

O DESAFIO DAS IDENTIDADES SEXUAIS TRANSGRESSORAS À ORDEM JURÍDICA

*Geraldo Tadeu Moreira Monteiro, Joana El-Jaick Andrade,
Elza Vaz Cassaro Leite, Marcela Harumi Takahashi (*)*

1. Introdução - 2. O Discurso Jurídico como lugar do Direito e dos Direitos - 2.1. Identidade Social e Identidade Sexual - 2.2. O Discurso Sexista entre monopólio, polifonia e cacofonia - 3. A Questão Homossexual na Arena Constitucional - 3.1. O Princípio da Isonomia - 3.2. O Direito à Privacidade - 3.3. A Extensão da Tutela Constitucional da Família - 4. União Civil entre Pessoas do mesmo Sexo - 4.1. As Transformações da Família - 4.2. A Regulamentação de Uniões Livres - 4.3. O Projeto de Lei nº 1.151 de 1995 (Projeto Marta Suplicy) - 4.4. As decisões judiciais recentes - 4.5. A polêmica da adoção por casais homossexuais - 5. A Consolidação dos Direitos dos homossexuais no direito previdenciário - 6.- conclusão 7.- Notas - 8.- Bibliografia - 9.- Anexo: Instrução Normativa n.25,7,6.0

1. Introdução

Homossexuais, bissexuais e transexuais representam hoje um dos maiores desafios à Ordem Jurídica. Não somente pelos aspectos éticos e políticos, ligados à luta pelo direito à diferença sexual, mas igualmente por seus aspectos jurídicos, que suscitam a questão dos limites constitucionais e de seus desdobramentos na legislação infraconstitucional. As identidades sexuais transgressoras, em sua luta política, terminam revelando as inconsistências teóricas e a inaplicabilidade dos raciocínios jurídicos de filiação positivista e conservadora. Elas demonstram a abertura do sistema jurídico e, no mesmo

movimento, denunciam as tentativas de “auto-isolamento” de uma razão jurídica dominante.

Capitães de uma renhida batalha contra o ódio e o preconceito, *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais reivindicam seus direitos em nome da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da privacidade e da diferença. Seus argumentos são, a rigor, todos estritamente jurídico-positivos, o que nos faz ver o sistema legal como uma verdadeira arena de luta entre discursos sociais. E eis que nos distanciamos cada vez mais das antigas ficções positivistas sobre a unidade e a coerência lógicas do sistema jurídico.

Neste trabalho¹¹, buscaremos demonstrar como o discurso jurídico dominante, que sempre tratou a questão homossexual como uma “ausência”, encontra-se hoje na defensiva diante de uma reivindicação que adquire cada vez mais legitimidade até mesmo no mundo jurídico². Ainda que tratando-se de uma abordagem sócio-jurídica, seu foco é o discurso jurídico em senso estrito, isto é, os determinantes internos da razão jurídica. Por isso, procuraremos aprofundar as discussões em torno dos temas constitucionais, cíveis e previdenciários. A divisão aqui proposta tem caráter meramente didático, de vez que os novos tempos exigem uma interpretação civil-constitucional dos temas propostos. Para terminar, tentaremos traçar algumas linhas de prospectiva para a questão dos direitos das identidades sexuais transgressoras.

2. O discurso jurídico como lugar do direito e dos direitos

O Discurso é uma noção complexa e extremamente controversa. Dominique Maingueneau anota nada menos que sete diferentes e concorrentes definições para o conceito³. O discurso pode ser visto tanto no sentido lato, como estrutura normativa, quanto no sentido estrito, como um conjunto de “textos-ocorrência”. Pode ainda o discurso ser concebido como uma prática social, uma linguagem especializada, pertencente a certos grupos sociais. Numa tentativa de conjugar essas três acepções do termo, nós o definiremos segundo uma perspectiva tridimensional, como prática social, prática discursiva (estrutura normativa) e como texto (ocorrências)⁴.

O discurso torna-se *jurídico* quando se apresenta como *uma prática discursiva socialmente determinada de produção de textos dotados de sentido e valor jurídico*. O sentido jurídico equivale à atribuição aos enunciados de noções de direitos e obrigações e o valor jurídico consiste na inserção das proposições no sistema normativo. Como espécies do discurso jurídico podemos citar o discurso legislativo, o discurso judicial e o discurso doutrinário⁵. É da interação desses três tipos de discursos que nasce o discurso jurídico como prática discursiva.

2.1. *Identidade social e identidade sexual*

A construção da identidade social na modernidade tardia tem na sexualidade uma das suas dimensões mais importantes⁶. As identidades sociais assumem papel decisivo na vida quotidiana na medida em que permitem a classificação dos indivíduos e a atribuição de características determinadas. Por outro lado, a identidade individual e a identidade coletiva são produzidas e reproduzidas no bojo de um mesmo processo⁷ de construção social em que se definem posições e ações.

A identidade social fundada no gênero é uma das mais poderosas formas de construção da personalidade social. Em diversas sociedades, é exatamente o pertencimento a uma categoria definida pelo sexo que determina a identidade de um indivíduo⁸. Nas sociedades da modernidade tardia, a sexualidade tornou-se *plástica* e passou a fundamentar variados estilos de vida. Para Giddens⁹, a sexualidade é hoje uma “característica maleável do ego, o principal ponto de conexão entre corpo, identidade e normas sociais”. A identidade fundada no gênero (*gender-based identity*) é um conjunto de atributos associados a um indivíduo devido à sua colocação num esquema classificatório masculino-feminino⁹. Ser homem ou mulher significa muito em termos de possibilidades ou limitações na ordem social.

A identidade de gênero, mais abrangente, desdobra-se em “identidade sexual”, que “envolve desejo e atração sexual (...) [e também] preferências emocionais, sociais, auto-identificação e estilo de vida heterossexual ou homossexual”¹⁰. A identidade sexual, sobreposta à identidade de gênero, produz uma variada gama de identidades que, no contexto pós-moderno da sexualidade *plástica* de que fala Giddens, buscam mostrar-se como estratégias: *bomem-heterossexual*, *mulher-heterossexual*, *bomem-homossexual* (gays) e *mulher-homossexual* (lésbicas). Temos assim duas categorias paralelas à divisão binária (*bomem x mulher* e *heterossexual*) e duas categorias transgressoras (*bomem-homossexual* e *mulher-homossexual*). Uma quinta categoria é de natureza *dúpla*: *bissexual*, na qual o indivíduo identifica-se simultaneamente com os dois pólos da dicotomia. Além dessas, existem outras duas transgressões, que têm caráter transitivo: *transexual masculino-para-feminino* e *transexual feminino-para-masculino*.

Esses comportamentos não são novos na história da sexualidade humana, mas, na sociedade contemporânea, apresentam-se como identidades coletivas, implicando, para além das preferências emocionais, estilos de vida. A afirmação explícita de identidades sexuais transgressoras apoia-se cada vez mais numa rede social de associações, espaços e práticas. Nos dias de hoje, os “transgressores” (homossexuais, transexuais e bissexuais) mostram-se na escola, no emprego, na

rua, nos bares e restaurantes, em busca da afirmação de seu estilo de vida como um *direito*. É nesse ponto que esta problemática começa a interessar, em primeiro lugar, à Sociologia Jurídica e também à Ciência do Direito.

2.2. O discurso sexista entre monopólio, polifonia e cacofonia

Os pontos de contato entre gênero e direito são múltiplos e estão presentes nas normas positivas, nas instituições jurídicas e no discurso jurídico. Em alguns países, o sexismo, o *viés* de gênero, inscreve-se nas leis de maneira explícita (como no Afeganistão dos talibãs). Nos países liberal-democráticos, a dominação de gênero assume outras feições, fazendo o sexismo passar pelo uso de categorias de pensamento ou pela interpretação legal¹².

Nossa hipótese é de que o discurso sexista insinua-se no discurso jurídico como prática social, que equivale ao nível axiológico, e daí difunde-se pelo conjunto do pensamento jurídico. Se entendermos o discurso jurídico como uma heterotopia, isto é, como um complexo contraditório de *topoi*, veremos que no seu interior enfrentam-se diferentes concepções do Direito e de direitos. O discurso jurídico pode oscilar entre o monopólio e o diálogo¹³, num *continuum* em que emissor e receptor são efetivamente capazes de trocar mensagens.

No discurso monológico o emissor enuncia sua mensagem jurídica, com base no princípio da autoridade, contra um receptor que apenas a incorpora e a ela se conforma, ao passo que no discurso dialógico ambos buscam a troca de mensagens com base no princípio argumentativo. Ocorre, entretanto, que o discurso de autoridade não é capaz de reduzir toda a diversidade a um único sentido, o que leva o discurso jurídico a uma situação de *cacofonia*. Por seu turno, o discurso dialógico, que não tem pretensões reducionistas, apreende de forma mais perfeita a diversidade, captando assim a *polifonia* discursiva própria ao direito.

O discurso jurídico, apesar dos avanços da Constituição de 88, tem um conteúdo eminentemente sexista. Este viés esconde-se nas entrelinhas da hermenêutica e na prática das instituições jurídicas. Com relação à questão homossexual, como veremos, o discurso jurídico vacila entre a cacofonia e a polifonia. Para uns, o monologismo da lei constitucional (CF, Art. 226, Par. 3º) impede o reconhecimento das uniões civis enquanto para outros é a própria seara constitucional que garante a lei como um dispositivo dialógico a partir do qual os *direitos* podem ser tratados.

3. A questão homossexual na arena constitucional

Como veremos em detalhe nas linhas que se seguem, as diferentes posições acerca da questão dos direitos dos homossexuais podem ser sempre reduzidas a duas: aqueles, doravante chamados *progressistas*, que advogam uma interpretação não restritiva do texto constitucional e que se mostram favoráveis às reivindicações dos homossexuais e os que chamaremos de *conservadores*, que entendem que (a Carta Magna implícita e logicamente considera) vêem na Carta Magna a determinação de serem tuteláveis apenas as uniões de afeto que ligam homens e mulheres.

Nesse diapasão, surge máxima a importância de bem situarmos a questão dos homossexuais na arena constitucional, pois tanto conservadores quanto progressistas situam o problema na Carta de 88: para uns, ela antepõe um obstáculo intransponível (salvo, talvez, por emenda constitucional) à total equiparação entre homo e heterossexuais, ao passo que para outros tal equiparação é uma imposição da *lex legum*.

Em nossa análise, traremos o posicionamento da doutrina brasileira acerca dos direitos de homossexuais na seara constitucional, além de leis e decisões judiciais pertinentes. A fim de tornar o texto mais claro, fragmentaremos nosso estudo em três blocos: direito à igualdade, o direito à privacidade e a extensão da interpretação do art. 226, §3º da Constituição Federal, assim escolhidos por serem os argumentos constitucionais mais usados no debate sobre a situação jurídica dos homossexuais.

3.1 O princípio da isonomia

“Todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*”

CF, Art.5º, *caput*.

Como legislar implica diferenciar situações de fato para lhes atribuir efeitos normativos diversos, é evidente que o princípio da isonomia não tem o condão de impedir qualquer tipo de discriminação, mas sim de impossibilitar que a lei estabeleça classificação arbitrária, irrazoável.

Com efeito, a constitucionalidade da classificação legislativa deverá ser aferida através do emprego do princípio da razoabilidade¹⁴. Destarte, está vedado qualquer tipo de discriminação entre as pessoas, incluída a legislativa, com base na orientação sexual destas, salvo, excepcionalmente, se for possível alcançar fim compatível com a Constituição e, além disso, atender aos demais requisitos para a satisfação do princípio da razoabilidade.

Para José Afonso da Silva, a Lei Maior exige a “igualdade ‘sem distinção de sexo e de orientação sexual’”. Esclarece o ilustre autor que:

“Tentou-se introduzir uma norma que a (discriminação contra homossexuais) vedasse claramente (...). Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de *orientação sexual* (...). Teve-se receio de que esta expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos”.¹⁵

O entendimento não encontra opositores na doutrina brasileira, havendo apenas algum dissenso acerca de a vedação à discriminação por orientação sexual estar inserida no *caput* ou no inc. I da art. 5º da Constituição da República. Aqueles que, como Maria Berenice Dias¹⁶, pugnam pela segunda opção tecem a seguinte ordem de argumentos:

“Como a orientação sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa escolhida, é direito que goza de proteção constitucional ante a vedação de discriminação por motivo de sexo. O gênero da pessoa eleita não pode gerar tratamento desigualitário com relação a quem escolhe, sob pena de se estar diferenciando alguém pelo sexo que possui: se igual ou diferente do sexo da pessoa escolhida”.

Esta visão é consistente com o entendimento de Roger Raupp Rios¹⁷, que invoca ainda a autoridade das Supremas Cortes do Canadá (casos: *University of Saskatchewan v. Vogel*, 1983, e *Bordeleau v. Canada*, 1989) e Havai (no caso *Baehr v. Lewin*, de 1993) para balizar seu entendimento: a discriminação com base no sexo alcança aquela por orientação sexual.

Entendemos que a discussão não tem tanto relevo na realidade brasileira, já que, seja na disposição geral do *caput*, seja na mais específica do inc. I da Constituição Federal, está, de qualquer modo, proibida a discriminação com base na orientação sexual, o que é pacificamente aceito.

Pela atualidade e pertinência, registre-se a decisão da Suprema Corte norte-americana de 28/06/2000, no caso *Boy Scouts of America v. Dale*, onde foi fixado o entendimento de que os escoteiros americanos poderiam excluir de seu grupo um Assistente Master abertamente homossexual por este fato apenas. O entendimento vitorioso foi o de que os escoteiros gozam do direito constitucionalmente assegurado de “*expressive association*”: os indivíduos têm o

direito de se associarem para advogar opiniões sem que o Estado interfira”, e que haveria agressão a esse direito caso os escoteiros fossem obrigados a manter James Dale como Assistente Master.

Note-se que essa decisão apertada (5X4) reformou a anterior da Suprema Corte de Nova Jérsei em sentido contrário:

“Para a corte estadual, a política homofóbica dos escoteiros viola a lei daquele estado que proíbe a discriminação e, como os escoteiros formam uma associação de grandes proporções e tradicionalmente aberta, não poderiam alegar sua liberdade de associação para vedar o ingresso de homossexuais como membros ou líderes”³.

Sobre o julgamento em tela, registre-se, por fim, o seguinte parecer consagrado no voto do *Justice Stevens* (que foi, no caso, relator dos dissidentes), para quem: os danos decorrentes de preconceitos contra os homossexuais “apenas se agravam com a criação de uma proteção constitucional para uma política (homofóbica), que é, em si, o produto de uma forma habitual de se pensar a respeito dos diferentes”. E relembra a advertência do *Justice Brandeis*: “devemos nos policiar, pois, de outro modo, erigimos nossos preconceitos em princípios legais”⁴.

A respeito do tema, anote-se, ainda, que os fluminenses contam com a lei 3.406/2000, que “estabelece penalidades aos estabelecimentos localizados no Estado do Rio de Janeiro que discriminem pessoas em virtude de sua orientação sexual” (art. 1º). E os cariocas têm, além desta, a lei nº 2.475/96, que dispõe, em seu art. 1º, que: “os estabelecimentos comerciais, industriais e repartições públicas municipais que discriminarem pessoas em virtude de sua orientação sexual, na forma do § 1º do art. 5º da Lei Orgânica do Município, sofrerão as sanções previstas nesta Lei”, além, como é evidente, do próprio § 1º do art. 5º da Lei Orgânica do Município, *in verbis*:

“Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, cor, sexo, estado civil, orientação sexual, atividade física, mental ou sensorial, ou qualquer particularidade, condição social ou, ainda, por ter cumprido pena ou pelo fato de haver litigado ou estar litigando com órgãos municipais na esfera administrativa ou judicial”.

De acordo com cálculos de Luiz Mott⁵, em 1998 havia, no Brasil, “76 Municípios, dois Estados e o próprio Distrito Federal” proibindo a discrimi-

nação com base no orientação sexual. Veja-se, por exemplo, o inc. I do art. 3º da Constituição do Estado de Sergipe, que assegura a “proteção contra discriminação por motivo de (...), orientação sexual, (...)”, sendo os infratores passíveis de punição por lei”.

Além disso, relembre-se a proposta de emenda à Constituição nº 139, da autoria de Marta Suplicy e outros, que pretendem a alteração dos arts. 3º, inc. IV, e 7º, inc. XXX, da Constituição Federal, de modo a acrescentar o termo “orientação sexual” em ambos os dispositivos^{6/7}.

3.2. *O direito à privacidade*

“A casa é o asilo inviolável do indivíduo”

CF, Art.5º, Inc.XI.

Com o direito à privacidade, “a Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que (...) gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana”, esclarece José Afonso da Silva, que, no tocante à “liberdade de relações homossexuais”, afirma: “No recesso da casa, por certo que esta é também uma esfera íntima, um segredo da vida privada, que está protegido pelo direito à intimidade”⁸.

A questão surge ainda mais como relevante se considerarmos que a decisão exarada, em 1986, pela Suprema Corte dos Estados Unidos no polêmico caso *Bowers versus Hardwick* girou em torno da noção de privacidade. Naquela oportunidade, a Corte decidiu, também por cinco votos a quatro, que “o direito constitucional à privacidade não se estende à sodomia homossexual”.

Para Luiz Edson Fachin, “a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana” está na Lei Maior, quando esta assegura: “a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (...), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X)”⁹.

Anote-se, no entanto, que alguns militantes homossexuais questionam a argumentação com base no direito à privacidade por implicar que os homossexuais “fiquem no armário”¹⁰.

3.3 A extensão da tutela constitucional da família

“Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar *sua conversão em casamento*”

CF, Art.226, § 3º.

Quando no início da exposição nos referimos aos “conservadores” e aos “progressistas”, adotamos por critério o posicionamento dos diferentes autores frente a esse dispositivo constitucional (art.226, § 3º). Com efeito, embora seja harmônico o entendimento da doutrina brasileira no que tange aos direitos à igualdade e à privacidade dos homossexuais, as opiniões se dividem na interpretação do dispositivo em tela.

Alegam os “conservadores” que este é um óbice constitucional intransponível (salvo, talvez, por emenda) para a plena equiparação entre “casais” homo e heterossexuais e quiçá até para que as uniões homossexuais sejam consideradas como família, enquanto os “progressistas” buscam nos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana argumentos para contradizê-los.

Acerca dos posicionamentos que podem ser adotados face às disposições constitucionais relativas à família, anotou a Profª. Heloísa Helena Barboza:

“Consideradas as entidades familiares estabelecidas na Constituição Federal no seu conjunto e as questões que ensejam, (...) constata-se que há, por assim dizer, que se construir um novo Direito de Família. Mas para tanto, há que se definir previamente que rumo tomar: francamente liberal, admitindo-se, de imediato, toda e qualquer modalidade de convivência que tenha feição familiar, dando interpretação ampla aos ditames constitucionais; ou, ao contrário, adotando-se uma postura conservadora que conduz a uma interpretação restritiva e que rejeita as comunidades que não se assemelham ao casamento”¹¹.

Os conservadores contam com a adesão da maioria da doutrina e argumentos consistentes. Esse posicionamento está bem representado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que, após esclarecer que as uniões homossexuais formam uma família sociológica, mas não jurídica¹, diz:

“A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer ‘a união estável’ como entidade familiar, expressamente introduziu o requisito

objetivo de que somente a união entre o homem e a mulher pode configurar união fundada no companheirismo, excluindo, portanto, a possibilidade de se reconhecer as uniões entre homossexuais¹³.

Nessa mesma linha de raciocínio, há outras vezes de peso, dentre as quais a de Miguel Reale, relator do Projeto de Código Civil de 1975, que considera “apressada e absolutamente sem sentido” a crítica ao projeto por este “não ter cuidado da união estável de pessoas de mesmo sexo”, pois esta é uma matéria de Direito Constitucional, já que a Carta “criou a união estável entre um homem e uma mulher”¹⁴.

Também o Min. Celso de Mello, então presidente do STF, já sustentou, em audiência realizada com os secretários gerais da ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis) no dia 04/12/98, que é favorável ao reconhecimento jurídico da união de pessoas do mesmo sexo, sem que, no entanto, esta seja considerada como matrimônio.

Na ocasião, o Min. Celso de Mello esclareceu, ainda, que o art. 226 da Constituição Federal não é obstáculo para o reconhecimento legal de uma parceria registrada entre pessoas de mesmo sexo, o que não é a mesma coisa que casamento, sendo que a parceria poderia tratar de questões como herança e pensão¹⁵. Não deixando claro, entretanto, se o direito deveria reconhecer a união de pessoas de mesmo sexo como família.

Dentre os progressistas, há os que contra-argumentam com a inconstitucionalidade do art. 226, § 3º da CF. Adauto Suannes, por exemplo, opina que:

“Se a Constituição Federal, no art. 5º, estatuiu o princípio da equiparação entre os sexos e se tais uniões (uniões estáveis homossexuais) existem, não será absurdo concluir que o art. 226, § 3º, fez uma distinção odiosa¹⁶, contemplando a proteção da união estável apenas quando envolva pessoas” de sexos diferentes¹⁷, “contrariando princípio constitucional constante de regra pétrea”¹⁸.

Na mesma linha, Maria Berenice Dias, que, fazendo expressa referência ao autor *supra* citado, diz:

“Não se pode deixar de ter por nitidamente discriminatória a indigitada norma (art. 226, § 3º, da CF), que fez *uma distinção odiosa*, contrariando o princípio da igualdade, que, desde o frontispício da Constituição, veda diferenciar pessoas em razão de seu sexo”¹⁹.

E continua a autora, dizendo que:

“A regra do § 3º do artigo 226 da Constituição, na parte em que condiciona à distinção de sexos o reconhecimento da união estável, ou é mera lei constitucional, que pode ser reformada até por lei ordinária, segundo preconiza Carl Schmitt, ou é norma constitucional inconstitucional, conforme sustenta Otto Bachof”^{20/21}.

A respeito, entendemos que a redação do art. 226, § 3º da CF não exclui a possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões homossexuais como família. É que o dispositivo deve ser interpretado à luz do princípio da unidade da Constituição, cujo papel “é o de reconhecer as contradições e tensões - reais ou imaginárias - que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas”²².

Destarte, a maior harmonia possível entre o dispositivo em tela, de um lado, e o princípio da isonomia (art. 5, *caput* e inc. I) e o Estado Democrático²³ de Direito (art. 1º, *caput*), de outro, está no reconhecimento de que não há uma vedação implícita à tutela jurídica das uniões homossexuais estáveis como famílias. Aliás, em prevalecendo esse entendimento, não há qualquer tensão entre os dispositivos constitucionais referidos.

Anoto-se, por derradeiro, que esta é a visão que melhor concretiza o princípio da dignidade humana, que “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”²⁴.

A respeito, já anotou a Suprema Corte norte-americana que: “Há muito a liberdade para o casamento tem sido reconhecida como um dos direitos fundamentais para que homens livres busquem, por meios legítimos, a felicidade”²⁵.

4. União Civil entre Pessoas do mesmo Sexo

4.1. As Transformações da Família

As codificações do século XIX representaram elemento cardeal na edificação do Direito de Família, passando para a competência do Estado a normatização da entidade familiar e a determinação dos elementos e requisitos legais de validade do matrimônio. Assim, como Luiz Edson Fachin brilhantemente deduz, “os Códigos são moldados para atender, numa suposta neutralidade técnica e científica, as fronteiras da vida privada”²⁶.

O Código Civil francês de 1804 deu os contornos da estrutura jurídica da família, reafirmando sua hierarquia, seu forte caráter patriarcal centralizador na pessoa do chefe e exaurindo de legitimidade qualquer outra união afetiva entre não parentes. Conforme nos mostra Guilherme Calmon, uma espécie de Direito de Família aristocrático consolidou-se, estabelecendo a família matrimonial como a única digna de tutela.

Todas estas tendências reproduziram-se ao longo do tempo e vieram a repercutir em nosso ordenamento jurídico. Nas constituições anteriores apenas o casamento era reconhecido como instituto formador e legitimador da família brasileira. O Código Civil de 1916 seguiu o sistema tradicional de relações familiares, apresentando o dogma da indissolubilidade do vínculo matrimonial atrelado à idéia de paz familiar e a visão do casamento como fonte única e exclusiva da família nuclear, paradigma amenizado no Código Civil de 2002. Como demonstra Geraldo Tadeu Monteiro(2003), a instituição do casamento serviu em especial como uma forma de imposição de uma política pública sobre o espaço privado, fato inédito na história do Brasil.

Com a evolução dos costumes e a mudança dos valores, aliados à redefinição dos padrões morais, o enfoque jurídico-legal restou fragilizado, sobrelevando-se a necessidade de se rever as regras anteriormente vigentes. A realidade social impôs ritmo às mudanças, que acabaram refletidas na Carta Constitucional de 1988. A Constituição inova ao consagrar novas formas de convívio, recebendo especial atenção do Estado relacionamentos extramatrimoniais.

Inserir-se agora no conceito de entidade familiar não apenas a família matrimonializada, mas também a união estável e o vínculo monoparental. O casamento deixa de ser a única base de formação e proteção da família. Como bem explicita Maria Berenice Dias, “o centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva”(*affectio maritalis*), portanto “o vínculo afetivo que origina os relacionamentos dá o *status* de família, merecedora de proteção legal”¹²⁷, ocorrendo a migração das relações jurídicas entre companheiros para a esfera de competência do Direito de Família.

Ao privilegiar princípios gerais também aplicáveis em matéria de Direito de Família, como o da dignidade humana, do pluralismo e da democracia, de liberdade, justiça e solidarismo nas relações sociais, da beneficência geral, da igualdade em sentido material entre todos e o da tutela estatal da família independentemente de sua espécie, entre outros, a Constituição Federal oferece um novo sentido a todo o ordenamento, especialmente ao Código Civil. As-

sim, analisado à luz da Constituição, o Código torna-se compatível com os valores e princípios que norteiam a Carta Magna, apresentando forte carga solidarista e despatrimonializante, com atribuição de maior relevância à pessoa humana.

4.2. *A regulamentação de uniões livres*

Nos termos do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, a entidade familiar passa a ser tanto a originária do casamento como a que nasce da união estável, ou ainda a comunidade formada por quaisquer dos pais ou seus descendentes. O casamento, no entanto, não deixa de ocupar posição privilegiada no ordenamento, permanecendo como principal modelo institucional familiar. Redunda, pois, o fato de servir como paradigma para a determinação de limites para a união estável, sendo almejada sua aproximação ou conversão em casamento.

Silvio Rodrigues nos oferece uma definição bastante significativa de união estável, considerando-a como a “ entidade familiar formada por um homem e uma mulher; a vida em comum, *more uxorio*, por período que revele estabilidade e vocação de permanência, com sinais claros, indubitáveis, de vida familiar, e com o uso em comum do patrimônio.²⁸”

A introdução deste dispositivo constitucional foi reflexo de grandes lutas travadas pelas companheiras para conseguir o reconhecimento de seus direitos. Foi criada a expressão “companheirismo” (em detrimento de “concubinato”) como forma de contornar as proibições até então impostas. De início conquistaram a equiparação de sua condição à sociedade de fato, consolidando a jurisprudência que resultou no enunciado da súmula 380 do STF, editada em 1963, que tem por referência os artigos 1.363 e 1.366 do CC, que assim dispõe: “*Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio único.*”

Hoje esta súmula encontra-se já superada em virtude da edição das leis 8.871/94 e 9.278/96, que regulamentam o preceito constitucional. A lei nº 9.278/96 introduz mudanças em nosso Direito de Família por gerar direito a alimentos e a indenização por serviços domésticos aos companheiros, sendo reconhecida também a comunhão dos bens adquiridos na sua constância, superada a necessidade de prova do esforço comum ou, em outros casos, facultando o pensionamento. Em seu artigo 1º dispõe que:

“ é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura entre um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Esta lei foi alvo de inúmeras críticas ao não abranger em seus efeitos casais homossexuais. Por não serem consideradas como uma família, do ponto de vista jurídico, as uniões civis de homossexuais foram negligentemente esquecidas ou ignoradas. Se por um lado a Constituição Federal de 1988 revela-se mais flexível, tolerante, condescendente em relação às uniões estáveis, o mesmo não acontece em relação às uniões homossexuais, mais uma vez colocadas à margem da sociedade.

De acordo com Maria Berenice Dias é possível concluir pela inconstitucionalidade da restrição do artigo 1º da Lei nº9.278/96 supracitado, podendo e devendo ser estendido às uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo, baseando-se em princípios de igualdade e não discriminação em razão de orientação sexual:

“Reconhecida a existência de uma convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família, deve-se deferir alimentos, partilhar os bens, entregar a herança, conceder direito real de habitação e usufruto sobre a metade dos bens disponíveis, isso tudo partindo-se da presunção *juris et de jure* de colaboração comum na formação patrimonial; todas estas medidas devem ser tomadas independentemente do sexo dos envolvidos e da natureza de sua relação, se hetero ou homossexual”.²⁹

Atualmente, nestes casos, extingue-se a ação por impossibilidade jurídica do pedido. Somente é reconhecida a existência de uma sociedade de fato, sendo de maior aceitação por parte dos doutrinadores. Segundo Dagma Paulino dos Reis, em termos de sociedade de fato pouco importa seja ela entre casais hetero ou homossexuais, pois o que a caracteriza é o esforço comum na aquisição de um patrimônio único. Os efeitos produzidos são de natureza obrigacional e patrimonial. Ao parceiro, no máximo é deferida a metade do patrimônio adquirido durante a vida em comum e, ainda assim, mediante prova de mútua colaboração.

Lembra, Maria Berenice Dias, que nossa legislação,

“além de se omitir em regular as relações extramatrimoniais, expungiu a possibilidade de extrair consequências jurídicas de todo e qualquer outro vínculo afetivo. Proibiu doações, seguros, bem como a possibilidade de herdar aos partícipes de ligações tidas como espúrias. Para efeitos sucessórios, a família somente compreenderia os parentes em linha reta *in infinitum* e os colaterais até o quarto grau, como dispõe o artigo 1.617 do Código Civil”³⁰.

A identificação do estado civil destas pessoas também é imprescindível para se assegurar e proteger as relações jurídicas, preservando-se assim, igualmente, os terceiros de boa-fé. É preciso, portanto, que seja criado um novo estado civil para se designar os parceiros homossexuais.

A lei brasileira não toma conhecimento do homossexualismo, não lhe dá aprovações nem consagra punições. Não admite o casamento de pessoas de mesmo sexo, tendo a dualidade de sexos como pressuposto essencial do casamento, sendo esta premissa implícita em nosso Direito. Aqui evidencia-se o efeito de *cacofonia* discursiva de que falamos anteriormente: os interlocutores do discurso jurídico não se entendem e produzem sons transversos, sem relação.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo é tido como inexistente por uma tradição doutrinária que vem desde o século passado, justificado em nome do controle estatal sobre a sexualidade. Apesar de gerar efeitos jurídicos no campo do Direito Obrigacional, Previdenciário e Assistencial, a união civil entre pessoas do mesmo sexo não possui abrigo no Direito de Família.

De acordo com Guilherme Calmon, é indispensável para o reconhecimento da união homossexual que seja admitida primordialmente a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo a partir de uma reformulação do dispositivo constitucional. Do contrário, a união entre pessoas do mesmo sexo não poderá ser incluída no campo das famílias jurídicas, pois desta forma poderia se estar incentivando a legitimação de outros tipos de uniões também desamparadas juridicamente, como por exemplo as uniões sexuais compostas por parentes próximos.

Em oposição a esta concepção levantam-se Maria Berenice Dias, ao asseverar:

“A verdadeira aversão da doutrina dominante e da jurisprudência majoritária em se socorrer das leis que regem a união estável ou o casamento tem levado tão só ao reconhecimento de uma mera sociedade de fato.(...)Atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, necessário que sejam conferidos direitos e impostas obrigações independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes”³¹,

e Luiz Edson Fachin, que nos diz:

“Há casamento e portanto há família, sendo a adoção factível. A lei jurídica não tem o direito de definir previamente os limites da sexualidade(...) Defendo o pluralismo das fontes na ausência de normatização jurídica. A emanação estatal não é o único modo de se criar direitos subjetivos. Sustento a força criativa dos atos e

o papel construtivo da jurisprudência na refundação da família sobre outros pressupostos”.

Não nos parece o mais certo que se deva esperar por uma revisão constitucional envolvendo os parâmetros seculares do matrimônio, cercados por moralismos e valores religiosos extremamente difíceis de serem contornados, em lugar de aplicar-se uma norma ordinária de regulamentação e reconhecimento das uniões homossexuais sem que se entre no mérito da alteração do casamento.

Grande parte da doutrina ainda deixa transparecer profundo caráter conservador ao tratar desta questão, a exemplo da posição de Washington de Barros Monteiro que afirma:

“O casamento tem como pilar o pressuposto fático da diversidade de sexos dos nubentes, embora não haja nenhuma referência legislativa a respeito; ante a sua evidência esta questão impõe-se por si mesma... Se duas pessoas do mesmo sexo... convolarem núpcias, ter-se-á casamento inexistente, uma farsa... Absurdo seria admitir que o matrimônio de duas mulheres ou de dois homens tivesse qualquer efeito jurídico, devendo ser invalidado por sentença judicial.”³³

Como já foi demonstrado anteriormente, o conceito de família é algo construído histórica e socialmente, não sendo algo absoluto e estanque no tempo. Citando Caio Mário, “a família não tem suas normas apenas no Direito. Como organismo ético e social, vai hauri-las também na religião, na moral, nos costumes, sendo de assinalar que a sua força coesiva é, antes de tudo, um dado psíquico”³⁴.

Se a prole ou a capacidade procriativa não são mais essenciais para que o relacionamento de duas pessoas mereça proteção legal, não se justifica deixar ao desabrigo do conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo. O modelo original de família calcado na vida e organização política e patrimonial não deve prevalecer sobre a moderna concepção baseada nos laços afetivos e no companheirismo daqueles que objetivam criar uma vida em comum..

4.3. O projeto de lei nº1.151 de 1995 (Projeto Marta Suplicy)

O Código Civil de 2002, embora incorpore o tratamento das uniões estáveis no Livro IV, Título III, não trata da união de pessoas do mesmo sexo, nem no âmbito do Direito de Família, nem no âmbito do Direito Obrigacional. Para o relator do Projeto, Miguel Reale, esta

matéria não seria de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, pois a Constituição estipulou e definiu a união estável como sendo uma união entre um homem e uma mulher.

Ao contrário do ordenamento jurídico brasileiro que silenciou a respeito, em várias partes do mundo surgem novas leis de regulamentação das uniões civis homossexuais. Podemos tomar como exemplo a lei 99.944 de 15.11.99, promulgada na França. Esta lei implementava a idéia do pacto civil de solidariedade, mais conhecida como *pacs*, dando nova redação a artigos do vetusto Código Civil francês, entre eles o art. 515-1. O novo dispositivo legal define seu objeto: “*um pacto civil de solidariedade é um contrato concluído por duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, para organizar sua vida comum.*” O fato de também lhes ser concedido direito à adoção causou alvoroço na opinião pública e oposição ao pacto no país.

Nesta mesma direção apontou o Parlamento Europeu ao pedir aos países da União Européia que permitam o casamento entre homossexuais, a abolição das discriminações e penalizações, condenando em particular a Grã-Bretanha que, a pretexto de evitar o homossexualismo, vem promovendo restrições aos direitos dos cidadãos em várias áreas. Neste sentido o Parlamento Britânico amenizou as limitações reduzindo a idade consentida para relações homossexuais de 21 para os 18 anos, o que despertou a reação do Papa João Paulo II, que qualificou a resolução como causadora de “*desordem moral*”. Países nórdicos como a Dinamarca, Suécia e Noruega já possuem leis que concedem à parceria os mesmos direitos das pessoas casadas, só havendo certas restrições à adoção.

No Brasil, a tentativa mais próxima deste tipo de normatização surgiu com o advento do Projeto de Lei 1.151/95, de autoria da Deputada Marta Suplicy, que há anos tramita no Congresso Nacional. O Projeto visa disciplinar a união civil de pessoas do mesmo sexo, protegendo seus direitos de propriedade, sucessão, usufruto, curatela e até seu direito à nacionalidade, em se tratando de estrangeiros. Prevê ainda benefícios previdenciários, a possibilidade de inclusão no imposto de renda e na composição da renda para compra ou aluguel de imóvel e a impenhorabilidade da residência. Todos estes efeitos decorreriam da elaboração de um contrato escrito, livremente pactuado, com a possibilidade de ser registrado em livro próprio no Cartório de Registro Civil de pessoas naturais.

Todavia, apesar da similitude de seus efeitos, o projeto não tem o intuito de conceder às parcerias homossexuais um *status* igual ao do casamento. A justificativa apresentada para esta Lei deixa clara esta despretensão ao declarar que

“a figura da união civil entre pessoas do mesmo sexo não se confunde nem com o instituto do casamento, regulamentado no Código Civil Brasileiro, nem com a união estável, prevista no parágrafo 3º, do art.226 da Constituição Federal. É mais uma relação entre particulares que, por sua relevância e especificidade, merece a proteção do Estado e do Direito.”

A elaboração deste contrato não pressupõe efetivamente a existência de uma relação afetiva ou homossexual entre parceiros. Porém, a lei assim o sugere, pois somente podem contratar pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas, estando impedida também a alteração do estado civil durante sua vigência. Segundo seu artigo oitavo, constitui crime de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil com mais de uma pessoa ou alterar o estado civil na vigência do contrato, podendo o contratante sofrer pena de detenção de seis meses a dois anos. O artigo 4º, incisos I e II, determina que a extinção da união civil ocorrerá pela morte de um dos contratantes ou mediante decretação judicial.

O substitutivo do projeto apresentado pelo Deputado Roberto Jefferson, que foi aprovado pela Comissão Especial do Congresso em 10.12.96, inseriu a proibição de quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros. Apesar desta e de outras restrições que o Projeto apresenta, como a falta de previsão quanto ao direito a alimentos, a lei em questão, caso seja em fim aprovada, representará grandes avanços em matéria de cidadania.

Como bem exprime a Justificativa do Projeto de Lei:

“Esse projeto pretende fazer valer o direito à orientação sexual, hetero, bi ou homossexual, enquanto expressão dos direitos inerentes à pessoa humana.” ... “A possibilidade da união estável, mesmo que não exercida, reduzirá problemas criados pela necessidade de esconder a própria natureza, de não ser reconhecido(a) socialmente, viver em isolamento ou na mentira.... A lei, além de aceitar e proteger uma realidade, provê um respaldo social importante.”

4.4. *As decisões judiciais recentes*

Por ser uma questão ainda em aberto no Direito Brasileiro, carecendo ainda de regulamentação legislativa, o papel atinente ao Judiciário ganha especial relevância na concessão de direitos aos parceiros homossexuais. Dos juízes,

estando em contato direto com a realidade social, deveríamos esperar maior sensibilidade a este problema. No entanto, o peso da doutrina conservadora tem impedido os progressos nessa área. Há, por conseguinte, um estereótipo do modelo clássico superado que tem se reproduzido, e contribuído de forma significativa para a manutenção do *status quo*.

O Judiciário não pode endurecer-se diante da evolução da mentalidade, dos costumes e das práticas sociais. Neste sentido, as decisões oriundas dos tribunais formam uma ponte entre o direito tradicional e a realidade dinâmica da sociedade. Diante de tal quadro, os juízes devem estar à frente, adaptando a legislação para abrigar de forma mais adequada e justa os casos concretos ao direito positivo. Neste caso, o reconhecimento da existência de um vínculo familiar nas uniões homossexuais seria um passo indubitavelmente inovador.

O que se observa dos julgados, porém, é uma postura extremamente inflexível por parte dos juízes. Há grande resistência em visualizar como entidade familiar os vínculos entre pessoas do mesmo sexo, não se admitindo que as demandas que trazem questões sobre tais relacionamentos sejam distribuídas às varas especializadas de família.

Ampara-se a jurisprudência na equiparação das relações homoafetivas com a sociedade de fato, fundamentando-se, para efeito de partilha dos bens, no que consta na súmula 380 do STF e no repúdio ao enriquecimento sem causa. Exige-se prova de mútua colaboração, sendo que nada impede que se obtenha apenas parte do acervo patrimonial, e não sua meação. Não é invocado o direito sucessório, nem alegada a qualidade de herdeiro, ainda que inexistam herdeiros necessários, restando excluídos da ordem de vocação hereditária.

Contudo, não são todas as decisões que seguem esta tendência. Vários tribunais já vêm reconhecendo alguns direitos de cidadania e dando ensejo a futuros julgados. Merecem destaque decisões inovadoras, como o Agravo de instrumento 599075496, provido na 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual consta:

“Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais”.

Encontramos, igualmente, pronunciamentos como este do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual

“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” ¾ Min.
Sálvio de Figueiredo Teixeira REsp.4.987, julgado em 04.06.1991.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Ap. 9.04.55333-0/RS, em 20.08.1998, deferiu a inscrição do companheiro como dependente no plano de saúde da CCF, entendendo que a recusa foi motivada pela orientação sexual das partes, o que viola o princípio constitucional de igualdade, que proíbe discriminação sexual.

Recente julgado gaúcho, proc. 01196089682, reconheceu a união estável, aplicou a lei nº8.971/94 e deferiu a totalidade da herança ao parceiro, por não ter o *de cuius* deixado descendentes nem ascendentes.

Estes são alguns exemplos de decisões que ousaram transpor as barreiras do tradicionalismo e seus próprios tabus. A falta de normatização, via de regra, inibe o Judiciário de resolver estes casos a partir da analogia com as relações heterossexuais, utilizando as normas que regem a união estável e o casamento. Os juízes acabam recorrendo ao Direito Civil, reduzindo uma relação de afeto a mera sociedade de fato, de cunho patrimonial.

Luiz Edson Fachin faz uma crítica dura ao Judiciário ao afirmar que “no vazio jurídico da lei expressa, a consciência histórica do Judiciário continua ancorada no século XVIII e de costas para o presente”. Na mesma direção aponta Maria Berenice Dias ao advertir: “como o fato social se antepõe ao jurídico e a jurisprudência antecede a lei, devem os juízes ter coragem de quebrar preconceitos e não ter medo de fazer justiça.”

Os juízes não podem se manter insensíveis à causa homossexual e implacáveis ao julgarem a ação. Ao invés, devem representar a sociedade em todos os níveis e atender às reivindicações dos cidadãos de forma igual; situações iguais pedem tratamentos iguais, não importando a orientação sexual que estes indivíduos assumam ou venham a assumir. A discriminação e o preconceito, independentemente de sua natureza, devem ser combatidos o mais rapidamente possível, pois causam um mal não somente às suas vítimas mas a toda a sociedade. O Judiciário não pode eximir-se de sua indispensável atribuição, que é a de promover e distribuir justiça no seio da sociedade.

4.5. *A polêmica da adoção por casais homossexuais*

Recentemente, foi por nós realizada, uma pesquisa de opinião a respeito do discurso jurídico e as identidades sexuais transgressoras de gênero³⁵ que contou com a participação de vinte personalidades jurídicas da Cidade do Rio

de Janeiro. Ao serem perguntados se eram ou não favoráveis à adoção de menores por homossexuais, o resultado obtido mostrou a divisão que existe a esse respeito hoje no meio jurídico: doze dos entrevistados opinaram favoravelmente, enquanto oito responderam que eram contra tal prática.

Dentre as respostas obtidas, cabe citar a emitida pelo conselheiro do Conselho estadual de direitos da criança e juiz titular da 1ª Vara de Infância e Juventude, Siro Darlan de Oliveira, que concorda que casais homossexuais devem poder adotar crianças, apresentando a seguinte justificativa:

“Devem poder adotar crianças, sim. Como a decorrência natural de todo casamento. E mais ainda, pela necessidade que têm as próprias crianças de uma proteção familiar. Desde que a equipe interdisciplinar conclua que essa adoção será benéfica para essa criança, eu não tenho nenhuma dúvida que é possível que isso ocorra. Uma vez que, já temos experiências concretas de adoções por homossexual”.

Por outro lado, uma advogada revelou-se contrária à possibilidade de adoção por homossexuais por considerar que “isto poderia trazer influências extremamente ruins para sua formação psicológica, para seu caráter e sua personalidade”.

Além disso, a mesma pesquisa foi feita com 350 estudantes de Direito das seguintes universidades do Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica (Puc-Rio), Cândido Mendes (*campus* Centro) e UNI-RIO. O resultado alcançado também se revelou, por assim dizer, dividido: 49,2% dos estudantes afirmaram que em certas circunstâncias, admitem a adoção de crianças por casais homossexuais.

O tema da adoção é bastante delicado e extremamente polêmico. A magistrada do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias em recente obra sobre união homossexual³⁶ conclui que:

“A mais tormentosa questão que se coloca e que mais tem dividido as opiniões, mesmo entre 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 crença de haver um dano potencial futuro por ausência de referências comportamentais e, por consequência, a possibilidade de ocorrerem seqüelas de ordem psicológica”.³⁶

Essa dificuldade em aceitar facilmente a adoção por homossexuais não ocorre somente no Brasil. A Dinamarca foi o primeiro país do mundo a editar uma lei de parceria registrada homossexual, em 1989. No entanto, somente em 1999, ou seja, apenas após dez anos, foi incluída nesta lei a possibilidade de um companheiro que esteja no regime de parceria registrada adotar conjuntamente o filho de seu companheiro ou companheira, desde que este menor não seja estrangeiro. Além disso, é proibido para as lésbicas o uso dos serviços públicos de inseminação artificial.³⁷

Além da Dinamarca, a Holanda possui um projeto de lei (*Bill for same-sex marriages and adoption by same-sex couples*) que pretende permitir a adoção por casais homossexuais. Atualmente, só é possível que o casal possua a guarda compartilhada do filho de um dos companheiros. Esta modalidade de guarda compartilhada também existe na Islândia e na Noruega.³⁸

Em nosso país, “nenhuma previsão legal há autorizando ou vedando a adoção”.³⁹ Segundo o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente do estado civil. Todavia, deve ser o adotante dezesseis anos mais velho que o adotando (art. 42, § 3º). Uma vez preenchidos tais requisitos legais “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. (art. 43).

Seria uma ofensa à nossa Carta Maior considerar que um indivíduo, que possua todas as condições para adotar, seja impedido de fazê-lo, devido à sua opção sexual. Com este fundamento, foi julgada a Apelação Cível⁴⁰ nº 1998.001.14979, pela 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que na dicção de sua ementa, assim dispunha:

“Ementa: ADOÇÃO. Elegibilidade admitida, diante da idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotando. Absurda discriminação, por questões de sexualidade do requerente, afrontando sagrados princípios constitucionais e de direitos humanos e da criança. Apelo improvido, confirmada a sentença positiva da Vara de Infância e Juventude”.

Do mesmo modo foi julgada a Apelação Cível⁴¹ nº 1998.001.14332, pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, também negando provimento ao recurso. A título de ilustração, oferecemos o seguinte trecho do Acórdão:

“3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de

empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou comprovada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado...”

Quanto à possibilidade de adoção pelo casal homossexual, Maria Berenice Dias nos acrescenta que: “Apesar de nada justificar a limitação, não se tem notícia de já ter sido requerida à justiça brasileira, e muito menos deferida, adoção por uma dupla homossexual, restrição que acaba por gerar situações injustas vindo em prejuízo do próprio menor”.⁴²

5. A consolidação dos direitos dos direitos dos homossexuais no direito previdenciário

Na atualidade, pode-se afirmar, que dentro da ordem jurídica nacional, o ramo do Direito Previdenciário, é o único a trazer em seu bojo, garantias expressas aos homossexuais. Isto se dá de forma bastante clara e praticamente inquestionável, diferentemente de outras áreas do Direito.

Como se sabe, as sociedades sofrem transformações ao longo dos tempos. Em consequência de tais mudanças, surgem diferentes necessidades sociais a serem atendidas. A partir desse momento, torna-se imprescindível que o Estado coloque em prática aquilo que se denomina seguridade social, que consoante o ensinamento de J.R. Feijó Coimbra, “é a ação estatal desenvolvida no sentido de amparar o cidadão, trabalhador ou não, quando atingido pela necessidade, decorrente de incapacidade para o trabalho, ou de algum acontecimento que o prive da renda indispensável à sua própria manutenção e a de sua família”.⁴³

A seguridade social é tratada pela nossa Carta Maior, no título que cuida da ordem social. Sendo que aquela deverá, consoante dicção do artigo 194 da Constituição Federal, abranger a saúde, a assistência, e a previdência social. Conforme se segue, *ipsis litteris*:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social”.

Segundo o texto constitucional, “a saúde é direito de todos e dever do estado”.⁴⁴ A assistência social, segundo dispõe o decreto n.º 3048 de 06/05/1999,⁴⁵ é a política social que prevê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à seguridade social. Por sua vez, a previdência social é o objeto ora em estudo.

Ao se falar em previdência social, deve-se ressaltar, que o objetivo maior desta é prevenir os males da miséria. A própria palavra previdência deriva do verbo prever, sinônimo de antever, carregando o sentido de ver antecipadamente situações que possam surgir no futuro. Segundo Amauri Mascaro Nascimento, “a palavra previdência significa a faculdade de prever, acautelar-se, providenciar hoje para que não falte amanhã”.⁴⁶

Neste sentido, o legislador estipulou no artigo 1º da Lei n.º 8.213 de 24/07/1991, que trata dos planos de Benefícios da Previdência Social, o seguinte, *in verbis*:

“A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”.

Uma vez que, a previdência visa assegurar a subsistência dos indivíduos, através de contribuições prestadas, torna-se indispensável, que o direito previdenciário acompanhe as transformações que porventura venham a ocorrer na sociedade, para que a entidade previdenciária possa sempre adimplir sua obrigação de entregar as prestações destinadas a todas as pessoas, que possam vir a apresentar carências.

Dentre as variações sociais que possam acontecer, aquelas relacionadas à família que nos interessam. Jean Hauser e Danièle Huet-Weiller assim conceituam família: “é um grupo de indivíduos que reconhecem entre si laços morais e materiais, ligando mutuamente suas pessoas e patrimônios, sem limite de duração”.⁴⁷

Para que os dependentes do segurado não sofram privações quando este falecer, é vital que a legislação previdenciária reconheça a existência de espécies de famílias que fazem parte da realidade social, mesmo que ainda não tenham sido expressamente reconhecidas pela ordem jurídica. Tal como ocorreu no passado com a “companheira”, que antes de adquirir direitos perante a legislação civil e constitucional, adquiriu garantias através da lei previdenciária, e assim como, ocorre nos dias de hoje, em relação aos companheiros do mesmo sexo.

Em recente Acórdão, proferido em 27/06/2000 pela 6ª turma do TRF da 4ª Região, do Agravo de Instrumento n.º 2000.04.01.044144-0/RS, decidiu-se pela possibilidade de inscrição de companheiro homossexual como dependente do regime geral da previdência social, com o seguinte fundamento:

“É possível a abrangência de dependente do mesmo sexo no conceito de companheiro previsto no art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, frente à Previdência Social, para que o homossexual que comprovadamente vive em dependência de outro não fique relegado à miséria após a morte de quem lhe provia os meios de subsistência”.

Cabe esclarecer, que “o elemento básico na caracterização do dependente é econômico. Isto é, necessitando a pessoa de recursos para sobreviver provenientes do segurado, já se delinea sua condição de dependência”.⁴⁸

Ademais, acrescenta o já mencionado J.R. Feijó Coimbra, que a legislação previdenciária determina os dependentes da seguinte forma: “em geral, para aqueles a quem o segurado deve prestar alimentos, nos termos da lei civil, admite-se a presunção de dependência na lei previdenciária”.⁴⁹

Em relação aos dependentes do segurado, está previsto pelo Regulamento da Previdência Social, Decreto n.º 3048, de 06/05/1999, o seguinte, *in verbis*:

Art.16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – O cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido;

.....
 § 5º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada.

§ 6º Considera-se união estável aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum enquanto não se separarem.

Com fundamento na Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, o INSS publicou a Instrução Normativa n.º 25, de 7 de junho de 2000 (Anexo), que estabelece procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.

Além da garantia trazida pelo referido diploma legal, a redação do caput de seu artigo terceiro é algo que desperta bastante interesse, uma vez que, ao referir-se à união homossexual, assim dispõe, *litteris*:

“Art. 3º. A comprovação da *união estável* e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos:” (grifos nossos)

Observa-se, que os autores da aludida Instrução Normativa não ficaram limitados apenas ao conceito de dependência econômica para inclusão do companheiro homossexual como dependente do Regime Geral de Previdência Social. Ao utilizarem o termo *união estável*, foi dado um caráter familiar à *união* entre pessoas do mesmo sexo, demonstrando que não basta a dependência econômica, é também necessário um vínculo familiar (dentro do conceito sociológico) entre as pessoas para que uma possa ser dependente da outra.

O artigo 16, parágrafo 6º do Regulamento da Previdência Social, provavelmente receberá, em breve, nova redação para que possa ser compatível com o conceito de *união estável* empregado na Instrução Normativa n.º 25.

O exame da atual legislação previdenciária nos permite vislumbrar que a ordem jurídica está caminhando no sentido de reconhecer, expressamente, um modelo de família sociológica que faz parte da sociedade hodierna. Pode-se dizer, que há uma forte tendência para que ocorra a equiparação legal (não presumida) da *união* entre pessoas do mesmo sexo à *união estável* existente no texto da Constituição.

6 - Conclusão

A “questão homossexual” parece finalmente ter desafiado a Ordem Jurídica nacional. Como vimos com vagar ao longo do trabalho, a condição homossexual sempre foi vista como uma “ausência” no discurso jurídico, posto que as uniões homoafetivas são tidas simplesmente como inexistentes, incapazes de gerar qualquer efeito jurídico. O requisito da diversidade de sexos para caracterização da “família jurídica”, de tão auto-evidente, dispensaria qualquer menção explícita.

Hoje, em razão das lutas dos movimentos homossexuais⁵⁰ o discurso monológico do paradigma dominante do direito deu lugar à cacofonia do enfrentamento com o contra-discurso dos *direitos*. Da inexistência, os homossexuais começam a evoluir para uma “cidadania de segunda classe”⁵¹ com todas as contradições inerentes a essa condição. Reconhecida, por um lado, a tutela constitucional contra a discriminação por orientação sexual, por outro lado, os homossexuais têm visto rejeitadas suas reivindicações por juízes e tribunais com base em argumentos especiosos. A resistência baseia-se menos na razão ou mesmo nas leis do que em velhos preconceitos e nebulosos estereótipos.

Mais importante é a constatação de que os desafios suscitados pelos homossexuais à ordem jurídica correspondem a um movimento de transformação social irreversível que se fundamenta no direito à diferença e na noção de tolerância.

A crescente complexidade das sociedades contemporâneas torna cada vez mais distante o sonho racionalista da redução do múltiplo à unidade. A diferença, assim, mostra-se como irredutível e, mais, como legítima e indispensável. É pela identidade social que adquirimos nossa própria identidade, que nos reconhecemos e nos fazemos reconhecer⁵². Somente pelo “respeito à diferença” é possível estabelecer o diálogo entre os atores sociais com base no assentimento de todas as normas livremente discutidas⁵³. Como corolário necessário do respeito à diferença o direito à diferença transforma-se na ética da tolerância. Os homossexuais hoje querem mais que o reconhecimento do seu “direito à privacidade”; querem o “direito à publicidade”, isto é, o direito de viver seu próprio *ethos*⁵⁴. Entendem que a condição *sine qua non* de sua felicidade é a afirmação pública de sua diferença e a possibilidade de viver suas vidas sem diminuições, sem hipocrisias. Numa palavra, com dignidade.

Recebido para publicação em 15/ 10/ 2004

Geraldo Tadeu Moreira Monteiro é Sociólogo, Advogado e Cientista Político. Diretor-Presidente do IBPS (Instituto Brasileiro de Pesquisa Social). Mestre em Sociologia Política pela Universidade Panthéon-Sorbonne (Paris I). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Sociologia do Direito da Uerj e da Universidade Cândido Mendes. Pesquisador do CNPq. Diretor do Programa de Estudos Políticos da Uerj. Membro da International Political Science Association (IPSA), da International Sociological Association (ISA), da Law and Society Association (USA) e da American Evaluation Association.

Elza Vaz Cassaro Leite é bacharel em Direito pela Uerj.

Marcela Harumi Takahashi é bacharel em Direito pela Uerj, e mestranda em Direito Internacional e Integração Econômica (Uerj)

Joana El -Jaick Andrade é bacharel em Direito pela Uerj, e mestranda em Ciências Sociais (USP)

7- Notas

1¹ Este trabalho é resultado da pesquisa *Diferença e Dominação no Discurso Jurídico: o caso das identidades sexuais transgressoras*, iniciada em agosto de 1999, agraciada com uma bolsa de iniciação científica pelo Pibic/Uerj e contando ainda com duas bolsas de estágio voluntário da mesma instituição.

2 cf. resultados da pesquisa realizada pelos autores junto a 32 personalidades jurídicas, entre desembargadores, juízes, promotores, advogados e professores de direito, além de 400 estudantes de direito de quatro universidades do Rio de Janeiro (COLOCAR NÚMEROS) *Anais da 52ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC)*, Brasília

3 MAINGUENEAU, D. 1993:15-16

4 cf. FAIRCLOUGH, 1992:51-83

5 cf. FERRAZ, Jr 1995 e CORNU, 1990

6 cf. GIDDENS, * 1991:63

7 JENKINS, R. 1996:25

8 LOYOLA, Maria Andréa “Sexo e sexualidade na Antropologia” In: LOYOLA (org), 1998:31 e ss.

9 GIDDENS 1992:15

10 CONNELL, R.W., 1987:140

11 LORBER, Judith:1994:60

12 OLSEN, Frances “The Sex of Law” In: KAIRYS, D. (ed), 1998:691-707 e GOLDSTEIN, Anne B. “History, Homosexuality and Political Values: searching for the Hidden determinants of *Bowers v. Hardwick*” In: GRUEN, I e PANICHAS, G. (ed), 1997:32-43.

13 FERRAZ, Jr, Tércio Sampaio, 1998:15-29

14 Veja-se a respeito Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 1998. Segundo esclarece o autor, a satisfação do princípio da razoabilidade

implica o respeito aos seguintes requisitos: “(a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da existência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido” (p. 209).

15 SILVA, J. 1999: 227. O Código Civil de 2002 traz inúmeras referências à dupla “homem e mulher”, indicando um pressuposto cognitivo de que o casamento se realiza exclusivamente entre pessoas de sexos diferentes: Art. 1.514. “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal e o juiz os declara casados”. Ver ainda artigos 1.517, 1.565, 1.567, 1.642 e 1.723.

16 DIAS, M. 2000: 67.

17 RIOS, R. 1998: 28.

18 No Original: “*expressive association: individuals have a right to join together to advocate opinions free from government interference*”, esclarecimento dado por Justice Souter da Suprema Corte americana, no caso *Boy Scouts America v. Dale*.

19 Joan Biskupic, *Court Takes Cases on Abortion, Gays*, Washington Post, 15/01/2000, p. A01. Tradução livre de: “*The state court ruled that the policy against gays violates state anti-discrimination law and said that because the Boy Scouts is traditionally such an open and large group, the organization cannot claim a constitutional freedom of association to keep gay people from being Scouts or leaders*”.

20 No original: “That harm can only be aggravated by the creation of a constitutional shield for a policy that is itself the product of

- a habitual way of thinking about strangers. As Justice Brandeis so wisely advised, “we must be ever on our guard, lest we erect our prejudices into legal principles.”
- 21 MOTT, L. 1998: 843.
- 22 Os dispositivos passariam, portanto a ter a seguinte redação: art. 3º, IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, orientação sexual, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; e, art. 7º, XXX: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, idade, cor ou estado civil”.
- 23 O teor da proposta de emenda é registrado por Maria Berenice Dias, in *União Homossexual: o Preconceito e a Justiça*, cit., p. 285.
- 24 SILVA, J. 1999: 210.
- 25 FACHIN, L. 1996: 48.
- 26 A crítica consta do site www.ilga.org e se refere especificamente às decisões da Corte Européia de Direitos Humanos referidas no texto.
- 27 BARBOZA, H. 1997: 111 e 112.
- 28 GAMA, G. 2000: 62.
- 29 GAMA, G. 1998: 489.
- 30 *Apud* DIAS, M. 2000: 91.
- 31 Informação obtida no site www.ilga.org. Anote-se ainda que o evento foi comemorado por militantes homossexuais brasileiros como a primeira vez em que um presidente de uma Suprema Corte latino-americana recebeu *geys* e lésbicas para discutir direitos civis.
- 32 Ou seja, não tolerada pelo texto constitucional. A respeito, veja-se o item 1 de nossa análise.
- 33 No texto original, em lugar de “sexos diferentes”, o autor escreveu “mesmo sexo”, erro que, evidentemente, não comprometeu o sentido que quis dar ao trecho transcrito.
- 34 SUANNES, A. 2000: 32.
- 35 DIAS, M. 2000: 69.
- 36 DIAS, M. 2000: 70.
- 37 Sobre a teoria de Otto Bachof, pode-se transcrever a seguinte lição do Mestre Daniel Sarmiento: “Sustentou o professor germânico que existe uma hipótese em que a norma da Constituição pode afigurar-se inconstitucional: quando ela contrariar princípios transcendentais supralegais, acolhidos pela Constituição. Neste caso, competiria à Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade da norma constitucional em questão”. In: Daniel Sarmiento, *A ponderação de Interesses na Constituição*, 2000, p. 34.
- 38 BARROSO, L. 1998: 185.
- 39 Em uma verdadeira democracia, prevalece a vontade da maioria, mas as minorias têm seus direitos respeitados. Tal é a lição que tem sido repetida por diversas vozes balizadas.
- 40 SARMENTO, D. 2000: 59 e 60.
- 41 No original: “The freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men” (*Loving v. Virginia*, 1967). Trecho que pode ser encontrado em www.religioustolerance.org, que contém, ainda, farta informação atual sobre os direitos de homossexuais nos EUA.
- 42 FACHIN, Luiz Edson. “Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo”, In RT/Fasc. Civ. Ano 85, v.732, out.1996, p.49
- 43 DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual. O Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 51.
- 44 RODRIGUES, Silvio. “A União Estável” in *O Direito na Década de 90, Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais*, 1991.p 137
- 45 DIAS, Maria Berenice. 2000. p. 70.
- 46 DIAS, Maria Berenice. 2000. p. 51.
- 47 DIAS, Maria Berenice. 2000. p. 75 - 76
- 48 FACHIN, Luiz Edson. “Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo”, In RT/Fasc. Civ. Ano 85, v.732, out.1996, p.49-50

- 49 MONTEIRO, Washington de Barros. 1997. Vol.2 p . 42.
- 50 PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1995. v. 5.p. 15
- 51 cf. Projeto de Pesquisa: Diferença e dominação no discurso jurídico: O caso das identidades sexuais transgressoras.
- 52 DIAS, Maria Berenice; 2000:93.
- 53 Informações obtidas através do site da *International lesbian and gay association*: www.ilga.org.
- 54 Idem.
- 55 DIAS, Maria Berenice, Idem.
- 56 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Tipo da ação: Apelação Cível - Número do Processo: 1998.001.14979 - Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível - Relator: Des. Severiano Aragão - Apelante: Ministério Público - Apelado: M.C.G. - Data do Julgamento: 21/01/99
- 57 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Tipo da ação: Apelação Cível - Número do Processo: 1998.001.14332 - Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível - Relator: Des. Jorge de Miranda Magalhães - Apelante: Ministério Público - Apelado: J.L.P.M. - Data do Julgamento: 23/03/99 -Votação: Unâni me - EMENTA: ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER. ALEGAÇÃO DE SER HOMOSSEXUAL.O ADOTANTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
- 58 DIAS, Maria Berenice, 2000:96.
- 59 COIMBRA, J.R. Feijó; p. 09.
- 60 CF/88, Art.196.
- 61 Regulamento da Previdência Social, decreto n.º 3048, Art.3º.
- 62 GONÇALVES, Odonel Urbano; 1993: 31.
- 63 Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller, *Traité de Droit Civil, La famille*, Introduction, p.1, LGDJ, 1989, Paris; Apud. GLANZ, Semy (Idem).
- 64 GONÇALVES, Odonel Urbano, 1993:39.
- 65 COIMBRA, J.R. Feijó (Idem)
- 66 cf. RUBIN, Gayle “Thinking Sex: Notes for a Radical theory and politics of Sexuality” In: ABELOVE et. AL. (org), 1993:3-44)
- 67 para valermo-nos da expressão cunhada por Eva Gerstmann (1999).
- 68 cf. HABERMAS, J. “Struggles for Recognition” In: TAYLOR (ed), 1994:107 e ss
- 69 cf. HABERMAS, J. 1973:148
- 70 cf. BLASIUS, Mark. 1994:130 e ss

8 - Bibliografia

- ABELOVE, Henry, BARALE, Michèle Aina & HALPERIN, David. *The Lesbian and Gay Studies Reader*. New York: Routledge, 1993
- AGACISNSKI, Sylvie. *Politique des Sexes*. Paris: Seuil,1998
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000
- BARRETTO, Vicente (org.) *A Nova Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de Uma Dogmática Constitucional Transformadora*, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BISKUPIC, Joan. *Court Takes Cases on Abortion, Gays*. Washington Post, 15/01/2000.
- BLASIUS, Mark. *Gay and Lesbian Politics. Sexuality and the emergence of a new ethic*. Temple: Temple University Press, 1994
- CHAVES, Antônio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo*, 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- COIMBRA, J.R. Feijó; *Mil Perguntas de Direito Previdenciário*, Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas

- CONNELL, R.W. *Gender and Power. Society, the Person and Sexual Politics*. Stanford: Stanford University Press, 1987
- DAGNESE, Napoleão. *Cidadania no Armário. Uma abordagem Sócio-Jurídica acerca da Homossexualidade*. São Paulo: LTr, 2000
- DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual. O Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraia do Advogado Editora, 2000
- DINIZ, Maria Helena; *Curso de Direito Civil brasileiro, 5º Volume, Direito de Família*; 10ª ed.; 1995; ed. Saraiva; São Paulo
- FACCHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998
- FACHIN, Luiz Edson. "Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo", In RT/ Fasc. Civ. Ano 85, v.732, out.1996, p.47-54
- FAIRCLOUGH, Norman. *Discourse and Social Change*. London: Polity Press, 1992
- FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo:Saraiva, 1998.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. "A União Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo", in Revista de Direito Privado. Ano 02, p. 30-42.
- _____. "Família não-fundada no Casamento.", RT/ Fasc.Civ. Ano 89, v.771. jan.2000, p.51-76.
- _____. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: RT, 1998
- GERSTMANN, Evan *The Constitutional Underclass. Gays, Lesbians, and the Failure of Class-Based Equal Protection*. Chicago: University of Chicago Press, 1999
- GIDDENS, Anthony. *The Transformation of Intimacy. Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*. Stanford: Stanford University Press, 1992
- _____. *Modernity and Self-Identity. Self and Society in Late Modern Age*. London: Polity Press, 1991
- _____. *The Consequences of Modernity*. Stanford: Stanford University Press
- GLANZ, Semy, *Doutrina (Civil), União Estável*, RT 676; fevereiro de 1992
- GONÇALVES, Odonel Urbano; *Manual de Direito Previdenciário*; São Paulo; Ed.Atlas; 1993
- GRUEN, Lori & PANICHAS, George E. (ed.) *Sex, Morality and the Law*. New York: Routledge, 1997
- HABERMAS, Jürgen. *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Frankfurt: suhrkamp Verlag, 1973
- HAWKES, Gail. *A Sociology of Sex and Sexuality*. Buckingham, P.A: Open University Press, 1996
- HEILBORN, Maria Luiza (org.) *Sexualidade. O Olhar das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999
- JENKINS, Richard. *Social Identities*. London: Routledge, 1996
- KEEN, Lisa & GOLDBERG, Suzanne B. *Strangers to the Law. Gay People on Trial*. Ann Arbor/University of Michigan Press, 1998
- LORBER, Judith. *Paradoxes of Gender*. New Haven: Yale University Press, 1994
- LOYOLA, Maria Andréa (org.) *A Sexualidade nas Ciências Humanas*. Rio de Janeiro: Eduerj, 1998
- MAINGUENEAU, Dominique. *L'Analyse du Discours*. Paris: Hachette, 1991
- MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. *A construção jurídica das Relações de Gênero. O processo de codificação civil na implantação de uma ordem liberal-conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- MOTT, Luiz. *Estratégias para a Promoção de Direitos Humanos dos Homossexuais no Brasil, in Direitos Humanos no Século XXI*, 1998.
- OLIVEIRA, Aristeu de; *Manual Prático de Seguridade Social*; São Paulo; 2ª ed.; Ed.Atlas,1992.

PARSEVAL, Geneviève Delaisi de (dir.) *Les Sexes de l'Homme*. Paris: Seuil, 1985

PEREIRA, Caio Mário da Silva. "Desvios Sexuais", in Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. v.9.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. "Instituições do Direito Civil", Rio de Janeiro: Ed. Forense. 3ª edição, 1995. v. 5.

RAUPP, Roger Rios. "Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade", in Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, dez. 1998, nº 6, p. 21.

REIS, Dagma Paulino dos. "O Homossexualismo e a Discriminação no Direito e na Vida Social e Familiar", RJ 269 - mar/2000, p.14- 24.

RODRIGUES, Sílvio; *Direito Civil, vol.6, Direito de Família*, Saraiva

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996

SUANNES, Adauto. "As uniões homossexuais e a lei no 9.278/96", *Seleções Jurídicas*/28, out.-nov. 2000, p. 32.

SZANIAWSKI, Elimar *Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

TAYLOR, Charles (ed). *Multiculturalism*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

9- ANEXO

INSTRUÇÃO NORMATIVA N.º 25, DE 7 DE JUNHO DE 2000. (*)

Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: Ação Civil

Pública nº 2000.71.00.009347-0

A DIRETORIA COLEGIADA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em reunião extraordinária realizada no dia 07 de Junho de 2000, no uso da competência que lhe foi conferida pelo inciso III, do artigo 7º, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria n.º 6.247, de 28 de dezembro de 1999, e

CONSIDERANDO a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0;

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios, resolve:

Art. 1º - Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.

Art. 2º - A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, rege-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000.

Art. 3º - A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos: I - declaração de Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

II - disposições testamentárias;

III - declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);

IV - prova de mesmo domicílio;

V - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

VI - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

VII - conta bancária conjunta;

VIII - registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado;

IX - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

X - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XI - ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;

XII - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;

XIII - quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Art. 4º - Para a referida comprovação, os documentos enumerados nos incisos I, II, III e IX do artigo anterior, constituem, por si só, prova bastante e suficiente, devendo os demais serem considerados em conjunto de no mínimo três, corroborados, quando necessário, mediante Justificação Administrativa JA.

Art. 5º - A Diretoria de Benefícios e a DATAPREV estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa.

Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

CRÉSIO DE MATOS ROLIM Diretor-Pre-
sidente do INSS
PAULO ROBERTO T. FREITAS Diretor de
Administração
LUIZ ALBERTO LAZINHO Diretor de
Arrecadação
SEBASTIÃO FAUSTINO DE PAULA
Diretor de Benefícios

O Desafio das Identidades Sexuais Transgressoras à Ordem Jurídica

Geraldo Tadeu Moreira Monteiro

Palavras - chave: sexualidade- direitos -identidade

O discurso jurídico dominante sempre tratou a questão das identidades sexuais transgressoras (homossexuais, bissexuais e transexuais) como uma “ausência”, encontra-se hoje na defensiva diante de uma reivindicação que adquire cada vez mais legitimidade junto à ordem jurídica. Após situar a questão no atual contexto social, valendo-se de uma abordagem sócio-jurídica, o artigo focaliza o discurso jurídico em senso estrito, isto é, os determinantes internos da razão jurídica. Serão analisados os aspectos constitucionais, cíveis e previdenciários destacando os marcos da controvérsia jurídica em torno da possibilidade de inserção dos direitos de gays, lésbicas, bissexuais e transexuais na atual ordem jurídica brasileira. Veremos que, não obstante a resistência dos juristas conservadores, há uma crescente recepção: dos pontos de vista dessas identidades da sexualidade no Direito. Para terminar, serão traçadas algumas linhas de prospectiva para a questão dos direitos das identidades sexuais transgressoras.

The Challenge of the Transgressive Sexual Identities to the Law

Geraldo Tadeu Moreira Monteiro et alii

Keywords: sexuality - rights - identity

The dominant legal discourse that always dealt with the question of the transgressive sexual identities (homosexuals, bisexuals and transsexuals) as an “absence”, is currently in the defensive in face of a claim that acquires each day more legitimacy to the jurisprudence. After having put the question within its current social context, employing a socio-legal approach, the article focuses the legal discourse in its strict sense, that is, the internal determinants of the legal reason. The authors analyze constitutional, civil and social security matters, highlighting the marks of the legal controversy about the possibility of inscribing the rights of gays, lesbians, bisexuals and transsexuals into the Brazilian legal order. We can see that, notwithstanding the resistance of conservative jurists there is a growing To finish, some lines of prospect are demand a civilian-constitutional interpretation of the question of the sexuality in the Brazilian jurisprudence. are drawn for the question of the transgressive sexual identities’s rights in the years to come.