

Dos direitos humanos ao direito constitucional: a questão das uniões homoafetivas

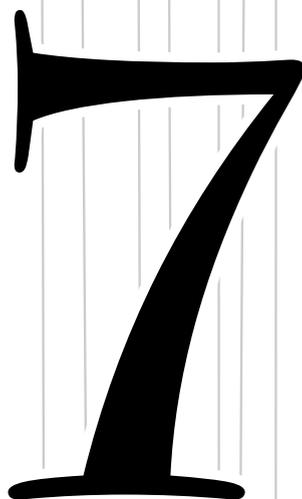
*From human rights to constitutional rights:
the question of homoaffective unions*

Anselmo Peres Alós

*Professor-Leitor de Língua Portuguesa, Literaturas Lusófonas e Cultura Brasileira
Contemporânea no Instituto Superior de Ciência e Tecnologia de Moçambique – ISCTEM
Doutor em Literatura Comparada pelo Programa de Pós-Graduação
em Letras da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
anselmoperosalos@yahoo.com.br*

Iva Peres Alós

*Graduada em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
atua como Assistente Social junto ao Serviço Social da Indústria – SESI-RS
Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Taquari – UNIVATES
Especialista em Terapia de Família pelo DOMUS*



Resumo

O objetivo deste artigo é articular preceitos do Direito Constitucional e do Direito de Família, com o fim de buscar legitimidade jurídica para o reconhecimento do estatuto jurídico das uniões homoafetivas, isto é, das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Ainda que os movimentos sociais gay, lésbico e feminista já tenham conseguido garantir algumas vitórias nesse terreno, é necessária uma reflexão mais ampla, que construa bases legais para o reconhecimento jurídico na forma de letra de lei.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito Constitucional. Direito de Família.

Abstract

The aim of this paper is to articulate insights from Constitutional Law and Family Law, looking for juridical legitimacy for the acknowledgment of the same sex marriage juridical statement. Even though gay, lesbian and feminist movements have already reached some victories in this field, a large discussion is necessary for the construction of legal basis for its juridical recognition in-law terms.

Keywords: Human rights. Constitutional rights. Family rights.

Introdução

De acordo com a Constituição Federal em seu Art. 1º, III, reconhecer a dignidade da pessoa humana equivale a considerar o indivíduo como sendo o valor em si mesmo. Isso implica, também, o reconhecimento de todos os seus direitos, tais como os de cidadania, igualdade, não discriminação, liberdade, afeto, solidariedade e justiça. A Constituição Federal de 1988 traz em seu Art. 3º, I, a liberdade como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: “construir uma sociedade livre”. A ideia de liberdade no Art. 5º refere-se ao direito à livre manifestação do pensamento, à liberdade de consciência e de crença e ao direito à intimidade e à vida privada. Ainda no Art. 3º, IV, destaca-se que, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, está o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O Art. 5º, *caput*, por sua vez, reforça como direito fundamental que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (grifo nosso). Qualquer norma jurídica em Direito de Família exige a presença de fundamento de validade constitucional, principalmente no que tange à igualdade entre o casal. O legislador constituinte alargou o conceito de família, acolhendo na esfera jurídica os relacionamentos existentes fora do casamento. A família, antes marginalizada, constituída pela união estável, passou a merecer tutela constitucional, porque apresenta o afeto e a estabilidade como responsabilidades inerentes às funções familiares.

Para que se compreenda a heteronormatividade como base para a construção de um ordenamento jurídico heteronormativo, é importante analisar as crenças sexuais atuais como crenças históricas inventadas em um determinado tempo e em um determinado espaço. O primeiro elemento, a crença na diferença dos sexos, é uma ideia que ganha força cultural no século XVIII. Antes desse período, a medicina acreditava que só havia um sexo, o masculino. A ideia que exigia a diferença de sexos, para estabelecer a distinção de gênero¹ entre homens e mulheres, deu-se pelos ideais igualitários da revolução democrático-burguesa, os quais tinham que justificar a desigualdade entre homens e mulheres como fundamento para a desigualdade natural. Inicia-se aí um esforço para mostrar que todos são iguais, com exceção de alguns, os

¹ Para as ciências sociais e psicológicas, “sexo” designa a identidade biológica, enquanto “gênero” designa o conjunto dos aspectos psicológicos, sociais e culturais da masculinidade e da feminilidade. Desse modo, no conceito de gênero, a atenção se volta para as características psicossociais que atuam, em cada momento histórico e cultural determinado, na divisão de papéis entre os seres humanos, dado que varia culturalmente (RIOS, 2000, p. 492).

quais são *naturalmente inferiores*. No caso das mulheres, a desigualdade foi encontrada no sexo. A sexualidade feminina começou a ser definida como original e radicalmente diferente da do homem, discorrendo disso características diferenciais quanto à sua habilidade para exercer papéis na vida pública. A ideia de inferioridade natural de certos indivíduos também se estendeu para os povos colonizados e para as classes consideradas “inferiores”. Quanto à noção de “instinto sexual”, a invenção dessa ideia foi uma forma de justificar o conceito de normal e patológico. A partir disso, nasce a distinção entre heterossexual e homossexual. A noção de “diferença de sexos” e de “instinto sexual” traz a ideia de uma “evolução natural do instinto sexual” para um fim determinado: a organização familiar nuclear, da sociedade burguesa, dos estados nacionais e das políticas imperialistas e colonialistas (KATZ, 1997).

No final do século XIX e início do século XX, falar de relacionamentos entre homens e mulheres implicava aceitar a divisão dos humanos em “heterossexuais e homossexuais”. Curiosamente, o termo “heterossexualidade” surgiu posteriormente para designar os sujeitos “saudáveis” em oposição àqueles “desviantes” ou “doentes”. Dessa forma, as categorias “homossexual” e “heterossexual” são muito mais do que essências humanas: são descrições discursivas utilizadas para que se tente compreender e, ao mesmo tempo, normativizar o comportamento sexual humano. Katz (1997) utiliza o termo “heteronormatividade” para descrever o funcionamento opressivo da cultura ocidental, a qual considera a heterossexualidade como única opção legítima da expressão do desejo. O discurso religioso, a moral cristã e mesmo as considerações da biologia e da psicologia consagram um olhar reprovador sobre qualquer orientação sexual que não a heterossexual, baseando-se em princípios como “a manutenção da espécie humana” como suas fundamentais e indiscutíveis fontes abonadoras.

Contextualiza-se o argumento de que a sexualidade é uma realidade natural, psicológica, trans-histórica, transcultural e comum a todos os seres humanos. Para o autor, referir-se aos seres humanos qualificando-os por tipo de preferência sexual, sujeitando-os à condenação, à reprovação, à violência, ao ridículo ou a qualquer outro procedimento cultural indicativo de intolerância, é uma terminologia não ética.

Em *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*, Rios (2002b) lança mão da expressão “orientação sexual” para estudar as discriminações em face da homossexualidade, já que estas são geradas em virtude dessa direção do desejo ou da conduta sexual que identifica os homossexuais. Não é pertinente, nem mesmo como projeto político de

resistência, discutir as “causas” ou as “origens” da homossexualidade na argumentação em defesa das uniões homoafetivas, simplesmente porque nunca foi necessário, para a instituição do casamento, discutir as “causas” ou “origens” da heterossexualidade. A expressão da livre orientação sexual é direito subjetivo inalienável de todo e qualquer cidadão, devendo ser objeto de regramento jurídico somente naqueles momentos em que um ou mais participantes da atividade de cunho sexual afetivo estejam sendo lesados em sua integridade física e moral. Partindo das explicações acima, pode-se afirmar que a heteronormatividade é uma forma de proteção de determinados interesses dos heterossexuais, que nasce com a instituição da família, na economia capitalista, como núcleo produtivo para a sociedade, pois essa economia necessita de mão de obra, sendo a família heterossexual a responsável, através da reprodução, por produzir os sujeitos que nela serão integrados, motivo pelo qual é necessário que se usem vários tipos de mecanismos culturais para garantir a heterossexualidade como a sexualidade normativa.

Foucault (1984) mostra que este conjunto de dispositivos reguladores – o Estado, a Igreja e o discurso científico, particularmente – configura-se como tecnologias do sexo, ou seja, como forças sociais que foram historicamente constituindo os conceitos, as definições e as práticas em torno do que se entende como legítimo em termos de comportamento sexual, de modo a produzir identidades de gênero e sexuais que reafirmam a heterossexualidade como norma. A partir de suas investigações, também percebeu que, no que diz respeito a questões de ética e moral sexual, aquilo que é legítimo e possível é historicamente constituído, ou seja, tais valores mudam com o decorrer da história. A homossexualidade deixou de ser tida como patologia, tanto que, em 1985, o Código Internacional de Doenças (CID) foi revisado, mudando-se o “homossexualismo”, então entre os distúrbios mentais, para o capítulo dos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais, ou seja, um desajustamento social proveniente da discriminação religiosa ou sexual. Em 1995, na última revisão, o sufixo *-ismo*, que significa doença, foi substituído pelo sufixo *-dade*, que designa um modo de ser, concluindo os cientistas que a atividade homossexual não podia mais ser sustentada por um diagnóstico médico. Os transtornos derivam mais da discriminação e da repressão social, oriundos do preconceito, do que das condutas sexuais propriamente ditas. Cabe lembrar que a proibição da homossexualidade é considerada como violação dos direitos humanos pela Anistia Internacional desde 1991.

Por ser também produto da cultura, o Direito adotou a heterossexualidade como norma nas exigências para o casamento, bem como

para a União Estável entre duas pessoas, como se só pudesse haver afeto entre homem e mulher, e não entre pessoas do mesmo sexo. Tal heteronormatividade é discriminatória e fere o princípio da igualdade, pois se todos são iguais perante a lei, sendo vedada a discriminação por sexo, não é possível excluir pessoa alguma da proteção do ordenamento jurídico, sob pena de contrariar a Constituição Federal e os seus princípios, bem como os direitos fundamentais que acompanham a pessoa do nascimento até a morte. Muitos dos juristas que se dedicam ao assunto negam-se a reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, porque defendem que as parcerias entre pessoas do mesmo sexo são apenas sociedades de fato, baseando-se na premissa de que o caráter reprodutivo é o que caracteriza um núcleo familiar. Todavia, cabe lembrar que o Art. 1565, § 2º, admite a liberdade do casal acerca do planejamento familiar, vedadas interferências do Art. 1513 do Código Civil.

Segundo Dias (2003), não há nenhum prejuízo de ordem emocional para a criança adotada por um casal de pessoas do mesmo sexo. Muito mais prejudicial seria se essa criança ficasse abandonada, sem tutela, entregue aos cuidados impessoais de um orfanato ou de uma casa de passagem. Em *União homossexual*, Dias (2000) cunha o termo “uniões homoafetivas”, defendendo a equiparação da tutela legal dada aos casais heterossexuais e homossexuais, a partir da ideia de entidade familiar enquanto sociedade de afeto, independentemente da orientação sexual que originou o casal em questão. Dias foi pioneira no estado do Rio Grande do Sul ao propor uma reflexão inovadora nas ciências jurídicas enfocando a questão dos direitos dos homossexuais, bem como uma análise de posturas jurisprudenciais relativas a decisões envolvendo direito sucessório, união estável, direito de posse, condição de dependência, adoção, cirurgia transexual e alteração de nome, entre outros casos.

Também se albergam as relações homossexuais sob o teto da liberdade de expressão, como garantia do exercício da liberdade individual, cabendo incluí-las, da mesma forma, entre os direitos de personalidade, precisamente no que diz respeito à identidade pessoal e a integridade física e psíquica (DIAS, 2000, p. 64).

A autora reflete ainda sobre a utilização do princípio da analogia, dos costumes e dos Princípios Fundamentais do Direito como possibilidade estratégica para se decidir os casos relativos a uniões homoafetivas, dado não haver legislação específica para tal fim.

O aplicador do Direito deve subsidiar-se dos referenciais elencados no Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Não

há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexo ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa do sistema jurídico. *A identidade sexual, assim como a esterilidade do casal, não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito de Família* (DIAS, 2000, p. 87).

De maneira similar às sugestões de Dias, no que diz respeito ao recurso da analogia e à leitura dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, Figueras (2003, p. 113-114) defende o embasamento nos direitos fundamentais para que se legitime a união homoafetiva:

A união homossexual, como comunhão de vida caracterizada por vínculos afetivos e sexuais, satisfaz os requisitos caracterizadores da entidade familiar. Na ausência de previsão positiva ou proibição expressa, é necessário que se interprete o texto constitucional como um todo, até para se evitar conclusões contraditórias. Sendo assim, fazendo-se uso da analogia e interpretando-se extensivamente os direitos fundamentais, nada mais correto do que reconhecer como união estável a relação entre pessoas do mesmo sexo, ante os princípios fundamentais constitucionais que vedam qualquer discriminação, bem como os que protegem a igualdade.

Ainda que não se detenha especificamente sobre a questão das uniões homoafetivas, Rios (2000), cotejando a legislação brasileira e a estadunidense, focaliza o debate em torno da discriminação por orientação sexual e dos princípios constitucionais. Seu trabalho oferece subsídio para alicerçar a reivindicação pela legitimidade jurídica das uniões homoafetivas. A distinção que ele faz entre discriminação direta (aquela diretamente sofrida pelo indivíduo devido à sua orientação sexual) e indireta (proveniente de medidas que, aparentemente, visam a um tratamento igualitário, mas acabam desfavorecendo aqueles que têm uma orientação sexual diversa da heterossexualidade) é útil para que se pense sobre as omissões da lei brasileira no que diz respeito à garantia dos direitos de homossexuais, bissexuais e transexuais.

Dentre as diferentes modalidades de discriminação por sexo, Figueras (2003, p. 107) destaca a discriminação por orientação sexual:

Uma das espécies do gênero discriminação sexual é a discriminação por orientação sexual. A ausência de explicitação na norma constitucional não importa em afastar da proibição de discriminação a orientação sexual, mesmo porque a parte final do artigo 3º, inciso IV, demonstra que a enumeração constitucional convive com a abertura para qualquer forma diversa de discriminação.

Durante a Assembleia Nacional Constituinte, foi muito discutida a garantia de direito das pessoas à orientação sexual. Devido ao receio de prejuízos maiores, o legislador optou por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação. É possível fazer uso da não discriminação para defender que a livre manifestação da sexualidade integre o elenco de direitos fundamentais protegidos. A realização da pessoa encontra-se como força normativa disposta no preâmbulo, no Art. 1º, III (princípio da igualdade e liberdade humana), e consagrada nos artigos 3º, IV, e 7º, XXX. Além do fundamento constitucional, claro é o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual afirma: “na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito”. Portanto, a falta de previsão legal para situação específica não afasta a possibilidade de direito à tutela jurisdicional. Não se pode esquecer que o Poder Judiciário tem a função de fazer cumprir a Constituição Federal (1988), a qual, em seu preâmbulo, assegura a todo cidadão “o exercício dos direitos sociais 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”:

A família sancionada pelo Estado exclui gays e lésbicas. Como consequência, casais constituídos por sujeitos do mesmo sexo enfrentam imensas dificuldades de manter a guarda dos filhos ou são sumariamente impedidos de adotar crianças; aos membros dessas famílias “ilegítimas” usualmente se nega o direito de receber herança do companheiro ou companheira mortos ou de tomar decisões quando ele/ela enfrenta perigo de vida (LOURO, 2004, p. 88-89).

Em 2000, o Rio Grande do Sul estabeleceu que as relações homoafetivas fossem julgadas pelas Varas de Família e não mais pelas Varas Cíveis, como sociedades de fato. O avanço no Judiciário gaúcho deve-se à pressão dos movimentos homossexuais, pois entende que o Judiciário é um poder conservador, e a tendência a reconhecer algum direito refere-se a evitar situações de enriquecimento injustificável. O próximo passo deve ser dado pelo

Legislativo, que tem o dever de implementar as garantias constitucionais, regulamentando-as por lei.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu Art. 226, § 3º, consagrou como entidades familiares as uniões estáveis entre homem e mulher, estas foram reconhecidas como inspiradas pela *affectio conjugalis* (diverso da *affectio societatis*), deslocando, dessa forma, o seu tratamento para o âmbito do Direito das Famílias. Assim, a legislação infraconstitucional regulou essa forma de família praticamente copiando o modelo oficial de casamento. Essa regulamentação fez da união estável objeto de dirigismo estatal não querido pelos conviventes. Dias considera a doutrina, em relação ao *caput* do Art. 226 da Constituição Federal, como cláusula geral de inclusão, que não é admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. A união estável está caracterizada pela constatação ao longo do tempo e pela existência desses requisitos elementares. Regra o Art. 1724 do Código Civil que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos:

A jurisprudência, por sua vez, tem dispensado atenção especial aos elementos jurídicos presentes em cada caso concreto posto a julgamento, examinando se restou demonstrado que os conviventes postulantes ao reconhecimento da união estável: a) mantiveram pública convivência, longa e duradoura, de forma não intermitente e notória, sob o mesmo teto, com vistas à constituição de família; b) demonstrando estabilidade e vocação de permanência, ou seja, compromisso e o claro propósito de continuidade da vida em comum; c) estando desimpedidos legalmente para o matrimônio (muito embora, em não estando, serem reconhecidos direitos patrimoniais); d) amealharam patrimônio após união, que se presume; e) constituindo prole, ou não; f) com afetividade, fidelidade, respeito e mútua assistência, material e moral (DAL COL, 2004, p. 130).

É mister destacar que os elementos que compõem a união estável são idênticos aos elementos que constituem o casamento: a) convivência *more uxória*; b) comunhão plena de vida; c) observância dos impedimentos previstos no artigo 1521 do Código Civil; d) construção de um patrimônio conjunto; e) existência de prole, que depende da vontade exclusiva das partes; f) afeto, como forma de consolidar e dignificar os conviventes.

Por mais que a união estável seja o espaço do não instituído, quis o legislador dar contornos de casamento, pois todo o regulamento pertinente às uniões estáveis, consideradas uniões extramatrimoniais, tem como referência a união matrimonializada. Dias (2005, p. 164) afirma “que aos poucos as uniões deixam de ser livres para ser uma união amarrada às regras impostas pelo Estado. E, com este paradoxo é preciso aprender a conviver”. Analisando-se a exigência da convivência pública e notória, sob o mesmo teto, questiona-se a exposição dos companheiros perante o grupo social ou familiar em que vivem, apresentando-se como um casal, resolvendo conjuntamente os problemas comuns, dividindo respeito e atenção. Assim, a notoriedade não exige que todos saibam do relacionamento, mas que muitos, ou ao menos aqueles com quem o casal tem uma convivência próxima, o saibam. Vem ganhando espaço o entendimento de que não há necessidade de convivência sob o mesmo teto, dado que muitas vezes o casal reside em locais separados por motivos profissionais (como nos casos em que trabalham em cidades diferentes ou quando eles moram com filhos resultantes de uniões anteriores). No que diz respeito à convivência estável contínua e duradoura, cabe lembrar que a Lei n. 8.971/94 impunha o interstício mínimo de 5 anos para a sua caracterização como tal. A Lei n. 9.278/96, por sua vez, suprimiu essa exigência, visto que a estabilidade de uma relação não pode ser medida pela quantidade de tempo que os companheiros dispensaram um ao outro. Por duradoura, entende-se a união que se prolonga através do tempo; por pública, a que se revela abertamente junto ao grupo social ou, ao menos, às pessoas de convívio mais íntimo dos companheiros; por contínua, entende-se que a relação não tenha sofrido interrupções suficientes para deslegitimar o caráter de relação estável.

Outro ponto importante para a caracterização de uma união estável é a estabilidade da relação e a intenção de constituir família. Evidentemente, não se pode definir a ideia de estabilidade senão em um momento posterior ao do início do relacionamento. A estabilidade é uma condição que ocorre ao longo de certo tempo, mas não está diretamente ligada ao tempo. Os rompimentos e separações constantes, igualmente, podem ser um fator impeditivo para tal verificação de estabilidade, especialmente quando, nos intervalos entre um reatar e outro, houver o desfrute de liberdade conjugal ostentada em público por um dos companheiros (ou pelos dois). Não são invocáveis, na união estável, as causas suspensivas para o casamento; são meramente penalizadoras na esfera patrimonial. Enquanto para o casamento existe uma idade mínima para contrair núpcias, para a união esta é inexistente, pois não há como exigir o consentimento dos pais ou responsáveis para a sua constituição, haja vista que a constituição é fática e não jurídica. Porém, o artigo 1726 do Código Civil prevê que a união estável poderá converter-se em casamento

mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Cabe lembrar que o Novo Código Civil Brasileiro distingue a união estável (estabelecida entre pessoas que abraçam o relacionamento de fato livremente a despeito de poderem se casar) do concubinato (a união estável entre pessoas impedidas de se casar), no Art. 1.727 do Código Civil. Com isso, o Novo Código Civil Brasileiro criou dois institutos distintos: a união estável, cujos efeitos estão definidos, e o concubinato, para o qual não há nenhuma previsão de eficácia ou tratamento. Atualmente, tanto o concubinato quanto as uniões homoafetivas estão sendo regradadas pela jurisprudência, como se vê na decisão do Superior Tribunal de Justiça:

CONCUBINATO - SOCIEDADE DE FATO - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES - 1. Segundo entendimento pretoriano, “a sociedade de fato entre concubinos é, para as consequências jurídicas que decorram das relações obrigacionais, irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica”. 2. Recurso não conhecido (STJ-Resp. 229.069 - 4ª T. - Rel. Min. Fernando Gonçalves - DJU 16.05.2005).

No mesmo sentido, manifestou-se o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. PARTILHA. PROVA DA ÉPOCA E DA FORMA DE AQUISIÇÃO.

Uma vez reconhecida a união estável, impera sejam partilhados igualmente os bens adquiridos, a título oneroso, na sua vigência, sem que se perquiria da contribuição de cada convivente, bastando que fiquem comprovadas, portanto, a época e a forma de aquisição.

Nesse passo, comportam divisão os veículos adquiridos na vigência do enlace, eis que não comprovada cabalmente a sub-rogação alegada pelo varão.

Ficam afastados do rateio os bens cuja existência, propriedade ou época da aquisição não foram objeto de prova.

PEDIDO FORMULADO EM CONTESTAÇÃO. PARTILHA. BENS NÃO ARROLADOS PELA AUTORA. EXAME DA LISTAGEM.

Em se tratando de dissolução de união estável, mostra-se mais adequada a discussão da matéria nos mesmos autos,

ainda que não interposta reconvenção. É inerente à demanda a análise da questão patrimonial e não haveria sentido remeter os litigantes a outro litígio visando à repartição dos bens aqui não abrangidos. Apelos providos em parte (TJRS - AC 70007787427 - 7ª C. Cív. - Rel. José Carlos Teixeira Giorgis - JCTG 18.08.2004).

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo (TJRS - AP 7000128836 - 7ª C. Cív. - Rel. Maria Berenice Dias - MBD 21.12.2005).

Se a intenção de constituir família não deve estar presente na união estável, cabe ressaltar que a filiação não é determinante para que a união estável seja reconhecida como tal. Há uma série de casos nos quais um ou ambos os companheiros tornam-se inaptos para a reprodução, como no caso de pessoas idosas, pessoas com filhos de relacionamentos anteriores ou pessoas submetidas à esterilização (laqueadura de trompas, remoção de ovários ou vasectomia). Ao se reconhecer a união estável unicamente entre o homem e a mulher, mostra-se que a heteronormatividade está presente na esfera jurídica, pois essa restrição nega aos homossexuais o acesso ao reconhecimento da união estável, o que fere o princípio da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei. Dado que a noção de união homoafetiva não advém dos dispositivos do Código Civil, mas, sim, da reflexão intelectual na área das ciências jurídicas e das jurisprudências, cabe deter-se um pouco mais sobre o que se compreende por união homoafetiva. Entende-se a união homoafetiva como a união estável entre dois homens ou duas mulheres, mantida por motivos que ultrapassam os limites do interesse financeiro. Tais relações são pautadas nas emoções, no desejo, no prazer e no afeto mútuos.

Nas relações constituintes de uniões homoafetivas remanescem conseqüências bastante semelhantes às que vigoram nas relações de afeto. Baseando-se nessa premissa, propõe-se a aplicação dos princípios do direito e da analogia à união estável para essa questão, tendo-se em mente os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da isonomia perante a lei. Na obra *União homossexual: o preconceito e a justiça*, Dias (2000) afirma que a negação dos efeitos jurídicos aos vínculos que têm por referencial a identidade homoafetiva configura-se não apenas como postura preconceituosa e discriminatória, mas também como uma afronta ao princípio constitucional da isonomia, dada a natureza comum dos relacionamentos homossexuais e heterossexuais, isto é, das relações baseadas em vínculos afetivos estáveis. Dias sugere a aplicação do princípio da analogia das normas da união estável e do casamento, invocando tanto a expressa proibição da discriminação por motivo de sexo (presente no artigo 7º, XXX) quanto a proibição da discriminação por orientação sexual, subentendido na sentença “sem distinção de qualquer natureza”, mencionada no Art. 7º, XXX, da Constituição Federal. Com essa reflexão, Dias (2000, p. 165) sustenta “que o relacionamento homoafetivo configura, efetivamente, uma família, estando ao abrigo das leis que regulam a união estável e o casamento”, de forma a

evidenciar que a omissão legal e o temor judicial, a respeito das relações de afeto, geram profundas injustiças para aqueles que, estando inseridos no contexto social, têm direito à felicidade e não podem ser discriminados tão somente em razão de sua opção sexual (DIAS, 2000, p. 165).

Concluindo suas reflexões, uma vez que o direito à livre orientação sexual está contemplado entre os direitos humanos fundamentais, a autora atribui às relações homoafetivas o merecimento da proteção jurídica do Estado, sob pena de ferir ele mesmo a sua própria Constituição, que consagra como princípios maiores a liberdade individual e o respeito à dignidade da pessoa humana. Diferentemente da discriminação direta (a violência homofóbica, seja ela física, seja ela verbal), a discriminação indireta resulta da aplicação aparentemente neutra e geral, a qual produz um tratamento diferenciado sobre o indivíduo ou grupo desproporcional, tal como ocorre no próprio texto constitucional ao reconhecer “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (CC/02, Art. 226, § 3º). Tal norma acarreta efeitos diferenciados, por exemplo, o acesso de um homossexual aos direitos atribuídos ao cônjuge sobrevivente da união estável heterossexual em uma situação análoga (a de morte do companheiro).

Ora, a Constituição, formando um Estado Democrático de Direito, tende à realização dos direitos e das liberdades fundamentais. Logo, os princípios da liberdade e da igualdade são os grandes pilares da Constituição Brasileira. Eles estão situados entre os direitos de primeira geração: o direito à liberdade e o direito à igualdade. Recorrem-se aos direitos de primeira geração sempre que questões sobre sexualidade são suscitadas, principalmente através do princípio da isonomia e da proibição de discriminações injustas. Com a evolução e a ampliação dos direitos humanos, chega-se aos direitos de terceira geração. As uniões homoafetivas – ou as uniões estáveis homossexuais – configuram-se como fatos sociais que se impõem, não devendo ser negadas, silenciadas ou desconsideradas pelos juristas. Mesmo que ainda desprovidas de tutela jurídica – diferentemente das uniões estáveis e do concubinato² –, as uniões homoafetivas não podem ser ignoradas pelos juristas, pois não constituem um fato isolado ou “frouxidão de costumes”, como querem alguns moralistas, mas, sim, a expressão de uma opção pessoal que o Estado deve reconhecer, garantir e amparar.

As uniões homoafetivas são muito mais do que uma sociedade de fato: trata-se de sociedades de afeto, o mesmo liame que embasa as parcerias heterossexuais. Na lacuna da lei, isto é, na falta de normatização, há que subsidiar a jurisprudência a partir do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a qual determina a ampliação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa – o casamento, as uniões estáveis e o concubinato – é cair em preconceito ou ignorar o princípio da igualdade.

Logo, a diversidade abriga mais do que a variedade de maneiras de formação da família estabelecida no texto constitucional e valoriza também a liberdade, a personalidade e o respeito às diferenças. Sem o respeito às diferenças individuais desaparece, também, a possibilidade de se construir um mundo no qual haja espaço tanto para subjetividade quanto para a constituição de identidades pessoais. A concepção jurídica de família deve ter flexibilidade suficiente para renovar-se em harmonia com as transformações na sociedade, tendo em vista o importante papel que desenvolve para a realização de seus membros, por ser ambiente de abrigo sentimental e afetivo.

Dias apresenta a concepção de família eudemonista como uma forma de desempenho do papel da família na sociedade atual. Essa família prima pela

² Por concubinato, entendem-se as uniões determinadas pelo artigo 1727 do Código Civil, que faz referência aos impedimentos (artigo 1521 do mesmo Código).

busca da felicidade, pela supremacia do amor e pela vitória da solidariedade, reconhecendo o afeto como o único modo eficaz de definição de família e de preservação da vida, buscando a emancipação de seus membros. Não se pode esquecer que a família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. Isso significa que, com a democratização da família, as relações são estabelecidas pela igualdade e pelo respeito mútuo, e não mais por razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva ingerência do Estado na vida das pessoas. Esse raciocínio conduz ao fim do matrimônio patrimonializado, um dos aspectos da família codificada, tendo como um de seus objetivos não mais do que a transmissão de patrimônio. Pode-se verificar que a família transcende o mundo jurídico, e que tal mutação é um processo cultural de acordo com suas necessidades. A busca da convivência amorosa e afetiva é maior do que os laços puramente biológicos e legais.

Por ter sido pioneiro em utilizar uma interpretação sistemática das uniões homoafetivas, o Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul foi o escolhido para verificação do tratamento dado a essas uniões. Esse método permitiu pacificar a jurisprudência de que o Juízo de Família é competente para julgar ações referentes às uniões homoafetivas, considerando que a vedação constitucional de discriminação em decorrência da orientação sexual não exclui do artigo 226, § 3º, o reconhecimento da união estável entre homossexuais como entidade familiar, o que possibilitou a essas uniões o “*status* de família”. Nesse sentido, a jurisprudência afirma:

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, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido (Agravo de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999).

SOCIEDADE DE FATO. UNIÃO ENTRE HOMOSSEXUAIS. NULIDADE DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAMÍLIA. Segundo orientação jurisprudencial dominante nesta corte, as questões que envolvem uniões homossexuais devem ser julgadas nas Varas de Família,

razão pela qual deve ser desconstituída a sentença. É que a competência em razão da matéria é absoluta e a sentença prolatada por juiz incompetente é nula. Sentença desconstituída (Apelação Cível Nº 70010649440, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/03/2005).

Esse Tribunal tem se manifestado de forma a considerar que as relações homoafetivas em nada diferem das relações heteroafetivas, pois a orientação sexual das partes não pode impedir que o Estado tutele essas relações. Não há como as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, como uma entidade familiar, comprometerem a estabilidade social, acabando com a família, inclusive extinguindo a instituição do casamento matrimonializado. Outra preocupação que a sociedade discriminadora apresenta é que, com a tutela do Estado, a prática homossexual possa ser incentivada. Se essa premissa fosse verdadeira, como explicar que boa parte da população homossexual nasceu e conviveu em famílias heterossexuais? Embora a sociedade ainda tente preservar o modelo familiar alicerçado em valores morais e religiosos, a diversidade familiar é uma realidade contemporânea. A família hoje dissocia a reprodução da sexualidade e da conjugalidade.

Contrapõe-se o modelo de família feliz ao modelo de família desorganizada, dita “anormal” e considerada culpada de tragédias e infortúnios sociais. Os aplicadores do direito têm uma importância vital na inclusão das novas formas de família, pois são eles que sempre abrem espaços no sistema jurídico para resolver questões não disciplinadas pela lei, criando a jurisprudência. A interpretação sistemática do Direito observa princípios, regras e valores que fazem cumprir a Constituição, primando pela dignidade da pessoa humana e assegurando o exercício dos direitos individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista. Sabe-se que o fato social antecede ao jurídico e que a coragem dos juízes cria a jurisprudência que antecede a lei. Alguns juízes já quebraram preconceitos, outros nem tanto.

Analisando as considerações dos desembargadores Antônio Carlos Stangler Pereira e Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, identifica-se que eles não reconhecem a possibilidade jurídica da “união estável” entre pessoas do mesmo sexo, apesar de admitirem que a homossexualidade não constitui fato social novo e aceitam que a dignidade de uma pessoa não está atrelada à sua orientação sexual (TJRS - EF 70011120573 Quarto Grupo Cível - Rel. José

Carlos Teixeira Giorgis - JCTG 10.06.2005). Acrescentam que a orientação homossexual é uma definição individual vinculada a apelos próprios, físicos ou emocionais, sendo imperioso que a sociedade respeite o sentimento de cada um na busca de realização pessoal, pois todos devem encontrar espaço para a integração ao grupo social a que pertencem, sem discriminações. No entanto, essas relações não se assemelham ao casamento nem à união estável, pois o núcleo familiar que merece especial proteção do Estado exige a existência de par formado por um homem e por uma mulher. Equivocam-se os desembargadores quando afirmam que toda e qualquer noção de família passa, necessariamente, pela ideia de uma prole.

Com o advento tecnológico da inseminação artificial, a legitimação da filiação socioafetiva, o próprio desejo de um casal de não ter filhos, a tendência de identificar família pelo seu envolvimento afetivo que busca a felicidade individual de seus membros, a configuração familiar acontece de outras formas, o que não extingue a família, apenas se apresenta de forma mais democrática. Além de considerarem a família como um fenômeno natural, formatado a partir das exigências da natureza e da sociedade, os desembargadores afirmam que a estruturação de família sempre focalizou a noção de homem, mulher e prole e acompanhou o desenvolvimento social, cultural e econômico de cada povo.

Pode-se observar que os desembargadores, mesmo buscando uma interpretação constitucional, fazem-na da forma mais restritiva possível, considerando alguns aspectos, pois não podem negar a realidade, mas fixam sua ideia na concepção natural de família, justificando que os costumes vigentes no país ainda abominam o relacionamento homossexual, tratando com escárnio e desrespeito, como uma doença, uma situação imoral. A família que merece a tutela especial do Estado resulta, basicamente, do casamento civil, tendo como pressuposto material a diversidade dos sexos, tanto que o casamento contraído entre dois homens é inexistente, que a união estável foi erigida à categoria de entidade familiar por ser assemelhada ao casamento e que o legislador reconheceu como tal apenas a união entre homem e mulher. Cumpre verificar qual o papel dos magistrados para a inclusão social e aplicação da norma superior, a Constituição, para o reconhecimento das uniões homoafetivas. O mesmo aconteceu com as relações extramatrimoniais, que ao longo do tempo tiveram aceitação social e foram consideradas entidades familiares. No início, a Justiça reconhecia a existência de uma sociedade de fato, sendo que aos poucos foi construída uma doutrina jurídica de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Apesar de algumas decisões de vanguarda considerarem o núcleo central do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana, ainda encontram-se muitos julgadores envolvidos em preconceitos, mitos e tabus, partindo de referenciais teóricos que não se sustentam, como pode ser verificado na fundamentação do voto do desembargador Chaves, acompanhado por Stangler (TJRS - EF 700011120573 Quarto Grupo Cível - Relator José Carlos Teixeira Giorgis - JCTG 10.06.2005), quando se contradiz ao considerar a família na sua origem natural e ao mesmo tempo como uma construção social. Se é construção social, é, também, cultural, sendo assim, em todo fato social há um interesse a ser protegido, e essa proteção se dá na esfera jurídica e independe de orientação sexual. A Constituição Federal diz que todos têm direito à vida, à proteção, à saúde, à não discriminação, à integridade física e à propriedade. O fato de não existir uma legislação que discipline as relações homoafetivas não significa que os operadores do Direito não queiram e não devam deixar de enxergar essa realidade. Ao reconhecer as uniões homoafetivas como uniões estáveis, acolhe-se a previsão constitucional que, a partir dos fatos da vida, reconhece a existência da afetividade nas relações fora do casamento. O Art. 226 da Constituição Federal é uma cláusula geral inclusiva. Ao preencher os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade, não se pode deixar de reconhecer um relacionamento, mesmo que seja entre pessoas do mesmo sexo.

Ressignificar a família, aceitar suas configurações e aperfeiçoar a convivência humana, hoje, é reconhecer a família como uma comunhão afetiva, com papéis e funções diversas, na qual os adultos são responsáveis pelas crianças, seja qual for o laço, biológico e/ou afetivo. Isso significa olhar para a família contemporânea, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade em busca da felicidade. Nesse sentido, são os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO.

A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar.

A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu

estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA (STJRS - IE 70011120573 - QUARTO GRUPO CÍVEL, REL. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, JCTG 10.06.2005).

UNIÃO HOMOAFETIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS.

Existindo divergência quanto ao termo final do relacionamento, deve ser mantida a indisponibilidade dos bens em nome de um dos companheiros até o julgamento final da ação de reconhecimento de união estável.

Agravo desprovido à unanimidade, rejeitada a preliminar, por maioria (TJRS - AI70013929302, 7ª C. Cív., Rel. Maria Berenice Dias, MBD 29.03.2006).

APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. Embora reconhecida na parte dispositiva da sentença a existência de sociedade de fato, os elementos probatórios dos autos indicam a existência de união estável. PARTILHA. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Caracterizada a união estável, impõe-se a partilha igualitária dos bens adquiridos na constância da união, prescindindo da demonstração de colaboração efetiva de um dos conviventes, somente exigidos nas hipóteses de sociedade de fato. NEGARAM PROVIMENTO (TJRS - AC 70006542377, 8ª C. Cív., Rel. Rui Porta Nova, RPN 11.09.2003).

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. (TJRS - AC 70005488812, 7ª. C. Cív., Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, JCTG 25.06.2005).

Analisando-se as jurisprudências acima fica comprovado que, à medida que as entidades familiares demonstram a existência de laços afetivos e convivência em comum, faz-se jus à interpretação sistemática dos direitos fundamentais, equiparando as uniões homoafetivas à união estável sem qualquer discriminação.

Entende-se que não há necessidade de se esperar por uma nova lei que regulamente a situação dessas uniões. Os homossexuais que constituem uniões homoafetivas são sujeitos de direito, com respectivas demandas, as quais são legitimadas e garantidas através dos princípios constitucionais. Muitas decisões estão sendo denegadas usando como fundamento o Art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece: “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A partir do momento em que se restringe o reconhecimento da união estável apenas entre homem e mulher, são violados o princípio da dignidade humana (artigo 1º, III), o da isonomia da lei perante o cidadão (artigo 5º, *caput*), além dos direitos de personalidade (artigo 5º, X).

A interpretação sistemática da Constituição, como instrumento de aplicação do direito, permite uma hierarquização dos princípios, das normas e dos valores, de maneira a incluir novas formas de constituição da família, na medida em que os direitos fundamentais balizam algumas decisões já tomadas, tal como aferem as recentes jurisprudências. As relações homoafetivas, por não estarem dentro dos padrões estabelecidos para a constituição da família, conforme interpretação de alguns juristas, em não reconhecimento aos princípios constitucionais da dignidade humana, em especial de proteção à família, mesmo no Estado Democrático de Direito, foram

relegadas à marginalidade. Dentro desse contexto, o Estado não vem cumprindo com o seu dever – garantia da justiça e compromisso com a efetividade dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, não discriminação, liberdade, justiça, solidariedade, cidadania e afeto –, considerando a possibilidade jurídica de proteção plena a essas relações como entidades familiares.

O reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, fazendo valer o princípio isonômico da igualdade de todos perante a lei e a plena cidadania da pessoa, independentemente de sua orientação sexual, é garantido pelos princípios constitucionais sob a ótica da mais moderna hermenêutica. Ainda que o Art. 5º da Constituição Federal de 1988 não explicita a expressão “orientação sexual” em seu *caput*, cabe ressaltar que a afirmativa “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” inclui a orientação sexual. A ausência de expressa precisão de critério de orientação sexual não é obstáculo para o seu reconhecimento, não bastasse a abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente em seu texto normativo. Não deve ser obstáculo para o tratamento isonômico a orientação sexual do cidadão, mesmo sob pena de tal tratamento ser considerado inconstitucional. A desigualdade no tratamento do cidadão só é cabível em momentos nos quais tal situação fere os interesses do Estado, o que não ocorre na distinção de tratamento entre homossexuais e heterossexuais. Da mesma forma, o princípio da dignidade da pessoa humana configura-se como essencial à ideia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser vilipendiada em seus direitos, em função de elementos e características que lhe conferem individualidade. O princípio da dignidade da pessoa humana nasce com o homem e o acompanha até a morte. A dignidade da pessoa humana é, simultaneamente, limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral.

Nesse sentido, a discriminação por orientação sexual é a discriminação de uma escolha pessoal, baseada no sexo da pessoa que escolhe direcionar seu desejo para outra pessoa do mesmo sexo. Todos têm o direito de optar, e não importa o sexo da pessoa eleita, se idêntico ou diferente daquele que escolhe. No Estado Democrático de Direito, a concepção jurídica deve reconhecer a relevância do mundo fático e tutelar tudo o que, direta ou indiretamente, contribua para a dignidade da pessoa. Tomando a igualdade e a dignidade como princípios constitucionais, faz-se necessário compreender qual a dimensão semântica que a noção de princípio assume dentro dos domínios do discurso jurídico. O princípio é regra fundamental que contém verdade universal sobre questão de direito. Então, os princípios constitucionais servem

para configurar o Estado, limitar o poder jurídico dos governantes e dar competência aos poderes constitucionais e a seus titulares, bem como para estabelecer o direito dos governados.

A violação de um princípio constitucional é muito mais grave do que a transgressão de uma norma jurídica, pois a desatenção a um princípio constitucional significa não apenas a desobediência a um fundamento normativo, mas a todo conjunto representado pelo sistema jurídico. De todas as possibilidades de ilegalidade ou inconstitucionalidade possíveis, a desobediência a um princípio constitucional é mais grave, pois implica a implosão da própria base do sistema constitucional. Assim, mesmo que não haja previsão legal para uma situação, ela deve ser respeitada, desde que protegida pelos princípios constitucionais. Caso contrário, o litígio que busca a tutela jurisdicional do Estado em questão estará sob o risco de ser considerado ilegal. Não reconhecer as uniões homoafetivas como merecedoras da proteção do Estado configura desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, tanto quanto afronta ao princípio da igualdade.

Ao serem gerados impasses pelo preconceito diante de determinada questão jurídica, há que se acionar o princípio constitucional da isonomia, previsto no Art. 5º da Constituição Federal de 1988. Preconceitos cuja fonte seja a orientação sexual de parceiros homossexuais requerem o acionamento do princípio da igualdade, pois se configura como uma afronta à liberdade de escolha do cidadão. A própria Constituição prevê o princípio da dignidade humana, da liberdade e da igualdade sem distinção de qualquer natureza, bem como a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Este é o pressuposto para a afirmação do *direito à orientação sexual como direito personalíssimo*. Em outras palavras, o direito à livre orientação sexual sem prejuízos está basilado nos princípios constitucionais. O princípio da liberdade está também previsto pela Constituição Federal. Tal princípio refere-se claramente à liberdade do cidadão de fazer escolhas, inclusive no que diz respeito aos seus parceiros sexuais. Respeitar o princípio da dignidade humana implica respeitar sua liberdade de escolha, incluindo-se aí a opção da orientação sexual. Não assegurar qualquer garantia nem outorgar quaisquer direitos às uniões homoafetivas infringe o princípio da igualdade e revela a discriminação sexual, afrontando o direito ao livre exercício da sexualidade, liberdade fundamental do ser humano.

Referências

- BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa da Brasil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DAL COL, Helder Martinez. União estável e contratos de namoro no NCCB. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Síntese/IBDFAM, n. 24, jun./jul. 2004. p. 120-135.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FIGUERAS, Fernanda Louro. Aspectos constitucionais da união de pessoas de mesmo sexo. In: PORTO, S. G.; USTARROZ, D. (Org.). *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 113-114.
- FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- KATZ, Jonahntan. *A invenção da heterossexualidade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.
- PORTO, S. G.; USTARROZ, D. (Org.). *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- RIOS, Roger Raupp. Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família. In: COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a.
- RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b.

