

Homoafetividade e o direito à diferença

Maria Berenice Dias
www.mbdias.com.br
www.mariaberenice.com.br
www.direitohomoafetivo.com.br

SUMÁRIO: 1. Liberdade e igualdade – 2. Direito à sexualidade – 3. Família e afetividade – 4. Homoafetividade – 5. Uniões homoafetivas – 6. Direito à diferença.

RESUMO:

O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos. Omitindo-se o legislador em regular situações dignas de tutela, as lacunas precisam ser colmatadas pelo Judiciário. Na presença de vazios legais, o juiz que não pode negar proteção jurídica nem deixar de assegurar direitos sob a alegação de ausência de lei. Precisa assumir a justiça sua função criadora do direito. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não devem levar também a Justiça a calar. Imperioso que sejam reconhecidos direitos às situações merecedoras de proteção. Para conceder direitos aos segmentos alvos da exclusão social, impositiva a aplicação da analogia que leva à invocação do princípio da igualdade na busca de identificação da semelhança significativa.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não tuteladas expressamente nem na Constituição Federal nem na legislação infraconstitucional, existem e fazem jus à tutela jurídica. A ausência de regulamentação impõe que as uniões homoafetivas sejam identificadas como entidades familiares no âmbito do Direito de Família.

PALAVRAS-CHAVES:

homoafetividade, orientação sexual, união estável.

1. **Liberdade e igualdade**

A regra maior da Constituição brasileira é o respeito à dignidade humana, servindo de norte ao sistema jurídico nacional. *A dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana.*¹ Esse valor implica dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. *Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei* como bem explicita Konrad Hesse: *o fundamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito.*²

O Estado Democrático de Direito tem por pressuposto o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme expressamente proclama o art. 1º inc. III da C.F. Este compromisso do Estado se assenta nos princípios da igualdade e da liberdade, sendo consagrados já no preâmbulo da norma maior do ordenamento jurídico, ao conceder proteção a todos, vedar discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade, assegurando *o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).*

O artigo 5º da C.F. ao elencar os direitos e garantias fundamentais proclama: *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.* Garante o mesmo dispositivo, modo expresso, o direito à liberdade e à igualdade. Repetitivos são os dois primeiros incisos³ da regra constitucional ao enfatizar a igualdade entre o homem e a mulher e a vedação de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento

¹ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 418.

² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha* (tradução de Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 330.

³ Art. 5º, inc. I da CF: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Inc. II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.

2. Direito à sexualidade

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. O direito de tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais.

Aída Kemelmajer de Carlucci comunga do mesmo entendimento.

El derecho a la libre determinación de cada uno es considerado hoy un derecho humano. La circunstancia de que no este mencionado em el catálogo que contienen los tratados nacionales e internacionales sobre derechos humanos no significa que no exista. Así como existe um derecho a la libre determinación de los pueblos, existe um derecho a la libre determinación del individuo.⁴

As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade proíbem discriminar a conduta afetiva no que respeita à sua inclinação sexual. *A discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, conforme afirma Roger Raupp Rios precisamente, uma hipótese*

⁴ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *Derecho y homosexualismo en el derecho comparado. In Homossexualidade – Discussões Jurídicas e Psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 24.

(constitucionalmente vedada) de discriminação sexual.⁵ Rejeitar a existência de uniões homossexuais é afastar o princípio insculpido no inc. IV do art. 3º da Constituição Federal, segundo o qual é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou de tipo. Conforme José Carlos Teixeira Giorgis:

*A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.*⁶

A orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições, o que configura afronta a liberdade fundamental, a que faz jus todo ser humano, no que diz com sua condição de vida. Como todos os segmentos alvo do preconceito e discriminação social, as relações homossexuais se sujeitam à deficiência de normação jurídica, sendo deixados à margem da sociedade e à míngua do Direito.

3. Família e afetividade

Segundo os valores culturais e principalmente as influências religiosas dominantes em cada época, há a tendência de engessamento dos vínculos afetivos. No mundo ocidental, tanto o Estado como a Igreja buscam limitar o exercício da sexualidade ao casamento. Identificado como um sacramento ou nominado de instituição acaba sendo regulado não só o casamento mas a própria postura dos cônjuges, impondo-lhes deveres e assegurando direitos de natureza pessoal além de estabelecer seqüelas de ordem patrimonial.

⁵ RIOS, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. dez. 1998. n° 6. p. 29.

⁶ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica*. In Revista da AJURIS, n° 88 – Tomo 1. Porto Alegre: dezembro de 2002, p. 244.

O casamento inicialmente era indissolúvel. A família consagrada pela lei tinha um modelo conservador, era uma entidade matrimonializada, patriarcal, patrimonializada, indissolúvel, hierarquizada e heterossexual. O vínculo que nascia da livre vontade dos nubentes era mantido, independente e até contra a vontade dos cônjuges. Mesmo com o advento da Lei do Divórcio, após a solenização do matrimônio a separação e o divórcio só são deferidos quando decorridos determinados prazos ou mediante a identificação de um culpado. Quem não tem motivo para atribuir ao outro a culpa pelo fim do casamento não pode tomar a iniciativa do processo de separação, o que evidencia a intenção do legislador de punir quem simplesmente não mais quer continuar no casamento.

Os relacionamentos que fugissem ao molde legal, além de não adquirirem visibilidade, estavam sujeitos a severas sanções. Chamados de marginais, os vínculos afetivos extramatrimoniais nunca foram reconhecidos como família. Primeiro se procurou identificá-los com uma relação de natureza trabalhista, e só se via labor onde existia amor. Depois, a jurisprudência passou a permitir a partição do patrimônio, considerando uma sociedade de fato o que nada mais era do que uma sociedade de afeto.

Mesmo quando a própria Constituição Federal albergou no conceito de entidade familiar o que chamou de “união estável”, resistiram os juízes em inserir o instituto no âmbito do Direito de Família, mantendo-a no campo do Direito das Obrigações, apesar dos protestos da doutrina. Como bem adverte Paulo Lôbo *não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo. E conclui: Os conflitos decorrentes das entidades familiares explícitas ou implícitas devem ser resolvidos à luz do Direito de Família e não do Direito das Obrigações, tanto os direitos pessoais quanto os direitos patrimoniais e os direitos tutelares.*⁷

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101

A dificuldade de as relações extramatrimoniais serem identificadas como verdadeiras famílias revelava a tendência em sacralizar o conceito de família. Mesmo inexistindo qualquer diferença estrutural com os relacionamentos oficializados, a sistemática negativa de estender a estes novos arranjos os regramentos do direito familiar, nem ao menos por analogia, mostrava a tentativa de preservação da instituição da família dentro dos padrões convencionais.

O Direito de Família, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação e ocasionou uma verdadeira revolução ao banir discriminações no campo das relações familiares. *Num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito.*⁸ Foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais, além de alargar o conceito de família para além do casamento.

A Constituição Federal ao outorgar proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, que albergou vínculos afetivos outros. É meramente exemplificativo o enunciado constitucional ao fazer referência expressa à união estável entre um homem e uma mulher e às relações de um dos ascendentes com sua prole. *O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade,* conforme afirma Paulo Luiz Lôbo.⁹

Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Não há como afirmar que o art. 226, § 3º, da C. F., ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente esta convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento. Em nenhum momento foi dito não existirem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos do casal para merecer a proteção do Estado é fazer

⁸ VELOSO, Zeno. *Homossexualidade e Direito*. Jornal O Liberal, de Belém do Pará, em 22.5.1999.

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 95.

distinção odiosa,¹⁰ postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade ignorando a existência de vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.

O impedimento de tratamento discriminatório não tem exclusivamente assento constitucional. Como preceitua o § 2º do art. 5º da C.F.,¹¹ são recepcionados por nosso ordenamento jurídico os tratados e convenções internacionais objeto de referendo. Ante tais normatizações, a ONU tem entendido como ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos, seja com base no princípio de respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade.¹²

A orientação que alguém imprime na esfera da sua vida privada não admite restrições. *Pior do que o não-reconhecimento é a discriminação*, como lembra Sérgio Resende de Barros, referindo que, do direito ao afeto humano, decorre o direito de repelir o desafeto, tal como, do direito ao exercício sexual, deflui o direito ao celibato.¹³

Desimporta a identificação do sexo do par, se igual ou diferente, para emprestar efeitos jurídicos aos vínculos afetivos, no âmbito do Direito de Família. 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.

A homossexualidade existe, é um fato que se impõe, estando a merecer a tutela jurídica. O estigma do preconceito não pode ensejar que um fato social não se sujeite a efeitos jurídicos. É no mínimo perverso impor a mesma trilha percorrida pela doutrina e pela jurisprudência às relações entre um homem e uma mulher fora do casamento, até o alargamento do conceito de família por meio da constitucionalização da união estável.

¹⁰ SUANNES, Adauto. *As Uniões Homossexuais e a Lei 9.278/96*. COAD. Ed. Especial out/nov. 1999. p. 32.

¹¹ § 2º do art. 5º da Constituição Federal: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹² RIOS, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. dez. 1998. n.º 6, p. 35.

¹³ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 431.

4. **Homoafetividade**

A sociedade que se proclama defensora da igualdade é a mesma que ainda mantém uma posição discriminatória nas questões da sexualidade. Nítida é a rejeição social à livre orientação sexual. A homossexualidade existe e sempre existiu, mas é marcada por um estigma social, sendo renegada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencional. *Por ser fato diferente dos estereótipos, o que não se encaixa nos padrões, é tido como imoral ou amoral, sem buscar-se a identificação de suas origens orgânicas, sociais ou comportamentais.*¹⁴

Em virtude do próprio preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do direito. Mas imperativa sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo que se insere em todas as suas categorias, pois ao mesmo tempo é direito individual, social e difuso.

O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluída entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. Acresce ainda lembrar que a segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada é *a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.*¹⁵

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimentos.

¹⁴. DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual, o Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 17.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*. Rio De Janeiro: Renovar, 1999, p. 95

*Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.*¹⁶

O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, atentando nos princípios da liberdade e da igualdade. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito de orientação sexual. A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha.

O exercício da sexualidade, a prática da conjunção carnal ou a identidade sexual não é o que distingue os vínculos afetivos. A identidade ou diversidade do sexo do par gera espécies diversas de relacionamento. Assim, melhor é falar em relações homoafetivas ou heteroafetivas do que em relações homossexuais ou heterossexuais.

5. Uniões homoafetivas

Impondo a Constituição respeito à dignidade humana são alvo de proteção os relacionamentos afetivos independente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens. Ainda que, quase intuitivamente, se conceitue a família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher tendo por base o afeto, necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são cunhados também por um elo de afetividade.

¹⁶ RIOS, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. dez. 1998. n° 6. p. 34

Preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos vínculos afetivos que não tenham a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, gerando o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal.

Reconhecer como juridicamente impossíveis ações que tenham por fundamento uniões homossexuais é relegar situações existentes à invisibilidade e ensejar a consagração de injustiças e o enriquecimento sem causa. Nada justifica, por exemplo, deferir uma herança a parentes distantes em prejuízo de quem muitas vezes dedicou uma vida a outrem, participando na formação do acervo patrimonial. Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes, pois deve se cingir a apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se exclusivamente na apuração dos fatos para encontrar uma solução que não se afaste de um resultado justo.

As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel conseqüência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.¹⁷

Descabido estabelecer a distinção de sexos como pressuposto para a identificação da união estável. Dita desequiparação, arbitrária e aleatória, se evidencia como exigência nitidamente discriminatória. O próprio legislador constituinte reconheceu igualmente como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual, o Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 17.

descendentes. Diante dessa abertura conceitual, nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento identificador da família. Por conseqüência, não há como só ver como entidade familiar a união estável entre pessoas de sexos opostos.

Não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstituição. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica deixar de abrigar, sob o conceito de família, as relações homoafetivas. Excepcionar onde a lei não distingue é forma de excluir direitos.

Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formando um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem, mister identificá-la como geradoras de efeitos jurídicos. Em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, deve o juiz cumprir a lei e atender à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 126 do Código de Processo Civil. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, precisa o juiz se valer da analogia, costumes e princípios gerais de direito. Nada diferencia tais uniões de modo a impedir que sejam definidas como família. Enquanto não existir um regramento legal específico mister, no mínimo, a aplicação analógica das regras jurídicas que regulam as relações que têm o afeto por causa: o casamento e as uniões estáveis.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher. A semelhança aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente

*entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre os sexos opostos.*¹⁸

A aversão da doutrina dominante e da jurisprudência majoritária de se socorrerem das leis que regem a união estável ou o casamento tem levado singelamente ao reconhecimento de uma sociedade de fato. Sob o fundamento de se evitar enriquecimento injustificado, invoca-se o Direito das Obrigações, o que acaba subtraindo a possibilidade da concessão de um leque de direitos que só existem na esfera do Direito de Família. Presentes os requisitos legais, vida em comum, coabitação, laços afetivos, não se pode deixar de conceder às uniões homoafetivas os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características.

O tratamento diferenciado a situações análogas acaba por gerar profundas injustiças. Como bem adverte Rodrigo da Cunha Pereira, *em nome de uma moral sexual dita civilizatória, muita injustiça tem sido cometida. O Direito, como instrumento ideológico e de poder, em nome da moral e dos bons costumes, já excluiu muitos do laço social.*¹⁹

Uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais à respeito da própria existência, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação.

20

As relações sociais são dinâmicas. Totalmente descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, com conceitos fixados pelo conservadorismo do passado. Encharcados da ideologia machista e discriminatória,

¹⁸ RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado / Esmafe, 2000, p. 122.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. *A Sexualidade Vista pelas Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 281.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 46.

própria de um tempo já totalmente ultrapassado pela história da sociedade humana. Necessário é pensar com conceitos jurídicos atuais, que estejam à altura de nosso tempo.

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

Não é ignorando a realidade, deixando-a à margem da sociedade e fora do Direito, que irá desaparecer a homossexualidade. Impositivo é visualizar a possibilidade do reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. Como diz George Teixeira Giorgis:

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo de alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, em que aquela se inclui.

21

Mais do que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Bem questiona Paulo Luiz Lôbo: *Afinal, que “sociedade de fato” mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?* ²²

Não se pode falar em homossexualidade sem pensar em afeto. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, as mudanças de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém tem o direito de fechar os olhos, assumindo uma postura preconceituosa ou discriminatória, para não enxergar essa nova realidade. Os aplicadores do Direito não podem ser fonte de grandes injustiças. Descabe confundir as questões jurídicas com as questões morais e

²¹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica*. In Revista da AJURIS, nº 88 – Tomo 1. Porto Alegre: dezembro de 2002, p. 244.

²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 100.

religiosas. É necessário mudar valores, abrir espaços para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos.

6. Direito à diferença

As normas legais precisam adequar-se aos princípios e garantias que identificam o modelo consagrado pela Carta Política que retrata a vontade geral do povo. O núcleo do sistema jurídico, que sustenta a própria razão de ser do Estado, deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão.

O fato de não haver previsão legal não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito. O silêncio do legislador precisa ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Ainda que o preconceito faça com que os relacionamentos homossexuais recebam o repúdio de segmentos conservadores, o movimento libertário que transformou a sociedade acabou por mudar o próprio conceito de família. A homossexualidade existe, sempre existiu e cabe à justiça emprestar-lhe visibilidade. Em nada se diferenciam os vínculos heterossexuais e os homossexuais que tenham o afeto como elemento estruturante.

O legislador intimida-se na hora de assegurar direitos às minorias alvo da exclusão social. A omissão da lei dificulta o reconhecimento de direitos, sobretudo frente a situações que se afastam de determinados padrões convencionais, o que faz crescer a responsabilidade da Justiça. Preconceitos e posições pessoais não podem levar o juiz a fazer da sentença meio de punir comportamentos que se afastam dos padrões que ele aceita como normais. Igualmente não cabe invocar o

silêncio da lei para negar direitos àquele que escolheu viver fora do padrão imposto pela moral conservadora, mas que não agride a ordem social.

As uniões de pessoas com a mesma identidade sexual, ainda que sem lei, foram ao Judiciário reivindicar direitos. Mais uma vez o Judiciário foi chamado a exercer a função criadora do direito. O caminho que lhes foi imposto já é conhecido. As uniões homossexuais tiveram que trilhar o mesmo *iter* imposto às uniões extramatrimoniais. Em face da resistência de ver a afetividade nas relações homossexuais, foram elas relegadas ao campo obrigacional e rotuladas de sociedades de fato a dar ensejo a mera partilha dos bens amealhados durante o período de convívio, mediante a prova da efetiva participação na sua aquisição.²³

O receio de comprometer o sacralizado conceito do casamento, limitado à idéia da procriação e, por conseqüência, da heterossexualidade do casal, não permitia que se inserissem as uniões homoafetivas no âmbito do Direito de Família. Havia dificuldade de reconhecer que a convivência está centrada no vínculo de afeto, o que impedia fazer a analogia dessas uniões com o instituto da união estável. Afastada a identidade familiar, nada mais era concedido além de uma pretensa repartição do patrimônio comum. Alimentos, pretensão sucessória, eram rejeitados sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

As uniões homossexuais, quando reconhecida sua existência, eram relegadas ao Direito das Obrigações. Chamadas de sociedades de fato, limitava-se a Justiça a conferir-lhes seqüelas de ordem patrimonial. Logrando um dos sócios provar sua efetiva participação na aquisição de bens amealhados durante o período de convívio, era determinada a partição do patrimônio, operando-se verdadeira divisão de lucros. Reconhecidas como relações de caráter comercial, as controvérsias eram julgadas pelas varas cíveis.

A mudança começou pela Justiça gaúcha, que, ao definir a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, as inseriu no âmbito do Direito de Família as reconhecendo como entidades familiares. Cabe sinalar que o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul possui uma estrutura diferenciada. A divisão de competência por matérias existe também no segundo

²³ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 17

grau de jurisdição entre os órgãos colegiados do Tribunal de Justiça. Essa peculiaridade evidencia o enorme significado do deslocamento das ações das uniões de pessoas do mesmo sexo das varas cíveis para os juízos de família. Esse, com certeza, foi o primeiro grande marco que ensejou a mudança de orientação da jurisprudência rio-grandense.²⁴ A definição da competência das varas de família para o julgamento das ações envolvendo as uniões homossexuais provocou o envio de todas as demandas que tramitavam nas varas cíveis para a jurisdição de família. Também os recursos migraram para as câmaras que detêm competência para apreciar essa matéria.

Proposta a ação trazendo por fundamento jurídico as normas de Direito de Família, a tendência era o indeferimento da petição inicial. Decantada a impossibilidade jurídica do pedido, era decretada a carência de ação. O processo era extinto em seu nascedouro, por ser considerado impossível o pedido do autor. Esta foi a decisão proferida em ação de petição de herança cujo recurso,²⁵ invocando os princípios constitucionais que vedam a discriminação entre os sexos, por unanimidade de votos reformou a sentença. Foi reconhecido que a inicial descrevia a existência de um vínculo familiar e, afirmada a possibilidade jurídica do pedido, foi determinado o prosseguimento da ação. Esta decisão, de forma clara, sinalizou o caminho para a inserção, no âmbito do Direito de Família, das uniões homoafetivas como entidade familiar, invocando a vedação constitucional de discriminação em razão do sexo.

²⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 599 075 496, Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Breno Moreira Mussi, Data do julgamento: 17/6/1999, Ementa: **RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO.** 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. Agravo provido.

²⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 598 362 655, Oitava Câmara Cível, Relator: Des. José S. Trindade, Data do julgamento: 01/3/2000, Ementa: **“HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTAVÉL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.** É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida.

A primeira decisão da Justiça brasileira que deferiu herança ao parceiro do mesmo sexo também é da justiça especializada do Rio Grande do Sul.²⁶ A mudança de rumo foi de enorme repercussão, pois retirou o vínculo afetivo homossexual do Direito das Obrigações, em que era visto como simples negócio, como se o relacionamento tivesse objetivo exclusivamente comercial e fins meramente lucrativos. Esse equivocado enquadramento evidenciava postura conservadora e discriminatória, pois não conseguia ver a existência de um vínculo afetivo na origem do relacionamento.

Como o Direito de Família se justifica pela afetividade, fazer analogia com esse ramo do Direito significa reconhecer a semelhança entre as relações familiares e as homossexuais. Assim, pela primeira vez, a Justiça emprestou relevância ao afeto o elegendo como elemento de identificação para reconhecer a natureza familiar das uniões homoafetivas. O Relator, Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, em longo e erudito voto, invocando os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, concluiu que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a sua afirmação. Na esteira dessa decisão, encorajaram-se outros tribunais e, com significativa freqüência, se tem notícias de novos julgamentos adotando posicionamento idêntico.

A possibilidade de ser reconhecida como relação jurídica, mediante medida cautelar de justificação, a convivência de um casal de mulheres para prevenir futuras controvérsias foi outro significativo avanço. Tendo sido indeferida a inicial foi provido o recurso,²⁷ sob o fundamento que a prova da convivência efetiva

²⁶ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Data do julgamento: 14/3/2001, Ementa: UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.

²⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70002355204, Sétima Câmara Cível, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data do julgamento: 11/4/2001. Ementa: JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. CONVIVÊNCIA HOMOSSEXUAL. COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. É competente a Justiça Estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais, pois os efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. São competentes as Varas de Família, e também as Câmaras Especializadas em Direito de Família, para o exame das questões

seria da maior importância na eventualidade de ruptura da vida em comum, com vista à apuração do resultado patrimonial.

Em outra demanda, foi afirmada a possibilidade do uso da ação de carga eficaz meramente declaratória da existência da relação homossexual. Mesmo inexistindo controvérsia entre as autoras sobre a existência da relação, restou reconhecido o interesse de agir com finalidade de prevenir futuras discussões.²⁸

A ausência de herdeiros sucessíveis levou o companheiro sobrevivente a disputar a herança que, na iminência de ser declarada vacante, seria recolhida ao município. Em sede de embargos infringentes foram reconhecidos direitos sucessórios ao companheiro pelo voto de Minerva do Vice-Presidente do Tribunal.²⁹

Recente julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,³⁰ por decisão unânime, determinou a partilha de bens, reconhecendo como

jurídicas decorrentes da convivência homossexual, pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que são relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial. 2. É viável juridicamente a justificação pretendida, pois a sua finalidade é comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário. Inteligência do art. 861 do CPC. Recurso conhecido e provido.

²⁸ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70005733845, Segunda Câmara Especial Cível, Relator: Dr. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Data do julgamento: 20/3/2003, Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. Afastada carência de ação. Sentença desconstituída para o devido prosseguimento do feito.

²⁹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Embargos Infringentes nº 70003967676, 4º Grupo de Câmaras Cíveis de Porto Alegre, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, Data do julgamento: 09/5/2003, Ementa: UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.

³⁰ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Data do julgamento: 25/6/2003, Ementa: RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.

união estável a convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, por quase cinco anos, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência entre as partes.

É de se louvar a coragem de ousar quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e se rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Houve um verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e uma oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito conservador de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade, que se faz justiça. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação, afastando-se o Estado de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

A postura da jurisprudência, juridicizando e inserindo no âmbito do Direito de Família as relações homoafetivas, como entidades familiares, é um marco significativo. Na medida em que se consolida a orientação jurisprudencial, ainda que majoritária, emprestando efeitos jurídicos às uniões de pessoas do mesmo sexo, começa a alargar o espectro de direitos reconhecidos aos parceiros quando do desfazimento dos vínculos homoafetivos. Inúmeras outras decisões despontam no panorama nacional a mostrar a necessidade de se cristalizar uma orientação que acabe por motivar o legislador a regulamentar situações que não mais podem ficar à margem da Justiça. Consagrar os direitos em regras legais talvez seja a maneira mais eficaz de romper tabus e derrubar preconceitos. Mas, enquanto a lei não vem, é o Judiciário que deve suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos permeados de preconceitos ou restrições morais de ordem pessoal.

Não mais cabe deixar de arrostar a realidade do mundo de hoje.

Necessário ter visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de família os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontade, merecem a especial proteção que só o Direito de Família consegue assegurar.

O caminho está aberto, e imperioso que os juízes cumpram com sua verdadeira missão, que é fazer justiça. Acima de tudo precisam ter sensibilidade para tratar de temas tão delicados como as relações afetivas, cujas demandas precisam ser julgadas com mais sensibilidade e menos preconceito. Ou seja, com mais atenção aos princípios de justiça, de igualdade e de humanismo, que devem presidir as decisões judiciais.

Há muito já caiu a venda que tapava os olhos da Justiça. O símbolo da imparcialidade não pode servir de empecilho para o reconhecimento de que a diversidade necessita ser respeitada. Não mais se concebe conviver com a exclusão e com o preconceito.

A Justiça não é cega nem surda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social e os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam. Mister que os juízes deixem de fazer suas togas de escudos para não enxergar a realidade, pois os que buscam a Justiça merecem ser julgados, e não punidos.

Referências bibliográficas

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *Derecho y homosexualismo en el derecho comparado*. In *Homossexualidade – Discussões Jurídicas e Psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual, o Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Homoafetividade: o que diz a Justiça!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica*. In *Revista da AJURIS*, nº 88 – Tomo 1. Porto Alegre: dezembro de 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha* (tradução de Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. . Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. *A Sexualidade Vista pelas Tribunais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RIOS, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. dez. 1998. nº 6.

_____. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado / Esmafe, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUANNES, Adauto. *As Uniões Homossexuais e a Lei 9.278/96*. COAD. Ed. Especial out/nov. 1999.

VELOSO, Zeno. *Homossexualidade e Direito*. Jornal O Liberal de Belém do Pará em 22.5.1999.