

A igualdade desigual

Maria Berenice Dias[\[1\]](#)

SUMÁRIO: 1. Os direitos chamados humanos – 2. O direito desdobrado em gerações – 3. O direito humano à sexualidade – 4. O direito a uma família – 5. O direito à homoafetividade – 6. As uniões homoafetivas – 7. A igualdade e a justiça.

RESUMO: O princípio da igualdade é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito. Correlacionadas entre si, a liberdade e a igualdade foram os primeiros direitos reconhecidos como direitos humanos fundamentais e passaram a servir de parâmetro para direitos outros, que foram desdobrados em gerações, a fim de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. Omitindo-se o legislador em regular situações dignas de tutela, as lacunas precisam ser colmatadas pelo Judiciário, 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. Na presença de vazios legais, a plenitude do reconhecimento de direitos é implementada pela identificação da semelhança significativa, ou seja, por meio da analogia, que se funda no princípio da igualdade. Outro não deve ser o critério a ser utilizado para reconhecer direitos a segmentos alvos da exclusão social. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a calar-se. Imperioso que ele reconheça direitos às situações merecedoras de proteção, pois descabe se afastar do dever de fazer

justiça.

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. A natureza afetiva do vínculo em nada o diferencia das uniões heterossexuais, merecendo ser reconhecido como união estável.

PALAVRAS-CHAVES: igualdade, orientação sexual, união estável, isonomia.

O jurista que não identifica a justiça com o que é dado avaliará o direito desigual como direito injusto. Se procurar atingir com seu trabalho a justiça, deverá procurar dar o que é de direito aos que não carecem de ajuda e, aos que dela carecem, o que lhes falta.

Friedrich Muller[1]

A igualdade é almejada por todos e em todos os tempos. Está proclamada nas Declarações de Direitos Humanos no mundo ocidental. No Brasil, é consagrada no limiar do ordenamento jurídico, pela Constituição Federal, que assegura, já em seu preâmbulo, *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 (...).*

Erigido o respeito à dignidade da pessoa humana como cânone

fundamental de um Estado Democrático de Direito, [2] é a igualdade o princípio mais reiteradamente invocado na nossa Carta Magna. De modo expresse, [3] é outorgada específica proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade. Também ao elencar os direitos e garantias fundamentais, é a igualdade a primeira referência da Constituição Federal. O art. 5º começa dizendo: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*. Esse verdadeiro dogma é repetido já no seu primeiro inciso, [4] ao proibir qualquer desigualdade em razão do sexo.

No entanto, de um fato não se pode escapar: ainda que buscada de maneira incansável, a igualdade não existe. De nada adianta a Lei Maior assegurar iguais direitos a todos perante a lei, dizer que os homens e as mulheres são iguais, que não se admitem preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver tratamento desigualitário em razão do gênero e a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se estará vivendo em um Estado Democrático de Direito que respeita a dignidade humana, tendo a igualdade e a liberdade como princípios fundamentais. Mesmo tendo havido uma acentuada evolução da sociedade, a igualdade formal ainda não se tornou igualdade material, real. Como bem explicita Konrad Hesse:

Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei (artigo 3º, alínea 1, Lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito.[5]

As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade proíbem discriminar a conduta afetiva no que respeita à inclinação sexual. *Com efeito, a discriminação de um ser*

humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual. [6] 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 tipo seja.

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. [7]

1. Os direitos chamados humanos

O incessante processo de socialização por que passou o estado contemporâneo ensejou um crescimento contínuo e a ampliação subjetiva e objetiva dos direitos. A igualdade juntamente com a liberdade são os princípios fundantes dos direitos humanos.

A sociedade politicamente organizada assegura direitos subjetivos gerais. A busca de realização integral de todo o direito subjetivo sofre os reflexos da convivência social. Para que melhor se assegurem direitos a certos sujeitos ativos contra um, alguns ou todos os sujeitos passivos, em função de um objeto, valor ou bem, existem critérios didáticos que buscam sistematizar a evolução contínua dos direitos do homem e do cidadão, aos quais hoje se prefere chamar direitos humanos. [8]

Os direitos humanos revestem as relações jurídicas por elas

enlaçadas de condições teleológicas e axiológicas específicas, para realizar nos sujeitos dessas relações a humanidade comum de todos os sujeitos: a comunidade humana. [9]

Cabe lembrar que a divisão dos direitos em gerações não quer dizer que se trata de uma sucessão de direitos em conflito, nem revela incompatibilidade de sujeitos e objetos.

2. O direito desdobrado em gerações

A doutrina, na tentativa de classificar os direitos humanos, desdobra-os em gerações. Ainda que se deva pôr em xeque a existência de gerações de direitos, a separar direitos que tiveram uma evolução contínua, não há dúvida de que a história dos direitos humanos começou com a afirmação da liberdade como valor fundamental da sociedade política, obra do liberalismo, na passagem do século 18 para o 19.

Os direitos consagrados pela Declaração francesa de 1789 passaram a ser considerados a primeira geração de direitos. Voltada para as relações sociais em geral, busca garantir o próprio indivíduo, libertando todos e cada um do absolutismo de um ou de alguns. Originariamente, foram os súditos que buscaram se libertar do absolutismo do monarca e seus agentes. São direitos individuais quanto à titularidade, tendo por objeto a liberdade. A tentativa foi de, estritamente em função do interesse comum, admitir restrições aos direitos subjetivos tão-só por meio da lei, por ser expressão da vontade geral. Buscando a preservação da liberdade individual, caracterizam-se os direitos chamados de primeira geração como imposição de limites ao Estado, gerando-lhe obrigações de não-fazer.

Já os direitos de segunda geração têm por objeto assegurar o

direito à igualdade, no sentido de equalizar a sociedade. Surgiram a partir da Constituição de Weimar, de 1919. São chamados direitos sociais, positivados como direitos econômicos, sociais e culturais, visando a igualar os desiguais na medida em que se desiguam. Objetivam o adimplemento de obrigações de fazer pelo Estado, atitudes positivas para superar a mera igualdade formal de todos perante a lei, herança da primeira geração. É a busca da igualdade material, igualdade de oportunidades, ações e resultados, entre partes ou categorias sociais desiguais, para assegurar a participação efetiva da cidadania, por meio do implemento de políticas públicas, e ações afirmativas.

Na passagem do estado liberal para o estado social de direito, cuja plenitude jurídica é o estado democrático de direito, surgem os direitos de terceira geração. Sobrevindos à Segunda Guerra Mundial, quando o gênero humano se mostrou técnica e moralmente capaz de se autodestruir, tal suscitou a solidariedade de todos os indivíduos e categorias da sociedade humana diante de uma possível destruição das condições necessárias à vida do próprio ser humano. Os direitos de solidariedade querem garantir não só o indivíduo contra o indivíduo, mas a humanidade contra a própria humanidade, genericamente considerada. Têm por finalidade assegurar a dignidade humana pelo implemento de todas as condições gerais e básicas que lhe são necessárias, postas como direitos difusos de toda a humanidade. Na busca de um estado de direito pleno, produzido pela conversão de todos os direitos fundamentais em direitos humanos difusos e integrais, cuja titularidade sujeite todos os indivíduos da espécie humana e cujo objeto compreenda todos os valores da dignidade humana.

Nessa terceira era, aparecem direitos difusos quanto à titularidade subjetiva e, quanto ao objeto, direitos de solidariedade. Com eles, a evolução dos direitos humanos atinge o seu ápice, a sua plenitude subjetiva e objetiva: são direitos humanos plenos, de todos os sujeitos contra todos os

sujeitos, para proteger todos os objetos que condicionam a vida humana, fixados em valores ou bens humanos, patrimônio da humanidade, segundo padrões de avaliação que lhe garantam a existência com a dignidade que lhe é própria. São os direitos humanos por excelência, integrais, a promover a integração de todos os sujeitos e objetos da humanidade. Traduzem o humanismo íntegro: a humanidade, em toda a sua plenitude, subjetiva e objetiva, individual e social, segundo Sérgio Resende de Barros. [10]

3. O direito humano à sexualidade

Os temas da sexualidade são envoltos em uma aura de silêncio, despertando sempre enorme curiosidade e profundas inquietações, com lenta maturação por gravitarem na esfera comportamental, existindo tendência a conduzir e controlar seu exercício, acabando por emitir-se um juízo moral voltado exclusivamente à conduta sexual. [11]

A sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade da livre orientação sexual.

Ao serem visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, evidencia-se que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, pois compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário e independente da tendência sexual. Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É

um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza do mesmo modo que a liberdade e a igualdade.

De outro lado, não se pode deixar de considerar a livre orientação sexual como um direito de segunda geração, dando origem a uma categoria social merecedora de proteção diferenciada. A hipossuficiência não é de ser identificada somente pelo viés econômico. Devem ser reconhecidos como hipossuficientes todos os segmentos alvo do preconceito ou discriminação social. A hipossuficiência social leva, por reflexo, à deficiência de normação jurídica, deixando à margem ou à míngua do Direito certos grupos sociais. Como a homossexualidade é pressuposto e causa de um especial tratamento dispensado pelo Direito, não se pode deixar de reconhecer como juridicamente hipossuficiente essa categoria por ser socialmente e, por reflexo preconceituoso marginalizada.

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, solidariamente, a fim de realizar toda a humanidade, de maneira integral, abrangendo todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana. Impositivo enxergar o direito de todo ser humano de exigir o respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, que deve ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos. Portanto, é um direito de solidariedade, cuja exclusão não permite que a condição humana se realize, se integralize.

A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem o direito ao livre exercício da sexualidade, o próprio gênero humano não se realiza, do mesmo modo que 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 un derecho a la libre determinación de los pueblos, existe un derecho a la libre determinación del individuo. El derecho a la orientación sexual como derecho a la libre determinación de cada uno aparece, cronologicamente, dentro de estos derechos de la tercera generación, cuando después de la segunda guerra mundial se toma conciencia de las discriminaciones contra estos grupo de personas; sin embargo, desde el punto de vista de su esencia, es un derecho que puede ser ubicado entre los derechos de la primera generación porque:

– Está íntimamente conectado a los derechos a la privacidad, a la libertad individual, al derecho de asociación, etc.

– No tiene costo económico (inexpensive): cuesta muy poco permitir que las personas capaces decidan ellos mismos con quien compartir sus sentimientos y deseos: permitirles el derecho a expresarse y a organizarse, etc.

– Es esencialmente justiciable; permitir que alguien no sea discriminado por su orientación sexual no es una acción extravagante, exótica.

Por esto se ha dicho que, em realidad, el derecho a la orientación sexual no es algo revolucionario, sino estrictamente conservador. [12]

4. O direito a uma família

No âmbito das relações familiares, é onde mais se evidencia a tendência de engessar os vínculos afetivos segundo os valores culturais dominantes em cada época. Por influência da religião, o Estado limitou o exercício da sexualidade ao casamento, como uma instituição inicialmente indissolúvel, que regula não só seqüelas de ordem patrimonial, mas a própria postura dos cônjuges, impondo-lhes deveres e assegurando direitos de natureza pessoal. O vínculo que nasce por vontade dos nubentes é mantido após a solenização do matrimônio independente e até contra a vontade dos cônjuges. Mesmo com o advento da Lei do Divórcio, a separação e o divórcio são deferidos somente após o decurso de determinado prazo 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 manter o casamento.

A família consagrada pela lei tinha um modelo conservador, era uma entidade matrimonializada, patriarcal, patrimonializada, indissolúvel, hierarquizada e heterossexual. Pelas regras do Código Civil de 1916, 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 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 no campo do Direito das Obrigações, apesar dos protestos da doutrina.

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. 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. [13]

A dificuldade de identificar as relações extramatrimoniais como verdadeiras famílias revelava a sacralização do conceito de família. Mesmo inexistindo qualquer diferença estrutural com os relacionamentos oficializados, a negativa sistemática de estender a estes novos arranjos os regramentos do direito familiar, nem sequer 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. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. *Num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. [14]* Além de alargar o conceito de família para além do casamento, 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..

A Constituição Federal ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, venceu um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros. Mister reconhecer que 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. Conforme afirma Paulo Luiz Lôbo, *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. [15]*

Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Assim, não há como afirmar que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, 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 mera recomendação em transformá-la em casamento. Não é dito que não existem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos do casal para merecer a proteção do Estado é fazer *distinção odiosa* [16], postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade ignorando a vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.

O impedimento de postura discriminatória não tem exclusivamente assento constitucional. Está posto na Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de San Jose, dos quais o Brasil é signatário. Como preceitua o § 2º do art. 5º da Constituição Federal [17], 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. [18]

A orientação que alguém imprime na esfera da sua vida privada não admite restrições de direitos. *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. [19]

5. O direito à homoafetividade

Afirmando a Constituição a existência de um Estado Democrático de Direito consagra como núcleo do sistema jurídico o respeito à dignidade humana. Esse valor implica dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. *A dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana.* [20] 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 à livre orientação sexual.

No entanto, 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.* [21]

Em virtude do próprio preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do direito. Mas, à intolerância social, deve-se contrapor a higidez dos conceitos jurídicos. 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.* [22]

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.

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. [23]

A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e essa 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.

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.

6. As uniões homoafetivas

A dimensão metajurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tenham como protegidos pela Constituição Federal os relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens. A orientação sexual integra esfera de privacidade e 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. 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.

Preconceitos de ordem moral ou ética não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o medo 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 de 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 condenar situações existentes à invisibilidade, é 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 da formação do acervo patrimonial. Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes, pois deve se cingir às 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. [24]

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

Hoje não mais se diferencia a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois a falta de filhos 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 perversa 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, não há como deixar de identificar ambas as situações 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. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, há que se valer da analogia, costumes e princípios gerais de direito. Nada diferencia as uniões hetero e homossexuais de modo a impedir que sejam ambas definidas como família. Enquanto não existir um regramento legal específico, impositiva a aplicação analógica das regras jurídicas que regulam as relações que têm o afeto por causa, ou seja, 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. [25]

A aversão da doutrina dominante e da jurisprudência majoritária a socorrerem-se 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.

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. 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 conferir direitos e impor obrigações mútuas, independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes. Presentes os requisitos legais, vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas, 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.* [26]

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. [27]

Totalmente descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, isto é, “pré-conceitos”, ou seja, com conceitos fixados pelo conservadorismo do passado. As relações sociais são dinâmicas. Não compactuam com preconceitos que ainda se encontram encharcados da ideologia machista e discriminatória, 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.

A homossexualidade é um fato que se impõe e não pode ser negado, estando a merecer a tutela jurídica, ser enlaçado no conceito de entidade familiar. Para isso, é necessário mudar

valores, abrir espaços para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos.

O estigma do preconceito não pode ensejar que um fato social não se sujeite a efeitos jurídicos. Não se pode impor a mesma trilha percorrida pela doutrina e pela jurisprudência nas relações entre um homem e uma mulher fora do casamento, que levou ao alargamento do conceito de família por meio da constitucionalização da união estável. 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. [28]

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 Lobo: *Afinal, que "sociedade de fato" mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?[29]*

Enquanto a lei não acompanha a evolução dos usos e costumes, as mudanças de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém pode muito menos os aplicadores do Direito, fechar os olhos, assumindo uma postura preconceituosa

ou discriminatória, confundindo as questões jurídicas com questões morais e religiosas.

7. A igualdade e a justiça

A garantia da justiça é o dever maior do Estado, que tem o compromisso de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, dogma que se assenta nos princípios da liberdade e da igualdade.

O fato de não haver previsão legal para específica situação 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 merecedor da tutela jurídica. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Clara, a determinação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, costumes e princípios gerais de direito.

O movimento libertário que transformou a sociedade e mudou o conceito de família também emprestou visibilidade aos relacionamentos homossexuais, ainda que o preconceito faça com que essas relações recebam o repúdio de segmentos conservadores. Mas a homossexualidade existe, sempre existiu; e 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 do juiz. No entanto, preconceitos e posições pessoais não devem fazer da sentença meio de punir comportamentos que se afastam dos padrões aceitos como normais. Igualmente não pode ser invocado 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 e merece a tutela jurídica.

As uniões de pessoas com a mesma identidade sexual, ainda que sem lei, foram ao Judiciário reivindicar direitos. Mais uma vez a Justiça foi chamada 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.

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, que tem as mesmas características e a mesma finalidade que a família. 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 dos 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. Os recursos igualmente eram distribuídos às câmaras cíveis que detêm competência para o julgamento de matérias cíveis não especificadas.

A mudança começou pela Justiça gaúcha, que, ao definir a competência dos juzizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, as inseriu no âmbito do Direito de Família e as reconheceu como entidades familiares. Cabe lembrar que o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul possui uma estrutura diferenciada. A divisão de competência por matérias existe também no segundo grau de jurisdição entre os órgãos colegiados do Tribunal de Justiça. Essa peculiaridade evidencia o enorme significado do deslocamento das ações sobre uniões de pessoas do mesmo sexo das varas cíveis para os juízos de família. A definição da competência das varas de família para o julgamento das ações envolvendo as uniões homossexuais provocou a remessa 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. Esse, com certeza, foi o primeiro grande marco que ensejou a mudança de orientação da jurisprudência rio-grandense. [30]

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 que trazia como fundamento a legislação que regulou o § 6º do art. 226 da Constituição Federal assegurando direitos sucessórios

às uniões estáveis. Era buscada a aplicação da Lei nº 8.971/94, invocando os princípios constitucionais que vedam a discriminação entre os sexos. O recurso [31] foi acolhido por unanimidade de votos, reformando a sentença. Reconhecendo que a inicial descrevia a existência de um vínculo familiar, foi afirmada a possibilidade jurídica do pedido e determinado o prosseguimento da ação, para que as partes trouxessem as provas de suas alegações.

Esta decisão, de forma clara, sinaliza 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.

A primeira decisão da Justiça brasileira que deferiu herança ao parceiro do mesmo sexo também é da justiça especializada do Rio Grande do Sul. [32] A mudança de rumo foi enorme, 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, pode-se dizer que, pela primeira vez, a Justiça viu o afeto e o invocou como elemento de identificação para reconhecer a natureza familiar das uniões homoafetivas. A apelação foi julgada pela 7ª Câmara Cível, que tenho a honra de presidir. 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, que alcançou repercussão de âmbito nacional, encorajaram-se outros tribunais e, com significativa frequência, são divulgados novos julgamentos adotando posicionamento idêntico.

A pretensão de prevenir futuras controvérsias levou um casal de mulheres a fazer uso da medida cautelar de justificação, visando ao reconhecimento da convivência de ambas como uma relação jurídica. Havendo sido indeferida a inicial, sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, o recurso [33] foi provido, por reconhecido que a prova da convivência efetiva seria da maior importância na eventualidade de ruptura da vida em comum, com vista à apuração do resultado patrimonial. Não visualizando justificativa para afastar a declaração judicial da existência da relação homossexual, foi afirmada a possibilidade do uso da ação de carga eficaz meramente declaratória. Mesmo inexistindo controvérsia entre as autoras sobre a existência da relação, restou reconhecido o interesse de agir com finalidade de prevenir futuras discussões. [34]

Na medida em que se consolidou a orientação jurisprudencial, ainda que majoritária, emprestando efeitos jurídicos às uniões de pessoas do mesmo sexo, começou a se alargar o espectro de direitos reconhecidos aos parceiros quando do desfazimento dos vínculos homoafetivos.

A ausência de herdeiros sucessíveis levou o companheiro sobrevivente a disputar a herança que, na iminência de ser declarada vacante, seria recolhida ao município. Essa singularidade e outro fato pouco comum deu destaque ao julgamento. [35] Havendo ocorrido empate entre os julgadores, o deferimento dos direitos sucessórios ao parceiro decorreu do voto de Minerva do Vice-Presidente do Tribunal.

O mais recente julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, [36] por decisão unânime, determinou a partilha de bens, reconhecendo como 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.

Há que reconhecer 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 sacralizado 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. 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 juridicidade. 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. [37]

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

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. 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.

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 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.

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

_____. ***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.

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.

Notas

1. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 1,

jan/jun. – 2003, p. 12.

2. inc. III do art. 1º da Constituição Federal.
3. inc. IV do art. 3º da Constituição Federal: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
4. inc. I do art. 5º da Constituição Federal: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.
5. 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.
6. 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. p. 29.
7. 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.
8. Foi a grande pressão do movimento feminista que acabou por alterar essa terminologia, face à carga de discriminação contida na expressão “direitos do homem e do cidadão”.
9. BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 40.
10. BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 406 s. Cf. tb. BARROS, Sérgio Resende de. *Três gerações de direitos*. in www.srbarros.com.br, no campo “Direitos humanos”.
11. DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o Preconceito e a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 17.
12. CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. **Derecho y homosexualismo en el derecho comparado**. In Homossexualidade – Discussões Jurídicas e Psicológicas. Curitiba: Juruá, 200., p. 24.

13. 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
14. VELOSO, Zeno. **Homossexualidade e Direito.** Jornal O Liberal, de Belém do Pará, em 22.5.1999.
15. 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.
16. SUANNES, Adauto. **As Uniões Homossexuais e a Lei 9.278/96.** COAD. Ed. Especial out/nov. 1999. p. 32.
17. § 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.
18. 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. p. 35.
19. BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos:** Paradoxo da Civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 431
20. BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos:** Paradoxo da Civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 418.
21. DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual:** o Preconceito e a Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 17.
22. FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família:** Curso de Direito Civil, Rio De Janeiro: Renovar, 1999. p. 95
23. 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. p. 34.

24. DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o Preconceito e a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 17.
25. RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado / Esmafe, 2000. p. 122.
26. PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **A Sexualidade Vista pelas Tribunais**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 281.
27. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 46.
28. 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.
29. 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.
30. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AI 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.
31. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC nº 598 362 655, Oitava Câmara Cível, Relator: Des. José S. Trindade, Data do julgamento: 01/3/2000, Ementa: **“HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. 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.

32. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC 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.
33. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC 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 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.

34. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC 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.
35. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, EI 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.

36. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC 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.
37. DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade**: o que diz a Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 18.

Publicado em 06/09/2003.

[\[1\]](#) Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Pós-graduada e Mestre em Processo Civil pela PUC-RS

Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM

www.mariaberenice.com.br