

## A homoafetividade como direito

Maria Berenice Dias  
[www.mbdias.com.br](http://www.mbdias.com.br)  
[www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)  
[www.direitohomoafetivo.com.br](http://www.direitohomoafetivo.com.br)

**SUMÁRIO:** 1. O direito à igualdade – 2. Os direitos chamados humanos – 3. O direito desdobrado em gerações – 4. O direito humano à sexualidade – 5. O direito a uma família – 6. O direito à homoafetividade – 7. As uniões homoafetivas – 8. A homoafetividade na justiça – 9. A homoparentalidade.

*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<sup>1</sup>

### **1 – O direito à igualdade**

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,<sup>2</sup> é a igualdade o princípio

---

<sup>1</sup> Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, jan/jun. – 2003, p. 12.

<sup>2</sup> inc. III do art. 1º da Constituição Federal.

mais reiteradamente invocado na nossa Carta Magna. De modo expresso,<sup>3</sup> 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,<sup>4</sup> 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 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.*<sup>5</sup>

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

---

<sup>3</sup> CF, art. 3º, inc. IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>4</sup> CF, art. 5º, inc. I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 330.

*discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual.*<sup>6</sup> 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 III, 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.*<sup>7</sup>

## **2 – 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.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> . 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.

<sup>7</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica*. Revista da AJURIS, nº 88 – Tomo 1. Porto Alegre: dezembro de 2002. p. 244.

<sup>8</sup> 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”.

*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.*<sup>9</sup>

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.

### **3 – 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

---

<sup>9</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 40.

medida em que se desigalam. 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.<sup>10</sup>

#### **4 -- 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.*<sup>11</sup>

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 cabe identificada somente pelo viés econômico. Devem assim ser reconhecidos 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

---

<sup>10</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 406.

<sup>11</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o Preconceito e a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.

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 um derecho a la libre determinación de los pueblos, existe um 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 um derecho que puede ser ubicado entre los derechos de la primera generación porque:*

- *Está intimamente conectado a los derechos a la privacidad, a la libertad individual, al derecho de asociación, etc.*

- *No tiene costo econômico (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 realidade, el derecho a la orientación sexual no es algo revolucionário, sino estrictamente conservador.<sup>12</sup>*

## **5 – 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

---

<sup>12</sup> CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. Derecho y homosexualismo en el derecho comparado. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de família – IDEF. *Homossexualidade – Discussões Jurídicas e Psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 24.



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 das Famílias, 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.*<sup>13</sup>

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 das Famílias, 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*

---

<sup>13</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito das Famílias. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 101

*hipocrisia e preconceito*.<sup>14</sup> 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, vincou 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*.<sup>15</sup>

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*<sup>16</sup>, 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

---

<sup>14</sup> VELOSO, Zeno. *Homossexualidade e Direito*. Jornal O Liberal, de Belém do Pará, em 22.5.1999.

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito das Famílias. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 95.

<sup>16</sup> SUANNES, Adauto. *As Uniões Homossexuais e a Lei 9.278/96*. COAD. Ed. Especial out/nov. 1999. p. 32.

San Jose, dos quais o Brasil é signatário. Como preceitua os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, são recepcionados por nosso ordenamento jurídico os tratados e convenções internacionais objeto de referendo, sendo equivalentes às emendas constitucionais. 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.<sup>17</sup>

## **6 – 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.*<sup>18</sup> 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.*<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> . 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. 35.

<sup>18</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 418.

<sup>19</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o Preconceito e a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 17.

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,<sup>20</sup> 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.*<sup>21</sup>

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.*<sup>22</sup>

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

---

<sup>20</sup> Expressão por mim cunhada na obra intitulada União Homossexual: o preconceito e a Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

<sup>21</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito das Famílias*: Curso de Direito Civil, Rio De Janeiro: Renovar, 1999. p. 95.

<sup>22</sup> 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.

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.

### ***7 – A s 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 consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.*<sup>23</sup>

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 consequência, 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.

---

<sup>23</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o Preconceito e a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.

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 o comando legal 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 hétero 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.<sup>24</sup>*

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 das Famílias.

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

---

<sup>24</sup> RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado / Esmafe, 2000. p. 122.

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 das Famílias. 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.*<sup>25</sup>

*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.*<sup>26</sup>

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.

---

<sup>25</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. *A Sexualidade Vista pelas Tribunais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 281.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 46.



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 60 anos até o 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.<sup>27</sup>*

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?*<sup>28</sup>

Enquanto a lei não acompanha a evolução dos usos e costumes, as mudanças de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém

---

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito das Famílias. Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 100.

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.

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal (art. 1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.<sup>29</sup>

### **8 – A homoafetividade 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.

---

<sup>29</sup> Maria Berenice Dias. Manual do Direito das Famílias, 45.

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.<sup>30</sup>

O receio de comprometer o sacralizado conceito do casamento, limitado à idéia da procriação e, por conseqüência, à heterossexualidade do casal, não permitia que se inserissem as uniões homoafetivas no âmbito do Direito das Famílias. 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

---

<sup>30</sup> Maria Berenice Dias. Homoafetividade: o que diz a Justiça, p. 17

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 juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, as inseriu no âmbito do Direito das Famílias 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.<sup>31</sup>

Proposta a ação trazendo por fundamento jurídico as normas de Direito das Famílias, 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

---

<sup>31</sup> 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.

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<sup>32</sup> 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 das Famílias, 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 do Rio Grande do Sul.<sup>33</sup> 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

---

<sup>32</sup> 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. (TJRS AC 598 362 655, 8ª C.Cív., Rel.: Des. José S. Trindade, j. 01/3/2000)

<sup>33</sup> 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. (TJRS – AC 70001388982, 7ª C. Civ. – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j., 14/3/2001).

postura conservadora e discriminatória, pois não conseguia ver a existência de um vínculo afetivo na origem do relacionamento.

Fazer analogia com o Direito das Famílias que se justifica pela afetividade, 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, invocou os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, concluindo que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a seu reconhecimento. Na esteira dessa decisão, encorajaram-se outros tribunais e, com significativa frequência, se tem notícias de novos julgamentos adotando posicionamento idêntico.

Mesmo inexistindo controvérsia sobre a existência da união, passou a ser reconhecido o interesse de agir, mediante medida cautelar de justificação,<sup>34</sup> bem como admitido o uso de ação declaratória da existência da relação homossexual, sob o fundamento 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.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> 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 das Famílias, 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 das Famílias, 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. (TJRS – AC 70002355204, 7ª C. Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 11/4/2001).

<sup>35</sup> APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. Afastada carência de ação. Sentença desconstituída para o devido prosseguimento do feito. (TJRS – AC 70005733845, 2ª C.Cív.Esp. Rel. – Dr. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, j. 20/3/2003).

A ação mais emblemática foi a que levou o companheiro sobrevivente a disputar a herança que, na iminência de ser declarada vacante, em face da ausência de herdeiros sucessíveis, seria recolhida ao município. Em sede de embargos infringentes foram reconhecidos direitos sucessórios ao companheiro pelo voto de Minerva do Vice-Presidente do Tribunal.<sup>36</sup> Desta decisão o Ministério Público opôs recurso tanto ao Superior Tribunal de Justiça como ao Supremo Tribunal Federal, que ainda não foram alvo de julgamento.

Porém, como o Tribunal Superior Eleitoral<sup>37</sup> já proclamou a inelegibilidade (CF 14 § 7º) nas uniões homossexuais, está reconhecido que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar, tanto que sujeita à vedação que só existe no âmbito das relações familiares. Ora, se estão sendo impostos ônus aos vínculos homoafetivos, mister que sejam assegurados também todos os direitos e garantias a essas uniões, no âmbito do Direito das Famílias e do Direito Sucessório.

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

---

<sup>36</sup> 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. (TJRS – EI 70003967676, 4º Grupo de C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 09/5/2003).

<sup>37</sup> REGISTRO DE CANDIDATO. Candidata ao cargo de prefeito. Reação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. (CF 14 § 7º). Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE – Resp Eleitoral 24564 – Viseu/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º/10/2004).

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 das Famílias 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.<sup>38</sup>

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 das Famílias consegue assegurar.

## **9 – A homoparentalidade**

Não só a família, mas também a filiação foi alvo de profunda transformação, o que levou a repensar as relações paterno-filiais e os valores que as moldam.<sup>39</sup> Das presunções legais se chegou à plena liberdade de reconhecimento de filhos e à imprescritibilidade da investigação dos pais. Tais

---

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 18.

<sup>39</sup> ALMEIDA, Maria Cristina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 179.



foram as mudanças, que a Constituição acabou com a perversa classificação dos filhos, diferenciação hipócrita e injustificável, enfatiza Zeno Veloso, como se as crianças inocentes fossem mercadorias expostas em prateleiras de mercadorias, umas de primeira, outras de segunda, havendo, ainda, as mais infelizes, de terceira classe ou categoria.<sup>40</sup>

Se o afeto passou a ser o elemento identificador das entidades familiares é este o sentimento que serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais, levando ao surgimento da família eudemonista, espaço que aponta o direito à felicidade como núcleo formador do sujeito.<sup>41</sup>

De outro lado, a facilidade de descobrir a verdade genética, com significativo grau de certeza, desencadeou verdadeira corrida na busca da verdade real, atropelando a verdade jurídica, definida muitas vezes por meras presunções legais. À Justiça coube a tarefa de definir o vínculo paterno-filial quando a estrutura familiar não reflete o vínculo de consangüinidade. No confronto entre a verdade biológica e a realidade vivencial, a jurisprudência passou a atentar ao melhor interesse de quem era disputado por mais de uma pessoa. Prestigiando o comando constitucional, que assegura com absoluta prioridade o interesse de crianças e adolescentes, regra exaustiva e atentamente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram os juízes a investigar quem a criança considera pai e quem a ama como filho. O prestígio à afetividade fez surgir uma nova figura jurídica, a filiação socioafetiva, que acabou se sobrepondo à realidade biológica.

A moderna doutrina não mais define o vínculo de parentesco em função da identidade genética. A valiosa interação do Direito com as ciências psicossociais ultrapassou os limites do direito normatizado e permitiu a investigação do justo buscando mais a realidade psíquica do que a verdade eleita pela lei. Para dirimir as controvérsias que surgem – em número cada vez mais significativo – em decorrência da manipulação genética, prevalece a mesma

---

<sup>40</sup> VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 90.

<sup>41</sup> CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *Anais do I Congresso de Direito das Famílias*, Belo Horizonte, 1988, p. 486.

orientação. Popularizaram-se os métodos reprodutivos de fecundação assistida, cessão do útero, comercialização de óvulos ou espermatozóides, locação de útero, e todos viram a possibilidade de realizar o sonho de ter filhos.

Nesse caleidoscópio de possibilidades, os vínculos de filiação não podem ser buscados nem na verdade jurídica nem na realidade biológica. A definição da paternidade está condicionada à identificação da posse do estado de filho, reconhecida como a relação afetiva, íntima e duradoura, em que uma criança é tratada como filho, por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar: cria, ama, educa e protege.<sup>42</sup>

Para evitar confronto ético, acabou sendo imposto o anonimato às concepções heterólogas, o que veda identificar a filiação genética. Mas essa verdade não interessa, pois o filho foi gerado pelo afeto, e não são os laços bioquímicos que indicam a figura do pai, mas, sim, o cordão umbilical do amor. A paternidade é reconhecida pelo vínculo de afetividade, fazendo nascer a filiação socioafetiva. Ainda segundo Fachin, a verdadeira paternidade não é um fato da Biologia, mas um fato da cultura, está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen.<sup>43</sup>

Se a família, como diz João Baptista Villela, deixou de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, o que imprimiu considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade,<sup>44</sup> imperioso questionar os vínculos parentais nas estruturas familiares formadas por pessoas do mesmo sexo.

Não se pode fechar os olhos e tentar acreditar que as famílias homoparentais, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não possuem filhos. Está-se à frente de uma realidade cada vez mais presente: crianças e adolescentes vivem em lares homossexuais. Gays e lésbicas buscam a realização do sonho de estruturarem uma família com a presença de

---

<sup>42</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 85.

<sup>43</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Família hoje. A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 85.

<sup>44</sup> VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 21, 1979, p.404.

filhos. Não ver essa verdade é usar o mecanismo da invisibilidade para negar direitos, postura discriminatória com nítido caráter punitivo, que só gera injustiças.

As situações são várias, cabendo lembrar as que surgem com mais frequência. Após a separação com prole, o pai ou a mãe que tem a guarda dos filhos resolve assumir sua orientação sexual e passa a viver com alguém do mesmo sexo. O companheiro do genitor não é nem pai nem mãe dos menores, mas não se pode negar que a convivência gera um vínculo de afinidade e afetividade. Não raro o parceiro participa da criação, desenvolvimento e educação das crianças, passando a exercer a função parental.

Outra opção cada vez mais comum é um do par se submeter à reprodução assistida. Este será o pai ou a mãe. O parceiro ou parceira, que não participou do processo reprodutivo, fica excluído da relação de parentesco, ainda que o filho tenha sido concebido por vontade de ambos. Os gays utilizam esperma de um ou de ambos, e, realizada a fecundação *in vitro*, a gestação é levada a termo por meio do que se passou a chamar de barriga de aluguel. As lésbicas muitas vezes optam pela utilização do óvulo de uma, que, fecundado em laboratório, é introduzido no útero da outra, que leva a gestação a termo. Nessas hipóteses, o pai ou a mãe biológica é somente um deles, ainda que o filho tenha sido concebido por amor, processo do qual participaram os dois.

A adoção vem sendo incentivada por campanhas, como modalidade de amenizar o grave problema social das crianças abandonadas ou institucionalizadas. A esse apelo só pode responder um dos parceiros. No entanto, mesmo sendo adotada por um, a criança vai ter dois pais ou duas mães.

Em todas essas hipóteses, permitir que exclusivamente o pai (biológico ou adotante) tenha um vínculo jurídico com o filho é olvidar tudo que a doutrina vem sustentando e a Justiça vem construindo: a tutela jurídica dos vínculos

afetivos, pois não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe.<sup>45</sup>

A maior visibilidade e melhor aceitabilidade das famílias homoafetivas torna impositivo o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial com ambos os genitores, ainda que sejam dois pais ou duas mães. Vetar a possibilidade de juridicizar a realidade só traz prejuízo ao filho, que não terá qualquer direito com relação a quem exerce o poder familiar, isto é, desempenha a função de pai ou de mãe. Presentes todos os requisitos para o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, negar sua presença é deixar a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito.

Existindo um núcleo familiar, estando presente o elo de afetividade a envolver pais e filhos, a identificação da união estável do casal torna imperioso o reconhecimento da dupla paternidade. Para assegurar a proteção do filho, os dois pais precisam assumir os encargos do poder familiar. Como lembra Zeno Veloso, o princípio capital norteador do movimento de renovação do Direito das Famílias é fazer prevalecer, em todos os casos, o bem da criança; valorizar e perseguir o que melhor atender aos interesses do menor.<sup>46</sup>

A enorme resistência em aceitar a homoparentalidade decorre da falsa idéia de que são relações promíscuas, não oferecendo um ambiente saudável para o bom desenvolvimento de uma criança. Também é alegado que a falta de referências comportamentais pode acarretar seqüelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do filho. Mas estudos realizados a longo tempo mostram que essas crenças são falsas. O acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não registra a presença de dano sequer potencial no desenvolvimento, inserção social e sadio estabelecimento de vínculos afetivos. Ora, se esses dados dispõem de confiabilidade, a insistência em rejeitar a regulamentação de tais situações só tem como justificativa uma indisfarçável postura homofóbica.

---

<sup>45</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, v. 14, p. 9.

<sup>46</sup> VELOSO, ZENO. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 180.

Está na hora de acabar com a hipocrisia.

Negar a realidade, não reconhecer direitos só tem uma triste seqüela: os filhos são deixados a mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica. Livrar os pais da responsabilidade pela guarda, educação e sustento da criança é deixá-la em total desamparo. Há que reconhecer como atual e adequada a observação de Clovis Bevilacqua<sup>47</sup> ao visualizar um misto de cinismo e de iniquidade, chamando de absurda e injusta a regra do Código Civil de 1916 que negava reconhecimento aos filhos adulterinos e incestuosos.

Outra não é a adjetivação que merecem os dispositivos do Projeto de Lei da Parceria Civil Registrada, de nº 1.151/95, e do Pacto de Solidariedade, de nº 5.252/2002, que vedam quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros ou pactuantes. Cabe repetir as palavras indignadas de Cimbali: Estranha, em verdade, a lógica desta sociedade e a justiça destes legisladores, que, com imprudente cinismo, subvertem, por completo, os mais sagrados princípios da responsabilidade humana.<sup>48</sup>

Agora, pelo jeito, se está chamando de espúrio o filho pelo simples fato de, em vez de um pai e uma mãe, ter dois pais ou duas mães. Quem sabe a intenção é arrancá-lo de sua família, que, como toda família, é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições.<sup>49</sup>

Para o estabelecimento do vínculo de parentalidade, basta que se identifique quem desfruta da condição de pai, quem o filho considera seu pai, sem perquirir a realidade biológica, presumida, legal ou genética. Também a situação familiar dos pais em nada influencia na definição da paternidade, pois família, como afirma Lacan, não é um grupo natural, mas um grupo cultural, e não se constitui apenas por um homem, mulher e filhos, conforme bem esclarece Rodrigo da Cunha Pereira: a família é uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, desempenha uma função,

---

<sup>47</sup> BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1941, v. II, p. 329.

<sup>48</sup> *In* BEVILACQUA, op. loc. cit.

<sup>49</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003, p. 198.

sem estarem necessariamente ligados biologicamente. Assim, nada significa ter um ou mais pais, serem eles do mesmo ou de sexos diferentes.<sup>50</sup>

Mais uma vez o critério deve ser a afetividade, elemento estruturante da filiação socioafetiva, pois, como diz Giselle Groeninga, a criança necessita de pais que transmitam a verdade dos afetos.<sup>51</sup> Não reconhecer a paternidade homoparental é retroagir um século, ressuscitando a perversa classificação do Código Civil de 1916, que, em boa hora, foi banida em 1988 pela Constituição Federal.

Além de retrógrada, a negativa de reconhecimento escancara flagrante inconstitucionalidade, pois é expressa a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. As relações familiares são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe,<sup>52</sup> e a negativa de reconhecimento da paternidade afronta um leque de princípios, direitos e garantias fundamentais, como o respeito à dignidade, à igualdade, à identidade.

Recente julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,<sup>53</sup> por decisão unânime, reconheceu o direito à adoção a um casal formado de pessoas do mesmo sexo. Os filhos haviam sido adotados por uma das parceiras vindo à outra a pleitear a adoção em juízo. Com certeza esta decisão selou de vez o reconhecimento de que a divergência de sexo é indiferente para a configuração de uma família.

---

<sup>50</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 47.

<sup>51</sup> GROENINGA, Giselle. *O segredo dos afetos – a mentira*. Boletim do IBDFAM, nº 19, mar/abr 1993, p. 7.

<sup>52</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito das Famílias e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed. 2001, p. 93.

<sup>53</sup> ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime. (TJRS, 7.ª C.Cív. AC 70013801592, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 5.5.2006).

Não se pode esquecer que crianças e adolescentes têm, com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, à convivência familiar, e negar o vínculo de filiação é vetar o direito à família: lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade.<sup>54</sup>

### Referências bibliográficas

ALMEIDA, Maria Cristina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. II. 1941,.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, v. 14.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *Anais do I Congresso de Direito das Famílias*, Belo Horizonte, 1988.

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

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

\_\_\_\_\_. *União Homossexual: o Preconceito e a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual do Direito das Famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

---

<sup>54</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 21.

\_\_\_\_\_. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

GROENINGA, Giselle. *O secreto dos afetos – a mentira*. Boletim do IBDFAM, nº 19, mar/abr 1993.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Revista Brasileira de Direito de Família Ibdfam, v. 1, p. 7-17, 1999.

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

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

\_\_\_\_\_. *A Sexualidade Vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

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*. Rio de Janeiro: COAD. Ed. Especial out/nov. 1999.



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

\_\_\_\_\_. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 21, 1979, p.404.