

BRASIL: HOMOSSEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS (III, VI)

Wellington Soares da Costa

Instituto Nacional do Seguro Social INSS, Brasil

III

LEI Nº 8.112/1990 E PENSÃO PARA COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL

Resumo: O objetivo deste estudo é analisar a concessão de pensão para companheiro homossexual de servidor público regido pela Lei nº 8.112/1990. Pelo fato de não se pautar em dados estatísticos, mas na interpretação do Direito Brasileiro, a presente pesquisa é qualitativa e nela são utilizados dois procedimentos técnicos: pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. A conclusão é que o dispositivo legal pertinente ao tema é materialmente constitucional e deve ser interpretado conforme a Constituição e que, desde que comprovada a união estável, a Administração Pública deve conceder a pensão.

Palavras chave: *Lei nº 8.112/1990, pensão, companheiro homossexual, dignidade da pessoa humana, igualdade, analogia*

Abstract: The objective of this study is to analyze the granting of pension for homosexual partner of a public servant governed by Law No. 8112/1990. Because it is not guided by statistics, but the interpretation of Brazilian law, the present research is qualitative and it used two technical procedures: literature search and information retrieval. The conclusion is that the legal provisions relevant to the subject material is constitutional and should be interpreted according to the Constitution and that since proven stable, the Government must grant the pension.

Keywords: *Law No. 8112/1990, pension, homosexual partner, dignity of human person, equality, analogy*

IV

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS: POSSIBILIDADE JURÍDICA FACE AOS PRINCÍPIOS INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Resumo: Este artigo, fruto de reflexões baseadas também no atual conhecimento científico nos campos da Psicologia e da Antropologia, aborda a possibilidade jurídica de adoção pelos casais formados por pessoas do mesmo sexo biológico, considerados prioritariamente, dada a sua relevância no Direito pátrio e, em especial, na Constituição da República de 1988, os inafastáveis princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade tanto formal quanto material. Esses princípios fundamentam de forma inapelável aquela possibilidade e implicam a cidadania não apenas para os heterossexuais, mas também para os sujeitos de direito cuja orientação afetivo-sexual é diferente da apresentada pela maioria dos indivíduos. Tal adoção, além de respeitar a Magna Carta de 1988, consubstancia benefício imediato para crianças e adolescentes que, como quaisquer outros, têm o direito a um lar verdadeiro e à felicidade.

Palavras chave: *adoção, homossexualidade, dignidade, igualdade, cidadania*

Adoption by homosexual couples: legal possibility against the principles sculptured in the constitution of the republic of 1988

Abstract: This article, the result of reflections is also based on current scientific knowledge in fields of psychology and anthropology, discusses the possibility of legal adoption by couples formed by people the same sex biological, considering priority, given its relevance in paternal law and, especially, in the constitution of the republic of 1988, the don't departs principles of

human dignity and equality of both formal and material. These principles based so unappealing possibility that the citizenry and involve not only for heterosexuals, but also by individuals whose sexual orientation is different affective-presented by the majority of individuals. This adoption, beyond the respect the letter the contitution of the republic of 1988, constitutes the immediate benefit to children and teenagers who, like any other, have the right to a true home and happiness.

Keywords: *adoption, homosexuality, dignity, equal, citizenship*

III

LEI Nº 8.112/1990 E PENSÃO PARA COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL¹

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2. IGUALDADE DE TRATAMENTO JURÍDICO PARA HETEROSSEXUAIS E HOMOSSEXUAIS

3. ANALOGIA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOSSEXUAIS COM AS UNIÕES ESTÁVEIS HETEROSSEXUAIS

4 ESTADO DE DIREITO E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

4.1 Memórias Constitucionais e Sua Função para o Estudo do Direito Constitucional

4.2 Papel da Constituição para o Processo de Criação e Desenvolvimento do Ordenamento Jurídico

4.3 Métodos e Princípios de Interpretação das Normas Constitucionais

5. Lei nº 8.112/1990: requisitos materiais de constitucionalidade e interpretação conforme a Constituição Cidadã de 1988

5.1 Lei nº 8.112/1990 e Prognose Legislativa

5.2 Lei nº 8.112/1990 e Inconstitucionalidade Superveniente

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Embora sejam duradouras, públicas e contínuas e tenham como fim a constituição de família, características próprias da união estável heterossexual,

¹ Resumo da Monografia apresentada à Universidade Gama Filho como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

segundo o Art. 1º da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, e o caput do Art. 1.723 do atual Código Civil, as uniões estáveis homossexuais não são reconhecidas como núcleos familiares pela maioria dos magistrados.

Todavia, há julgados que reconhecem a analogia das uniões estáveis homossexuais com as uniões estáveis heterossexuais, considerando-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como os direitos fundamentais.

Por outro lado, a concessão de pensão a companheiro homossexual de servidor público regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, constitui um tema mais complexo, haja vista o princípio da legalidade estrita na Administração Pública.

Em sendo considerado que o estudo sobre a realidade sócio-jurídica das uniões estáveis homossexuais é inovador no âmbito do Direito Administrativo, entende-se que a pesquisa ora divulgada apresenta relevância para o Direito pátrio, notadamente para gays e lésbicas, cidadãos que, tal como os heterossexuais, titularizam direitos e obrigações.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um dos maiores princípios constitucionais, haja vista ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Enquanto qualidade inerente ao homem, a dignidade da pessoa humana se caracteriza pela intangibilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade, razão pela qual funciona como limite à atuação do Estado.

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana também constitui tarefa que incumbe à entidade estatal, pois deve ser preservada e promovida.

Assim, a dignidade da pessoa humana há de ser observada ininterruptamente pelo Estado em suas funções legislativa, executiva e judiciária, como ainda deve ser respeitada pela sociedade em geral.

Nessa linha de raciocínio, Sarlet (2004) discorre sobre o princípio da proibição de retrocesso, segundo o qual quaisquer supressões e restrições de direitos não de ser tidas como inconstitucionais, caso firam o núcleo essencial da dignidade.

A dignidade necessariamente protege a orientação sexual, pois inseparável do ser humano é a sexualidade². Tal argumento deve ser levado em

² Segundo a Associação Mundial para a Saúde Sexual (WAS), “Sexualidade é uma parte integral da personalidade de todo ser humano. O desenvolvimento total depende da satisfação de necessidades humanas básicas tais quais desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor. Sexualidade é construída através da interação entre o indivíduo e as estruturas sociais. O total desenvolvimento da sexualidade é essencial para o bem estar individual, interpessoal e social. [...] Saúde sexual é o resultado de um

consideração, quando o assunto discutido são as uniões estáveis homossexuais.

2. IGUALDADE DE TRATAMENTO JURÍDICO PARA HETEROSSEXUAIS E HOMOSSEXUAIS

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito [...] à igualdade [...]” é o que reza o caput do Art. 5º da Constituição da República de 1988. O princípio da igualdade, em sua versão original, significa que, face à lei, o aplicador do Direito deve tratar sem discriminações todos os sujeitos abrangidos abstratamente pela lei. Isso corresponde à igualdade formal.

No entanto, o princípio da igualdade, tal como herdado das Revoluções Americana e Francesa, mostra-se, por si, incapaz de garantir a verdadeira igualdade entre as pessoas no mundo hodierno, dada a materialidade desigual de oportunidades e condições de vida para os indivíduos. Por isso, a sociedade clama pela igualdade na lei, isto é, para que o legislador, na elaboração da lei, opte por normas que, sem discriminações desarrazoadas³, regulem de forma igualitária situações fáticas idênticas, ou seja, fatos elevados à categoria jurídica por apresentarem o mesmo fulcro ensejador das reivindicações sociais.

Fala-se, portanto, em igualdade formal (igualdade perante a lei) e igualdade material (igualdade na lei), ambas proclamadas pela Carta Política de 1988.

A igualdade material deve considerar “também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana, como é o caso da discriminação

ambiente que reconhece, respeita e exercita estes direitos sexuais”, dentre os quais o direito à igualdade sexual, que significa “Liberdade de todas as formas de discriminação, independentemente do sexo, gênero, **orientação sexual**, idade, raça, classe social, religião, deficiências mentais ou físicas” [grifo nosso]. Por sua vez, a Organização Mundial de Saúde apud WAS assevera: “Sexual health is a state of physical, emotional, mental and social well-being related to sexuality; it is not merely the absence of disease, dysfunction or infirmity. Sexual health requires a positive and respectful approach to sexuality and sexual relationships, as well as the possibility of having pleasurable and safe sexual experiences, **free of coercion, discrimination and violence**. For sexual health to be attained and maintained, the sexual rights of all persons must be respected, protected and fulfilled” [grifo nosso].

³ Conforme a exposição de Mello (2004, p. 21-22): “[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.” Quanto ao critério discriminatório, Mello (2004, p. 17-18) também esclarece: “[...] o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como *ratio* fundamentadora de discrimen. O art. 5º, *caput*, ao exemplificar com as hipóteses referidas, apenas pretendeu encarecê-las como insuscetíveis de serem, *só por só*, uma discriminação. Vale dizer: recolheu na realidade social elementos que reputou serem possíveis fontes de desequiparações odiosas e explicitou a impossibilidade de virem a ser destarte utilizados”.

[preconceito] [...] evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade” (GOMES e SILVA, 2003, p. 88).

A observação anterior é marcante no que guarda referência ao tratamento social dado à homossexualidade, tema para o qual são imprescindíveis as contribuições da Antropologia⁴.

⁴ A propósito, lapidar é o esclarecimento feito por Mott (2003, p. 36-41): “É perfeitamente possível datar a origem e explicar o *background* do preconceito anti-homossexual, cristalizado com um dos mitos mais significativos da cultura ocidental, e que permanece ainda hoje como o maior tabu do mundo moderno. Sua gênese teve lugar por volta de quatro mil anos passados, na Caldéia, quando um velho pastor, Abraão, divulga junto a sua parentela e vizinhança certas revelações que assegurava ter recebido do próprio Deus, escolhendo-o como fundador de um povo predestinado. Elabora-se então, nesse momento, um projeto civilizatório que vai se tornar o mito fundador não só do povo judeu, como da própria história genealógica das três principais religiões do mundo moderno: judaísmo, cristianismo e islamismo. [...] Cercados por nações antigas, superpopulosas e poderosas – assírios, babilônios, caldeus, hititas, egípcios – os hebreus, este pequenino bando de pastores nômades, não tinham outro caminho para atingir seu ambicioso projeto civilizatório: gerar filhos, fazer muitos filhos, engravidando ao máximo suas mulheres e escravas [...] Destarte, o exercício da sexualidade passou a ter apenas um objetivo: povoar de estrelas-humanas as areias do deserto, procriar novos guerreiros capazes de enfrentar os violentos inimigos, esses, sempre desejosos de curvar o orgulho daquela pequenina tribo de pastores endogâmicos [...] Assim sendo, cada gota de esperma desperdiçado passou a constituir verdadeiro crime de lesa-nacionalidade, pois todo sêmen deveria ser depositado no único receptáculo capaz de reproduzir um novo ser humano: o “vaso natural” da mulher. Daí o Levítico condenar à pena de morte os que praticassem a masturbação, o coito interrompido [...] a homossexualidade. [...] Para nossos ancestrais judeus e, posteriormente, em toda a cristandade, o preconceito homofóbico tinha como justificativa inconsciente não apenas o desperdício do sêmen, visto como uma espécie de controle perverso da natalidade, mas temia-se, mais que a peste, a ameaça desestabilizadora representada pelos amantes do mesmo sexo, na medida em que importantes costumes tradicionais eram colocados em xeque pelo revolucionário estilo de vida dos sodomitas: *o sexo prazer desvinculado da procriação, a tentação da androginia e da unissexualidade, o questionamento da naturalidade da divisão sexual do trabalho e dos papéis de gênero*. Num mundo de extrema violência como era o cenário bíblico na Antigüidade [...] aquele bando de pastores nômades desenvolveu códigos de sociabilidade e papéis sociais fortemente hierarquizados e rudes, pois a segurança e a sobrevivência das mulheres, crianças, dos anciãos e rebanho, dependiam vitalmente da força física individual e coletiva dos machos adultos. Tornou-se crucial o fortalecimento e dureza do papel de gênero masculino, a rígida divisão sexual, de um lado o mundo do super-homens, ligado às armas, à guerra, ao enfrentamento do mundo hostil; do outro, o mundo feminino, submisso, doméstico, voltado para a prole, recluso. [eis a origem da falocracia, misoginia e homofobia] [...] Mais que o travestismo, o maior perigo representado pelo homoerotismo sempre foi o questionamento da naturalidade dos papéis de gênero atribuídos aos dois sexos. Um homem que abdica do privilégio de ser guerreiro, ou mesmo de servir como sacerdote no altar do Deus dos Exércitos, optando por tarefas e ocupações inferiores identificadas com o universo feminino, provoca uma crise estrutural de proporções imprevisíveis, pois tal novidade poderia se tornar prevalente, ameaçando gravemente a perpetuidade deste povo e segurança nacional. Muitos gays, em incontáveis sociedades, distinguem-se dos demais machos exatamente por esse hibridismo comportamental e ocupacional, quando não pela inversão total de papéis e tarefas socioeconômicas, novidade performática que põe em risco e revoluciona a tradicional divisão sexual do trabalho. [...] No imaginário dos judeus, homossexuais seriam sempre efeminados, fracos, guerreiros débeis, daí serem indesejados e perseguidos numa cultura tão marcada e dependente do militarismo. Com a expansão da moral e dos preconceitos judaico-cristãos pelo Ocidente, durante boa parte da Idade Média e particularmente na Península Ibérica a partir dos Tempos Modernos, o amor entre pessoas do mesmo sexo foi violentamente reprimido devido a seu caráter eminentemente revolucionário e desestabilizador de significativos princípios e regras sociais considerados basilares para nossos ancestrais. Com a conquista do Novo

Por outro lado, não há explicação psicanalítica satisfatória para a homossexualidade e a heterossexualidade. Não pode, pois, o atual estágio científico, no campo da Psicanálise, falar em normalidade sexual (DESPRATS-PÉQUIGNOT, 1994, p. 96).

Para Freud e Canguilhem apud Desprats-Péquignot (1994, p. 22), “a definição da anormalidade explica-se, antes de mais nada, por uma norma que não é natural, mas produzida pelos homens”.

A sociedade define como paradigma a heterossexualidade, vendo-a como a única e exclusiva manifestação sexual e afetiva normal. A sociedade define quem é normal e quem é anormal. A (a)normalidade é criação social, vale dizer, não é real, mas ideologicamente criada e a serviço de um grupo, que necessariamente repele os assim “excluídos”.

Também relevante é a contribuição da Psicologia para o estudo jurídico das uniões afetivo-sexuais estáveis de pessoas do mesmo sexo biológico. De conformidade ao Conselho Federal de Psicologia, que sobre a homossexualidade emite parecer técnico-científico através da Resolução nº 001, de 22 de março de 1999, “a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão” (4º Considerando).

Constata-se, enfim, que a homossexualidade é um produto sócio-cultural, ou seja, uma criação da sociedade devido à cultura que lhe é própria.

Se se exige a igualdade formal, razão maior está no imperativo de se realizar efetivamente a igualdade material, sabendo-se que ainda reinam na contemporaneidade o preconceito, a discriminação direta e indireta, o heterossexismo, a homofobia, a violência institucionalizada, a violência velada.

No caso da homossexualidade, não há razão suficiente para dispensar-lhe tratamento indigno e formalmente/materialmente desigualitário. Corroboram esse pensamento as contribuições científicas atuais, sendo relevantes as que provêm da Antropologia, Medicina e Psicologia.

Do exposto sobre o princípio da igualdade, fica claro que esse é mais um dos princípios constitucionais na fundamentação da analogia entre as uniões estáveis homossexuais e as uniões estáveis reguladas pela Lei nº 9.278/96 e pelo Art. 1.723 do Código Civil de 2002, o que já começa a despontar na doutrina e em julgados nacionais.

3. ANALOGIA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOSSEXUAIS COM AS UNIÕES ESTÁVEIS HETEROSSEXUAIS

Mundo, a mesma fobia e perseguição à homossexualidade se enraízam na sociedade brasileira, de tal sorte que podemos traçar uma relação visceral da homofobia contemporânea com o projeto civilizatório do macho português no contexto do Brasil escravista. Novamente aqui, é a etno-história que nos fornece a melhor pista para estabelecer a relação entre o tabu da homossexualidade e seu componente revolucionário.”

Analogia é um dos institutos jurídicos utilizados na colmatação legal, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que reza no Art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

A analogia requer semelhança essencial entre as hipóteses A e B. Daí falar-se que o fundamento da analogia é o princípio da igualdade.

No que pertine ao tema estudado no presente Ensaio, a semelhança essencial é o afeto, que caracteriza os relacionamentos regulados pelo Direito de Família e não está presente no fulcro das relações de cunho econômico-financeiro, normatizadas estas pelo Direito das Obrigações por se tratar de sociedades de fato.

Como não há no ordenamento jurídico pátrio, até o momento, uma norma que se aproxima ainda mais da regulação que a união estável homossexual requer e, ainda, como não há semelhança entre esta e a sociedade de fato, contudo com a união estável regulada pela Lei nº 9.278/96 e pelo Código Civil de 2002, deve ser aplicada a analogia das uniões estáveis homossexuais com as uniões estáveis de que trata a referida lei. Tal analogia é a solução autorizada pela legislação atual, conforme o Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e o Art. 126 do Código de Processo Civil.

4. ESTADO DE DIREITO E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Com a Revolução Inglesa no final do século XVII, começa a surgir o Estado de Direito. Tem início a primazia da lei, norma que se impõe coercitivamente com o respaldo estatal⁵.

A lei se torna o centro gravitacional do Direito. Sua grande importância faz com que, nesse momento, lei e Direito sejam considerados sinônimos, o que enseja a presença do positivismo jurídico como doutrina necessária à consolidação do novo Estado.

Todavia, os fatos sociais se tornam cada vez mais complexos e levam à

⁵ “A doutrina coercitiva do direito, também denominada teoria da coação, é uma das defesas feitas pelos juspositivistas, proclamando que a coação ou coerção é elemento intrínseco ao Direito, portanto, dele sendo inafastável por integrar a sua essência. Cabe ao Estado o desiderato de deter a força constante de direcionamento das condutas humanas neste ou naquele sentido, de maneira exclusiva, através do jurídico, pois a justiça privada, com a formação da entidade estatal, é substituída pela justiça do Estado, não podendo mais os homens fazer justiça com as próprias mãos, mas por intermédio da organização estatal [...] Tal concepção surgiu com o Estado de Direito, e, segundo os positivistas, a força de que se fala mostra-se não em potencialidade, porém, presente de forma ininterrupta, isto é, o Direito não se utiliza da coerção apenas nas hipóteses de descumprimento do ordenamento jurídico, seja efetivo ou iminente tal descumprimento, contudo, lança mão da coercitividade em todo o período de vigência desse ordenamento, evitando, na medida do possível, até mesmo a infração potencial dos dispositivos legais, ou seja, os indivíduos são forçados à observação da lei, ao cumprimento dos mandamentos legais, face à penalização existente para os casos de inobservância do jurídico.” (COSTA, 2005, p. 41-42).

evolução das concepções acerca do Estado de Direito. A lei⁶ deixa de ser compreendida como sinônimo de Direito e passa a ser interpretada e aplicada em conformidade com os ditames constitucionais, ou seja, segundo a Lei das Leis: a Constituição do Estado.

Passa a vigor o pós-positivismo⁷ e a supremacia da Constituição se alça à categoria de princípio inabalável do Estado de Direito. Assim sendo, quaisquer leis e atos normativos devem ser elaborados, interpretados e aplicados segundo o disposto na Constituição, destacando-se os princípios constitucionais.

4.1 Memórias Constitucionais e Sua Função para o Estudo do Direito Constitucional

A assertiva segundo a qual existe neutralidade⁸ no Direito não corresponde à verdade. Da mesma forma, quando se pretende interpretar e aplicar as normas jurídicas, não há que se falar em neutralidade.

Toda e qualquer interpretação apresenta valorações⁹. Por outro lado, as ideologias¹⁰ constituem elemento intrínseco aos indivíduos, sem exceções.

Ademais, a interpretação implica a existência de conhecimentos prévios do intérprete, os quais funcionam como a base com que se (re)constrói o conhecimento. Pode-se acrescentar que isso vem ao encontro do que se afirma no parágrafo anterior, ou seja, antes de iniciar a interpretação de uma norma jurídica, o intérprete já dispõe de um cabedal de conceitos e valores que, afinal, constituem o alicerce com o qual se torna possível a (re)construção do conhecimento. No mesmo sentido, cita-se An-Na'im (2000, p. 41), segundo o qual "toda pessoa sempre interpreta [...] em termos de seu conhecimento e experiência de mundo".

Eis a razão para se falar em "memórias constitucionais" e "pré-compreensão" (COELHO, 2001, p. 5), vale dizer, o conjunto prévio de conhecimentos, valorações e vivências do intérprete que lhe permitem proceder à interpretação de uma norma jurídico-constitucional e do Direito em sua generalidade.

⁶ "mito de la seguridad y la certeza" (GORRÁIZ, 1999), "ilusão da segurança jurídica" (KELSEN, 1998, p. 366).

⁷ "3. O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro." (BARROSO, 2001, p. 31-32).

⁸ Consoante Demo (1988, p. 12), "se neutralidade existisse, ela somente seria possível nos instrumentos, que, em si, servem para qualquer coisa, tendo em vista que sua qualidade é estritamente dos meios, não dos fins".

⁹ Conforme Reale (1998, p. 85), "[...] A todo instante ele [o intérprete/aplicador do Direito] ordena normativamente fatos segundo valores, ou correlaciona valores a fatos segundo normas, o que significa que não pode dispensar o prisma do valor, na apreciação dos fatos sociais abrangidos por normas jurídicas".

¹⁰ Chauí (1980, p. 18) alude às representatividades, ou seja, aos "campos de significação variados no tempo e no espaço, dependentes de nossa sociedade, de nossa classe social, de nossa posição na divisão social do trabalho, dos investimentos simbólicos que cada cultura imprime a si mesma através das coisas e dos homens".

A existência dessas memórias antecedentes à interpretação é que contribuem decisivamente para a evolução do Direito, pois elas podem ensejar interpretações diversificadas dos fatos sociais e das normas jurídicas. Assim é que surgem julgados vanguardistas¹¹ e doutrinas que trazem entendimentos novos acerca da mesma realidade sócio-jurídica. Com isso, o Direito se modifica, embora a literalidade das normas positivadas continue a mesma.

A partir de tais considerações, dá-se continuidade, no presente trabalho monográfico, ao estudo da concessão de pensão a companheiro homossexual de servidor público regido pela Lei nº 8.112/1990.

4.2 Papel da Constituição para o Processo de Criação e Desenvolvimento do Ordenamento Jurídico

Conforme registrado no presente capítulo, inicia-se, com o surgimento do Estado de Direito, a primazia da lei enquanto norma imposta pelo Estado. A lei se torna o sinônimo do Direito, segundo a doutrina dominante: o positivismo jurídico.

A complexidade da vida social, entretanto, possibilita a revisão das ideologias atinentes ao Direito e, por conseguinte, a evolução do próprio Direito. Com isso, reconhece-se a natural preponderância da Constituição, a lei das leis, e consolida-se o entendimento segundo o qual a lei, por si, não representa todo o Direito e acima dela encontra-se a Constituição, cujos dispositivos norteiam a elaboração, a interpretação e a aplicação das leis e dos atos normativos em geral.

O positivismo jurídico é revisitado e surge o pós-positivismo, que realça a supremacia da Constituição enquanto princípio relevantíssimo do Estado de Direito. A partir disso, assenta-se o entendimento de que as leis e os atos normativos devem ser elaborados, interpretados e aplicados consoante o disposto na Constituição, que é a Lei Maior de um Estado e que, por tal razão, cria e desenvolve o ordenamento jurídico.

Com a promulgação e a publicação da Carta Política, o ordenamento jurídico é (re)criado e, mais que isso, desenvolve-se a partir dos princípios e das demais normas constitucionais.

Com a (re)inauguração do ordenamento jurídico através da Carta Política, impõe-se a elaboração, a interpretação e a aplicação das leis e dos outros atos normativos em conformidade com os novos dispositivos constitucionais, porque a Constituição é a Lei Maior do Estado e disso decorre o princípio da sua supremacia.

Permanecem as leis compatíveis com os princípios e as demais normas constitucionais (leis recepcionadas). O mesmo não ocorre com as leis

¹¹ Exemplo são os julgados históricos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quanto às uniões afetivo-sexuais duradouras, públicas e contínuas de pessoas do mesmo sexo biológico. Trata-se dos julgados citados neste Ensaio.

contrárias à Constituição (leis não recepcionadas). Busca-se, pois, manter o ordenamento jurídico segundo a sua Lei Maior, tanto que se prevê o controle de constitucionalidade formal e material das leis e dos atos normativos genericamente considerados, de forma que as disparidades de posituação, interpretação e aplicação do Direito, quanto à Magna Carta, não tenham guarida.

Os fatos sociais doravante surgidos devem ser interpretados e normatizados segundo os dispositivos constitucionais, destacando-se os princípios existentes na Constituição, quer sejam os princípios expressos, quer sejam os princípios implícitos, que decorrem dos primeiros. A Magna Carta, assim, também contribui decisivamente para a posituação do Direito, isto é, enseja a (re)criação do ordenamento jurídico e, por conseguinte, a sua evolução com vistas ao atendimento das velhas e novas demandas sociais.

A inexistência de normatização legal em face de determinados fatos sociais, v. g., pode ser superada através da (re)interpretação e da aplicação do ordenamento jurídico à luz dos dispositivos constitucionais. Exemplo marcante são as uniões estáveis homossexuais, que têm sido corretamente analisadas por alguns julgados, destacando-se os oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segundo os quais essas uniões, tal como ocorre com as uniões estáveis heterossexuais, caracterizam-se precipuamente pelo afeto, o que determina a aplicação do Direito de Família.

Assim é que a Constituição enseja a criação e o desenvolvimento do Direito, seja recepcionando determinadas leis e certos atos normativos, seja impondo específicas elaborações, (re)interpretações e aplicações de ambos, notadamente perante os fatos sociais aparentemente ao desamparo jurídico.

4.3 Métodos e Princípios de Interpretação das Normas Constitucionais

A relevantíssima importância da Constituição implica a grande responsabilidade de seus intérpretes, motivo pelo qual sempre é salutar discutir a interpretação das normas constitucionais.

Devido à complexidade da hermenêutica, destaca-se a vantagem de existirem vários métodos e princípios de interpretação das normas constitucionais.

Seis métodos de interpretação constitucional podem ser relacionados:

a) método jurídico ou hermenêutico-clássico – a Constituição, pelo fato de ser uma lei em sentido amplo, há de ser interpretada tal como se interpretam as leis infraconstitucionais, observando-se, pois, os aspectos que estão presentes nos atos legislativos e que dão origem às conhecidas modalidades de interpretação: genético, filológico, lógico, histórico e teleológico;

b) método tópico-problemático¹² – os princípios e as normas constitucionais,

¹² Perante determinado caso concreto, procede-se à interpretação da norma jurídica sob vários pontos de vista, de forma a se chegar o mais completa e objetivamente possível ao sentido e alcance dessa norma, que deve se adaptar àquele caso.

dado o seu grau de indeterminação (abertura de significados), possibilitam inúmeras interpretações, cuja validade se encontra no argumento por elas apresentado, ou seja, o poder argumentativo de que se constitui determinada interpretação pode ou não levá-la a prevalecer perante outras interpretações, uma vez que vence o melhor argumento;

c) método hermenêutico-concretizador – a interpretação se inicia com os conhecimentos de que dispõe o intérprete, a fim de que a norma se concretize em face de determinada situação concreta; a interpretação da norma começa com os conhecimentos prévios do intérprete;

d) método científico-espiritual – a Constituição transcende o sentido formal pelo fato de apresentar denotações políticas e sociológicas, o que torna flexível a sua interpretação comparativamente à interpretação das leis infraconstitucionais;

f) método normativo-estruturante – as normas constitucionais não se apartam da realidade à qual elas se aplicam;

g) método da comparação constitucional – as Constituições de dois ou mais Estados são comparadas entre si.

Para se obter o melhor resultado da interpretação, esses métodos devem ser utilizados conjuntamente, uma vez que nenhum deles é completo.

Além dos métodos mencionados, alude-se aos princípios de interpretação constitucional, os quais podem ser assim resumidos:

a) princípio da unidade da Constituição – a norma constitucional não deve ser interpretada isoladamente, mas em relação à totalidade das normas constitucionais, porque estas formam uma unidade: a Lei Maior;

b) princípio da concordância prática ou da harmonização – à luz do caso concreto, nenhuma norma constitucional deve prevalecer à custa da negação das demais normas constitucionais;

c) princípio da correção funcional – a repartição de competências, constante na Constituição, deve ser observada;

d) princípio da eficácia integradora – a integração sociopolítica deve ser mantida;

e) princípio da força normativa da Constituição – deve-se garantir a normatividade da Constituição;

f) princípio da máxima efetividade – o conteúdo da norma deve ser mantido e, concomitantemente, o mais alto grau de efetividade há que ser dado à norma constitucional;

g) princípio da proporcionalidade ou razoabilidade – as normas devem ser

necessária e adequadamente sopesadas;

h) princípio da interpretação conforme a Constituição – deve-se optar pelas interpretações que demonstrem a constitucionalidade da norma e, dentre essas, pela que seja mais consentânea com a Constituição.

Neste Ensaio, interpretam-se a Constituição e a Lei nº 8.112/1990 especialmente sob os métodos hermenêutico-clássico e hermenêutico-concretizador e, ainda, com destaque para os princípios da unidade constitucional, da concordância prática e da interpretação conforme a Constituição.

5. Lei nº 8.112/1990: requisitos materiais de constitucionalidade e interpretação conforme a Constituição Cidadã de 1988

As leis devem ser consentâneas com a Carta Política, haja vista o princípio da supremacia da Constituição, motivo pelo qual o ordenamento jurídico prevê o controle de constitucionalidade.

Atos normativos também se sujeitam a esse controle, que não é exclusivo das leis.

A inconstitucionalidade pode ser por ação ou omissão, bem como originária ou superveniente.

Na inconstitucionalidade por ação, a norma legal ou o ato normativo infringe os princípios constitucionais. Por outro lado, na inconstitucionalidade por omissão, a falta de norma legal ou ato normativo infringe os dispositivos constitucionais, quando estes determinam a atuação do Poder Público.

A inconstitucionalidade é dita originária, quando a lei ou o ato normativo já nasce em confronto com as normas constitucionais. Por sua vez, a inconstitucionalidade é classificada como superveniente, quando a lei ou o ato normativo nasce constitucional, porém se torna inconstitucional devido a seu confronto com uma posterior Emenda à Constituição ou uma posterior interpretação da Carta Política em face da realidade social.

Quanto à concessão de pensão para companheiro homossexual de servidor público regido pela Lei nº 8.112/1990, não há que se falar em inconstitucionalidade por omissão, uma vez que existe norma legal acerca dessa matéria, qual seja, a referida lei em seu Art. 217, inciso I, alínea “c”, dispositivo segundo o qual “o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar” é beneficiário da pensão vitalícia.

Há possibilidade de a Lei nº 8.112/1990 ser considerada inconstitucional sob as classificações “por ação” e “originária”, desde que se entenda que, respectivamente, essa lei infringe a dignidade da pessoa humana e a igualdade como princípios jurídicos de estatura constitucional e o faz desde a sua origem.

Vale dizer que a mencionada lei, sob o enfoque dessa possibilidade, nasce eivada de inconstitucionalidade por infringência a esses princípios da Constituição Cidadã de 1988.

Outra análise que pode ser feita acerca da Lei nº 8.112/1990 conclui por sua constitucionalidade, pois utiliza o enfoque da interpretação conforme a Magna Carta de 1988. Assim, a lei não fica sujeita à exclusão do ordenamento jurídico pelo controle concentrado de constitucionalidade, nem se sujeita à falta de aplicação aos casos concretos pelo controle difuso de constitucionalidade. Essa é a conclusão do autor do presente Ensaio, isto é, entende-se que a lei não é inconstitucional, porque a citada lei:

- faz referência irrestrita às uniões estáveis, sem especificar as uniões heterossexuais e sem excluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo biológico, o que implica o devido respeito ao princípio constitucional da igualdade, sem quaisquer diferenças de tratamento para com as várias configurações sociais das famílias hodiernas;

- atende aos fins constitucionais pertinentes à concessão de pensão, que é garantir os meios indispensáveis de subsistência a companheiro em união estável, o que significa a devida proteção à família, que é a base da sociedade (Carta Política de 1988, Art. 226, caput) e, atualmente, não se restringe à família heterossexual formada por pai, mãe e filhos.

A Lei nº 8.112/1990 prestigia, pois, a interpretação conforme a Constituição de 1988, em face da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, e da igualdade, um dos principais princípios do Direito pátrio.

A constitucionalidade da Lei nº 8.112/1990 deve ser analisada, ainda, a partir de considerações atinentes à prognose legislativa e à inconstitucionalidade superveniente.

5.1 Lei nº 8.112/1990 e Prognose Legislativa

O controle de constitucionalidade das leis tem sido objeto de estudos científicos contemporâneos, haja vista o que se denomina “prognose legislativa”.

Com a teoria tridimensional do Direito, constata-se que este é formado por fato, valor e norma. Em assim sendo, os fatos sociais que ensejam o surgimento das leis devem ser necessariamente considerados quando da interpretação e aplicação do Direito, bem como quando se procura averiguar se as leis estão revestidas de constitucionalidade. Eis em que consiste o tema ora proposto, que também requer a reinterpretação do Direito em face das novas demandas sociais.

Embora a metodologia clássica de controle de constitucionalidade não leve em conta a chamada prognose legislativa, esta há de ser analisada, dada a sua inquestionável importância enquanto elemento a ser observado na interpretação e aplicação do Direito. Com isso, o processo hermenêutico se

mostra mais completo e, portanto, mais apto a desvendar o sentido e o alcance verdadeiros da lei sob análise, inclusive em razão do uso do método tópico e da razoável dilação probatória, sempre com vistas à maior compreensão dos fatos sociais passados, presentes e futuros.

Quando se fala em prognose legislativa, faz-se referência aos fatos históricos, atuais e futuros sob os quais deve ser vista a lei que é objeto de controle de constitucionalidade, de forma que os diversos métodos de interpretação jurídica estejam presentes e garantam o maior grau possível de colmatação das lacunas da lei. Assim é que as interpretações histórica, sociológica e sistêmica se mostram indispensáveis e complementares entre si, possibilitando que a incompletude inerente ao Direito não seja razão para o silêncio do Poder Público em face das demandas judiciais.¹³

Os fatos históricos propiciam o estudo das várias circunstâncias que ensejam a criação das leis e a evolução do Direito. Por sua vez, os fatos atuais propiciam a reinterpretção do ordenamento jurídico e a sua aplicação consoante as novas nuances da realidade, ao passo que os fatos futuros, previstos a partir da análise da herança histórica e do presente, originam a propositura de projetos de lei para fazer face às demandas sociais emergentes.

No controle de constitucionalidade, por conseguinte, não se pode fazer tábula rasa de tais considerações, visto que o pleno atendimento das necessidades sociais, através do Direito, constitui tarefa inadiável do Estado.

Assim é que se afirma ser imperioso o controle de constitucionalidade das leis, ainda que determinada prognose legislativa não se concretize no mundo fático, pois o Direito deve, na medida do possível, antecipar-se ao acirramento das referidas necessidades sociais, a fim de bem instrumentalizar o Poder Público com vistas ao cumprimento das finalidades estatais.

Para a efetivação do controle de constitucionalidade sob o aspecto da

¹³ Sobre a incompletude do ordenamento jurídico, assim se expressa Costa (2001): “A completude do ordenamento jurídico, defendida pelos positivistas, no propósito de ter respostas para todas as problemáticas humanas num único ordenamento, que necessariamente tem vigência espacial e temporal limitada, é um ideal que não pode ser alcançado. A estupenda e maravilhosa dinâmica da convivência humana, ao criar realidades a cada momento e ao apresentar nuances sempre novas em velhos fenômenos que se encontram sob cobertura do Direito, impede o alcance daquele ideal. A aplicação pura e simples das leis, especialmente em sua literalidade, sem uma análise mais acurada das especificidades do caso concreto (caso sub judice), pode encerrar a possibilidade do cometimento de injustiças. A situação fática pode conter interfaces tão inéditas que estas a coloquem fora do campo de incidência dos preceitos legais, em razão da não correspondência com os supostos jurídicos, o que pode não ser apreendido pelo jurista, ou este pode não querer tal apreensão, quando o dito jurista tem formação acadêmica míope ou é desacostumado à crítica da legislação, porque se apegou terrivelmente à ciência jurídica, descurando-se do estudo das disciplinas complementares e da interdisciplinaridade científica necessária no mundo atual, e porque não exerceu o espírito questionador (talvez em razão de achar-se preso a interesses egóicos e de nobreza duvidosa). A ideologia e a hermenêutica jurídicas possibilitam interpretações várias das normas insertas na positivação do Direito, cuja perfeição é impossível de ser atingida. Assim, ao finalizar-se a análise do tema deste artigo, as considerações finais são no sentido de que todo e qualquer ordenamento jurídico positivo é lacunoso, deixando parcela importante de sua integração ao jurista-intérprete. A completude é uma ilusão.”

prognose legislativa, o Tribunal Constitucional há de fazer um estudo detalhado dos fatos legislativos e, para isso, deve contar com a colaboração de terceiros, como cientistas renomados e entidades civis de amplo reconhecimento social. Fica constatada a importância do que se conhece sob a expressão “amicus curiae”, que implica a aceitação da razoável dilação probatória em matéria de controle de constitucionalidade das leis em face da prognose legislativa.¹⁴

Essa participação mais estreita da sociedade no controle de constitucionalidade das leis, via “amicus curiae”, verifica-se no Brasil, sendo exemplo a atuação da Conectas Direitos Humanos, do Escritório de Direitos Humanos de Minas Gerais (EDH) e do Grupo Gay da Bahia (GGB) como “amicus curiae” na ADPF nº 132, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de autoria do Governo do Estado do Rio de Janeiro e cujo pedido é o reconhecimento da união estável homossexual.

Os Poderes Públicos não devem perder de vista o enfoque da prognose legislativa, como também não devem desconsiderar a evolução do Direito e do conhecimento científico em geral. Somente com essas considerações imprescindíveis, há de ser devidamente reconhecida a premente necessidade da defesa, proteção e promoção dos direitos de gays e lésbicas, cidadãos tanto quanto os heterossexuais e, por conseguinte, merecedores do mesmo tratamento jurídico pelo Estado Brasileiro, que é laico. A esse respeito, a Lei nº 8.112/1990 deve ser, no mínimo, interpretada segundo os princípios de estatura constitucional, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

5.2 Lei nº 8.112/1990 e Inconstitucionalidade Superveniente

No atual modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, admite-se a inconstitucionalidade superveniente.

Quando se promulga e publica uma Carta Política, as leis e os atos normativos até então vigentes devem ser analisados à luz do novo Direito Constitucional Positivo, uma vez que a referida Carta ocupa o ápice do ordenamento jurídico (princípio da supremacia da Constituição).

As leis que se coadunam com os princípios e as demais normas de natureza constitucional continuam a ter validade, contrariamente às leis que vão de encontro aos dispositivos da nova Carta. Daí falar-se em leis recepcionadas e leis não recepcionadas pela Lei Maior vigente.

Por outro lado, as leis surgidas após o advento da nova Carta podem ser ou não constitucionais, seja do ponto de vista formal, seja sob a ótica material. Verificam-se, pois, os requisitos formais e materiais de constitucionalidade dessas leis, a fim de que não tenham validade as leis díspares em relação à Carta Política.

A inconstitucionalidade superveniente pode ocorrer, ainda, quando a lei, até

¹⁴ V. os Arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99, bem como o Art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

então constitucional, colide com os dispositivos de uma (nova) Emenda à Constituição¹⁵.

Em todos os casos, o que se busca é um ordenamento jurídico conforme a Carta Política. A fim de que seja garantido o alcance desse desiderato, faz-se presente o controle de constitucionalidade.

Além disso, os fatos sociais não previstos na lei podem exigir normatização, o que implica a evolução do Direito, seja através de lei nova, seja por intermédio da reinterpretção dos princípios constitucionais. A esse respeito, realidade deveras ilustrativa são as uniões afetivo-sexuais estáveis entre pessoas do mesmo sexo biológico. Há julgados históricos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, os quais expressam o entendimento de que tais uniões devem ser analisadas segundo os preceitos do Direito de Família, haja vista a presença inafastável do afeto, elemento que, aliado à lacuna presente no ordenamento jurídico positivado, enseja a analogia dessas uniões com as uniões estáveis heterossexuais normatizadas pela Lei nº 9.278/1996 e pelo Código Civil. Assim, sobrevindo uma Emenda Constitucional que, por exemplo, expressamente normatize as referidas uniões homossexuais, as leis contrárias aos novos dispositivos da Magna Carta estarão eivadas de inconstitucionalidade superveniente.

As novas demandas sociais, pois, exigem respostas do Poder Judiciário, considerando-se que o ordenamento jurídico positivado é incompleto, ou seja, incapaz de prever e normatizar satisfatoriamente toda a realidade social. Acredita-se que as uniões estáveis homossexuais, por exemplo, encontram-se prestes a alcançar o merecido reconhecimento jurídico expresso por parte dos Poderes Públicos, oportunidade na qual as leis preconceituosas e discriminatórias em relação a gays e lésbicas apresentar-se-ão eivadas de inconstitucionalidade superveniente, uma vez que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, como um de seus maiores princípios, a igualdade, além de a Lei Maior de 1988 expressamente proibir a discriminação por motivo de sexo.

Em ocorrendo *vacatio legis*, possível é a inconstitucionalidade superveniente, ou seja, se uma lei ingressa no ordenamento jurídico com *vacatio legis* e, antes de sua entrada em vigor, surge uma Emenda à Constituição (ou uma Carta Constitucional) com diferente normatização acerca da matéria de que trata essa lei, pode ocorrer a inconstitucionalidade superveniente.

Enfim, a superveniência de inconstitucionalidade de leis e atos normativos ocorre, seja em razão de uma nova Carta Magna, seja devido às Emendas Constitucionais ou, ainda, graças à interpretação do Direito em face das novas realidades sociais dignas de normatização jurídica. Essa última hipótese pode ocorrer, por exemplo, em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade, cuja decisão definitiva de mérito tem eficácia erga omnes e vincula todo o Poder Judiciário e a Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas

¹⁵ Consoante Mello (2006, p. 15), o contrário não é possível, ou seja, uma lei originariamente inconstitucional assim permanece, ainda que ocorra a superveniência de uma Emenda Constitucional que supostamente possa torná-la constitucional.

federal, estadual e municipal.

Segundo a exposição sobre a inconstitucionalidade superveniente, vê-se que esta, atualmente, não se aplica à Lei nº 8.112/1990 e que outra conclusão não é possível, visto que:

a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental do Direito Brasileiro;
a igualdade, que é princípio constitucional e também direito individual, constitui uma das cláusulas pétreas da Carta Magna de 1988;

há de se buscar, sempre que possível, a interpretação consoante a Carta Magna de 1988;

essa lei, até a presente data, não é objeto de ação constitucional e não existe, portanto, decisão do Supremo Tribunal Federal acerca de sua (in)constitucionalidade no que se refere à concessão de pensão para companheiro.

CONCLUSÃO

A cidadania deve ser exercida com plenitude, pois assim exige a dignidade da pessoa humana. A igualdade, por sua vez, afasta discriminações desarrazoadas e, por conseguinte, juridicamente inaceitáveis.

Tais constatações se aplicam a gays e lésbicas e abrangem seus relacionamentos afetivo-sexuais estáveis, que visam a constituição de núcleos familiares.

Se a dignidade é inerente ao ser humano, sem exceção; se a igualdade deve ser de todos na lei e perante a lei; se a homossexualidade não é doença, distúrbio e perversão, mas um produto sócio-cultural; não há por que discriminar os homossexuais, impingindo-lhes tratamento indigno e desigualitário.

Verifica-se que as uniões afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo biológico, quando duradouras, públicas e contínuas, são análogas às uniões estáveis de que tratam a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, e o novo Código Civil, tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como a definição doutrinária e a previsão legal de analogia.

Por outro lado, se a seguridade social destina-se à pessoa e à família do servidor público; se a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, materialmente é constitucional e, considerando-se o princípio da supremacia da Constituição, deve ser interpretada e aplicada de conformidade aos ditames constitucionais; não há por que negar a concessão de pensão a companheiro homossexual de servidor público, desde que comprovada a união afetivo-sexual estável.

Assim, não resta dúvida de que essa pensão deve ser concedida no âmbito da Administração Pública, sob pena de flagrante e inaceitável infringência aos princípios maiores presentes na Carta Política de 1988 como os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, os quais, necessariamente,

informam todo o Direito pátrio.

REFERÊNCIAS

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. Para uma hermenêutica islâmica dos direitos humanos. Logos. Canoas: ULBRA, ano 12, n. 2, p. 37-48, set. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, ano I, v. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil – 1988.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

_____. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. Conselho Federal de Psicologia. Resolução CFP nº 001, de 22 de março de 1999. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Disponível em: <http://www.pol.org.br/legislacao/doc/resolucao1999_001.doc>. Acesso em: 02 jun. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132>>. Acesso em: 23 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 22 jul. 2005.

CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. São Paulo: Brasiliense, 1980.

COELHO, Inocêncio Mártires. Repensando a interpretação constitucional. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ, ano 1, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-INOCENCIO-MARTIRES-COELHO.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2008.

COSTA, Wellington Soares da. A incompletude do ordenamento jurídico. Urutáguá. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, ano I, n. 03, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.uem.br/~urutagua/03costa.htm>>. Acesso em: 18 maio 2008.

_____. A presença da coação no Direito. Revista Jurídica. Campinas: PUCAMP, v. 21, n. 1, p. 41-45, 2005.

DEMO, Pedro. Ciência, ideologia e poder: uma sátira às ciências sociais. São Paulo: Atlas, 1988.

DESPRATS-PÉQUIGNOT, Catherine. A psicopatologia da vida sexual. São Paulo: Papirus, 1994.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, Brasília: CJF/CEJ, n. 24, p. 85-153, 2003. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/SerieCadernos/Vol24/Vol24.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2005.

GORRÁIZ, Queralt Tejada. La crisis de la ley. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. València: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, n. 2, mar. 1999. Disponível em: <<http://www.uv.es/~afd/CEFD/2/queralt.html>>. Acesso em: 20 jul. 2000.

KELSEN, Hans. O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução por Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: IBDP/IDPB, n. 6, abr./maio/jun. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-CELSO%20ANTONIO.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

_____. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. 12. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOTT, Luiz. Homossexualidade: mitos e verdades. Salvador: GGB, 2003.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. Declaração dos direitos sexuais. Disponível em: <http://www.worldsexology.org/esp/about_sexualrights_portuguese.asp>. Acesso em: 05 ago. 2005.

_____. WHO Definitions. Disponível em:
<http://www.worldsexology.org/esp/who_def.asp>. Acesso em: 05 ago. 2005.

IV ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS: POSSIBILIDADE JURÍDICA FACE AOS PRINCÍPIOS INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 198816

1 INTRODUÇÃO

O sonho de ter filhos é de homens e mulheres, em sua maioria. Entretanto, concretizá-lo nem sempre é possível ou buscado do ponto de vista biológico, ensejando a filiação civil, também chamada filiação jurídica, pois decorre de sentença judicial que, no âmbito do Direito, dá origem à filiação decorrente não da biologia, mas do afeto. Eis a adoção, instituto jurídico que cria a relação de paternidade e filiação entre as pessoas, fazendo as vezes da natureza humana, oportunizando assim que aquele sonho seja concretizado e, acima de tudo e antes disso, o adotado efetivamente seja beneficiado.

Mediante a adoção, o adotado torna-se filho. Para isso, velando pelo interesse

¹⁶ A última versão do presente Ensaio foi concluída em 12/03/2008, mas ele foi revisado em 16/05/2011 em razão do julgamento histórico de duas ações de controle concentrado de constitucionalidade, citadas no final do Ensaio.

público de que se reveste a respectiva ação, devido ao inegável alcance social do instituto ora comentado, o Estado se faz presente. No ordenamento jurídico pátrio, por exemplo, estão a regular a adoção tanto a Constituição da República de 1988 (CR/88) quanto o Código Civil de 2002 (CC/02) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Todavia, salienta-se que a adoção sempre será uma excepcionalidade, haja vista ser mais comum a filiação dita natural (biológica) e, normalmente, a natural inclinação do Estado e da sociedade em privilegiá-la em detrimento da denominada família substituta, isto é, a família que, para o adotando, surge com a sentença judicial de adoção, conquanto, na atualidade, a família substituta nada fique a dever à família natural em termos de afetividade, esse inarredável atributo da natureza humana, principalmente quando, desde as últimas décadas do século passado, tem ruído a família estereotipada (pai, mãe e filhos), surgindo entidades familiares diversificadas não paradigmáticas, evidenciando, assim, que o limiar do século XXI não mais aceita encerrar a vida humana em modelos estanques historicamente herdados, conservadores em prol de ideologias ultrapassadas, mantenedores da escravidão de consciências e aptos a roubar a liberdade e a cidadania de inúmeros indivíduos.

Em tal contexto desponta a polêmica adoção por casais homossexuais.

2 É POSSÍVEL JURIDICAMENTE A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS?

Ao menos no que se refere à realidade brasileira, o Poder Judiciário ainda se mostra lamentavelmente tímido para autorizar a adoção por casais homossexuais, face às seculares correntes que prendiam e ainda pretendem prender a sociedade humana genericamente considerada, como se a atualidade fosse os tempos bíblicos do Antigo Testamento, que tiveram sua razão de ser somente naquele singular período histórico da vida humana.

A aludida timidez diz respeito à deplorável negação da possibilidade jurídica de casais homossexuais adotarem, como se homossexualidade fosse doença¹⁷ (e, o que é pior, doença contagiosa) ou se confundisse com imoralidade, comportamento a-ético, pecado e diabólicas atitudes outras que a tornassem alvo do eterno repúdio social e, por conseguinte, do contínuo rechaço estatal.

No último parágrafo, fala-se em possibilidade jurídica de adoção pelos casais homossexuais, uma vez que, efetivamente, a Constituição Cidadã de 1988 prima pela dignidade da pessoa humana e pela cidadania, que são por ela alçadas à categoria política maior dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como objetivos fundamentais, entre outros: a construção de uma sociedade na qual imperem a

¹⁷ Segundo o Conselho Federal de Psicologia, através da Resolução CFP nº 001, de 22 de março de 1999: “a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão” (4º Considerando); “há, na sociedade, uma inquietação em torno de práticas sexuais desviantes da norma estabelecida sócio-culturalmente” (5º Considerando); “a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações” (6º Considerando).

liberdade, a justiça e a solidariedade; a erradicação da marginalização e a redução das desigualdades sociais; a promoção do bem de todos, sem preconceito e discriminação. A Carta Política de 1988 ainda reza que: a igualdade é de todos face à lei, sem distinções; é garantida a inviolabilidade do direito à liberdade, à igualdade e à segurança; as normas que definem os direitos e as garantias fundamentais devem ser aplicadas imediatamente; os direitos e as garantias fundamentais não se restringem aos expressamente contidos na CR/88, incluindo, no entanto, os que decorrem do regime e dos princípios adotados pela CR/88 e os que decorrem, também, dos tratados em que a República é parte consignatária.

A importância dos dispositivos constitucionais mencionados é tamanha que dispensa mais comentários, dada a magnitude que, no universo jurídico brasileiro, eles apresentam. É de se esperar que toda a sociedade e todos os Poderes Públicos a eles dispensem, cotidianamente, atenção, respeito, acatamento e defesa, apesar de a realidade mostrar-se distante disso. O Poder Judiciário, por exemplo, apresenta morosidade em reconhecer os lídimos direitos que, alicerçados na CR/88, assistem aos casais homossexuais quanto à adoção.

Embora a sua face histórica e cultural, a dignidade da pessoa humana é majoritariamente vista como inerente ao ser humano, à sua natureza, e, nesse aspecto, é intangível, irrenunciável e inalienável, sendo considerada, então, como limite ao Estado, que não pode tratar a pessoa humana como objeto e não pode desconsiderar que o ser humano é um fim em si mesmo (denominada matriz kantiana, reconhecida pela doutrina como o conteúdo que representa o núcleo da noção de dignidade). Disso deriva o entendimento de que a dignidade da pessoa humana não é somente limite à atuação estatal, contudo também é tarefa que à entidade estatal incumbe inapelavelmente, no sentido de que o Estado deve não só preservar e promover a dignidade, como ainda criar as condições que efetivamente levem ao exercício pleno da dignidade.

Sarlet (2004, p. 59-60) afirma que a dignidade da pessoa humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Por sua vez, Rios (1998) assevera que a dignidade da pessoa humana:

[...] 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.

[...]

[...] a afirmação da centralidade da dignidade da pessoa humana no Direito brasileiro tem o condão de repelir quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa dessa noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais (executivas, legislativas ou judiciárias), quanto pela sua pura e simples desconsideração.

Resta consignar que o princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente eleito como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, requer que ele seja concretizado na elaboração legislativa e na interpretação e aplicação do Direito. Nesse sentido, para os positivistas se faz mister que, na legislação, esteja expressamente consignado o direito de os casais homossexuais adotarem, esquecendo os positivistas:

a) a construção doutrinária, amplamente aceita, segundo a qual “o que não é proibido é permitido”;

b) a presença de princípios jurídicos, como o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no Art. 1º da Magna Carta de 1988, os quais são indispensáveis na interpretação e aplicação do Direito (não só da lei, portanto).

Ainda que o CC/02 e o ECA não prevejam expressamente a adoção por casais homossexuais, fica evidenciado que suprimir ou restringir direitos, quando se invade e dilapida a esfera da dignidade da pessoa humana, é inconstitucional, dado o que reza a CR/88 em seus Arts. 1º (caput e incisos II e III), 3º (incisos I, III e IV) e 5º (caput, incisos I, II, III e X, §§ 1º e 2º). O Poder Judiciário, ao negar o direito constitucional de adoção por parte de casais homossexuais, a estes aplica uma pena vergonhosa e cruel que busca cessar a sua vida psicológica e social, pena de caráter perpétuo ao perpetuar o milenar preconceito contra os homossexuais¹⁸, afastando inúmeros adolescentes e incontáveis crianças do

¹⁸ “É perfeitamente possível datar a origem e explicar o *background* do preconceito anti-homossexual, cristalizado com um dos mitos mais significativos da cultura ocidental, e que permanece ainda hoje como o maior tabu do mundo moderno. Sua gênese teve lugar por volta de quatro mil anos passados, na Caldéia, quando um velho pastor, Abraão, divulga junto a sua parentela e vizinhança certas revelações que assegurava ter recebido do próprio Deus, escolhendo-o como fundador de um povo predestinado. Elaborava-se então, nesse momento, um projeto civilizatório que vai se tornar o mito fundador não só do povo judeu, como da própria história genealógica das três principais religiões do mundo moderno: judaísmo, cristianismo e islamismo. [...] Cercados por nações antigas, superpopulosas e poderosas – assírios, babilônios, caldeus, hititas, egípcios – os hebreus, este pequenino bando de pastores nômades, não tinham outro caminho para atingir seu ambicioso projeto civilizatório: gerar filhos, fazer muitos filhos, engravidando ao máximo suas mulheres e escravas [...] Destarte, o exercício da sexualidade passou a ter apenas um objetivo: povoar de estrelas-humanas as areias do deserto, procriar novos guerreiros capazes de enfrentar os violentos inimigos, esses, sempre desejosos de curvar o orgulho daquela pequenina tribo de pastores endogâmicos [...] Assim sendo, cada gota de esperma desperdiçado passou a constituir verdadeiro crime de lesa-nacionalidade, pois todo sêmen deveria ser depositado no único receptáculo capaz de reproduzir um novo ser humano: o “vaso natural” da mulher. Daí o Levítico condenar à pena de morte os que praticassem a masturbação, o coito interrompido [...] a homossexualidade. [...] Para nossos ancestrais judeus e, posteriormente, em toda a cristandade, o preconceito homofóbico tinha como justificativa inconsciente não apenas o desperdício do sêmen, visto como uma espécie de controle perverso da natalidade, mas temia-se, mais que a peste, a ameaça desestabilizadora representada pelos amantes do mesmo sexo, na medida em que

convívio com famílias saudáveis e impedindo que a cidadania seja vivenciada com plenitude, com isso infringindo a CR/88, o ECA em toda a sua filosofia principiológica e o CC/02 em seu Art. 1.625 (neste caso, quando é negada a adoção que constitui benefício efetivo para o adotando, pois é inegável que a lamentável prática judicial baseia-se em velado preconceito, que perpetua o heterossexismo e alimenta a homofobia).

A igualdade formal, conhecida como princípio da não discriminação, é insuficiente para efetivar a isonomia entre os indivíduos, fazendo-se premente a igualdade material, que, por intermédio do que se convencionou chamar de ação afirmativa, busca propiciar com efetividade as condições materiais (reais) voltadas para a isonomia de todos os indivíduos, possibilitando aos historicamente marginalizados o mínimo de existência digna em igualdade de condições com aqueles que não foram e não são o alvo da marginalização social. Sem isso, estar-se-ia tratando igualmente os desiguais.

Manifestam-se Gomes e Silva (2003, p. 139) no sentido de que:

[...] se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no

importantes costumes tradicionais eram colocados em xeque pelo revolucionário estilo de vida dos sodomitas: *o sexo prazer desvinculado da procriação, a tentação da androginia e da unissexualidade, o questionamento da naturalidade da divisão sexual do trabalho e dos papéis de gênero*. Num mundo de extrema violência como era o cenário bíblico na Antiguidade [...] aquele bando de pastores nômades desenvolveu códigos de sociabilidade e papéis sociais fortemente hierarquizados e rudes, pois a segurança e a sobrevivência das mulheres, crianças, dos anciãos e rebanho, dependiam vitalmente da força física individual e coletiva dos machos adultos. Tornou-se crucial o fortalecimento e dureza do papel de gênero masculino, a rígida divisão sexual, de um lado o mundo do super-homens, ligado às armas, à guerra, ao enfrentamento do mundo hostil; do outro, o mundo feminino, submisso, doméstico, voltado para a prole, recluso. [eis a origem da falocracia, misoginia e homofobia] [...] Mais que o travestismo, o maior perigo representado pelo homoerotismo sempre foi o questionamento da naturalidade dos papéis de gênero atribuídos aos dois sexos. Um homem que abdica do privilégio de ser guerreiro, ou mesmo de servir como sacerdote no altar do Deus dos Exércitos, optando por tarefas e ocupações inferiores identificadas com o universo feminino, provoca uma crise estrutural de proporções imprevisíveis, pois tal novidade poderia se tornar prevalente, ameaçando gravemente a perpetuidade deste povo e segurança nacional. Muitos gays, em incontáveis sociedades, distinguem-se dos demais machos exatamente por esse hibridismo comportamental e ocupacional, quando não pela inversão total de papéis e tarefas socioeconômicas, novidade performática que põe em risco e revoluciona a tradicional divisão sexual do trabalho. [...] No imaginário dos judeus, homossexuais seriam sempre efeminados, fracos, guerreiros débeis, daí serem indesejados e perseguidos numa cultura tão marcada e dependente do militarismo. Com a expansão da moral e dos preconceitos judaico-cristãos pelo Ocidente, durante boa parte da Idade Média e particularmente na Península Ibérica a partir dos Tempos Modernos, o amor entre pessoas do mesmo sexo foi violentamente reprimido devido a seu caráter eminentemente revolucionário e desestabilizador de significativos princípios e regras sociais considerados basilares para nossos ancestrais. Com a conquista do Novo Mundo, a mesma fobia e perseguição à homossexualidade se enraízam na sociedade brasileira, de tal sorte que podemos traçar uma relação visceral da homofobia contemporânea com o projeto civilizatório do macho português no contexto do Brasil escravista. Novamente aqui, é a etno-história que nos fornece a melhor pista para estabelecer a relação entre o tabu da homossexualidade e seu componente revolucionário.” (MOTT, 2003, p. 36-41)

presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. [...]

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concorda-se com Coutinho (1998), quando essa autora fala que “o juiz [...] sem capacidade criadora ou inovadora dos rigores e imperfeições da lei positiva, não mais está ajustado à dinâmica de nossa diversificada sociedade, nem aos valores fundamentais imanentes à Carta Constitucional” (COUTINHO, 1998, p. 69) e que os juízes devem ser vistos como “vetores de políticas sociais e garantidores dos direitos fundamentais do cidadão” (COUTINHO, 1998, p. 42).

Assim, o Poder Judiciário não pode fazer tábula rasa da dignidade da pessoa humana e da igualdade, princípios constitucionais que fundamentam a possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. Mais do que afastar o preconceito e a discriminação contra gays e lésbicas, isso constitui justiça e benefício inequívoco para crianças e adolescentes que necessitam do necessário para uma vida feliz: uma família responsável e muito amorosa.

Ademais, para fazer justiça a gays e lésbicas e permitir que órfãos usufruam a presença de uma família, os ultrapassados positivistas já não precisam esperar a literalidade de leis infraconstitucionais, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, reconheceu que a união estável entre pessoas do mesmo sexo constitui entidade familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 02 jun. 2005.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 02 jun. 2005.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 02 jun. 2005.

BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. Resolução CFP nº 001, de 22 de março de 1999. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Disponível em: <http://www.pol.org.br/legislacao/doc/resolucao1999_001.doc>. Acesso em: 02 jun. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 10 maio 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

4277. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 10 maio 2011.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. O juiz agente político. Campinas: Copola Livros, 1998.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. Série Cadernos do CEJ, Brasília: CJF/CEJ, n. 24, p. 85-153, 2003. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/SerieCadernos/Vol24/Vol24.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2005.

MOTT, Luiz. Homossexualidade: mitos e verdades. Salvador: GGB, 2003.

RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. Revista CEJ, Brasília: CJF/CEJ, n. 6, set./dez. 1998. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero6/artigo3.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.