ao longo do texto constitucional, encontramos muitos outros, alguns de forma expressa, outros de forma implícita.

No próprio preâmbulo constitucional, já consta, como objetivo da nação, a instituição de um Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)”²⁶⁹ Desta forma, um Estado de Direito, que confere aos cidadãos todos estes direitos, não pode admitir vedações atentatórias ao direito, à igualdade e à liberdade sexual, como as discriminações frente às uniões homossexuais.

²⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001, p. 17.

²⁶⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, p. 2.

Segundo Roger Rapp Rios,²⁷⁰ “A compreensão contemporânea do Estado Democrático de Direito requer não só a ausência de invasões ilegítimas das esferas individuais; ela reclama a promoção positiva da liberdade, destinada a criar condições de desenvolvimento da liberdade e da personalidade.”

Além dos fins do Estado Democrático de Direito, sintetizados no preâmbulo constitucional, merece destaque a positivação do art. 1º da Carta Maior, que traz mais um rol de princípios, quando explicita os fundamentos da República Federativa do Brasil, apontando a dignidade da pessoa humana como alguns dos seus fundamentos.

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I a soberania;

II a cidadania;

III a dignidade da pessoa humana;

IV os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa,

V o pluralismo político;

*Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.”*²⁷¹

Estes princípios fundamentais servem de alicerce para a estruturação do Estado e da ciência jurídica, pois a Constituição é a lei máxima, ocupando um espaço de superioridade frente a todas as demais normas. “(...) toda a atividade da administração do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, deve voltar-se para o cumprimento das metas fixadas pela Constituição Federal. Sempre que houver necessidade de decidir, o Poder Judiciário deve atentar para a necessidade de construir uma sociedade livre, justa e solidária. (...)”²⁷²

²⁷⁰ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*, p. 112-113.

²⁷¹ Constituição da República Federativa do Brasil, p. 3.

²⁷² ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual* São Paulo: Saraiva, p. 101.

De acordo com Delmar Silveira Ibias²⁷³

“Quando se fala sobre a realização da Justiça Social através das regras programáticas da Constituição, na verdade está se exigindo, imperativamente, que o Estado brasileiro efetive esta imposição, pela simples razão de que todos os cidadãos, que habitam o território nacional, ocupem a posição que ocuparem, devem agir em compasso com as regras constitucionais. Porque a Constituição é lei suprema, ocupando, no conjunto normativo, a posição máxima, devendo todas as demais leis nela se fundarem e a ela se subordinarem ”

Para nosso estudo, importantíssima é a análise de vários aspectos constitucionais, principalmente, do inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, que consagra o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Tal artigo merece uma atenção em especial, pois se relaciona diretamente com a igualdade e a não-discriminação, assegurados, também pela Carta Magna, que, por sua vez, se relaciona diretamente com o tema abordado.

A análise do art. 3º da Carta Constitucional também se faz necessária, já que estão ali arrolados os objetivos fundamentais da República, sendo que, dentre eles, podemos citar a promoção do bem comum, sem preconceitos de nenhuma espécie, inclusive, quanto ao sexo, bem como a construção de uma sociedade livre.

“Art 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II.garantir o desenvolvimento nacional;

III.erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

²⁷³ IBIAS, Delma Silveira Aspectos jurídicos acerca da homossexualidade In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (Coord) *Homossexualidade*. Discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba. Juruá, 2001, p. 77.

IV promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação ”

Outro artigo da Constituição Federal de 1988 também deve ser analisado, seguindo uma lógica de sistematização na carta, o art. 5º²⁷⁴, que trata dos direitos e garantias fundamentais estabelecendo a igualdade perante todos os cidadãos, sem qualquer distinção.

Desta forma, trataremos a seguir, individualmente, cada um dos princípios constitucionais fundamentais, sempre chamando atenção de que estão intimamente ligados um ao outro, pois são interdependentes e mutuamente influenciáveis.

Mas, antes de adentrarmos na análise dos princípios constitucionais propriamente ditos, deve-se, também, verificar a regulamentação constitucional, relativamente à ordem familiar. A nossa Carta Magna, através do seu capítulo VII, mais especificamente, pelo art. 226 e seus parágrafos, regulamenta a ordem familiar, prevendo expressamente três espécies de família: aquela decorrente do casamento (§ 1º), aquela derivada da união estável (§ 3º), em ambos os casos, sempre composta por um homem e uma mulher, e por último a família monoparental (§ 4º). Portanto, a nossa Constituição de 1988 não contempla as uniões entre pessoas do mesmo sexo, o que infringe todos os princípios constitucionais elencados, desde o preâmbulo Constitucional, com flagrante violação aos direitos humanos; mas, traz uma grande inovação, no que se refere às uniões estáveis, também chamadas de famílias informais, a partir das quais se constituem famílias sem a instituição do casamento.²⁷⁵

E é justamente pela análise conjunta de todos estes dispositivos constitucionais, que chegamos à conclusão de que o não reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, a não contemplação destas relações pelo capítulo VII, da nossa Carta Magna, que regula a ordem familiar, traz à tona uma incoerência, com absoluta desigualdade entre todos os

²⁷⁴ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (.)”

²⁷⁵ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 27. “O conjunto desta legislação que, em termos ideais, tem sempre um forte caráter protetivo, embora em princípio pressuponha como objeto a família surgida a partir do casamento, não pode mais ser compreendida com tal restrição. Não é mais possível imaginar o Direito de Família restringindo-se a tratar de um único tipo de família, aquela originada do casamento. Em outras palavras, é equivoco entender-se como norma de Direito de Família somente a norma de direito matrimonial, excluindo-se de antemão as entidades familiares não provenientes do casamento.”

cidadãos²⁷⁶, o que “consolida uma contradição intrínseca à própria Constituição, na medida em que, de um lado, afirma a absoluta igualdade de direitos, ao mesmo tempo em que impede o casamento entre pessoas do mesmo sexo. (...)”²⁷⁷

Veja-se a conclusão de Aduino Suanes²⁷⁸ “tanto o § 3º do art. 226 da Constituição Federal como as leis que o regulamentam, afrontam o espírito e a letra da Constituição de 1988, quando restringe a proteção legal apenas às uniões estáveis de pessoas de sexo diferente, fazendo uma distinção que os princípios supra constitucionais, albergados no art. 5º, não autorizam, nem mesmo como exceção.”

Subseção I – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado, no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, como um dos Princípios Fundamentais do Estado Democrático Brasileiro, constituindo-se um dos alicerces da nossa sociedade.

Conceituar o que seja princípio da dignidade da pessoa humana, é demasiadamente complexo em razão da impossibilidade de delimitar com precisão o que seja dignidade. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, tem-se por dignidade da pessoa humana

“A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-

²⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 121. “O repúdio social de que são alvo as uniões homossexuais inibiu o legislador constituinte de enlaçá-la no conceito de entidade familiar. Ainda que afrontando o princípio da igualdade e olvidando a proibição de discriminação que ela mesma consagra como norma fundamental, a Constituição Federal pressupõe, no § 3º. do seu art. 226, a diversidade de sexos para a configuração da união estável”

²⁷⁷ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. Obra citada, p. 64.

²⁷⁸ SUANES, Aduino, apud FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. Obra citada, p. 65.

responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos ”²⁷⁹

Edilson Pereira Nobre Júnior cita, a respeito do princípio da dignidade, quatro importantes conseqüências analisadas por Joaquín Arce y Flórez-Valdéz, que achamos de grande saber jurídico:

“a)igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b)garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique a sua degradação, c)observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem, d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida.”²⁸⁰

Todos os seres humanos devem ser tratados dignamente, com respeito à posição de sujeitos de direito, pois, conforme os princípios constitucionais formadores do Estado de Direito, todos são iguais perante a lei. Assim, o Estado deverá respeitar e fazer respeitar a dignidade dos seus integrantes, promovendo-a e protegendo-a, assegurando condições dignas de existência a todos os seus cidadãos. “O Estado deverá ter, como meta permanente, proteção, promoção e realização de uma vida com dignidade para todos (...).”²⁸¹ Qualquer desrespeito ao cidadão, em razão da sua orientação sexual, será dispensar tratamento indigno, ou seja, totalmente avesso aos parâmetros constitucionais, já que constitui elemento fundamental para a afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade do cidadão não está atrelada à sua orientação sexual, assim, cada um pode livremente exercitar a sua sexualidade, demonstrando comportamento compatível com a sua própria maneira de ser, sempre respeitando os limites da privacidade.

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, p. 60.

²⁸⁰ ARCE, Joaquín y VALDÉZ-Flórez, apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais* São Paulo, v. 777, jul/2000, p. 475

²⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, p. 108.

“Um Estado Democrático de Direito, que valoriza a dignidade da pessoa humana, não pode cancelar distinções baseadas em características individuais. Injustificável a discriminação constante do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, bem como inconstitucional a restrição das Leis nos. 8.971/94 e 9.278/96, que regulamentam a união estável, ao se referirem somente ao relacionamento entre um homem e uma mulher.”²⁸²

A atuação estatal, através da participação de todos os seus integrantes, é importantíssima para assegurar a dignidade dos seres humanos, ora através de condutas positivas, ora através de negativas. Ingo Sarlet exemplifica demonstrando que o Estado deve, muitas vezes, privar-se de interferências da intimidade de cada cidadão, mas, igualmente, realizar a efetivação de tal princípio protegendo cada um dos seus integrantes. “(...) O princípio da dignidade da pessoa humana impõe aos Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”²⁸³

Para José Afonso da Silva, “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”²⁸⁴

Portanto, a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais, constituindo um mínimo que todo estatuto jurídico deve assegurar. O princípio da dignidade atua como elemento fundante e informador de todos os direitos e garantias fundamentais. Também exerce papel integrador hermenêutico do sistema, na medida em que serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração, não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.²⁸⁵

Desta forma, o Estado deve propiciar todas as condições para que os cidadãos recebam um tratamento digno e igualitário. “A dignidade da pessoa humana deverá servir de farol para a busca da efetividade dos direitos constitucionais.”²⁸⁶

“A construção de uma sociedade livre, justa e solidária não pode ter significado sem o atendimento dos anseios de seus indivíduos. O sentido de liberdade, justiça e solidariedade

²⁸² DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 147.

²⁸³ PÉREZ, J González, apud SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, p. 109.

²⁸⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 93.

²⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, p. 82-83

²⁸⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David Obra citada, p. 105.

passam pelo alcance pessoal da felicidade. Os indivíduos têm direito a alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, a buscar o caminho de sua felicidade (...)”²⁸⁷

Portanto, para afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, a orientação sexual de cada cidadão e o direito à igualdade devem ser respeitados, não se aceitando qualquer comportamento preconceituoso e discriminatório, sob pena de inconstitucionalidade. Qualquer desrespeito ao cidadão, em função da sua orientação sexual, constitui, sem sombra de dúvidas, um tratamento indigno, contrário aos princípios constitucionais vigentes e ao Estado Democrático de Direito.

Subseção II – O princípio da igualdade

A igualdade é almejada desde tempos muitos remotos. É uma aspiração jurídica, política e social, “pedra de toque de inúmeras teorias jurídicas e de projetos políticos”²⁸⁸

Através do disposto no preâmbulo e no art. 5º da Constituição Federal Brasileira, temos elencado o princípio jurídico da igualdade, constituindo-se, assim, a igualdade como um direito fundamental de todo o cidadão, que deveria ser assegurado pelo Estado. O preâmbulo constitucional já expõe a igualdade como um dos valores supremos do Estado Brasileiro.

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (grifamos) garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (grifamos), à segurança e à propriedade (...)”²⁸⁹

Através deste dispositivo constitucional, todos os cidadãos deveriam ser tratados de forma igualitária, aplicando-lhes, de maneira uniforme, as normas vigentes, sem, contudo, analisar as suas qualidades intrínsecas, eliminando-se, assim, toda e qualquer forma de discriminação. Qualquer tratamento desigualitário é inconstitucional e arbitrário.

²⁸⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. Idem, p 100

²⁸⁸ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

²⁸⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, p. 5

Conforme ensinamento de José Afonso da Silva, “ Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.”²⁹⁰.

O autor esclarece mais:

“O princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos absolutamente iguais, pois o tratamento igual, esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como “essenciais” ou “relevantes”, certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam aspectos “essenciais” previstos por essas normas são consideradas, encontrar-se nas “situações idênticas”, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais, de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos.”²⁹¹

Assim, temos que analisar e identificar as características, distinguindo as essenciais e as não-essenciais.

Os doutrinadores dizem que a Constituição Federal enumera todas as características essenciais dos cidadãos, sendo que todas não consideradas essenciais, são as não essenciais. Assim, a orientação sexual dos cidadãos é característica não essencial, já que em nenhum momento é contrariamente considerada pelo texto constitucional.

²⁹⁰ SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 125.

²⁹¹ SILVA, José Afonso da. Idem, p. 219.

Neste mesmo sentido, usamos as palavras do constitucionalista alemão Konrad Hesse²⁹², “o princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente.” E, respondendo à questão, o autor diz que “a questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela das características a serem consideradas como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual.”

“A igualdade perante a lei (igualdade formal) diz respeito à igual aplicação do direito vigente, sem distinção, com base no destinatário da norma jurídica”²⁹³, ou seja, todos são iguais perante a lei. Mas, todos nós temos consciência de que, na verdade, não somos iguais, possuímos muitas diferenças, mas, conforme o disposto constitucional, estas jamais poderiam ser formadoras de tratamentos jurídicos desigualitários. As pessoas não estão asseguradas pelo conteúdo do princípio da igualdade, atualmente, são diferenciadas em razão da cor, do sexo, da religião, etc. “ (...)O tratamento injustificadamente desigual dos cidadãos acaba por corromper a própria idéia de Constituição garantista que se pretende ver efetivada”²⁹⁴

Segundo ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, “o alcance do princípio não se restringe em nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. (...) A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos”²⁹⁵

Assim, a concretização do princípio constitucional da igualdade, relativamente às uniões entre pessoas do mesmo sexo, em razão da existência do princípio da não-discriminação, alcança o âmbito da orientação sexual homossexual. “O princípio da igualdade tem, no que se refere à sexualidade, especial proteção mediante a proibição de qualquer discriminação sexual infundada.”²⁹⁶

²⁹² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha* Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 330-331.

²⁹³ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a orientação sexual*, p. 31.

²⁹⁴ BRUNET, Karina Schuch. A união entre homossexuais como entidade familiar: uma questão de cidadania *Revista Jurídica*, v. 281, mar./2001, p. 84.

²⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 9-10.

²⁹⁶ RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual* O direito brasileiro e a homossexualidade, p. 233.

A comunidade, principalmente jurídica, não pode ficar alheia a esta realidade social e tem que oferecer todos os meios necessários para tornar efetivo o princípio da igualdade, fazendo desaparecer toda discriminação por causa de orientação sexual, com especial incidência da livre expressão da afetividade e o direito a receber um tratamento objetivo, respeitoso e igualitário.

Subseção III – O princípio da não discriminação por orientação sexual

Antes de adentrarmos no princípio da não discriminação, temos que entender o que seja orientação sexual²⁹⁷, ou seja, a identidade atribuída a alguém em função da direção do seu desejo e/ou de suas condutas. Já, discriminação significa “distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado, prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos políticos, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”²⁹⁸

O princípio da não-discriminação, em função da orientação sexual, nada mais é do que uma concretização do princípio da igualdade, que acabamos de analisar. A proibição de discriminação é concretização direta do enunciado, ou seja, “enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade.”²⁹⁹

O sexo sempre foi um fator de discriminação. Desde os primórdios da humanidade, tem-se notícia do tratamento desigual entre homens e mulheres. A Constituição Federal de 1988, nesse sentido, deu um grande passo na superação dessa visão, e hoje, o sexo é o típico exemplo do fator diferencial existente entre os cidadãos, mas que não poderia ter sido eleito como matriz da discriminação por ser visivelmente atentatório contra os princípios fundamentais nela elencados.

²⁹⁷ WINTEMUTE, Robert, apud RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual O direito brasileiro e a homossexualidade*, p. 230. “Orientação sexual, pois, é aqui compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualidade), sexo oposto (heterossexualidade), ambos os sexos (bissexualidade) ou a ninguém (abstinência sexual)”

²⁹⁸ PIOVESAN Flávia *Temas de Direitos Humanos* São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 132.

²⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Idem*, p. 134

Conforme ensinamento de Rainer Czajkowski³⁰⁰

“A relação sexual entre duas pessoas capazes do mesmo sexo é, em princípio, um irrelevante jurídico. (...) a relação homossexual voluntária, em si, não interessa ao Direito, em linha de princípio. A opção e a prática são aspectos do exercício do direito à intimidade; garantia constitucional de todo o indivíduo (art 5º, X) Nesta medida, a escolha por esta conduta sexual não poderá acarretar aos envolvidos qualquer tipo de discriminação” Grifamos

A orientação sexual é demonstrada na escolha feita por uma pessoa de seu companheiro de vida, seja heterossexual ou homossexual e inclui aspectos de *status* e de conduta das pessoas e ambos deveriam receber proteção.

A proibição de discriminação em razão do sexo, se examinada com cuidado, alcança o âmbito da orientação sexual homossexual, conforme a interpretação do juiz Roger Raupp Rios. Afirma ele que através de uma interpretação extensiva do conceito ‘discriminação por motivo de sexo’, inclui-se, obrigatoriamente, a discriminação por orientação sexual³⁰¹

“Se a norma máxima de nosso ordenamento jurídico repudia expressamente o preconceito, o racismo e qualquer forma de discriminação, se há lei infraconstitucional definindo os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, é porque a sociedade caminha no sentido de afastar e repudiar essas práticas. Não se tolera qualquer prática discriminatória em sociedades ditas desenvolvidas.”³⁰²

Citando, ainda, Rodolfo M. V. Pamplona Filho³⁰³, vale transcrever o seu posicionamento sobre a problemática da discriminação: “Independentemente da visão ideológica, política, filosófica ou religiosa de cada indivíduo em relação ao homossexualismo, não há como se negar a cidadania do homossexual, (grifamos) relegando-o à marginalidade e à hipocrisia de somente ser aceito se a sua vida pessoal estiver restrita a quatro paredes.”

³⁰⁰ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 171

³⁰¹ RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e orientação sexual*, p. 234.

³⁰² THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. Obra citada, p. 82

³⁰³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V. *Orientação sexual e a discriminação no emprego* Jus Navegandi, Teresina, a. 5, n. 51, out/2001 Disponível na Internet: <http://www1.jus.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=2049>. Acesso em 13 fev 2003.

E mais, dentro da regra interpretativa de que a lei não contém palavras inúteis, que tudo o que está inserido no texto tem sua razão de ser, se fosse para prever tão somente a igualdade entre homens e mulheres bastaria a previsão do inciso I do art. 5º, sendo totalmente desnecessária a previsão do inciso IV do art. 3º. Para que fique bem elucidado, o inciso I do art. 5º dispõe que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, e o inciso IV do art. 3º, que promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

“Permitir a orientação sexual por pessoa do sexo oposto e não oferecer o mesmo tratamento em relação aos que direcionam seu desejo sexual à pessoa de sexo idêntico não é senão deixar o indivíduo ao desamparo de um direito fundamental de intimidade e cercear o livre desenvolvimento de sua personalidade. A orientação sexual é determinante, assim como são intrínsecas no ser humano a raça e a nacionalidade – todas estão condicionadas ao acontecimento natural do nascimento e nada mais. Daí serem inseridas na cláusula geral de proteção igualitária, inserida no art. 5º, caput, da Constituição Federal e no princípio fundamental de tratamento digno ao ser humano. Não há tratamento lógico para tratamento desigual.”³⁰⁴

É essencial que se reconheça a liberdade das pessoas, de ambos os sexos, escolherem os seus parceiros sem nenhum preconceito e com a devida proteção jurídica do Estado, reconhecendo os reflexos e implicações de seus relacionamentos, se não como uma relação familiar, pelo menos como uma união estável.

No âmbito da homossexualidade, o princípio da dignidade implica igualdade de tratamento a todos e respeito e aceitação de toda e qualquer forma de orientação sexual. Discriminação sexual significa sempre desigualdade, desrespeito ou prejuízo a um ser humano em função da sua orientação e não condiz com os ideais de dignidade e cidadania.

³⁰⁴ FUGIE, Hérika Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito de Família* Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano II, v. 15, out/nov/dez/2002, p. 145.

Demonstrando que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da dignidade humana, é de se ponderar que não existem justificativas racionais para aplicarem-se critérios jurídicos diferenciados aos homossexuais. Em um ordenamento, tão envolvido com ideais igualitários, o mínimo que se deve exigir é a observância plena do princípio da isonomia, tanto visto como exigência de tratamento igualitário, quanto proibição de tratamento discriminatório.

Mencionada a estreita relação que guardam entre si o princípio da dignidade da pessoa humana, do direito geral de igualdade e de liberdade na escolha e manifestação sexual, o caminho para a superação das desigualdades é a aplicação da mesma lei a todos. E aplicando-se, indistintamente, a legislação vigente, estará garantido tratamento digno a todos os seres humanos.

Frank Emmert³⁰⁵ examina em sua obra, os atos discriminatórios, veja-se:

“La llamada “literatura homosexual” lucha contra estas discriminaciones y em tal sentido.

a)hace esfuerzos por probar que la homosexualidad debe ser considerada como una parte de la personalidad de alguien (como tener ojos azules o ser zurdo o diestro);

b)afirma que es irrelevante determinar su origen (genético u obra de la decisión del ser humano);

c)sostiene que el hecho de que algunas personas tengan preferencia por las personas de su mismo sexo no es ni bueno ni malo suno simplemente diferente ;

d)acepta que hay conductas homosexuales que son negativas para la moral social, pero también hay conductas heterosexuales que lo son (violación, seducción o corrupción de menores, etc).³⁰⁶

³⁰⁵EMMERT, Frank, apud DE CARLUCCI, Aída Kemelmajer. Obra citada, p. 21.

³⁰⁶ A chamada literatura homossexual luta contra estas discriminações e em tal sentido: a) faz esforços para provar que a homossexualidade deve ser considerada como uma parte da personalidade de alguém (como ter olhos azuis ou ser surdo ou destro); b) afirma que é relevante determinar sua origem (genética ou obra da decisão do ser humano); c) sustentam que o fato de que algumas pessoas tenham preferência por pessoas do seu mesmo sexo não é bom nem mal são simplesmente diferentes; d) aceita que existem condutas homossexuais que são negativas para a moral social, mas também existem condutas heterossexuais que os são (violação, sedução e corrupção de menores, etc.)

A conduta homossexual é apenas uma das tantas expressões da sexualidade humana, livremente adotada pelo cidadão que tem poderes de ordenar a sua vida conforme seu próprio interesse e, sendo assim, não há lugar para a discriminação, por tratar-se de exercício de direitos, tais como a liberdade, a igualdade, a autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade, todos estes aspectos estruturas do Estado Social e Democrático de Direito, consagrados na nossa carta magna.

Cada dia, mais freqüentes e estáveis estão as uniões entre pessoas do mesmo sexo, carregadas de sonhos e fantasias afetivas como as de qualquer par heterossexual. Assim, cada vez mais, reclamam um espaço de dignidade e respeito. Não se deve analisar apenas o aspecto exclusivamente sexual, mas reconhecer a multidimensionalidade das uniões de pares do mesmo sexo.

Dolores García Hervás, professora titular de Direito Eclesiástico da Universidade de Santiago de Compostela, chama a atenção para o fato de que a realidade multissecular da família se encontra afetada, hoje, por uma das crises mais profundas de sua história, consequência da radical transformação que tem sofrido nas últimas décadas. Cita Martinés de Aguirre: “ Há agrietado gravemente la estructura interna de un edificio imponente – el de la que prodriamos llamar “família tradicional”, - hasta producir su, al menos, aparente ruína en el mundo contemporâneo”. Dolores diz ainda que a família baseada no matrimônio, ou seja, aquela que surge de um vínculo conjugal estável entre um homem e uma mulher, está perdendo seus antigos e sólidos fundamentos, e hoje já se está falando de família incerta, que se legitima não apenas sobre a base do matrimônio tradicional, mas também em uma série que uniões que coexistem coabitação de fato e matrimônio, uniões homossexuais e heterossexuais, provisórias e permanentes, com sentimento e compromisso.³⁰⁷

O livre desenvolvimento da personalidade e da igualdade perante a lei, demanda de todos os poderes públicos, a promoção de todas as condições para que essa liberdade dos cidadãos seja efetiva. As uniões de fato homossexuais são uma realidade e merecem um reconhecimento. já que possuem um relacionamento tão firme como os pares de direito, formados pelo matrimônio.

³⁰⁷HÉRVAS, Dolores García. *Las mal llamadas uniones de hecho* Disponível na Internet: <http://www.archimadrid.es/alfayome/menu/pasados/revistas/2000/oct2000/num229/enport/e> Acesso em 12 fev 2003

O princípio da liberdade individual que fundamenta a própria Constituição Federal, obriga a aceitar legalmente que toda a pessoa tem direito a estabelecer uma relação de convivência afetiva de acordo com seus próprios princípios e sexualidade.

Devemos atuar na prevenção e eliminação de qualquer discriminação, quaisquer que sejam as razões, reconhecendo a necessidade de avançar no caminho da equiparação dos distintos modelos de família e na luta contra a discriminação legal e social que padecem algumas famílias.

Eliminar as discriminações que perduram na nossa legislação, por razões de condição ou de circunstância pessoal ou social dos componentes da família, entendida pela multiplicidade de formas admitidas culturalmente em nossa sociedade e perseguir o desenvolvimento normativo do princípio constitucional de proteção social, econômico e jurídico da família, adequando às normas e à realidade social atual, é o objetivo do nosso trabalho, pretendendo a regulamentação das relações de convivência diferentes do matrimônio.

Nem o direito, nem a sociedade podem privar o homem, em nome de nenhuma lei, do exercício livre de sua sexualidade. Trata-se de uma dimensão íntima da pessoa humana que absorve todo o seu ser privado. Ante a sexualidade humana, o direito não tem nada que dizer nem nada que saber. Em si mesma a vida sexual é privada e somente deveria ter transcendência jurídica em tanto e quanto dela se derivem conseqüências para terceiros

“A igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação”³⁰⁸ Grifamos

³⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. Obra citada p. 134.

Portanto, a execução de um projeto em busca do direito à igualdade é essencial para qualquer Estado Democrático de Direito; a democracia significa igualdade. “A busca democrática requer fundamentalmente o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos elementares. (...) O direito à igualdade pressupõe o direito à diferença, inspirado na crença de que somos iguais, mas diferentes, e diferentes, mas sobretudo iguais.”³⁰⁹ Grifamos

Seção II – No Código Civil de 1916

O nosso antigo Código Civil de 1916, que deixou de vigorar em janeiro último, refletia, ainda, os anseios de uma sociedade do século XIX, sendo que as uniões homossexuais jamais foram regulamentadas pelo mesmo. A lacuna legislativa sempre existiu, e, nenhuma lei complementar acabou com tal omissão.

Através daquela lei civil, as entidades familiares ficaram restritas àquelas instituídas pelo casamento, restringindo-se a tutela estatal exclusivamente aos casais unidos por tal instituto jurídico; este, celebrado sempre por duas pessoas de sexo diferente.³¹⁰

Durante todo o período de vigência deste diploma legal, a organização da sociedade estava intimamente ligada à instituição do matrimônio, com o objetivo da procriação, ou seja, a perpetuação da espécie. Além do matrimônio, o Código possuía uma natureza patriarcal notória.

Sem dúvida, o Código de 1916 não se adaptou, no decorrer da sua vigência, às profundas modificações sociais e políticas da nossa sociedade, principalmente às grandes transformações na área do direito de família.

Portanto, o nosso antigo Código Civil de 1916 apenas admitia o casamento entre homem e mulher, sem nunca ter juridicizado qualquer aspecto que seja das relações entre pessoas do mesmo sexo, nem mesmo, quanto aos seus efeitos patrimoniais, quanto menos familiares, ele se resumia aos valores da época.

³⁰⁹ PIOVESAN Flávia. Obra citada, p. 136

³¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Nasce um novo (?) Código Civil. *Jornal Zero Hora*. Porto Alegre, 23 ago 2001, p. 19. A legislação em vigor regula a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio, verdadeira instituição, matrimonializada, patrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual ()”

Seção III – No novo Código Civil

Igualmente, o novo Código Civil chega até nós, após vários anos de tramitação, sem qualquer normatização dos relacionamentos homossexuais, a lacuna ainda persiste. Apesar de trazer grandes avanços e estar impregnado de um grande sentido social, as uniões entre pessoas do mesmo sexo permanecem ainda sem regulamentação.

Justamente, em virtude desta e tantas outras omissões legislativas, o novo Código Civil já nasceu sob críticas, não apenas de juristas, mas também de defensores dos direitos humanos.

Para Paulo Brossard,³¹¹ “um código, por melhor que seja, sempre deixa a desejar a alguém, na medida em que nunca satisfará a todos, doutos ou néscios.”

Miguel Reale³¹², sobre as censuras e apreciações críticas a que foi submetido o nosso novo Código Civil, assevera:

“Outra crítica apressada e absolutamente sem sentido diz respeito ao fato de o código não ter cuidado da união estável de pessoas do mesmo sexo. Essa matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição criou a união estável entre homem e uma mulher. De maneira que, para cunhar-se àquilo que estão querendo, a união estável dos homossexuais, em primeiro lugar seria preciso mudar a Constituição... Não era a nossa tarefa e muito menos a do Senado.”

Conforme ensinamento de Maria Berenice Dias³¹³, o novo Código Civil não tratou da regulamentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo pela rejeição da sociedade frente ao tema.

³¹¹ BROSSARD, Paulo. O novo Código Civil. *Jornal Zero Hora*. Porto Alegre, 14 jan. 2002, p. 11.

³¹² REALE, Miguel. In. FERREIRA, Aparecido Hernani (Coord). *O Novo Código Civil discutido por juristas brasileiros*. Campinas, SP: Bookseller, 2003, p. 39.

³¹³ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 121.

“O repúdio social de que são alvo as uniões homossexuais inibiu o legislador constituinte de elencá-las no conceito de entidade familiar. Ainda que afrontando o princípio da igualdade e olvidando a proibição de discriminação que ela mesma consagra como norma fundamental, a Constituição Federal pressupôs, no § 3º. do seu art. 226, a diversidade de sexos para a configuração da união estável.”

Portanto, a omissão legislativa continua a persistir, o novo Código Civil não trata das uniões homossexuais, nem no âmbito do Direito das Obrigações e nem através do Direito de Família. Mas, como diz Miguel Reale, a matéria deveria ter sido tratada pelo Direito Constitucional, pois não é matéria de Direito Civil.

CAPÍTULO II - PERSPECTIVAS DOS RELACIONAMENTOS HOMOSSEXUAIS

Examinamos, nos capítulos anteriores, as noções básicas sobre os relacionamentos homossexuais, passando-se pelos aspectos históricos, as diferentes terminologias, pelo direito comparado, sendo que, a partir deste momento, passaremos para a análise do instituto que abarcaria os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

A ciência jurídica brasileira ainda não se posicionou, legislativamente, sobre os relacionamentos homossexuais. Quando se fala no posicionamento legislativo, deve-se entender o silêncio das leis civis e também da nossa Carta Constitucional. Maria Berenice Dias³¹⁴ diz que o silêncio da Lei Maior esbarra na falta de elaboração legislativa e no conservadorismo judicial. Tal tarefa vem se impondo em nossa sociedade cada vez com mais força, principalmente considerando que a idéia de família vem adquirindo novas fisionomias. Roger Raupp Rios³¹⁵ já salienta que o nosso direito de família, a cada dia mais, está valorando as uniões entre pessoas embasadas na comunhão de afeto e esforços, buscando a dignidade dos seus integrantes, através do desenvolvimento da personalidade, deixando-se para segundo plano os fins reprodutivos, essenciais, se analisado o conceito de família de épocas passadas.

Quando introduzíamos nosso trabalho, comentávamos que a matéria era instigante e muito relevante, principalmente na concretização dos princípios fundamentais da nossa Carta Magna de 1988. Desta forma, em virtude das lacunas legislativas, a jurisprudência vem solucionado, através de um turbilhão de posicionamentos, ensejando soluções bastante díspares, aos casos concretos. “A circunstância de inexistir legislação que contemple os direitos emergentes das relações homossexuais não tem impedido que algumas questões sejam trazidas ao Judiciário.”³¹⁶

³¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 77.

³¹⁵ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*, p. 107-108.

³¹⁶ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 129.

Seção I – Posturas jurisprudenciais: as alternativas encontradas

Várias são as posturas jurisprudenciais, encontradas no nosso mundo jurídico, relativamente às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Em razão da lacuna legislativa existente, os aplicadores do direito buscam soluções que melhor se adaptem aos casos concretos, buscando a concretização dos princípios constitucionais vigentes, pois, como salienta Maria Berenice Dias, “A mais cruel conseqüência do agir omissivo é a perpetuação de grandes injustiças. Subtrair direitos de uns e gerar enriquecimento injustificado de outros, afronta o mais sagrado princípio constitucional, que é o de respeito à dignidade humana.”³¹⁷.

Desta forma, analisaremos os diferentes posicionamentos jurisprudenciais existentes:

Subseção I – Da entidade familiar

Se analisarmos historicamente a instituição família, está ela ligada ao papel do casamento, desde tempos muito remotos. Até pouco tempo atrás, o nosso Código Civil, de 1916, admitia como entidade familiar somente aquela instituída pelo matrimônio, restringindo-se a tutela estatal exclusivamente aos casais unidos por tal instituto, tido como “um contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer.”³¹⁸. Ou, em outras palavras, “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que se unem material e espiritualmente para constituírem uma família legítima.”³¹⁹

Dito isto, pode-se observar que o contrato de casamento se resume apenas a pares heterossexuais, sendo elemento fundante para sua concretização a diversidade sexual.

³¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Obra citada*, p. 20

³¹⁸ MIRANDA, Pontes *Tratado de direito de família* Direito matrimonial. Atualizado por Vilson Rodrigues. Campinas. Bookseller, 2001, p. 96.

³¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira *Síntese de direito civil* Direito de família. Curitiba: J. M. Editora, 2000, p. 21.

Assim, para a grande maioria dos estudiosos, ainda hoje, a união está restrita a pares de sexo diferente. Por esta razão, no direito brasileiro, ainda não encontramos nenhuma decisão jurisprudencial acerca do tratamento igualitário das uniões homossexuais, com as entidades familiares formadas através do vínculo do casamento civil. As uniões homossexuais jamais poderão ser consideradas entidades familiares, em razão da inexistência do elemento principal, ou seja, o sexo oposto entre os contratantes, elas não se coadunam com os elementos essenciais que o casamento, como contrato típico e solene exige. E mais, através da união entre duas pessoas do mesmo sexo, nunca poderá se formar um núcleo de procriação humana, um dos objetivos, também, da instituição do casamento.³²⁰

Eduardo Oliveira Leite diz que “o casamento entre pessoas do mesmo sexo é considerado inexistente.”³²¹ No mesmo sentido, o posicionamento de Arnaldo Rizzardo “por mais que se defenda e justifique o homossexualismo, desfigura o casamento, em sua origem e em sua natureza, a união de dois seres humanos do mesmo sexo. Fisiológica e psicologicamente, as peculiaridades ou características do homem e da mulher são complementares.”³²²

Segundo Rainer Czajkowski,³²³ as uniões homossexuais não podem ser tratadas pelo direito de família, pois não se configuram como tal, sustentando que

“a caracterização da união homossexual como uma forma de casamento é erro resultante de uma visão excessivamente contratualística do matrimônio, e que despreza, também, elementos essenciais da noção de família. Não há dúvida de que o casamento é compreendido atualmente como sendo, predominantemente, um contrato; mas há também uma carga institucional que se reflete no interesse do Estado, na organização da família. O surgimento da família, modernamente, justifica-se de modo primordial na realização afetiva, psicológica e sexual do homem e da mulher, mas jamais pode desvincular-se completamente da idéia de procriação humana, pelo menos potencial. ()”

³²⁰ FUGIE, Érika Harumi. Obra citada, p. 133 “Os padrões conservadores, pela larga influência religiosa, concebem o exercício da sexualidade dentro do parâmetro sacro do laço matrimonial, com o nítido interesse na possibilidade procriativa.”

³²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Síntese de direito civil*. Direito de família, p 28.

³²² RIZZARDO, Arnaldo *Direito de família* Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 119.

³²³ CZAJKOWSKI, Rainer Obra citada, p.167-168

Para José Lamartine Corrêa da Silveira e Francisco José Ferreira Muniz, um dos pressupostos essenciais para a existência do casamento é a diversidade de sexos, assim, “as uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas – não como modalidade de casamento”³²⁴

Segundo Graciela Medina³²⁵

“El razonamiento de los homosexuales referido a que la prohibición de contraer matrimonio vulnera su derecho a constituir una familia es errado, porque según el concepto tradicional la familia es el conjunto de personas unidas por lazos de parentesco (los homosexuales no los tienen) o por nexos de matrimonio, y hemos dicho que matrimonio es sólo la unión de un hombre y una mujer. Consecuentemente, la unión homosexual no constituye una familia”

Ainda, de acordo com Graciela Medina³²⁶, agora em sua obra *Uniones de Hecho. Homosexuales* “las uniones homosexuales son diferentes a las uniones heterosexuales y esta natural distinción justifica que la posición del orden jurídico sea diferente. El Estado puede priorizar una unión sobre otra (...) Así, la preferencia del Estado por la unión matrimonial sobre la unión homosexual tiene fundamentos razonables que la justifican jurídicamente e impiden que la distinción sea calificada de discriminatoria.” A autora, em outro estudo diz que

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, em voto prolatado na Apelação Cível n. 70001388982, assim se manifestou:

“() tenho a família como sendo um grupo afetivo de cooperação social acima de tudo, mas não consigo desvincular, ainda, a idéia de família da idéia de prole, não consigo desvincular a idéia de família como sendo aquele ambiente próprio para receber uma prole, natural ou adotiva e onde, em verdade, deve

³²⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, MUNIZ, Francisco José Ferreira *Direito de Família Direito Matrimonial* Porto Alegre Sérgio Antônio Fabris, 1990, p 215.

³²⁵ MEDINA, Graciela *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, p. 212.

³²⁶ MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho Homosexuales* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, [s d], p. 27.

ser formado o novo cidadão. A família é isso e, portanto, é muito mais do que uma mera relação de afeto (...) Não pode a família se apartar da estrutura formal concebida pelo legislador, como sendo o ambiente natural e próprio para a procriação e desenvolvimento da prole, admitida como tal no ordenamento jurídico pátrio como sendo decorrente do casamento ou da união estável, ou na modalidade monoparental, de um homem ou uma mulher com a sua prole, natural ou adotiva. ”³²⁷

Apesar de o assunto trazer grandes perplexidades para a sociedade, que ainda trata as relações homossexuais como um grande tabu, existem juristas que acreditam que as uniões entre pessoas do mesmo sexo podem ser tratadas com os mesmos efeitos das uniões heterossexuais, celebradas através do casamento civil. Para Maria Berenice Dias³²⁸, “a falta de normatização não pode inibir o Poder Judiciário de solver os conflitos que se lhe apresentem a julgamento, por meio da aplicação das normas legais que regram as relações heterossexuais. É das Varas de Família a competência para solver os conflitos, devendo ser aplicada a legislação que rege a união estável e o casamento.” Grifamos

Acreditamos que, equiparar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, com as instituições familiares decorrentes do instituto civil do casamento, seja impossível, em razão de que, no nosso ordenamento legal, o elemento essencial – diversidade de sexo - para a concretização e celebração do contrato de casamento, jamais poderá se fazer presente nas relações homossexuais; mas certamente, podemos, através da analogia, equiparar as uniões homoeróticas às uniões estáveis, mesmo que nestas também seja requisito essencial a divergência sexual, como veremos a seguir.

Subseção II – União estável

Desde muito tempo antes da Carta Constitucional de 1988, os modelos de família, ditados pelo nosso Código Civil de 1916, não mais se adaptavam à realidade social, mas foi

³²⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70001388982, 7ª. Câmara Cível, julgada em 14 mar. 2001, voto do Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, p. 45-46.

³²⁸ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 147.

apenas com o novo texto constitucional, que as uniões estáveis começaram a receber a proteção estatal. Através do disposto no art. 226, § 3º da ordem constitucional as uniões estáveis receberam o *status* de entidade familiar.

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

()

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

O art. 1º da lei 9.278/96, traz uma conceituação de união estável: “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Desta forma o legislador deu um grande passo na legalização de uniões que há tempo clamavam pela juridicização. Nesse sentido, “aplaude-se a evolução constitucional ao conferir *status* familiar às uniões estáveis, mas envergonha-se da restrição à heterossexualidade. A Constituição liberta uma parcela social (os companheiros) ao lhe incluir no processo político-social como ente merecedor de tutela, mas oprime outros (os homossexuais) ao confirmar a exclusão, por meio da exigência da diversidade de sexos para a caracterização da união estável.”³²⁹ Grifamos.

Certamente os relacionamentos homoafetivos poderiam ser comparados às uniões estáveis. Nada justifica o requisito de distinção de sexos para a formação e identificação de um casal estável. A não equiparação das uniões homossexuais às uniões estáveis é altamente preconceituosa e discriminatória. Sempre que duas pessoas celebram a sua união, mantendo uma relação estável, formam um núcleo familiar, independentemente da identidade sexual dos seus integrantes, ou seja, a orientação sexual do par jamais pode constituir fator discriminatório.

O Poder Judiciário do Rio Grande do Sul é pioneiro e vanguardista quando o assunto é união entre pessoas do mesmo sexo, e partiram, justamente do nosso Judiciário, as primeiras

³²⁹ BRUNET, Karina Schuch. Obra citada , p 82

decisões, reconhecendo as sociedades de fato e, assim, conseqüentemente, determinando a partilha de bens comuns ao par.

A primeira decisão no Tribunal gaúcho, neste sentido, foi prolatada através de uma juíza gaúcha, Dra. Judith dos Santos Mottecy, quando do julgamento do processo n. 01196089682, ainda no ano de 1999, mais especificamente em 24 de fevereiro. Tal decisão reconheceu a sociedade de fato entre as partes, deferindo a totalidade de herança ao companheiro do *'de cujus'*, em face da inexistência de descendentes; baseou-se, principalmente, no princípio Constitucional da igualdade. Deve-se chamar atenção para o fato de que tal decisão reconheceu, também, a aplicação da Lei 8.971/94 ao caso concreto, ou seja, acabou equiparando tal relacionamento à união estável, analisando, assim, não somente o âmbito do direito obrigacional, mas também na esfera do direito familiar.

No ano de 2000, mais um caso, envolvendo relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, chegou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: foi a apelação cível n. 598362655, que teve como Rel. Des. José Siqueira Trindade, veja-se parte do voto:

“é possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante os princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preconceitos 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 as coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos.”³³⁰

Ainda, do Tribunal de Justiça gaúcho, vale transcrever parte do voto do Des. Rui Portanova, prolatado nos autos da Apelação Cível n. 70003016136, julgada pela 8ª Câmara

³³⁰ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 598362655, Rel. Des. José Siqueira Trindade, 8.ª Câmara Cível, julgada em 01 mar. 2000.

Cível, em 08 de novembro de 2001, quando faz um profundo estudo sobre a lacuna existente na ordem legislativa

“Quando estamos em face de uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, vivemos um fato ainda não disciplinado em lei. Ou seja, estamos diante de uma lacuna quando se trata de uniões homossexuais a lei não prevê nenhuma forma expressa de solução. Por igual, também nenhuma lei proíbe taxativamente ou implicitamente que se retire efeitos de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Não há lei que ofereça solução jurídica para o caso. Há um vazio legal Assim, estamos diante de uma lacuna no direito. E a lacuna deve ser preenchida a lacuna será preenchida com princípios constitucionais e analogia. a solução para a hipótese de união homossexual seguirá, pela via analógica, as mesmas consequências das previsões legais a respeito das uniões estáveis, com a desnecessidade da prova da colaboração. Ora, indubitavelmente, a semelhança relevante de ambos os casos é o afeto informal. Os dois institutos centram-se em relações interpessoais de comum amor entre os parceiros. . . . Os amantes que hoje vivem em união estável, também sofreram as agruras e as discriminações que hoje sofrem as famílias homossexuais. Esta é uma semelhança histórica relevante, que, por igual, faz aproximar algo que hoje está regulado (a união estável) com algo que ainda aguarda regulamentação legislativa.”³³¹

Igualmente, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é a Apelação Cível n. 70001388982, julgada em 14 de março de 2001, pela 7ª. Câmara Cível, em que figurou como Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis:

“UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção

³³¹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70003016136, voto do Des. Rui Portanova, 8ª. Câmara Cível, julgada em 08 nov. 2001

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 constitucionais, da dignidade 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 os parceiros”³³²

O Des. José Carlos Teixeira Giorgis, no voto prolatado no julgamento da Apelação Cível acima indicada, sustenta: “É que o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica de atribuir à união homossexual os mesmos efeitos dela.”³³³ Grifamos.

Subseção III – Sociedade de fato

O maior problema enfrentado pelos homossexuais é relativamente à partilha do patrimônio construído; muitos casos concretos estão sendo enfrentados no âmbito do direito obrigacional, como se as uniões entre homossexuais fossem uma sociedade de fato. Sem dúvida, tal posicionamento é o aceito pela grande maioria dos juristas brasileiros.

Esta corrente jurisprudencial surgiu com o real objetivo de acabar com o desequilíbrio existente entre os integrantes das uniões não formalizadas pelo casamento civil. Pois a grande maioria construía um patrimônio em comum, através do esforço de ambos, mas, no momento da extinção desta união, ocorria o prejuízo de uma das partes. E através deste posicionamento,

³³² Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n 70001388982, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, 7ª Câmara Cível, julgada em 14 mar. 2001.

³³³ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n 70001388982, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, 7ª Câmara Cível, julgada em 14 mar. 2001, p. 7.

iniciou-se uma nova etapa, através da análise da ótica obrigacional, evitando-se o “enriquecimento, sem causa, de um, às custas do empobrecimento injustificado do outro”³³⁴

Conforme Graciela Medina, “cuando no se puede probar la existência de una sociedad de hecho ni una comunidad se busca solucionar los problemas económicos suscitados pro el fin de la unión recurriendo al principio del enriquecimiento sin causa. Uno de los principios generales del Derecho radica en que ‘nadie debe enriquecerse injustamente a costa de otro.’”³³⁵

Os adeptos desta corrente descartam a teoria da constituição de um núcleo familiar, rejeitando, de imediato, o tratamento das uniões homossexuais pela esfera do direito de família, pois consideram totalmente impossível a configuração de uma entidade familiar a união entre duas pessoas do mesmo sexo, não apenas pelo disposto na nossa Constituição Federal, que prevê apenas como entidade familiar aquela formada por um homem e uma mulher, mas também porque nestas sociedades não se faria presente o núcleo da procriação humana, principal objetivo da instituição família. Descartando assim esta hipótese, como antes apontado, apreciam todos os casos concretos na seara do direito obrigacional, principalmente levando-se em conta a figura jurídica do enriquecimento ilícito³³⁶ e da comunhão de esforços para aquisição do patrimônio, desconsiderando-se todos os aspectos íntimos da convivência homossexual entre os parceiros, que se tornam matéria estranha.

Igualmente, esta corrente não cogita a hipótese de configuração de uma união estável entre homossexuais, em virtude do teor da lei 9.278/96, que prevê, expressamente, como união estável a relação entre pessoas de sexo diferente.

O Supremo Tribunal Federal tem-se posicionado no sentido da existência de efeitos patrimoniais, decorrentes de relações obrigacionais criadas pelo relacionamento entre o casal, excluindo-se a possibilidade da configuração da união estável, pois este instituto prevê, necessariamente, a união entre sexo oposto, enquanto que aos relacionamento homossexuais apenas se poderia, por analogia, aplicar a súmula 380 do Supremo Tribunal de Justiça, que estabelece que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

³³⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p 174.

³³⁵ MEDINA, Graciela *Uniones de hecho Homosexuales*, p 213.

³³⁶ DIAS, Maria Berenice Obra citada, p.133. “O fundamento de mais larga utilização para o deferimento da partilha de bens é a repulsa à possibilidade de enriquecimento injustificável, exigindo-se, por consequência, a prova da mútua colaboração na formação do acervo patrimonial, invocando-se a Súmula no 380 do Supremo Tribunal Federal.”

O entendimento dominante é de que os efeitos destas uniões se resumem aos aspectos patrimoniais decorrentes. Thiago Hauptmann Borelli Thomaz leciona claramente este aspecto, quando explica que:

“as uniões homólogas originam-se de certos direitos de natureza patrimonial, que estão sendo cada vez mais reconhecidos pela jurisprudência. Não obstante, o reconhecimento como entidade familiar está distante de ocorrer. () Assim, reconhecida a sociedade de fato, deve haver a partilha dos bens amealhados pelo esforço comum, quando dissolvida esta sociedade, seja por separação, seja por morte.”³³⁷

Os aplicadores do direito, que são adeptos a esta corrente, fazem uso do disposto no art. 981 do Código Civil (antigo art. 1363 do Código Civil de 1916) e, também, da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Até meados do ano de 1998, a interpretação do disposto na lei civil, através do seu art. 1363 e sua conseqüente aplicação às uniões homossexuais, “era decisão revolucionária, que descobria um novo direito no texto velho”³³⁸, hoje, ao contrário, já é tida como solução simplista e parcial.

“Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

“Súmula 380 Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

³³⁷ THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. Obra citada, p. 95.

³³⁸ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. STJ: equívocos e verdades *Revista Consulex* Brasília, ano II, n. 16, abr./1998, p. 18

Vale transcrever parte do posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar, no julgamento do Recurso Especial n. 148-897³³⁹:

“() É certo que o legislador do início do século XX não mirou para um caso como o dos autos, mas não pode o juiz de hoje desconhecer a realidade (..) O comportamento sexual deles pode não estar de acordo com a moral vigente, mas a sociedade civil entre eles resultou de um ato lícito, a reunião de recursos não está vedada na lei e a formação do patrimônio comum é consequência daquela sociedade. Na sua dissolução, cumpre partilhar os bens.”

Certamente, tal posicionamento de caráter essencialmente societário não é o mais justo, pois, se for analisado o relacionamento através do direito obrigacional, apenas através de vínculos negociais, sem averiguar as possibilidades de um vínculo familiar, como se inexistisse uma relação de afetividade, os direitos ficarão restritos ao patrimônio construído pelos parceiros, impedindo a concessão de inúmeros outros direitos, sem dúvida, adquiridos, tais como direito à herança, alimentos, dentre outros. Como diz Basílio de Oliveira³⁴⁰: entre parceiros do mesmo sexo vigora uma sociedade de afeto, antes mesmo de uma sociedade de fato.

A Des. Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça gaúcho, em voto prolatado nos autos da apelação cível n. 700001388982, demonstra seu posicionamento totalmente contrário a esta teoria, veja-se parte do voto:

“No dilema entre praticar uma injustiça e afrontar tabus e preconceitos, vinha o Judiciário, de forma cômoda, buscando subterfúgios no campo do Direito Obrigacional para reconhecer como sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. Relegar tais questões ao âmbito do obrigacional, gerava, no mínimo, um paradoxo, pois acabavam os juízes aplicadores do

³³⁹ Superior Tribunal de Justiça, 4ª. T; Resp 148 897-MG, apud THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. Obra citada, p. 96

³⁴⁰ OLIVEIRA, Basilio Obra citada, p. 322

*Direito de Família se socorrendo de ramo do Direito cujo julgamento não detem competência.*³⁴¹

Apenas para exemplificar a situação acima apontada, imaginemos a grande problemática no caso de morte de um dos parceiros. Sem dúvida, no caso de uma separação, a partilha do patrimônio adquirido na constância da união é a solução mais justa, mas não o é, entretanto, quando um deles vier a falecer. “Não se pode negar a ocorrência de injustificado proveito dos familiares – que normalmente hostilizavam a opção sexual do *de cuius* – em detrimento de quem dedicou a vida a um companheiro, ajudou a amealhar um patrimônio e se vê sozinho, abandonado e sem nada.”³⁴²

Adauto Suannes³⁴³ também expõe, neste sentido, o seu entendimento

“O enriquecimento ilícito, sempre repudiado pelo Direito, é que não pode ser objeto de temporização, mormente em casos em que um dos sócios falece, abrindo ensanchas à família – na maioria das vezes distante por preconceito – para que possa herdar a integralidade do patrimônio deixado, em prejuízo daquele que, diretamente ou indiretamente, contribuiu à sua formação”

No âmbito jurisprudencial, registram-se inúmeros julgados; um dos pioneiros de que se tem notícia é o caso da sucessão do pintor Jorge Guinle Filho, amplamente divulgado pela mídia, por ser pessoa de renome nas artes nacionais. Logo após seu falecimento, vítima da AIDS, seu companheiro ingressou em juízo com uma ação, objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e a divisão dos bens. Vale a pena transcrever a ementa:

“União livre – Sociedade Fato – Ação contra espólio – Auxílio e assistência por parte do autor na vida pessoal e profissional do falecido parceiro. Presumível convivência entre eles – Aspectos íntimos irrelevantes para a

³⁴¹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70001388982, 7ª. Câmara Cível, julgada em 14 mar. 2001, voto da Des. Maria Berenice Dias.

³⁴² DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 83.

³⁴³ SUANNES, Adauto, apud DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 83.

definição societária – Contribuição fixada em 25% sobre bens móveis, excluído o imóvel não resultante do esforço comum – Procedência mínima”³⁴⁴

Decisão mais recente, de 08 de novembro de 2001, foi proferida pela 8ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação Cível n. 700003016136:

“APELAÇÃO. RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO E PARTILHA RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL. PRELIMINARES AFASTADAS APELO PROVIDO, EM PARTE POR MAIORIA”

Vale também transcrever parte do voto proferido pelo Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, no acórdão da Apelação Cível n. 599348562, do Tribunal de Justiça gaúcho, também no ano de 2001, mais especificamente em 11 de outubro de 2001:

“Nem a Constituição Federal, nem as Leis 8.971 e 9.278 garantem ao apelado qualquer direito quanto aos bens do espólio do falecido Valdemiro Dias, com quem alega ter mantido uma convivência homossexual, como fez a sentença. (.) A existência de uma união com convivência duradoura e pública, entre homem e mulher, caracteriza a união estável, com direito ao patrimônio e à herança; mas um relacionamento homossexual constitui uma sociedade de fato, com aplicação, por analogia, da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal... ..”³⁴⁵

Seção II – Aplicação dos princípios constitucionais

Em razão da existência dos princípios fundamentais insculpidos na Carta Magna de 1988, que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, que estabelecem a

³⁴⁴ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 791/89, Rel. Des. Narcizo Pinto, julgada 22 ago. 1989

³⁴⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 599348562, Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, julgada em 11 out 2001.

proteção da pessoa humana, através da sua dignidade, e a igualdade perante todos, descabida qualquer discriminação quanto aos homossexuais.

Os princípios constitucionais devem ser aplicados sob pena de inconstitucionalidade³⁴⁶. “Considerando que os princípios constitucionais foram expressamente inseridos no texto constitucional, a norma infraconstitucional que viole qualquer um deles, previstos expressamente ou de forma implícita, é inconstitucional e, portanto, deve ser retirada do mundo jurídico.”³⁴⁷

Segundo ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade...representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais ...”³⁴⁸

Os conceitos como os de dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, justiça social, bem comum, dentre tantos outros que encontramos elencados na nossa Carta Constitucional, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade. Assim, o hermeneuta jurídico deve, aproveitando-se de todas as potencialidades que o ordenamento coloca à sua disposição, fazer a aplicação dos direitos fundamentais, juntamente com as prerrogativas de um estado garantista.

A implementação desses princípios constitucionais é tarefa essencial para qualquer projeto democrático, já que democracia também significa igualdade, liberdade e dignidade. Flávia Piovesan esclarece: “A busca democrática requer, fundamentalmente, o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos elementares.”³⁴⁹

³⁴⁶ RIOS, Roger Raupp. Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da (Org). *Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos* Porto Alegre: THEMIS Assessoria Jurídica de Estudos de Gênero, 131. “Não pode haver democracia onde não haja homens e mulheres autônomos e independentes, para tanto, é fundamental o resguardo de uma esfera da vida em que a auto-determinação e a possibilidade de construir-se como pessoa livre sejam concretamente efetivos, numa realidade que implica, forçosamente, a diversidade e o pluralismo. Nesse âmbito erige-se a esfera da vida privada, na qual os sujeitos cultivam a sua mesmos desde o direito de estar só até a escolha daqueles com quem compartilhar afetos e sentimentos.”

³⁴⁷ PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

³⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 748

³⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. Obra citada. p. 136

Subseção II – Efetividade dos Direitos Fundamentais

Conforme já exposto anteriormente, o papel dos princípios fundamentais no sistema jurídico brasileiro é infinito. José Joaquim de Gomes Canotilho é enfático “são importantes fundamentos para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”³⁵⁰

A estrutura dos princípios, inegavelmente, é bastante maleável e permite o acompanhamento da realidade, incidindo nos mais diversos casos concretos. Os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva, contendo grande número das soluções que a prática exige.

A dignidade é da essência do homem, qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer cidadão; a disposição constitucional que explicita sua defesa reclama eficácia imediata e enseja aplicação em todos os casos que envolvam os seres humanos.

Por mais que, às vezes, não existam leis regulamentadoras sobre situações de fato, há que se ter em mente que existem garantias constitucionais, que, de uma forma ou outra, devem proteger as novas entidades familiares.

Conciliadas as incidências dos princípios da igualdade, da não-discriminação sexual, da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade da esfera da liberdade, pode-se concluir que está solucionada a lacuna existente.

A implementação desses direitos é tarefa essencial para qualquer projeto democrático; já, em última análise, a democracia significa igualdade e dignidade. Conforme Flávia Piovesan³⁵¹, “a busca democrática requer, fundamentalmente, o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos elementares.”

Subseção II – O Estado Democrático de Direito frente à questão homossexual

Ressaltar o princípio democrático e a idéia de Estado Democrático de Direito é ponto crucial para nossa pesquisa, assim como salientar o vínculo entre o regime e a eficácia dos direitos fundamentais e a democracia.

³⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional* 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 171-172.

³⁵¹ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 136.

Já que o Estado Democrático de Direito, visa garantir o princípio democrático como garantia legal dos direitos fundamentais da pessoa humana³⁵², tem o dever de respeitar a expressão de opções pessoais dos cidadãos para, mais do que qualquer coisa, promover o bem de todos.

Conforme Roger Raupp Rios: “importa aqui sublinhar que admitir a existência de comunidades familiares que não se caracterizam pelo vínculo matrimonial é respeitar os valores constitucionais da democracia, do Estado Democrático de Direito e a eficácia dos direitos fundamentais, pena de a Constituição ser concretizada de forma discriminatória e ofensiva a esses postulados.”³⁵³

É o Estado, através do seu ordenamento jurídico, que prescreve as normas de apropriação e expropriação à categoria dos cidadãos. Na medida em que legitima ou ilegitima as relações sociais e determina o normal e o anormal, inclusive nas questões de natureza sexual, desempenhando papel ordenador social.

Conforme Rogério Gesta Leal³⁵⁴

“ tem-se condições de evidenciar que o Estado Democrático de Direito, no constitucionalismo contemporâneo brasileiro, na condição de realidade a ser perseguida, também é princípio informativo da significação, vigência e eficácia das normas constitucionais e infraconstitucionais; e, portanto, de acordo com a natureza do poder que lhe criou, oportunizando, entre outras, a efetiva proteção e implementação dos Direitos Humanos.”

Os direitos das minorias existentes no seio de um Estado jamais podem ser esquecidos. Avançando-se sobre a questão das uniões homossexuais, é lícito afirmar que constitui cerceamento de direitos basilares de cidadania negar-lhe guarida, uma vez que concorrem para o seu reconhecimento como entidade familiar, o princípio da sociabilidade e do pluralismo e a

³⁵² SILVA, José Afonso. Obra citada, p. 121.

³⁵³ RIOS, Roger Raupp. *Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais*, p. 134.

³⁵⁴ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil*. Desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 140.

proteção da dignidade humana, elementos da concepção contemporânea do Estado Democrático de Direito.³⁵⁵

Deduz-se que não pode haver democracia, onde não haja cidadãos autônomos e independentes e, para tanto, é fundamental o resguardo de uma esfera da vida em que a autodeterminação e a possibilidade de construir-se como pessoa livre sejam reconhecidos. Nesse sentido, o maior desafio é compor o princípio da igualdade com respeito à diferença.

Roger Raupp Rios³⁵⁶ esclarece

“independentemente da orientação sexual de um ser humano, impende invocar-se o respeito devido à sua individualidade, em virtude da citada cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Esta (a dignidade da pessoa humana), aliás, é elemento central na sociabilidade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito, que promete aos indivíduos, muito mais que abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades (..)

“Subtrair um indivíduo a um fato social implica deixar o indivíduo à margem da própria cidadania”³⁵⁷, o que não se coaduna com o disposto nos artigos. 1º, 3º e 5º, bem como no preâmbulo da Carta Constitucional de 1988.

³⁵⁵ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*, p. 112.

³⁵⁶ Sentença proferida nos autos da Ação Ordinária n. 96.0002030-2, 10ª. Vara da Justiça Federal de Porto Alegre, julgada em 09 jul. 1996. In: RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*, p. 216.

³⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 74

CAPÍTULO III – POSSIBILIDADES E PERSPECTIVAS

Seção I – Juridicização

Como ocorreu com a união estável, que por muito tempo clamou por uma regulamentação, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, hoje, protestam pelo seu reconhecimento jurídico. As uniões homossexuais são uma realidade, tratam-se de uma evolução social, e o direito não pode desconhecê-las. O Estado deve garantir a sua juridicização, sob pena de não efetivação dos direitos assegurados constitucionalmente pela Carta Magna de 1988.

“O desconhecimento das pretensões das minorias, em que pese não constituir qualquer novidade em nosso País, não é bom indício de democracia, restando claro que a inexistência de regulamentação legal para a situação de convivência de parcela da população que não pode ser, por sua opção sexual, relegada à marginalidade constitui em cerceamento de direitos basilares de cidadania de tal segmento social, o que não pode ser admitido em um estado democrático de direito.”³⁵⁸

A ciência jurídica valoriza os fatos que possuem importância nos relacionamentos intersubjetivos, elevando-os à categoria de fatos jurídicos, através da incidência da norma.

Conforme ensinamento de Marcos Bernardes de Mello

³⁵⁸PIRES, Francisco Eduardo Orcioli; PIZZOLANTE, Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 153.

“quando o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens, a comunidade jurídica sobre ele edita norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social (.) A norma jurídica, deste modo, adjetiva os fatos do mundo conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos: - o ser fato jurídico.”³⁵⁹

Assim, os fatos do mundo fático, ou seja, os fatos da vida, tornam-se jurídicos em razão da atuação ou subsunção da norma, e assim, tornam-se jurídicos, juridicizando-os. Desta forma, o sistema jurídico brasileiro de direito escrito não dá conta de abarcar, com seus dispositivos expressos, todas as situações da vida em sociedade, que contenham irrefutável conteúdo jurídico. Tais situações restam sem regulamentação ou insatisfatoriamente reguladas. E é nesse contexto que se encaixam as uniões entre pessoas do mesmo sexo, como realidade social, proveniente de uma nova concepção de afeto, uma nova remodelagem de conceito de família.

Embora não existam normas jurídicas que regulamentem tais uniões, é certo que este fato social existe, já está inserido no mundo jurídico e clama por soluções. E o direito deve acompanhar estas novas realidades, estas mudanças na sociedade. Assim, é impossível negar, ante as evidências, que, apesar da lacuna jurídica, a ocorrência do fenômeno da juridicização das uniões entre pessoas do mesmo sexo ocorre sobre outras dimensões que não somente a normativa, uma vez que a jurisprudência antecede a própria lei, como antes já analisamos.

Seção II – O projeto de Lei 1151/95³⁶⁰ e seu substitutivo

O projeto de lei 1151/95 foi apresentado na Câmara dos Deputados em 1995, pela então Deputada Marta Suplicy, sendo que, até hoje, não foi votado. Infelizmente, o

³⁵⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 8.

³⁶⁰ SUP LICY, Marta. *Justificativa ao projeto de Lei 1151/95* Disponível na Internet: <http://www.martasuplicy.org.br>. Acesso em 03 maio de 2001. “O projeto de lei que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo vem regulamentar, através do direito, uma situação que há muito, já existe de fato. E, o que de fato existe, de direito não pode ser negado.”

preconceito é ainda o maior obstáculo ao aprimoramento, discussão e aprovação deste projeto. A resistência da sociedade e dos parlamentares e, principalmente, da igreja trava a discussão da regulamentação.

Marta Suplicy³⁶¹ justifica o seu projeto:

“...Esse projeto pretende fazer valer o direito à orientação sexual, hetero, bi ou homossexual, enquanto expressão dos 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 outras pessoas do mesmo sexo. Longe de escândalos ou anomalias, é forçoso reconhecer que estas pessoas só buscam o respeito às uniões enquanto parceiros, respeito e consideração que lhes é devida pela sociedade e pelo Estado.”

Em 1996, o projeto recebeu um substitutivo, apresentado pelo Relator Deputado Roberto Jefferson. Tal substitutivo foi apresentado para a Comissão Especial, que em 10 de dezembro de 1996, deu parecer favorável, acabando por melhorar a redação de alguns artigos do projeto originário. Uma das mudanças ocorridas foi a substituição do termo ‘união’ pelo termo ‘parceria’.

Mas, como antes apontamos, o preconceito é o maior obstáculo para aprovação deste projeto. Por inúmeras vezes, o mesmo já entrou em pauta de votação, sem nunca ter ido ao plenário. Conforme Maria Berenice Dias, “... a enorme resistência, principalmente da bancada evangélica, revelou-se poderosa. (...) Juntaram-se as igrejas, todas as religiões e credos e empreenderam uma verdadeira cruzada contra sua aprovação. (...)”³⁶²

A apresentação do projeto foi um grande passo para a concretização dos direitos dos homossexuais, em que a idéia principal não é de reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares, mas a contratação, por escrito, de uma sociedade civil entre pessoas do mesmo sexo, com o objetivo de se estabelecer direitos e deveres de caráter

³⁶¹ SUPLICY, Marta, apud DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 291.

³⁶² DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 122.

exclusivamente patrimonial. Portanto, o maior objetivo do projeto e seu substitutivo é a garantia dos direitos sucessórios e patrimoniais.

“Art. 1º. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei.”

O contrato de parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, conforme dispõe o artigo 2º. do projeto, deverá ser registrado em livro próprio (parágrafo 2º.), junto aos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, sendo que o art. 3º. estabelece um caráter essencialmente formal, quando dispõe sobre a lavratura do contrato em Ofício de Notas, com indicações de todas as disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas. A contratação fica restrita a pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas (art. 2º, parágrafo 1º, ‘I’). Ainda conforme este parágrafo, incisos II e III, as partes deverão apresentar prova da capacidade civil e o instrumento público do contrato de parceria. Já, o parágrafo 3º. estabelece a impossibilidade de alteração do estado civil durante a vigência do contrato celebrado.

Álvaro Villaça Azevedo³⁶³, sobre o parágrafo 3º., esclarece:

“Este parágrafo 3º. é de extremo rigor, porque corrobora que o pretendido registro, em livro próprio, no Cartório de Registro Civil, mencionado no caput do artigo, não é só para valer contra terceiros, mas cria, perigosamente, um novo estado civil, que não pode ser alterado sem a extinção do contrato de parceria civil registrada. Esse estado civil nem os conviventes possuem, na união estável, que é reconhecida constitucionalmente como forma de constituição de família.”

Como analisamos anteriormente, o art. 3º. estabelece a inscrição do contrato junto ao Ofício de Notas, sendo que o parágrafo 1º. dispõe sobre a possibilidade da retroatividade do pacto no que se refere ao patrimônio comum, formado anteriormente à união, e o parágrafo 2º. sobre a impossibilidade da adoção, que trataremos a seguir.

³⁶³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Obra citada, p. 152.

Da mesma forma da contratação, a dissolução destas sociedades poderá ocorrer pelo consenso ou pela morte de um dos contratantes, ou ainda, mediante a decretação judicial (art. 4º). Referentemente a rescisão contratual, indicada pelo inciso III do artigo, deve-se chamar atenção para o fato que deverá sempre o distrato ser submetido à homologação judicial.

O art. 5º. prevê a possibilidade de extinção da parceria por qualquer das partes contratantes, por infração de alguma das cláusulas contratuais (inciso I) ou por desinteresse das partes na continuidade da relação (inciso II).

Se, por ventura, ocorrer a extinção da parceria civil, a sentença deverá necessariamente versar sobre a partilha dos bens, tudo conforme as contido nas cláusulas contratuais (art. 6º).

O art. 7º. estabelece a nulidade do contrato, quando estabelecido com mais de uma pessoa e, ainda, quando ocorrer infração do art. 2º. parágrafo 2º. desta lei, impondo, através do parágrafo único, o crime de falsidade ideológica. Conforme Álvaro Villaça Azevedo,³⁶⁴ “o intuito do pré-legislador foi, em verdade, o de proibir a existência de dois ou mais contratos simultâneos de parceria civil, não propriamente o de proibir a existência dessas várias uniões, o que seria impossível. Desse modo, pode alguém, na prática, ter vários parceiros, o que é impossível de proibir, como acontece com o casamento (...)”

Em complemento ao art. 2º., que regulamenta o registro dos contratos de parceria, o art. 8º. altera os arts. 29, 33 e 167 da Lei dos Registros Públicos, em razão do registro do contrato de parceria.

O art. 9º. institui o bem de família, ou seja, estabelece a impenhorabilidade do bem imóvel próprio e comum dos contratantes. Tal artigo tem como base a lei 8.009/90 e, relativamente a este aspecto, muitos consideram uma incongruência, em razão de que as relações homossexuais jamais poderão ser equiparadas às famílias. Neste sentido, é o posicionamento de Álvaro Villaça Azevedo³⁶⁵: “como resta evidente, tal dispositivo de pré-legislação desvirtua a lei analisada, pois na parceria civil registrada não existe o intuito de constituição de família, não existe lar, o que impede que exista o bem de família. Entretanto, se tal dispositivo vingar, teremos aí uma exceção, em completa dissonância com a Lei 8.009/90. Sim, porque o bem de família só pode existir no âmbito desta.”

³⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Obra citada, p. 155.

³⁶⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça Idem, p. 157.

Débora Vanessa Caús Brandão, sobre a instituição da impenhorabilidade instituída no art. 9º. comenta:

“(.) A Lei 8009/90, que institui o bem de família, como o próprio nome diz, institui o bem de família e, como se defende durante todo o estudo, a parceria homossexual, ainda que lastrada em relação de afeto, não é família e não é entidade familiar. Portanto não cabe a proteção aos bens envolvidos nesse tipo de parceria. (...) Não se pode negar, ante o exposto, que tal dispositivo encontra-se totalmente desvirtuado ao estabelecer o bem de família para os parceiros do mesmo sexo, já que o projeto não vislumbra criação de família.”³⁶⁶

Através do art. 10, aos parceiros fica assegurada a inscrição como beneficiário do regime da previdência social. Assim, sempre que as partes tiverem registrado seu contrato, o parceiro poderá ser dependente de seu parceiro segurado. Se, por ventura ocorrer a dissolução do contrato de parceria, automaticamente, cancelar-se-á tal benefício previdenciário. Neste mesmo sentido, encontramos o art. 11, que estabelece a possibilidade do parceiro ser beneficiário de pensão, conforme dispõe a Lei 8.112/90, através do disposto do seu art. 217, inciso I.

Já, o art. 12 estabelece que os Estados, Municípios e o Distrito Federal deverão disciplinar, através de leis próprias, os benefícios previdenciários dos seus servidores que estejam relacionados através de contrato de parceria civil.

Importantíssimo é o texto do art. 13, pois nele o projeto apresentado pela então Deputada Marta Suplicy propõe a regulamentação dos direitos sucessórios. No seu inciso I estabelece o direito de usufruto a quarta parte dos bens do *de cujus*, caso este possua descendentes. Já, o inciso II estabelece o usufruto sobre metade dos bens do *de cujus*, caso este não possua descendentes, *embora não sobrevivam ascendentes*. Certamente, estamos diante de uma imprecisão técnica redacional, pois se não existirem filhos e não existirem ascendentes será transferida a totalidade da herança. A redação deveria ser *embora sobrevivam*

³⁶⁶ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Obra citada, p. 119.

ascendentes, assim, neste caso, não existindo descendentes e existindo ascendentes, o usufruto seria na razão de 50%. O parceiro sobrevivente receberá a integralidade dos bens do *de cujus*, se, por ventura não existirem descendentes e ascendentes, esta é a disposição do inciso III. E, finalmente, o inciso IV dispõe sobre a aquisição de bens com a colaboração de ambos os integrantes do contrato de parceria. Neste caso, comprovado o esforço conjunto, o parceiro sobrevivente terá direito à metade dos bens.

Conforme ensinamento de Álvaro Villaça Azevedo³⁶⁷ os três primeiros incisos do art. 13, são meras adaptações da Lei 8.971/94, no que se refere ao seu art. 2º, e o IV, adaptação do art. 3º. da referida lei. O autor faz uma crítica ao inciso III, pois alega que “continuará a existir o absurdo de estarem alijados da herança os colaterais do falecido, relativamente aos bens adquiridos pelo parceiro morto, antes de construir a parceria civil registrada, e os adquiridos, a título gratuito, durante a união.”³⁶⁸

O art. 14 dispõe sobre alteração do art. 454, do antigo Código Civil, atualmente, art. 1.775 da Lei 10.406/2002. Através deste dispositivo, seria acrescentado novo parágrafo a tal artigo, dispondo sobre a curatela do companheiro interdito. Portanto, o parceiro terá a preferência no exercício da curatela.

Através do disposto no art. 15, o pré-legislador busca acrescentar ao art. 113, da Lei 6.815/80, que trata da regulamentação da situação dos estrangeiros que vivem no nosso país, os contratos de parceria civil. Tal artigo dispõe sobre o prazo mínimo de residência no Brasil para concessão da naturalização, desta forma o prazo poderia ser reduzido, comprovando-se a existência do contrato. Portanto, é o direito à nacionalidade, se por ventura um dos contratantes não for brasileiro.

O art. 16 reconhece a possibilidade da composição de rendas para aquisição da casa própria, bem como, os direitos relacionados aos planos de saúde, e, também a possibilidade de um dos contratantes se tornar beneficiário do outro em contratos de seguro.

Através do disposto no art. 17, temos a possibilidade da dependência para fins da legislação tributária.

E, por fim, os artigos 18 e 19 estabelecem o início da vigência, no momento da publicação, estabelecendo, igualmente, a revogação das disposições em contrário.

³⁶⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Obra citada, p. 158.

³⁶⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Idem, *ibidem*.

O projeto não regulamenta a mudança de estado civil durante a vigência do contrato (art. 2º, parágrafo 3º), e nem a questão da adoção. Referentemente à adoção, deve-se esclarecer que o projeto originário nem sequer fazia referência, abstando-se de questão por demais polêmica, sendo que foi apenas com o substitutivo que surgiu a referência ao instituto da adoção, aí, sim com a referência à proibição (art. 3º parágrafo 2º).

O projeto se mantém lacunoso quanto à questão dos alimentos. Não existe qualquer referência à possibilidade de um dos companheiros requerer o direito a alimentos, o que não se justifica, pois, em várias disposições, tais como o direito ao usufruto da metade dos bens (art. 13), é assegurada a proteção, com verdadeira característica alimentar.³⁶⁹

Segundo Gustavo Bossert, “no existe ningún deber legal de prestarse alimenos entre convivientes homosexuales, ya que el deber alimentario está establecido para los cónyuges y para algunos parientes; el conviviente, si bien puede ser considerado como familia, no es pariente, ni tampoco se le puede aplicar por analogía la obligación alimentaria establecida para los conyuges.”³⁷⁰

Sem dúvida, é um primeiro passo de muitos outros do caminho a ser seguido pela legislação, para se assegurar os direitos e princípios constitucionais elencados na Carta Constitucional de 1988. Como diz Maria Berenice Dias, “independentemente das imperfeições e imprecisões técnicas, não se pode deixar de reconhecer como válida e altamente positiva a tentativa de emprestar juridicidade a uma situação que se faz presente e não está a receber qualquer proteção. Urge que se preencha a lacuna existente, a fim de assegurar o respeito aos direitos humanos.”³⁷¹

Seção III - Adoção

O assunto adoção por si só é por demais complexo, quanto mais a adoção por homossexuais. “Poucos autores arriscam discorrer sobre o tema, pois é de extrema complexidade e carecedor de análise aprofundada.”³⁷²

³⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 125.

³⁷⁰ BOSSERT, Gustavo, apud MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho Homosexuales*, p. 176.

³⁷¹ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 126.

³⁷² IBIAS, Delma Silveira. Obra citada, p. 98.

O grupo familiar exerce uma profunda e decisiva importância na construção da identidade e estruturação da personalidade da criança. Sem dúvida, quando falamos dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, a questão mais polêmica certamente se dará sobre o instituto da adoção, o que merece profundas análises por vários ramos do saber, principalmente pela psicologia, muito mais do que pela ciência jurídica.

Segundo Maria Berenice Dias³⁷³

“A mais tormentosa questão que se coloca e que mais tem dividido as opiniões, mesmo os que vêem as relações homossexuais como uma expressão da afetividade, é a que diz com o direito à adoção por parceiros do mesmo sexo. Como as relações sociais são marcadas predominantemente pela heterossexualidade, é enorme a resistência face à crença de haver um dano potencial futuro por ausência de referências comportamentais e, por consequência, a possibilidade de ocorrerem sequelas de ordem psicológica ”

Deve-se, antes de adentrar no instituto da adoção, fazer uma análise da concepção da instituição família³⁷⁴, que vem sofrendo profundas modificações e transformações³⁷⁵. A idéia de família é construída e reconstruída, lentamente, através dos tempos.

“O conceito de família amplia-se ainda mais, não se atendo aos moldes propostos pelo legislador.”³⁷⁶ A noção de família, baseada na relação casamento, homem e mulher, com o objetivo da formação de prole, identificada por Pontes de Miranda³⁷⁷, está sofrendo imensas

³⁷³ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 93.

³⁷⁴ MEDINA, Graciela. *Uniones de Hecho Homosexuales*, p. 265. “La realidad social ha forzado una transformación en las concepciones de la familia; los cambios en los estilos de vida se han apartado del modelo tradicional.”

³⁷⁵ PEREIRA, Sérgio Gischkow Pereira. Obra citada, p. 19. “O direito de família evolui para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorizações que orientam as convivências grupais. O regramento jurídico da família, não pode insistir, em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, sofrerá do mal da ineficácia.”

³⁷⁶ THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. Obra citada, p. 89.

³⁷⁷ MIRANDA, Pontes. Obra citada, p. 315 “(.) a união, ainda quando solenemente feita, entre duas pessoas do mesmo sexo, não constitui matrimônio, porque ele é, por definição, contrato entre homem e mulher, *virī et mulieris coniunctio*, com o fim de satisfação sexual e de procriação (.)”

mudanças atualmente.³⁷⁸ A antiga conceituação de entidade familiar já não mais se adapta às famílias atuais. O modelo familiar³⁷⁹ está recebendo uma nova roupagem, um novo perfil, uma nova concepção; o objetivo da procriação passou a segundo plano, e o amor e a troca de afeto, passaram ao primeiro, conseqüentemente, ocasionando uma grande revolução até mesmo na constituição familiar, criando-se assim novas modalidades de células familiares³⁸⁰, muitas delas fora da chancela estatal, as quais, através da nova estrutura iniciam a sua caminhada perante os tribunais em busca da tutela jurisdicional.

Conforme ensinamento de Rosana Fachin: “(...) Nessa evolução, a função procriacional da família e seu papel econômico perdem terreno para dar lugar à comunhão de interesses e de vida, em que os laços de afeto marcam a estabilidade da família.”³⁸¹

Luiz Mello de Almeida Neto³⁸² esclarece muito bem essa transformação no modelo familiar, veja-se:

“ ..O modelo de família constituído por um homem e uma mulher, casados civil e religiosamente, eleitos reciprocamente como parceiros eternos e exclusivos a partir de um ideário de amor romântico, que coabitam numa mesma unidade doméstica e que se reproduzem biologicamente com vistas à

³⁷⁸ BRUNET, Karina Schuch. Obra citada, p. 81. “ Aceitar os progressos sociais sem um correspondente familiar é admitir o efeito sem a efetivação da causa, ou seja, é impossível. A sociedade só se transforma e completa porque a família evolui. Negar a transformação e a evolução da família é uma atitude conservadora, preconceituosa e opressora, em que se identifica uma estrutura política de manutenção da ideologia dominante. . . A família precede o Direito e evolui independentemente de sua atualização. Assim, a falta de proteção jurídica a determinadas estruturas familiares demonstra uma postura ideológica e conservadora e de exclusão, onde se insiste em manter à margem da sociedade política e juridicamente organizada estruturas familiares psíquica e culturalmente existentes. A realidade das uniões homossexuais é esta: existem enquanto entidade familiar, mas são excluídas de uma participação ativa no processo político-social em que se inserem.”

³⁷⁹ ZIMMERMAN, David E. Obra citada, p. 102-103. “É útil lembrara que a configuração dos ‘grupos familiares’ vem sofrendo profundas transformações reais com a passagem das sucessivas gerações, sendo que este fato traz significativas repercussões no bebê, na criança, no adolescente e no futuro adulto, tanto no que diz respeito à formação de sua identidade individual como à identidade grupal e à social. Alguns dos fatores culturais e sociológicos que contribuem para este estado de coisas são, entre outros, os seguintes: . Um novo significado de família, com novos valores, expectativas e papéis a serem desempenhados (.)”

³⁸⁰ THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. Obra citada, p 96 “A estrutura familiar brasileira está em constante mutação e ao modelo tradicional de família vão sendo aos poucos agregados outros modelos, como o homossexual.”

³⁸¹ FACHIN, Rosana, apud RIBEIRO, Thaysa Halima Sauáia. *Adoção e sucessão nas células familiares homossexuais* Equiparação à união estável. Jus Navegandi, Teresina, a 7, n. 60, nov. 2002, Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3447>>. Acesso em 21 nov. 2002

³⁸² ALMEIDA NETO, Luiz Mello de. *Família no Brasil dos anos 90* Um estudo sobre a construção social da conjugalidade homossexual Brasília, 1999. Tese (doutorado em psicologia). Universidade de Brasília. Disponível na Internet: www.asselegis.org.br. Acesso em 13 fev. 2003.

perpetuação da espécie, ao engrandecimento da pátria e à promoção da felicidade pessoal dos pais não esgota o entendimento do que seja uma família. Da mesma forma, sociólogos, antropólogos, historiadores e cientistas políticos sistematicamente têm demonstrado que as noções de casamento e amor também vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e de institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais.”

Antigamente, o modelo familiar existente era unicamente o matrimonial, de forte cunho patriarcal e patrimonialista, formado pelo pai e mãe, com o objetivo da filiação, mas, atualmente, a idéia de família contemporânea é totalmente diferente, várias outras formas de constituição familiar surgiram, tais como a família monoparental, a família formada pela união estável e, sem dúvida, a família homossexual.

Assim, podemos conceituar a instituição familiar:

“La familia es principalmente convivência orientada por el principio de solidaridad em función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida que soluciona en forma directa la vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario del fruto de estas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo, procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno.”³⁸³

³⁸³ JCom Minas no 10 de Mendonza, 20-10-98 In: MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho Homosexuales*, p. 266.

Após analisarmos as transformações no instituto familiar, deve-se, sem dúvida, fazer uma conceituação sobre o instituto da adoção, que vem regulamentada pelo texto constitucional, através do seu artigo 227, parágrafo 5º, bem como, através de dispositivos da lei civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O instituto da adoção é definido por Antonio Chaves³⁸⁴ como sendo: “ o ato sinalagmático e solene, pelo qual, obedecidos os requisitos da lei, alguém estabelece, geralmente com um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação (...)”

Segundo Luiz Carlos de Barros Figueirêdo³⁸⁵

“adoção é a inclusão numa nova família, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio de filiação de uma criança/adolescente cujos pais morreram, aderiram expressamente ao pedido, são desconhecidos ou mesmo não podem ou não querem assumir suas funções parentais, motivando a que a Autoridade Judiciária em processo regular lhes tenha decretado a perda do pátrio poder ”

Portanto, a adoção é um instituto jurídico constituído pelo vínculo de parentesco entre sujeitos, independentemente de qualquer vínculo sanguíneo ou afim, formando-se, assim, uma família.

Como antes apontamos, a questão da adoção por si só é complexa, quanto mais a homossexual. Mas, a homossexualidade está presente na nossa sociedade, ocasionando grandes conseqüências no mundo jurídico, desta forma, deve-se analisar seus aspectos, muito especialmente em relação aos adotandos, na maioria das vezes, crianças de tenra idade, em idade de formação da individualidade.

Através da análise do art. 227, § 5º da nossa Carta Constitucional de 1998, não verificamos qualquer impedimento quando à adoção por homossexuais:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

³⁸⁴ CHAVES, Antonio. *Adoção, adoção simples e adoção plena* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 6.

³⁸⁵ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. Obra citada, p. 28

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade (grifamos), ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

()

Parágrafo 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

(.)”

Se analisarmos igualmente o Estatuto da Criança e do Adolescente, não encontraremos nenhuma objeção à adoção por homossexuais, pois o art. 42 daquele diploma legal estabelece apenas a maioridade, independentemente do estado civil; e, mais, analisando o artigo seguinte da mesma legislação, veremos que a adoção deve ser deferida quando propiciar reais vantagens para a criança. Desta forma, parece-nos que a lei abre um caminho, para a possibilidade destas adoções.

Veja-se o disposto no art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 43 - A adoção será deferida, quando apresentar reais vantagens para o adotado e fundar-se em motivos legítimos”

De acordo com Maria Berenice Dias, o único dispositivo legal que poderia ser provocado, como contrário à adoção, seria o art. 29³⁸⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas conforme seu entendimento, “a priori não se pode declarar que a família, ainda que homossexual, mas que possua as características de uma união estável, seja inadequada ou incompatível com a natureza da medida.”³⁸⁷

Portanto, não existe nenhuma restrição à adoção por homossexuais, desta forma concluímos que, em razão desta lacuna, ou seja, da falta de impedimento, devemos analisar caso a caso, levando-se em conta o disposto no art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o elencado na Carta Constitucional através dos artigos. 1º, inciso III, 3º, inciso IV e 227. Através da análise destes dispositivos legais, buscar-se-á a proteção do

³⁸⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente. “Art. 29. Não se dará a colocação em família substituída a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.”

³⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 96.

adotando, seu bem-estar, bem como o respeito à sua dignidade e, mais, os direitos fundamentais do adotante.

O assunto adoção por casais homossexuais é extremamente delicado, sendo por demais complexo, tanto se tratarmos da adoção conjunta pelo casal homossexual, quanto se analisarmos a adoção por apenas uma pessoa homossexual. Assim, devendo se fazer a análise de vários fatores, entre eles os sociais e os interesses a serem tutelados. Pergunta-se: o trauma de uma criança será maior se criado no abandono, com a rejeição da sua família biológica, na crueldade das situações mundanas ou, então, se criado por um casal homossexual, mas que lhe garanta as melhores condições de vida, de afeto, de segurança, de conforto e amor? Esta é a pergunta que devemos ter em mente quando falamos e analisamos o instituto da adoção por homossexuais.

Na verdade, a maioria dos pesquisados do assunto não faz este questionamento, esta análise, mas parte para fatores mais complexos, como a construção da identidade do sujeito. Segundo Laplanche e Pontalis, identificação seria “processo psicológico pelo qual um sujeito assimila um aspecto, uma propriedade, um atributo do outro e se transforma, total ou parcialmente, segundo o modelo desse outro.”³⁸⁸ Muitos estudiosos são totalmente favoráveis, mas de outro lado, grande número de pesquisadores se posicionam totalmente contrários a tal situação. A comunidade científica, mais especificamente os especialistas em infância, psiquiatras e psicólogos, estão divididos sobre as conseqüências eventuais que podem surgir da convivência da criança com um pai ou pais homossexuais. Certamente deve-se fazer uma análise sobre o interesse da criança. A presença de uma referência do outro sexo seria importante para a formação da personalidade deste sujeito de direito?

Os que se posicionam a favor da adoção por casais homossexuais sustentam que, assim, muitas crianças poderão constituir um lar, ganhar o calor humano de uma família, pois a grande maioria precisa urgente da constituição de um ambiente familiar, por isso é que se deve ampliar o instituto da adoção, permitindo que pares homossexuais também possam adotar, buscando-se a melhora do futuro destas crianças. E, mais, sustentam que não é a opção sexual do adotante que determina se o mesmo possui ou não uma conduta que possa

³⁸⁸ LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário da psicanálise* Tradução de Pedro Tamen. São Paulo. Martins Fontes, 1992, p 226.

prejudicar o menor, mas, sim, o seu caráter, as suas responsabilidades, o amor, o afeto que poderá proporcionar à criança.

Graciela Medina cita, em sua obra, estudos desenvolvidos por dois psicólogos Argentinos, que afirmam que a homossexualidade dos pais ou mães “no tiene por qué definir la misma tendencia em los hijos.”, pois as causas pelas quais uma pessoa se sente atraída por outra do mesmo sexo, são múltiplas e superam a tradicional identificação freudiana. E asseguram que a família homossexual pode favorecer as crianças na medida em que permite: “-Adquirir un mayor aprecio por la diversidad humana.- Tener una visión más amplia de los roles del género. –Adquirir un mayor sensación de ser queridos, por las barreras que sus padres debieron superar. –Apreciar la división igualitaria del trabajo entre padres/madres, ya que las parejas gays/lesbianas no dividen el cuidado de los niños y tareas del hogar sobre la base de roles de género.”³⁸⁹

Para Maria Berenice Dias,³⁹⁰ “cumprindo os parceiros – ainda que do mesmo sexo – os deveres de lealdade, fidelidade e assistência recíproca, numa verdadeira comunhão de vida, legítimo o interesse na adoção, não se podendo deixar de ver reais vantagens ao menor.” Basílio de Oliveira, nesta mesma linha, salienta que se os homossexuais cumprirem todos os deveres elencados na lei da união estável, nada impede a adoção:

“... Entendemos que uma união entre homossexuais, masculina ou feminina, que possui as características de uma união estável onde viceja um lar respeitável e duradouro, cumprindo os parceiros os deveres assemelhados aos conviventes, como a lealdade, a fidelidade, a assistência recíproca, o respeito mútuo, numa verdadeira comunhão de vida e interesse etc, não poderá ser havido como incompatível com a natureza da medida, já que apto a oferecer um ambiente familiar adequado à educação da criança ou do adolescente.”³⁹¹

A doutrina que se mostra favorável considera que é muito mais vantajoso para a criança constituir uma família, mesmo que composta de membros homossexuais, do que

³⁸⁹ FRASER, L. H.; FISCH, T. A. y MACKENZIE, T. M. apud MEDINA, Graciela. *Uniones de Hecho Homosexuales*, p. 264

³⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 94.

³⁹¹ OLIVEIRA, Basílio. Obra citada, p. 319.

permanecer nas ruas, certamente, diante de uma possibilidade de um futuro infame, sem nenhuma perspectiva. Certamente trará reais vantagens para o adotando. Somente um comportamento desajustado, mas nunca um comportamento homossexual pode se tornar empecilho para o processo adotivo.

Segundo Jane Justino Maschio³⁹²:

“...se uma criança sofre maus tratos no seio da família biológica, abusos de toda espécie, ou se é abandonada à própria sorte, vivendo nas ruas, sendo usada para o tráfico de drogas, como ocorre em nossos centros urbanos, evidentemente que sua adoção, quer seja por um casal homossexual, ou heterossexual ou mesmo por pessoa solteira, desde que revele a formação de um lar, onde haja respeito, lealdade e assistência mútuos, só apresenta vantagens.”

Por outro lado, grande número de estudiosos demonstra grande repulsa a tal possibilidade. Os juristas enfrentam a lei civil, através da proibição contida no art. 1622 do Código Civil Brasileiro, que afirma que *“ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável (.)”*. Mas, é principalmente através de pareceres de psiquiatras e psicanalistas, que se demonstra a possibilidade de um grande problema, qual seja, a ausência de referências comportamentais ou a identificação³⁹³ das crianças com o modelo dos seus pais, ou seja, a dupla postura sexual, o que faria com que assumissem a mesma identidade dos seus pais adotivos, ocasionando confusos de identidade e graves prejuízos e seqüelas no desenvolvimento psicológico e social do menor. Estes pesquisadores sustentam esta possibilidade, pois acreditam que as crianças iniciam a formação de sua personalidade nos primeiros anos de vida, assim, a diferença de sexo entre seus pais tem muita contribuição para tal formação. “Por mais que o ‘sexo psicológico’ de um deles seja invertido, há sempre o condicionamento natural e biológico de se tratarem de dois

³⁹² MASCHIO, Jane Justina. *A adoção por casais homossexuais*. Jus Navigandi, Teresina, a 6, n. 55, mar. 2002. Disponível na Internet: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764>>. Acesso em 06 jan. 2003.

³⁹³ LAPLANCHE, Jean. Obra citada, p. 227 “Ato pelo qual um indivíduo se torna idêntico a outro, ou pelo qual dois seres se tornam idênticos (em pensamento ou de fato, totalmente ou *secundum quid*.”

pais ou duas mães. Em face disso, a adoção conjunta por homossexuais não pode ser admitida.”³⁹⁴

Os contrários à adoção por homossexuais sustentam que o fato da criança ficar privada da experiência de um contato heterossexual, tanto masculino, como feminino, poderá trazer-lhe muitas dificuldades³⁹⁵. “Os parceiros, por mais que se relacionem intimamente sob o mesmo teto, não conseguem imitar a natureza humana homem e mulher, nos papéis de pai e de mãe.”³⁹⁶ Muitos pesquisadores alertam para o fato de que alguns casos de homossexualidade masculina ou feminina surgiram quando o menor perdeu precocemente o contato com um dos sexos e passou a ser educada por apenas homens ou apenas mulheres, neste caso, estando privado da experiência de contato heterossexual. Ser criado por um único genitor, sem estar exposto a membros familiares de ambos os sexos para a observação de seus comportamentos preferenciais, limita o potencial de estabelecer uma identidade sexual claramente definida. A convivência íntima entre os ‘pais homossexuais’, a presença constante de ambos trará, sem dúvida, grandes influências e interferência na formação sexual da criança, já que ela não possui ainda condições de discernimento.³⁹⁷

Devemos, igualmente, chamar atenção para outra teoria existente contrariamente à adoção por homossexuais: trata-se daquela que conclui que às crianças adotadas por

³⁹⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 178.

³⁹⁵ LEITE, Cláudio Pérsio Carvalho. Palestra proferida perante a Comissão Especial sobre União Civil Livre, na Câmara dos Deputados em 20 ago. 1996, apud BRANDÃO, Débora Vanessa Caus. Obra citada, p. 94-95. “A presença do pai e da mãe são presenças inquestionáveis, em todos os estágios de crescimento psicobiológicos dos filhos, o que se traduz em linha direta para a inquestionabilidade da importância das presenças homem e da mulher, bem definidos, na constituição individual dos filhos. Em um casal homossexual, sempre estará faltando um dos dois elementos. No caso homossexual masculino, além da flagrante ausência mãe-mulher, faltarão, também, a imagem bem definida do homem-pai, começando pelo fato de aqueles dois companheiros que falam em parceria são dois iguais. Faltando a mulher, faltarão com ela a referência que remeterá a criança a distinguir as diferenças da figura masculina. Além do que a criança estará sendo criada por duas pessoas que não desejam, no sentido exótico, sexual e amoroso, a mulher. Já no caso homossexual feminino, é flagrante a falta do pai ou do homem e também da mulher; da mulher-mulher, bem definida. Em ambos os quadros têm-se o que se chamaria didaticamente de uma orfandade dupla de supostos pais e mães vivos. Não é difícil avaliar a carga de angústia extrema que se abaterá em crianças que supostamente viessem a ser criadas nessas condições. Isso porque a angústia, a partir de certo ponto, quer dizer, certo acúmulo de angústia ao longo da vida é a geratriz da maioria dos quadros psicopatológicos que se conhece. Além da questão óbvia da identificação sexual que, no mínimo, ficará truncada e, talvez, sem opções, poderá ocorrer também a transformação de um ego fragilizado, senão cindido. Imagine-se, sempre como hipótese, também a ida dessas crianças para os seus primeiros contatos escolares, traduzindo, assim, a sua inserção no meio social. Será possível para uma criança de quatro, cinco, seis anos de idade, enfrentar essa situação frente às analogias de seus colegas e do mundo que permeia e envolve a maioria das pessoas? Terá ela condições de entender os mundos hetero e homossexual sem danos pessoais? ”

³⁹⁶ BRANDÃO, Débora Vanessa Caus. Obra citada, p. 91.

³⁹⁷ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 181.

homossexuais não terão assegurado o direito à convivência familiar garantido pelo art. 227, da Constituição Federal de 1988 e também pelo art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, essas adoções contrariam o direito fundamental à convivência social, reconhecido tanto na Carta Magna, como no próprio Estatuto.

Segundo Antonio Jeová Santos,³⁹⁸ a discriminação aos homossexuais no que se refere à adoção é justa pois

“seria pernicioso para a criança crescer em lar onde a figura materna seja substituída por alguém masculino. A expressiva necessidade para a formação do ser humano das figuras masculina e feminina, faz a integração para que o filho tenha uma vida sem desvios de comportamento. () em nome da liberdade de expressão, da intimidade, e da preferência sexual, acredita-se não ser de bom alvitre colocar uma criança, em adoção, junto a duas pessoas do mesmo sexo em que a ambas é distribuída a tarefa que cabe ao pai e à mãe ”

Outro questionamento elaborado por este grupo de pesquisadores é o grande problema que será enfrentado pela criança relativamente à sua convivência com terceiras pessoas, estranhas ao seu ambiente familiar. Rainer Czajkowski³⁹⁹ diz que

“O menor adotado não tem estrutura para suportar todas as avaliações que terceiros farão daquela ‘convivência’. O preconceito, a condenação, a represália por parte dos vizinhos, de conhecidos, da escola, etc, representa um risco ao bem estar psicológico do adotado que não se pode ignorar será compelido a uma situação que, a nível social é, muitas vezes, sabidamente hostil, sem armas e sem maturidade para defender-se”.

Neste mesmo sentido, é o posicionamento de Débora Brandão, que alega que a criança adotada pode ser símbolo de tratamentos ultrajantes, nos seus primeiros anos de vida escolar. “O adotado terá de se defrontar com duas condições adversas: ele é filho adotivo; seu pai é

³⁹⁸ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável* 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2001, p 456

³⁹⁹ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 182.

homem e sua mãe ... é homem. Não se pode ignorar que é uma situação constrangedora, que requer da criança inteligência emocional sensivelmente grande para suportá-la. A partir daí, os arts. 17 e 18 do ECA já foram violados.”⁴⁰⁰

As opiniões favoráveis, em relação a este aspecto, dizem ser totalmente irreal tal argumentação, sustentando que a maioria dos homossexuais provém de famílias heterossexuais, se, portanto, a identidade dos pais influenciasse a seus filhos, certamente não teríamos tantos casos de homossexualidade. Além deste aspecto, sustentam que muitos casais homossexuais educam seus filhos e lhes proporcionam condições em muito melhores do que a educação oferecida por casais heterossexuais.

Maria Berenice Dias comenta em sua obra uma grande pesquisa que vem sendo desenvolvida na Califórnia, há muitos anos, onde se analisam muitas famílias, por exemplo, de hippies, totalmente fora dos comportamentos convencionais, onde muitas crianças são criadas por pais gays ou mães lésbicas, onde se conclui que as crianças possuem comportamento normal, sem qualquer interferência da opção sexual dos integrantes da sua família. “Não há nada de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças. As meninas são tão femininas quanto às outras e os meninos tão masculinos quanto aos demais. Não foi detectada qualquer tendência importante, no sentido de que filhos de pais homossexuais venham a se tornar homossexuais.”⁴⁰¹

Na obra de Lídia Natália Dobrianskyj Weber, encontramos referência à pesquisa realizada por D. H. McIntyre⁴⁰² que chegou à conclusão que “pais do mesmo sexo são tão efetivos quanto a casais tradicionais”. Na mesma obra, encontramos, também, informações sobre estudo desenvolvido por C. J. Patterson⁴⁰³, que examinou crianças entre 04 e 09 anos de idade, todas criadas por mães homossexuais, e chegou à conclusão de que o nível de ajustamento materno quanto à auto-estima são compatíveis com crianças, da mesma faixa etária, criadas por casais tradicionais.

Jane Justino Maschio⁴⁰⁴, sobre esta problemática assevera:

⁴⁰⁰ BRANDÃO, Débora Vanessa Caus. Obra citada, p. 98.

⁴⁰¹ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 99.

⁴⁰² MCINTYRE, D. H., apud WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. *Aspectos psicológicos da adoção*. Curitiba, Juruá, 2001, p. 57.

⁴⁰³ PATTERSON, C. J., apud WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. Obra citada, p. 58.

⁴⁰⁴ MASCHIO, Jane Justina. *A adoção por casais homossexuais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível na Internet: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764>>. Acesso em 06 jan. 2003.

“(.) se a afirmação de que os filhos imitam os pais fosse uma verdade inexorável, como se explica que crianças, geradas, criadas e educadas por casais heterossexuais, se descubram e se proclamem mais tarde homossexuais? Esse tipo de argumento é preconceituoso, discriminatório e infeliz. Se o velho jargão “tal pai tal filho” fosse absoluto, filhos de gênios seriam gênios, de alcoólatras, alcoólatras, de psicopatas, psicopatas, e assim por diante. Felizmente, a realidade está aí para infirmar tais argumentos. Na verdade, a ciência não sabe o que determina a preferência sexual de uma pessoa”

Além dos aspectos analisados, devemos ter em mente as novas realidades sociais. Gabriela Carelli, da Revista Veja, expõe um fator que deverá ser analisado com muito cuidado, que diz respeito à questão dos avanços da medicina no que se refere aos aspectos da fertilização, pois como diz a matéria “ a vitória da medicina sobre a infertilidade pode estar causando vítimas indesejadas: as crianças órfãs.⁴⁰⁵”. Com o avanço da ciência médica, as adoções diminuíram aproximadamente em vinte por cento, nos últimos anos. Conforme o psicólogo, especialista em adoção, Fernando Freire,⁴⁰⁶ até poucos anos atrás, crianças eram rejeitadas em virtude da raça e da idade; mas, atualmente, até as crianças brancas e recém-nascidas , que eram os principais alvos da adoção, estão sendo preteridos, permanecendo nos orfanatos. Desta forma, a adoção passou para segundo plano, apenas recorrem aos processos de adoção se, por ventura, o processo de inseminação tiver insucesso. Como diz a reportagem “a tendência é desastrosa para o futuro de 200.000 crianças nos abrigos. Depois do quarto aniversário, a chance de que qualquer uma delas venha a ser adotada cai para perto de zero.”⁴⁰⁷

O estudo da situação acima apontada também deverá ser muito bem analisado, quando falamos em adoção. Deve-se construir providências para estes dados não se concretizarem. Será que a possibilidade de adoção por casais homossexuais não seria uma forma de minimizar a problemática que surge?

⁴⁰⁵CARELLI, Gabriela. *Tudo por um filho* Disponível na Internet. http://veja.abril.com.br/090501/p_108a.html Acesso em 15 mar. 2003.

⁴⁰⁶CARELLI, Gabriela. *Tudo por um filho* Disponível na Internet: http://veja.abril.com.br/090501/p_108a.html Acesso em 15 mar. 2003

⁴⁰⁷ CARELLI, Gabriela. *Tudo por um filho* Disponível na Internet: http://veja.abril.com.br/090501/p_108a.html. Acesso em 15 mar. 2003.

Relativamente à questão da adoção deve-se esclarecer que o projeto apresentado pela então Deputada Marta Suplicy, em nenhum momento, tratou da questão da adoção por homossexuais, mas o substitutivo introduziu no art. 3º o § 2º que possui o seguinte teor: “são vedadas quaisquer disposições sobre a adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.”

Do cotejo de todos os dispositivos constitucionais, bem como da lei civil ou em particular do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se verifica nenhum impedimento para a adoção por casais homossexuais. Se analisarmos a Constituição Federal de 1988, o seu artigo 5º. já assegura a igualdade a todos, sem qualquer distinção; além de outros tantos artigos que dispõem sobre a dignidade da pessoa humana, bem como a não discriminação por razões de sexo. Assim, resta apenas um comportamento preconceituoso da nossa sociedade, que deve ser repensado analisando as grandes dificuldades enfrentadas por milhões de crianças neste nosso país, buscando-se o interesse maior – O BEM ESTAR DA CRIANÇA. Seria melhor para uma criança continuar vivendo abandonada, nas ruas⁴⁰⁸, passando fome, frio, sem qualquer afeto e amor, ou viver na companhia de duas pessoas do mesmo sexo, mas que a recebam com parte integrante da sua própria família, com a demonstração de muito amor e afeto, além de lhe proporcionar todas as condições materiais para uma vida digna? “Supondo um menor em situação completamente irregular, não será preferível que seja adotado por um homossexual a ficar desprotegido, sem afeto sem assistência em família nenhuma?”⁴⁰⁹

Ainda, segundo Rainer Czajkowski,⁴¹⁰ “impõe-se, assim, a comparação de duas situações: na primeira, o menor adotado por um homossexual, em cujo desenvolvimento possivelmente se verifique um desvio de referencial familiar, e em cuja vida de relação provavelmente haja dificuldades. Na segunda, a vida do menor na entidade assistencial, que sugere também, vagamente alguns problemas afetivos e de relacionamento”

⁴⁰⁸ CINTRA, Maria do Rosário Leite In. CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando, MENDEZ, Emilio Garcia. (Coord) *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* Comentários jurídicos e sociais. São Paulo. Malheiros, 1996, p. 85 “A rua, como se apresenta hoje, especialmente na cidade grande é, para a criança (sobretudo se rompeu os vínculos familiares, extremamente desumana, cruel aponta descaminhos com difícil retorno, que desafiam a dedicação e a capacidade criativas dos educadores de rua. De fato, a vivência nas ruas desenvolve enormemente as habilidades e a criatividade indispensáveis para enfrentar os desafios e imprevistos do espaço aberto, mas dificulta a percepção de certos limites que a vida em sociedade requer, potencializa a impulsividade desregrada e inconseqüente.”

⁴⁰⁹ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 185.

⁴¹⁰ CZAJKOWSKI, Rainer. Idem, ibidem.

Com certeza, com a averiguação da situação adotante/adotado, atentando para as particularidades de cada caso em concreto, pelo Poder Judiciário, tais indagações poderiam ser resolvidas com maior facilidade. O papel do Poder Judiciário é importantíssimo para solucionar cada caso concreto. Rainer Czajkowski⁴¹¹ descreve a importância fiscalizatória do Poder Judiciário, através de “um serviço de assistência social e psicológica que irá averiguar a situação material e moral do adotante, suas relações familiares e sociais, sua conduta, para definir se ele tem ou não condições de adotar (...)”

Vale transcrever posicionamento de Aduino Suannes⁴¹² “quem trabalhou ou trabalha em Vara de Família ou Vara de Infância e Juventude sabe muito bem que a heterossexualidade dos pais não é garantia de quase nada.”

“É necessário revolver princípios, rever valores, abrir espaços para novas discussões e afastar a severa resistência em se admitirem adoções por indivíduos ou casais homossexuais A dificuldade em deferir adoções exclusivamente pela orientação sexual dos adotantes resta por excluir a possibilidade de um expressivo número de crianças serem subtraídas da marginalidade, quando poderiam ter uma vida cercada de afeto e atenção. Grifamos (. .) Posturas pessoais ou convicções de ordem moral de caráter subjetivo não podem impedir que se reconheça que uma criança que não tenha pais nem lar terá uma formação mais condizente com as exigências do futuro se integrada a uma família, seja esta formada por pessoas de sexos distintos ou não. Grifamos ()”⁴¹³

Um dos primeiros casos concretos de que se tem notícia, sobre o assunto, na verdade, não adoção propriamente dita, mas guarda por homossexual, foi julgado em 31 de julho de 1997, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, através da Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça, cuja ementa foi assim redigida:

⁴¹¹ CZAJKOWSKI, Rainer Idem, p 179

⁴¹² SUANNES, Aduino, apud DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 101.

⁴¹³ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 100-101

*“CRIANÇA OU ADOLESCENTE – Guarda – Pedido formulado por homossexual – Deferimento – Medida de natureza provisória que pode ser revogada se constatado desvio na formação psicológica da menor. O fato de o 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 da menor.”*⁴¹⁴

Vale, também, transcrever a ementa da Apelação Cível n. 14.332/9, que julgou o pedido de adoção de um menor, há época com 10 anos de idade, que vivia em uma instituição para órfãos:

“Adoção cumulada com destituição do pátrio poder – Alegação de ser homossexual o adotante – Deferimento do pedido – Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerando que o adotado, agora com dez anos, sente orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fatos de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. 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, por mestre a cuja atuação é

⁴¹⁴ Tribunal De Justiça De São Paulo. Apelação Cível n. 35 466-7, Câmara Especial Cível, Rel. Des. Dirceu de Mello. julgada em 31 jul. 1997. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 747, jan/1998, p. 258-259.

também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens Apelo improvido ”⁴¹⁵

Ainda, transcrevemos parte do voto do Des. Relator Jorge de Miranda Magalhães, quando confirmou a sentença de 1º. Grau, prolatada pelo Juiz Siro Darlan de Oliveira, da 1ª. Vara da Infância e Juventude da Comarca do Rio de Janeiro (processo n. 97/1/03710-8)

“Percebe-se que sua experiência de anos à frente do Juizado, e a observação pessoal do caso ditou sua decisão, que nos parece ponderável. Seria preferível a nosso Juízo, correr o risco da dúvida, a deixar o adotado em uma instituição de abandonados, já agora afastado e arrancado de uma adoção que tanto orgulho e alegria lhe causam, sem dúvida, passará a ser razão de revolta para ele Rompê-la para depois encaminhá-lo a uma escola de delinquência, como acontecerá aos seus doze anos, no Educandário R. D., é muito mais indigno e aterrorizante do que confiar competência dos técnicos que emitiram os pareceres favoráveis a manter a decisão que entregou a uma adoção cujas desconfianças e suspeitas parecem não haver considerado a realidade e as circunstâncias do fato, além de, d. v., fundados em preconceitos que a vida veda.”

Assim, acreditamos que a adoção por homossexuais poderia, em muito, melhorar as condições de nossas crianças. Toda criança merece fazer parte de um núcleo familiar. Certamente, existem muitos cidadãos que, mesmo possuindo uma orientação sexual dita ‘normal’, possuem menos condições de educar uma criança do que um homossexual. A orientação sexual de um cidadão não o impede de ser um bom pai. Se os adotantes, mesmo que homossexuais, tiverem condições de trazer reais vantagens para o adotando, oferecendo-lhe amor, carinho, segurança material, social e psicológica, não acarretarão dificuldades insuperáveis para o desenvolvimento da criança. As dificuldades, realmente insuperáveis,

⁴¹⁵ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 14.332/98, 9ª. Câmara Cível, Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães, julgada em 23 mar. 1999, DJ/RJ 26.08.1999, p. 269, ementa oficial.

serão encontradas pelo menor, quando estiver vivendo em situação de abandono, não apenas material, mas social, educacional e afetivo. Não podemos deixar que preconceitos impeçam essas crianças de possuírem um lar, de serem educadas com toda assistência material, intelectual e afetiva para, no futuro, se tornarem adultos saudáveis e normais.

CONCLUSÃO

Os relacionamentos homossexuais sempre existiram, desde os primórdios da humanidade, mas, mesmo assim, o tema ainda é analisado por muitos com grandes preconceitos e tabus, o que não pode persistir. Estas intolerâncias devem ser superadas, buscando-se soluções para os casos concretos, principalmente através da aplicação dos princípios constitucionais vigentes, pois desta forma aproximaremos a ciência jurídica a estes fatos sociais.

As causas da homossexualidade ainda não são determinadas com exatidão. Para alguns pesquisadores, fruto de um condicionamento genético; para outros, razão de um determinismo psicológico, o que juridicamente é secundário, pois, antes de tudo, estamos tratando de relações sociais e afetivas, de novos modelos familiares, presentes em nossa sociedade, para os quais o sistema jurídico não pode fechar os olhos.

A ciência jurídica não pode se manter inerte a tais fatos, principalmente, em virtude das normas constitucionais vigentes, que não permitem quaisquer comportamentos discriminatórios, já que a Carta Constitucional, com toda a sua magnitude de instrumento de instituição do Estado Democrático de Direito prevê a dignidade, a igualdade e liberdade da pessoa humana, sem qualquer discriminação, inclusive outorgando proteção estatal às entidades familiares. Portanto, não podemos, de forma nenhuma, deixar de aplicar estes princípios constitucionais, mesmo que a uma minoria, já que como tal, não poderá ser desrespeitada, pois a todos são assegurados os valores essenciais da pessoa humana, e, de modo especial a dignidade, mesmo que através de um modelo diferenciado.

Embora nosso ordenamento jurídico ainda apresente lacunas verificadas em razão das grandes transformações sociais, já que os fatos sociais sempre precedem os atos legislativos, cabe, por ora, ao Poder Judiciário transformar o nosso direito em realidade, e, tutelando tais relações através das normas positivas vigentes, concedendo assim os efeitos jurídicos às

parcerias homossexuais, pois a ausência de previsões legais não permite quaisquer formas de discriminações.

Enquanto não existir uma lei regulamentadora para tais relacionamentos afetivos, através da analogia, poderemos fazer uso de instrumentos que estão a nossa disposição para a implementação de direitos, que, através de uma atividade jurisdicional integradora, se apresentem como a solução mais viável.

Sem dúvida, enquanto não surgir uma resposta legislativa, diga-se imprescindível, a aplicação das normas relativas às uniões estáveis, são extremamente apropriadas para solucionar os casos concretos, concedendo-se às uniões entre pessoas do mesmo sexo os mesmos direitos conferidos as uniões heterossexuais, inclusive no que se refere à adoção, já que os relacionamentos homossexuais apresentam características muito semelhantes a tais entidades familiares. As relações homoafetivas se assemelham às uniões estáveis, os requisitos para a configuração destas estão presentes naquelas, que também são estáveis, já que existe a coabitação, os laços afetivos, a vida em comum.

Portanto, devemos interpretar todos os dispositivos das Leis 8971/94 e 9278/96, em sintonia com os princípios constitucionais, muito especialmente a igualdade, a dignidade e não discriminação, aplicando aos casos concretos, para alcançarmos a efetiva tutela jurídica.

A N E X O S

PROJETO DE LEI N. 1.151, DE 1995
Da Deputada Marta Suplicy (PT-SP)

Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional Decreta:

Art.1º. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade.

Art.2º. A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registros Civil de Pessoas Naturais.

Parágrafo 1º. Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo:

- I.prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas;
- II.prova de capacidade civil plena;
- III.instrumento público de contrato de união civil.

Parágrafo 2º. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

Art. 3º. O contrato de união civil será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Deverá versar sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo único. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para a formação de patrimônio comum.

Art. 4º. A extinção da união civil ocorrerá:

- I.pela morte de um dos contratantes;
- II.mediante decretação judicial;

Art. 5º. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da união civil:

- I.demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II. alegando o desinteresse na sua continuidade;

Parágrafo 1º. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção da união civil.

Parágrafo 2º. O pedido judicial de extinção da união civil, de que tratam o inciso II e o parágrafo 1º deste arquivo, só será admitido após decorridos 2(dois) anos de sua constituição.

Art. 6º. A sentença que extinguir a união civil conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no instrumento público.

Art. 7º. O registro de constituição ou extinção da união civil será averbado nos assentos de nascimento e casamento das partes.

Art. 8º. É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil a que se refere esta lei com mais de uma pessoa, ou infringir o parágrafo 2º do artigo 2º.

Pena – detenção de 6(seis) meses a 2(dois) anos.

Art 9º. Alteram-se os artigos da Lei no. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

“Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais

(...)

IX – os contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Parágrafo 1º. Serão averbados:

(...)

g) a sentença que declarar a extinção da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:

(...)

III – B – Auxiliar – de registro de casamento religioso para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I – o registro:

(...)

35 – dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II – a averbação:

(..)

14 – das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro.”

Art. 10. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 11. Os artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 passam a vigorar com a seguinte redação.

“ Art 16.(...)

Parágrafo 3º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém, com o segurado ou com a segurada, a união estável de acordo com o Parágrafo 3º. do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

Art. 17.(...)

Parágrafo 2º. O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio, sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado”.

Art. 12. Os artigos 217 e 241 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 passam a vigorar com a seguinte redação.

“Art 217.(...)

c) A companheira ou companheiro designado que comprove união estável com entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

(...)

Art 241.(...)

Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei”.

Art. 13. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham união civil com pessoas do mesmo sexo.

Art. 14. São garantidos aos contratantes de união civil entre pessoas de mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela Lei no. 8.971, de 28 de Dezembro de 1994.

Art. 15. Em havendo perda de capacidade civil de qualquer um dos contratantes de união civil entre pessoas de mesmo sexo, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 16. O inciso I do art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 113.(...)

I – ter filho, cônjuge, companheira de união civil entre pessoas do mesmo sexo, brasileira ou brasileiro”.

Art. 17. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrário.

**SUBSTITUTIVO ADOTADO PELA COMISSÃO
PROJETO DE LEI N. 1.151, DE 1995**

*Disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do
mesmo sexo e dá outras providências*

O Congresso Nacional Decreta:

Art.1º. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta lei.

Art.2º. A parceria civil registrada constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registros Civil de Pessoas Naturais, na forma que segue.

Parágrafo 1º. Os interessados comparecerão perante os oficiais de Registro Civil, apresentando os seguintes documentos:

- I.declaração de serem solteiros, viúvos ou divorciados;
- II.prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente;
- III.instrumento público do contrato de parceria civil.

Parágrafo 2º. Após a lavratura do contrato, a parceria civil deve ser registrada em livro próprio no Registro Civil de Pessoas Naturais.

Parágrafo 3º. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de parceria civil registrada.

Art. 3º. O contrato de parceria registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado, e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo 1º. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para a formação de patrimônio comum.

Parágrafo 2º. São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Art. 4º. A extinção da parceria registrada ocorrerá:

- I.pela morte de um dos contratantes;
- II.mediante decretação judicial;
- III. de forma consensual, homologada pelo juiz.

Art. 5º. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria registrada:

- I.demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;
- II.alegando o desinteresse na sua continuidade.

Parágrafo único. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada.

Art. 6º. A sentença que extinguir a parceria registrada conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no contrato.

Art.7º. É nulo de pleno direito o contrato de parceria registrada feito com mais de uma pessoa ou quando houver infração parágrafo 2º. do artigo 2º. desta lei.

Parágrafo único. Ocorrendo infração mencionada no caput, se o autor comete o crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do artigo 299 do Decreto-Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940.

Art.8º. Alteram-se os artigos 29, 33 e 167 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

“Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais

(...)

IX – os contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Parágrafo 1º. Serão averbados:

(...)

g) a sentença que declarar a extinção da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório os seguintes livros:

(...)

III – E – de registro de contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I – o registro:

(...)

35 – dos contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais

pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II – a averbação:

(...)

14 – das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro.”

Art. 9º. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 10. Registrado o contrato de parceria civil de que trata esta lei, o parceiro será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, nas condições de dependente do segurado.

Parágrafo único. A extinção do contrato de parceria implica o cancelamento da inscrição a que se refere o **caput** deste artigo.

Art. 11. O parceiro que comprove a parceria civil registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no artigo 217, I, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 12. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo.

Art. 13. São garantidos aos contratantes de parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:

I. – o parceiro sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, ao usufruto da quarta parte dos bens do **de cujus** se houver filhos desde;

II. – o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao uso fruto da metade dos bens do **de cujus**, se não houver filhos, embora não sobrevivam ascendentes;

III. – na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito a totalidade da herança;

IV. – se os bens deixados pelo autor da herança resultar de atividade em que haja colaboração do parceiro, terá o sobrevivente à metade dos bens.

Art. 14. O artigo 454 da Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916 passa a vigorar acrescido de parágrafo 3º. , com a redação que segue, passado o atual parágrafo 3º. Ao parágrafo 4º.:

“Art. 454. (...)

Parágrafo 1º. – (...)

Parágrafo 2º. – (...)

Parágrafo 3º. – Havendo parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, a esta se dará a curatela.

Art. 15. - O artigo 113, da Lei 6.815, de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 113.(...)

VI. – ter contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira.”

Art. 16. É reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e seguro de grupo.

Art. 17º. Será admitida aos parceiros a inscrição como dependentes para efeitos de legislação tributária.

Art. 18º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação

Art. 19. Revogam-se as disposições em contrário.

Sala da comissão, em 10 de dezembro de 1996.

BIBLIOGRAFIA

Alemania. La Cámara baja reconoce las uniones homosexuales. Holanda. Concede a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar. Itália. Discriminación gay en Itália. Disponível na Internet: <http://www.utopia.pcn.net/hmsx3.html>. Acesso em 12 fev. 2003.

ALMEIDA NETO, Luiz Mello de. *Família no Brasil dos anos 90: um estudo sobre a construção social da conjugalidade homossexual*. Brasília, 1999. Tese (doutorado em psicologia). Universidade de Brasília. Disponível na Internet: <http://www.asselegis.org.br>. Acesso em 13 fev. 2003.

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

Astúrias aprueba una ley que permite a las parejas homosexuales acoger a menores. Disponível na Internet: <http://www.terra.es/actualidad/articulo/imprimir.cfm?ID=ACT41772>. Acesso em 13 fev. 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, p. 141-159, 2000.

BÉNABENT, Alain. *Droit civil. la famille*. Paris: Éditions Litec, [s.d].

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais. Aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RESP 4.987, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 04 jun. 1991.

BROSSARD, Paulo. O novo código civil. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 14 jan. 2002.

BRUNET, Karina Schuch. A união entre homossexuais como entidade familiar: uma questão de cidadania. *Revista Jurídica*, v. 281, p. 80-88, mar./2001.

Buenos Aires legaliza unión de parejas homosexuales. Disponível na Internet: http://www.ipsenespanol.net/argentina/arg1612_2.shtml. Acesso em 12 fev. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPRIO, Frank S.; BRENNER, Donald D. *Conduta sexual Aspectos psicolegais incluindo casos típicos*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: IBRAS, 1967.

Características do renascimento. Disponível na Internet: <http://www.renascimentohp.hpg.ig.com.br/index3.htm>. Acesso em 13 fev. 2003.

CARELLI, Gabriela. *Tudo por um filho*. Disponível na Internet: http://veja.abril.com.br/090501/p_108a.html Acesso em 15 mar. 2003.

CASTRO, Elias Ribeiro de. *A fúria de Hitler e Stálin contra os homossexuais*. Disponível na Internet: <http://www.casadamaite.com/sexualidade/homo/texto/texto.184.htm> Acesso em 04 jul. 2002.

CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade e transplantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CINTRA, Maria do Rosário Leite Cintra. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia (Coord). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, p. 83-86, 1996.

CLARIN. *La legislatura Porteña aprobo la ley de union civil*. Disponível na Internet: <http://www.550m.com/usuarios/diarioaccion/enlaces/homo/sancion.htm>. Acesso em 14 fev. 2003.

CLARIN.COM *Legislatura Porteña aprobo la ley de union civil*. Disponível na Internet: <http://old.clarin.com/diario/2002/12/14/s-03801.htm>. Acesso em 12 fev. 2003.

COSTA, Jurandir Freire. A questão psicanalítica da identidade sexual. In: GRAÑA, Roberto (Org). *Homossexualidade formulações psicanalíticas atuais*. Porto Alegre: Artmed, p. 15-27, 1998.

CRUZEIRONET. *Casais homossexuais poderão adotar filhos a partir de fevereiro na Suécia*. Disponível na Internet: <http://www.cruzeironet.com.br/run/35/33935.shl>. Acesso em 17 dez. 2002.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia. (Coord). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 1996.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre à luz das Leis 8 971/94 e 9.278/96*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

DAGNESE, Napoleão. *Cidadania do armário*. Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade. São Paulo: LTr, 2000.

DANIELS, Matthew. *El matrimonio em peligro em los Estados Unidos*. Disponível na Internet: <http://www.vinculum-news.com/spanish/marriage/riskinamerica.htm>. Acesso em 14 fev. 2003.

DE CARLUCCI, Aída Kemelmajer. Homossexualidade. Derecho y homosexualismo en el derecho comparado. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (Coord). *Homossexualidade*. Discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, p. 11-72, 2001.

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

_____. Nasce um novo (?) Código Civil. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 23 ago. 2001.

DÍAZ, Carlos Gaviria. *En Colombia se debate proyecto de ley para uniones entre homosexuales*. Disponível na Internet: http://www.republicagay.com/apges/noticias/noticias_05.htm. Acesso em 12 fev. 2003.

DOURADO, L. A. *Homossexualismo e delinquência*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1963.

EL PAÍS. España. 5 nov. 2002. *Los derechos de los homosexuales en la Unión Europea*. Disponível na Internet: http://www.lainsignia.org/2002/noviembre/soc_007.htm. Acesso em 12 fev. 2003.

EL PAIS DIGITAL. *Holanda y los países nórdicos equiparan lãs parejas del mismo sexo al matrimonio*. Disponível na Internet: <http://www.tau.uab.es/associacions/jalg/elpais2.html>. Acesso em 12 fev. 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 732, p. 47-54, out./1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*. 15. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s.d].

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais* 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002.

FISHER, Saul H. Uma nota sobre a homossexualidade masculina e o papel da mulher na Grécia antiga. In: MARMOR, Judd (Org). *A inversão sexual*. As múltiplas raízes da homossexualidade. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago Editora, p. 141-146, 1973.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade. A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 12. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

_____. *História da sexualidade O uso dos prazeres*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 12. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

FRY, PETER; MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade*. São Paulo: Abril Cultural, Brasiliense, 1985.

FUGIE, Hérika Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal. In: *Revista Brasileira de Direito de Família* Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano IV, v. 15, p. 131-150, out/nov/dez/2002.

GARMUS, L. (Coord). *A Bíblia*. Rio de Janeiro: Editora Vozes. Editora Santuário, 1992.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano II, v. 9, p. 138-162, jan/fev/mar/2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GONZALEZ, Matilde Zavala de. *Resarcimento de daños*. Daños a las personas. [Integridad espiritual y social]. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1997.

GRAÑA, Roberto B. (Org) *Homossexualidade*. Formulações Psicanalíticas Atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998.

_____. É a homossexualidade um problema “clínico”? In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (Coord). *Homossexualidade* Discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, p. 157-168, 2001.

HERVÁS, Dolores García. *Las mal llamadas uniones de hecho*. Disponível na Internet: <http://www.archimadrid.es/alfayome/menu/pasados/revistas/2000/oct2000/num229/enport/e...> Acesso em 12 fev. 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

IBIAS, Delma Silveira. Aspectos jurídicos acerca da homossexualidade. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (Coord). *Homossexualidade*. Discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, p. 73-102, 2001.

KAPLAN, Harold I.; SADOCK, Benjamin J. *Compêndio de psiquiatria dinâmica*. Tradução de Helena Mascarenhas de Souza, Maria Cleonice L. Schaun, Maria Cristina R. Goulart, Maria Luiza Silveira e Silvia Ribeiro. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984.

KOCH, Maurício. *As relações entre o nazismo e a homossexualidade*. Disponível na Internet: <http://www.casadamaita.com/sexualidade/homo/texto/texto287.htm>. Acesso em: 13 fev. 2003.

La Federación COLEGAS de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales se congratula enormemente por la decisión del Parlamento Belga de aprobar el matrimonio civil entre homosexuales por una amplia mayoría de la cámara. Disponível na Internet: <http://www.hartas.com/actualidad/belgica.htm>. Acesso em 12 fev. 2003.

LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário da psicanálise*. Tradução de Pedro Tamen. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LAWRENCE, C. Kolb, M.D. *Psiquiatria clínica*. Tradução Sônia Regina Pacheco Alves. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1986.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil. Desafios à democracia* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Legifrance. *Le service public de l'accès au droit*. Disponível na Internet: <http://www.legifrance.gouv.br/WAspad?unTexteDeJorf?numjo=JUSX9803236L>. Acesso em 11 fev. 2003.

LEITE, Eduardo Oliveira. *Tratado de direito de família*. Origem e evolução do casamento, v. I. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. *Síntese de direito civil*. Direito de família. Curitiba: J. M. Editora, 2000.

Ley de Registro de Parejas Homosexuales em Suecia. Rige a partir de 1º. De enero de 1995. Disponível na Internet: <http://www.geocities.com/diversidad2000/suecia.htm>. Acesso em 13 fev. 2003.

MARMOR, Judd (Org) *A inversão sexual*. As múltiplas raízes da homossexualidade. Tradução de Chistiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago Editora, p. 11-28, 1973.

MASCHIO, Jane Justina. *A adoção por casais homossexuais*. Disponível na Internet: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764>>. Acesso em 06 jan. 2003.

MEDINA, Graciela. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, [s.d].

_____. *Uniones de hecho Homosexuales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, [s.d].

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. Direito Matrimonial. Atualizado por Wilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001.
- MORICI, Silvia. Homossexualidade: um lugar na história da intolerância social, um lugar na clínica. In: GRAÑA, Roberto B. (Org). *Homossexualidade*. Formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, p. 147-171, 1998.
- MOTT, Luiz. *Em defesa do homossexual*. Disponível na Internet: http://www.ggb.org.br/gaysaber_art6.html. Acesso em 15 fev. 2002.
- Movilh *coordina foro para reformas constitucionales*. Disponível na Internet: <http://www.movilh.org/detalle.asp?offset=12&Id=45>. Acesso em 13 fev. 2003.
- MUEZ, Mikel. *Navarra permite por primera vez em España adoptar niños a las parejas homosexuales* Disponível na Internet: <http://www.ctv.es/USERS/juanmadiaz/navarra.htm>. Acesso em 12 fev. 2003.
- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 777, p. 472-484, jul./2000.
- Noticias mundiales. *El problema del homosexualismo y de las uniones de hecho*. Disponível na Internet: <http://www.vidahumana.org/news/8MAY2002.html>. Acesso em 12 fev. 2003.
- OLIVEIRA, Basílio. *Concubinato*. Novos rumos. Direitos e deveres dos conviventes na união estável. São Paulo: Freitas Bastos, 1998.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*. Direito Matrimonial. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.
- OPUSGAY. *Parlamentarios estudian legalizar las parejas homosexuales em Chile*. Disponível na Internet: <http://www.opusgay.cl/1120/printer-13465.html>. Acesso em 12 fev. 2003.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V. *Orientação sexual e discriminação no emprego*. Jus Navegandi, Teresina, a. 5, n. 51, out./2001. Disponível na Internet: <http://www1.jus.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=2049>. Acesso em 13 fev. 2003.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 628, p. 1-39, fev./1988.
- PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo*. O direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLOFF, William H. Hormônios e homossexualidade. In: MARMOR, Judd (Org). *A inversão sexual*. As múltiplas raízes da homossexualidade. Tradução de Chistiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago Editora, p. 45-64, 1973.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Coord). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIRES, Francisco Eduardo Orcioli; PIZZOLANTE, Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.

PORTO ALEGRE. Justiça Federal, Ação Ordinária n. 96.0002030-2, julgada em 09 jul. 1996.

PROMETEU.COM.BR *Pesquisa sugere que homossexualismo tem origem biológica*. Disponível na Internet: <http://www.promteu.com.br/noticia.asp?cod+600>. Acesso em 13 fev. 2003.

Proposición de ley para la igualdad jurídica de parejas estables. PPL CCYL/13/5/2002
Proposición de ley. Disponível na Internet:
<http://www.ccyl.es/Documenta/leys/ppl15220214a.htm>. Acesso em 14 fev. 2003.

Proyecto de ley que reconoce las uniones de pareja del mismo sexo. Disponível na Internet:
<http://www.manuelvelandia.com/leyparejas/proyectedeley/proyecto43.htm>. Acesso em 12 fev. 2003.

Proyecto de ley que reconoce las uniones de pareja del mismo sexo. Exposicion de motivos
proyecto de Ley 43 de 2002. Disponível na Internet:
<http://www.manuelvelandia.com/leyparejas/proyectedeley/proyecto43exposicion.htm>. Acesso em 12 fev. 2003.

RADO, Sandor. Um exame crítico do conceito de bissexualidade In: MARMOR, Judd (Org). *A inversão sexual*. As múltiplas raízes da homossexualidade. Tradução de Chistiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago Editora, p. 149-159, 1973.

REALE, Miguel. In: FERREIRA, Aparecido Hernani (Coord). *O novo código civil*. Discutido por juristas brasileiros. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

RETICO, Alessandra. *Desarrollan en los EE UU. una ciudad pensda para ancianos homosexuales. Palms of Manasota, en le estado de la Florida, es la unica comunidad estadounidense especialmente desarrollada para gays y lesbianas de más de 50 años.*

Disponível na Internet: <http://www.550m.com/usuarios/diarioaccion/enlaces/homo/paises.htm>. Acesso em 14 fev. 2003.

RIBEIRO, Thaysa Halima Sauáia. *Adoção e sucessão nas células familiares homossexuais*. Equiparação à união estável. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov/2002. Disponível na Internet: <http://www1.jus.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=3447>. Acesso em: 21 nov. 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 781/89, Rel. Des. Narcizo Pinto, julgada em 22 ago. 1989.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 14.332/98, Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães, julgada em 23 mar. 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 599348562, Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, julgada em 11 out. 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70001388982, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgada em 14 mar. 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 598362655, Rel. Des. José Siqueira Trindade, julgada em 01 mar. 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70003016136, Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, julgada em 08 nov. 2001.

RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O direito público em tempos de crise*. Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado.Esmafe, p. 229-252, 2001.

_____. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.Esmafe, 2001.

_____. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. A homossexualidade no direito brasileiro e norte-americando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch da (Org). *Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos*. Porto Alegre: THEMIS Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, p. 12-135, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

ROMPIENDO EL SILENCIO. *Legalización de uniones de hecho. Es posible una ley de unión civil para lesbianas y homosexuales en Chile?* Disponível na Internet: <http://www.rompiendoelsilencio.cl/02-12/pages/rep.htm>. Acesso em 12 fev. 2003.

ROSITO, Cláudia A. de Miranda. Sobre a homossexualidade na mulher: a busca de um olhar feminino. In: GRAÑA, Roberto B. (Org). *Homossexualidade*. Formulações Psicanalíticas Atuais. Porto Alegre: Artmed, p. 129-145, 1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 35.466-7, Rel. Des. Dirceu de Mello, julgada em 31 jul. 1997. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 747, p. 258-259, jan/1998.

SALZMAN, Leon. *Homossexualidade "latente"*. In: MARMOR, Judd (Org). *A inversão sexual*. As múltiplas raízes da homossexualidade. Tradução de Chistiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago Editora, p. 193-202, 1973.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável* 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEGATTO, Cristiane. *Nasce uma mulher Transexuais saem do armário e a ciência mostra que a mudança de sexo não é perversão*. Disponível na Internet: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca?0,6993,EPT441567-1660,00.html>. Acesso em: 26 nov. 2002.

Senado chileno violenta normas internacionais al rechazar matrimonio entre homosexuales extranjeros. Disponível na Internet: <http://www.movilh.org/detalle.asp?Id=58>. Acesso em 13 fev. 2003.

SILVA, Américo Luís da. *A evolução do direito e da realidade das uniões homossexuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1996.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. STJ: equívocos e verdades. *Revista Consulex*. Brasília, ano II, n. 16, p. 16-20, abr./1998.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas civilizações. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (Coord). *Homossexualidade*. Discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, p.103-113, 2001.

SPENCER, Colin. *Homossexualidade uma história*. 2. ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Record, 1999.

STOLLER, Robert J. As personificações e as séries de composições da identidade “gênero”. In: MARMOR, Judd (Org). *A inversão sexual*. As múltiplas raízes da homossexualidade. Tradução de Chistiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago Editora, p. 160-175, 1973.

STUBRIN, Jaime P. A psicanálise e as homossexualidades. In: GRAÑA, Roberto B. (Org). *Homossexualidade*. Formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, p. 65-108, 1998.

SUCLICY, Marta *Projeto de Lei 1 151, de 1995*, que disciplina a união livre entre pessoas do mesmo sexo. Publicação do gabinete da deputada federal Marta Suplicy. Disponível na Internet: <http://www.martasuplicy.org.br>. Acesso em 03 maio 2001.

SUPLEMENTO.TIEMPO LIBRE. *Buenos Aires aprueba ley que legaliza uniones homosexuales*. Disponível na Internet: http://www.diarioelpais.com/Suple/TiempoLibre/02/12/19sptl_mundo_23401.asp. Acesso em 12 fev. 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TAYLOR, Gordon Rattray. Aspectos históricos e mitológicos da homossexualidade. In: MARMOR, Judd (Org). *A inversão sexual*. As múltiplas raízes da homossexualidade. Tradução de Chistiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago Editora, p.122-140, 1973.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União homossexual.Reflexões jurídicas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 807, p. 82-102, jan./2003.

TREVISAN, João Silvério. O espetáculo do desejo. Homossexualidade e crise do masculino. In: CALDAS, Dario (Org). *Homens*. São Paulo: Editora SENAC, p. 53-91, 1997.

VARELLA, Luiz Salem. *Homoerotismo no direito brasileiro e universal*. Parceria civil entre pessoas do mesmo sexo. Campinas, SP: Agá Juris, 2000.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de sexo*. Aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. São Paulo: Santos Livraria Editora, 1996.

WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. *Aspectos psicológicos da adoção*. Curitiba: Juruá, 2001.

WILDE, Oscar. *Os retoques históricos na face da homossexualidade*. Disponível na Internet: www.casadamaite.com/sexualidade/homo/texto/texto152.htm. Acesso em: 25 jan. 2003.

ZIMERMAN, David Eplebaum. A face narcisista da homossexualidade: implicações na técnica. In: GRAÑA, Roberto B. (Org). *Homossexualidade*. Formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, p.173-195, 1998.