

## **União homossexual, família e proteção constitucional**

**Adriane S. Oliveira**

### **Introdução**

O sistema jurídico nacional tem suportado, nas últimas décadas, inúmeras alterações objetivando adaptá-lo às constantes mudanças ocorridas em nossa sociedade nesse período.

No presente trabalho, procuraremos elencar alguns aspectos do tema "União Homossexual" no cenário jurídico nacional, principalmente sua relação com a noção de Família e com o Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana elencados em nossa Constituição Federal.

As dificuldades de abordagem do tema são de todos conhecidas, porém o estigma do preconceito não deve ensejar que um fato social não se sujeite a efeitos jurídicos. As uniões homossexuais não podem ser ignoradas, pois trata-se de uma opção pessoal que o Estado deve respeitar.

O objetivo deste trabalho é desenvolver, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, algumas idéias para a reflexão sobre a homossexualidade e o direito, a partir do princípio fundamental da dignidade elencado em nossa Carta Magna.

Veremos a origem da família, tida como célula fundamental da sociedade e base do Estado, primeiramente tendo como figura principal o pater famílias e sua estrutura hierarquizada; e o moderno direito de família que tem como objetivo a comunhão de vida, afeto e interesses em comum.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana necessita estar sempre em mira, forjando na sociedade em geral uma verdadeira mentalidade democrática em que, no âmbito público e na esfera da vida privada, possa ser viga da verdadeira democracia.

Os postulados constitucionais não podem ignorar o respeito às diversas modalidades de orientação sexual socialmente existentes, dentre as quais a homossexualidade se insere. Isso seja pelo respeito à vida privada e à intimidade, seja pelo caráter plural e participativo inerentes ao Estado Democrático de Direito delineado constitucionalmente.

A homossexualidade é um fato que se impõe e não pode ser negado, merecendo a tutela jurídica. Acreditamos que deve haver uma mudança de valores, abrindo espaços para novas discussões com a queda de dogmas e preconceitos, com o surgimento de uma sociedade que terá como base o respeito a quaisquer indivíduos.

### **A Origem do Instituto "Família"**

Reconhecida como a "célula primordial" da sociedade, a família é objeto de preocupação mundial, posto que fundamental para a própria sobrevivência da espécie humana, bem como a organização e manutenção do Estado. Evidentemente a família não é o alvo de reflexões apenas no campo jurídico, diante de sua importância como organismo ético, religioso, moral e social. E a visão acerca do organismo familiar deve sempre levar em consideração o caráter nacional do Direito de Família, diante das especificações de cada país, as diversas culturas, civilizações, regimes políticos, sociais e econômicos, repercutindo nas relações familiares.

Segundo Orlando Gomes :

"A organização da família passa por importantes transformações. Novos princípios e regras emprestam fisionomia nova ao Direito de Família, mas, ainda assim, continua a ser a parte do direito civil que mais reclama reforma, para atualização".

Podemos acrescentar que as transformações também se deram no âmbito da instituição familiar, no que se refere aos seus componentes, às mudanças quando à natureza da relação, à função da família, seu governo.

Outrossim, no âmbito nacional, o tratamento constitucional sobre a família não pode ser esquecido, primordialmente nos dias atuais quanto a doutrina, à unanimidade, reconhece as profundas e relevantes mudanças que a Constituição Federal promulgada em 1988 introduziu no contexto da família brasileira.

A necessidade de se abordar a temática referente à família se mostra evidente diante da constatação de que na visão atual do Direito de Família, as relações familiares não se baseiam unicamente no casamento, companheirismo ou no parentesco, como vinham sendo estudadas e consideradas até então. Infelizmente há ainda aqueles que propugnam a manutenção da união homossexual fora das considerações acerca das relações familiares, por considerarem o casamento civil e a união estável entre homem e mulher como os únicos institutos legítimos, formadores e mantenedores da família. Ao analisamos o instituto da união estável, mesmo antes da Constituição Federal em vigor, a maioria dos juristas especializados em Direito de Família já cuidava do tema rotulando-o de concubinato, nas obras destinadas a tal parte do Direito Civil. É certo que a despeito da colocação topográfica do companheirismo nos escritos de Direito de Família, os autores ressaltavam que tal instituto tinha seus efeitos voltados ao Direito das Obrigações, ora sob o argumento da existência de sociedade de fato com contribuições dos companheiros na formação do patrimônio para fins de partilhamento judicial, ora sob a justificativa de que, não havendo constituição patrimonial, a concubina tinha direito a indenização por serviços prestados, seguindo construção dos nossos tribunais. Orlando Gomes já havia tomado posição clara no sentido de incluir o companheirismo como espécie de família, não apenas sob o aspecto formal, mas também quanto aos efeitos da união extra-matrimonial constituída e mantida:

"Deriva a família de três fontes: o casamento, o concubinato e a adoção. Diz-se, em conseqüência, que há três espécies de família, a família legítima, a família natural e a família adotiva. De regra, porém, o termo família usa-se para designar a família legítima. Entende-se que somente o grupo oriundo do casamento deve ser denominado família, por ser o único que apresenta os caracteres de moralidade e estabilidade necessários ao preenchimento de sua função social. Mas é forçoso reconhecer que uniões constituídas fora do casamento, à sua imagem e semelhança, também justificam a designação e merecem proteção jurídica".

Após o advento da Constituição Federal de 1988, com a previsão contida no artigo 226, §3º, consoante a qual "para efeito da 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", o Poder Judiciário do país foi acionado, quando então várias interpretações foram exteriorizadas. Nesse contexto, deve ser transcrito trecho do voto da Relatora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul :

"...

A família é reconhecida como base da sociedade, recebendo proteção especial do Estado. O conceito de família é alargado no texto constitucional. A família é a união estável entre homem e mulher devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Pinto Ferreira, Lui. Manual de Direito Constitucional, p. 429).

O fato de outorgar à lei a obrigação de facilitar a conversão da referida união em casamento, não subtrai da mesma a qualificação de família, merecedora de proteção do Estado, deixando, entrever, tão-só a preferência de ser regularizada tal situação de fato que, no entanto, na linguagem já consolidada por Pontes de Miranda, tornou-se suporte fático suficiente para a sua integração no campo do Direito de Família, subtraído que foi da gama obrigacional onde havia sido acomodado pelos juristas.

Pacífico o reconhecimento de todos que atentaram para tal dispositivo constitucional de que houve o enquadramento do instituto no Direito de Família, assim Sérgio Gilberto Porto (Palestra proferida no curso de Direito de Família, promovido pelo Instituto dos Advogados do Brasil, em 14.10.89) e Sérgio Gischkow Pereira (Algumas questões de família na nova Constituição, Ajuris 45/146), com o conseqüente deslocamento da competência para o julgamento das ações para as varas especializadas.

...".

Vê-se, pois, que a entidade familiar prevista no texto constitucional ao se referir ao companheirismo, há de ser analisada, pois a conclusão extraída quanto à correta exegese do texto constitucional tem o condão de afastar dúvidas porventura existentes, no sentido de corroborar o reconhecimento oficial e constitucional de que as uniões fundadas no

companheirismo estão sob a égide do Direito de Família, merecendo, assim, o tratamento adequado dentro de espaço familiar.

No Brasil, desde o início da colonização, as condições locais favoreceram o estabelecimento de uma estrutura econômica de base agrária, latifundiária e escravocrata.

De acordo com esse modelo, a família brasileira, no período colonial, apresentava uma feição complexa, incorporando ao seu núcleo central componentes de várias origens, que mantinham diversos tipos de relações com o dono da casa, sua mulher e filhos legítimos. Assim, todos viviam juntos sob o mesmo teto.

A anexação de outros elementos, como filhos ilegítimos ou de criação, parentes, afilhados, serviçais, amigos, agregados e escravos, é que conferia à família patriarcal uma forma específica de organização.

Concentrando em seu seio as funções econômico-sociais mais importantes, a família desempenhou um papel fundamental na sociedade colonial, aparecendo também como solução para os problemas de acomodação sócio-cultural da população livre e pobre.

Localizada nos primeiros séculos da história brasileira, principalmente no ambiente rural, dispersa pelos latifúndios monocultores, condicionou seus membros a uma certa trama de relações aparentemente estáveis, permanentes e tradicionais. Nesse contexto era quase uma contingência para os indivíduos de se incorporarem às famílias ou grupos de parentesco, que funcionavam ao mesmo tempo como organizações defensivas e centros de propulsão econômica.

O chefe da família ou grupo de parentes cuidava dos negócios e tinha por princípio preservar a linhagem e a honra familiar, procurando exercer sua autoridade sobre a mulher, prole e demais dependentes sob sua influência.

A casa grande foi o símbolo desse tipo de organização familiar que se implantou na sociedade colonial, sendo o núcleo doméstico para onde convergia a vida econômica, social e política.

Segundo essa concepção, a Igreja, o Estado e as instituições econômicas e sociais eram afetados e até muitas vezes controlados pela influência e preponderância de certas famílias ao nível local.

Essa descrição de família explorada por estudiosos como Gilberto Freire e Oliveira Vianna, embora característica para a sociedade colonial circunscrita ao ambiente rural, desde que aceita pela historiografia foi utilizada como um exemplo válido para toda a sociedade brasileira. Dessa maneira confundiram-se aí vários conceitos: o de família brasileira, que passou a ser sinônimo de patriarcal, e mesmo o de família patriarcal, que passou a ser usado como sinônimo de família extensa. Nessa mesma perspectiva, ainda genericamente falando, família e parentela passam a ter um significado comum.

Esse modelo de estrutura familiar necessariamente enfatizava a autoridade do marido, relegando à esposa um papel mais restrito ao âmbito da família. As mulheres depois de casadas passavam da tutela do pai para a do marido, cuidando dos filhos e da casa no desempenho da função doméstica que lhes estava reservada. Monocultura, latifúndio e mão-de-obra escrava reforçavam essa situação, ou seja, a da distribuição desigual de poderes no casamento, o que conseqüentemente criou o mito da mulher submissa e do marido dominador, também impropriamente usado como válido para toda a sociedade brasileira até o século XIX.

Por outro lado, podemos ver a predominância nos séculos XVIII e XIX de famílias com estruturas mais simplificadas e menor número de componentes. Tal fato, entretanto, parece não ter alterado a intensidade das relações familiares e a importância da família como unidade social básica no decorrer desse período.

Isso significa que, ao estudar a família brasileira, deve-se levar em conta os aspectos mencionados, especialmente no que tange à institucionalização do termo família patriarcal ou extensa como sinônimo de família brasileira.

### **Conceito e Espécies**

A palavra "família", como instituição ou organismo, possui pluralidade de conceituação, não apenas em decorrência da abordagem ser ínsita a uma série de ciências humanas, como também, no universo jurídico, por força dos variados ramos do Direito em que a mesma repercute. Da mesma forma, a família como modalidade de agrupamento humano, sofreu

profundas mudanças no decorrer dos tempos, implicando numa mudança de noção. Todos os estudiosos são unânimes ao considerar a família como célula fundamental da sociedade, razão pela qual a preocupação em conceitua-la e apontar as suas espécies sempre existiu.

Discorrendo a respeito das diversas acepções do vocábulo "família", Orlando Gomes entende que nos dias atuais o significado de grupo de pessoas que vivem sob o mesmo teto, com economia comum não é mais empregado para designar o organismo familiar, verbis :

"Em acepção lata, compreende todas as pessoas descendentes de ancestral comum, unidas pelos laços do parentesco, às quais se ajuntam os afins. Neste sentido, abrange, além dos cônjuges e da prole, os parentes colaterais até certo grau, como tio, sobrinho, primo e os parentes por afinidade, sogro, genro, nora, cunhado".

No mesmo sentido é a orientação de Caio Mário da Silva Pereira, ao mencionar que :

"Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados)".

Numa acepção mais restrita, a família consiste no grupo composto dos cônjuges e seus filhos. Nesse grupo mais restrito se desenvolvem maiores efeitos nas relações familiares, sendo de se destacar que sob tal significação a família desenvolve o princípio da solidariedade doméstica, de vida em comum e cooperação recíproca. As noções atuais sobre o vocábulo "família", segundo Arnoldo Wald, são diversas daquelas existentes no Direito Romano, como segue :

"Atualmente, conhecemos, ao lado da família em sentido amplo - conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, ou seja, os descendentes de um tronco comum - , a família em sentido estrito, abrangendo o casal e seus filhos legítimos, legitimados ou adotivos. Alguns autores incluem no grupo familiar os domésticos que vivem no lar conjugal".

Para Clóvis Bevilacqua, família é :

"O conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações; outras vezes, porém, designam-se por família somente os cônjuges e a respectiva progênie".

Heloísa Helena Barboza, afirma que :

"O homem ao nascer torna-se integrante de uma entidade natural formada por um grupo de pessoas que mantém um complexo de relações pessoais e patrimoniais, qual seja, o organismo familiar - a família, mas o que realmente configura o organismo familiar é 'a reunião de um grupo de pessoas composto de pais e filhos e outros parentes próximos, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção, na feliz concepção de Ferrara".

A família é objeto de referência expressa na legislação civil, em diversas passagens, muitas vezes com diferentes campos de abrangência, razão pela qual deve-se sempre ter em mente o verdadeiro alcance do vocábulo utilizado na lei. A legislação tributária e fiscal, como bem lembra Caio Mário da Silva Pereira , especialmente em matéria de imposto sobre a renda, leva em consideração como família o marido, a mulher, os filhos enquanto menores (ou se inválidos, ou ainda até os vinte e quatro anos de idade caso estejam se preparando para a vida laborativa às expensas paternas) e as filhas (enquanto solteiras).

Constata-se assim uma variedade de acepções da palavra família, sendo possível extrair-se algumas conclusões quanto ao organismo familiar, em geral: a família pode ser constituída pelo parentesco ou pelo casamento; o companheirismo não é alcançado pelas definições, nem tampouco as uniões homossexuais. A despeito de tais conclusões, a realidade fática vem demonstrando as limitações dos conceitos apresentados pela doutrina a respeito da família, ao excluir as situações envolvendo os companheiro e, principalmente, as uniões de pessoas do mesmo sexo, motivo pelo qual impende seja reformulado o conceito de família, de modo a se adequar à realidade dos fatos, nos dias atuais.

Quanto às espécies de família, a doutrina adotava a classificação levando em consideração a qualificação dos filhos. Deste modo, a família legítima era aquela integrada pelos pais unidos pelo vínculo do casamento e pelos filhos daí advindos, ou seja, era a família fundada única e exclusivamente no casamento e nos efeitos daí decorrentes. Conforme advertência feita por

Orlando Gomes , em escrito anterior à Constituição de 1988, "as filiações, o parentesco, o pátrio poder são ordenados para a família legitimamente fundada".

No outro lado situava-se a família ilegítima, produto de relações extra-matrimoniais, diante da adoção de critério excludente: a família constituída fora do casamento. Já se considerava com o nome de "família" a união com aparência de casamento, revestida das características de duração e estabilidade da relação. "Não deixam de ser a família as relações entre concubinos e entre eles e a sua prole, regidas, atualmente, por disposições que se assemelham às da família legítima" . Caio Mário se refere ainda à denominada família adotiva, constituída através do vínculo da adoção, gerando parentesco civil entre as partes da adoção.

Realmente, a preocupação da maioria dos juristas em se apegar a conceitos rígidos, tradicionais, não observando as mudanças ocorridas no âmago da sociedade, na célula básica social, não pode prevalecer em detrimento do reconhecimento de novas noções, novos princípios que vem orientando o mundo moderno.

Desnecessário destacar o fundamental papel da doutrina e, nas uniões homossexuais, da jurisprudência, na evolução e engrandecimento da ciência jurídica e em matéria de família, em particular ao objeto deste trabalho, a convivência de pessoas do mesmo sexo e sua repercussão no ordenamento jurídico.

### **A Constituição Federal de 1988 e a Família**

A Constituição, como lei fundamental do Estado, retrata o perfil ideológico de um agrupamento humano (população), ocupante de um certo espaço físico (território), submetido a autoridade instituída (governo), com objetivos preciosos e determinados (finalidade), quais sejam, a regulamentação dos principais aspectos da vida em sociedade. Nas palavras de José Afonso da Silva :

"A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado".

Lembrando a concepção de Hans Kelsen, segundo o qual no sentido lógico-jurídico a Constituição significa a norma fundamental hipotética, alicerce de todo fundamento lógico-jurídico transcendental de validade das normas de um ordenamento, enquanto que no sentido jurídico-positivo a Constituição consiste na norma positiva suprema, reguladora da criação de outras normas.

Celso Ribeiro Bastos elenca uma série de conceitos da Constituição, consoante o sentido que lhe é atribuído, apontando que, em sentido "normas jurídicas", escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o puramente substancial:

"A Constituição é um complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não, capaz de traçar linhas mestras de um dado ordenamento jurídico. Constituição, nesta acepção, é definida a partir do objeto de suas normas, vale dizer, a partir do assunto tratado por suas disposições normativas".

Esclarece que as regras e os princípios, objeto da Constituição, devem ser aqueles relativos à estruturação do Estado, à organização de seus órgãos supremos e à definição de competências.

Hoje em dia, o rol de matérias elencadas nos textos constitucionais vem sendo alargado, extrapolando as questões relativas à estrutura do Estado, à organização dos poderes, ao modo de exercício do poder e aos direitos e garantias do homem.

Nesse sentido discorre José Afonso da Silva :

"As Constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais".

Hans Kelsen, após cuidar da norma hipotética fundamental, adentrando na análise da Constituição sob o contexto da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, observou :

"Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designando como 'Constituição' que - como Constituição escrita - não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos, politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas da mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos".

Assim, desde 1934, observa-se que a Constituição Federal vem se preocupando com a família brasileira, a despeito das críticas relacionadas à natureza da matéria: extrapola o âmbito de normas materialmente constitucionais. Heloisa Helena Barboza lembra, no entanto, que na Constituição de 1891, a primeira da República, houve a inserção do casamento no texto constitucional com o objetivo tão somente de reconhecer o casamento civil, sendo que tal previsão foi repetida na Emenda de 1926.

Nas palavras de Paolo Biscaretti di Ruffia :

"A Constituição italiana dedicou três artigos (29 a 31) à família, baseando toda a regulamentação desta instituição no reconhecimento dos direitos que lhe pertencem enquanto 'sociedade natural fundada sobre o matrimônio' (do qual se deduz que a família assim tutelada é a legítima, ou seja, monogâmica; que deriva de um matrimônio regular)".

### **A Família Atual**

Verifica-se uma completa reformulação do conceito da família atual, não apenas no Brasil, mas sendo um fenômeno mundial. Em grande parte do planeta, verifica-se que o modelo de família tradicional vem perdendo terreno para o aparecimento de uma nova família. Esta nova família continua sendo imprescindível como célula básica da sociedade, fundamental para sobrevivência desta e do Estado, mas que tem como fundamento valores e princípios diversos daqueles outrora alicerçadores da família tradicional.

O reconhecimento constitucional, no sentido de declarar a existência de outras espécies de família, incluído a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, além do companheirismo - infelizmente a carta Magna não discorre sobre a convivência entre pessoas de mesmo sexo - nada mais representa do que a busca incessante da adequação do ordenamento jurídico à realidade social e cultural.

Há tempos o tratamento ministrado pelo Estado às relações entre companheiros homossexuais deveria ter se adequado à nova realidade. Sob esse aspecto é importante realçar a relevância do papel desempenhado pela doutrina que, sob a liderança de alguns juristas com visão atualizada e sensível - entre eles podemos citar a Desembargadora Maria Berenice Dias - que tentam identificar a união homossexual como uma nova espécie de família.

O jurista Orlando Gomes, antes mesmo da Constituição de 1988, já anunciava a mudança dos tempos, informando que a proteção à família não mais se resumia às disposições relativas ao matrimônio, incluindo também referências à família originada à margem do ato solene e formal do casamento.

Funda-se o casamento na vontade inicial, solenemente declarada ao juiz, e irrevogável, da qual nasce, incontinenti, a família legítima, subordinadas as relações assim criadas às normas inderrogáveis pela vontade das partes. Mas a tendência para facilitar o divórcio, permitido pelo mútuo consentimento em muitas legislações e favorecido pela multiplicação de suas causas, está deslocando o fundamento do matrimônio para uma vontade contínua. Não se regride, evidentemente, à concepção romana, que vinculava seus efeitos à combinação de dois elementos: a convivência e a affectio maritalis, dos quais nascia e se cimentava o mundo da família.

Caetano Lagrasta Neto comenta :

"Somente atingiremos a justiça se abandonarmos o formalismo neutral do processo e enveredarmos - junto com as partes - pelo nebuloso caminho da solidão e do limbo. Neste caminho não há lucros ou prejuízos: há a tentativa desesperada de se atingir um ponto de repouso, que possa fazer com que uma família retome o caminho da civilidade, (...) A igualdade entre cônjuges ou entre homem e mulher - elevada à condição de preceito constitucional - somente poderá ter livre trânsito nos foros se à mulher não for atribuída a carga maior na orientação dos filhos e condução dos afazeres domésticos, com exclusividade. Deverá ser enfatizado que deverão dividir (com os homens) as tarefas de educação, higiene,

saúde, além da orientação espiritual e ideológica, enquanto que a manutenção de um estado de beligerância revela-se fator de desagregação familiar mais profundo e conduz a uma convivência neurótica".

Confirma-se a visão moderna acerca das relações familiares, dissociada dos valores antiquados, ultrapassados, materiais e patrimoniais que prevaleceram em tempos passados.

No contexto atual não mais se pode identificar como família apenas a relação entre um homem e uma mulher unidos pelos sagrados laços do matrimônio. Rompidos os paradigmas identificadores da família, que se esteavam na tríade casamento, sexo e reprodução, necessário buscar um novo conceito de família. Esta não se restringe ao relacionamento com o selo da oficialidade, pois o Judiciário, ao emprestar juridicidade ao que era chamado de concubinato, impôs ao constituinte o alargamento do conceito de entidade familiar.

No momento em que se enlaça no conceito de família, além dos relacionamentos decorrentes do casamento, também o que a Constituição Federal chamou de uniões estáveis e as famílias monoparentais, mister agregar mais um gênero de vínculos afetivos - as relações homossexuais - que merecem ser inseridas no âmbito do Direito de Família.

Devemos salientar que o modelo moderno de conceber a família não advém exclusivamente do casamento, e nem poderia ser. O paradigma contemporâneo mais tem a ver com as razões de fundo subjetivo, como o amor e a busca da felicidade, este pressuposto não se restringe a modelos pré-estabelecidos, pois que é grande, livre e importante demais para enclausurar-se.

### **Família e Homossexualidade**

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em seu artigo "Família e Casamento em Evolução", citando o jurista Virgílio de Sá Pereira:

"A família é um fato natural. Não a cria o homem, mas a natureza (...) O legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera. Fenômeno natural, ela antecede necessariamente o casamento, que é um fenômeno legal, e também por ser um fenômeno natural é que ela excede à moldura em que o legislador a enquadra. Agora, digei-me: que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é fruto de seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural. De tudo que acabo de dizer-vos, uma verdade resulta: soberano não é o legislador, soberana é a vida. Onde a fórmula legislativa não traduz outra coisa que a convenção dos homens, a vontade do legislador impera sem contraste. Onde, porém, ela procura regulamentar um fenômeno natural, ou o legislador se submete às injunções da natureza, ou a natureza lhe põe em cheque a vontade. A família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção é estreita para o fato, e este então se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda a parte ele constitui a família, dentro da lei, se é possível, fora da lei, se é necessário"

Entre nós ocidentais existem duas grandes tradições jurídicas formadoras da concepção jurídica de família. Na Europa continental a compreensão jurídica do termo "família" tem como base o Código de Napoleão, enquanto que o direito da Common Law possui como base formadora o que chamamos de "família vitoriana".

O Código Civil Napoleônico mostra a configuração jurídica entre a família e o modelo de Estado. Foi instaurada entre a família e o Estado uma forte conexão, sendo assinalado a família uma relevância política e a função de formação dos futuros cidadãos e proprietários.

A ordem pública seria fundada sobre a ordem privada, a ordem social sobre a ordem doméstica, a grande pátria sobre a pequena. Esta regulamentação procedia-se segundo certas opções normativas, entre as quais são salientados o reforço drástico do poder marital, a supremacia absoluta da família legítima, a condição jurídica submissa da mulher e a criminalização do adultério feminino. Além disso, a família repousava em uma disciplina machista do pátrio poder sendo, ainda, reforçada por seu controle público. Este poder-dever orientava-se para a consecução de fins públicos, daí a possibilidade da intervenção estatal sempre que não fosse desempenhado adequadamente.

A família jurídica caracterizada institucionalmente por este modelo, deve ser vista como uma entidade fechada que pode ser considerada em si mesma, sendo permanente no tempo, sendo que ocorra uma transformação de seus elementos individuais, voltada para a consecução de

objetivos econômicos e afetivos internos e para a realização de finalidades externas e superiores, sendo estas relacionadas com a manutenção e o progresso de toda a sociedade.

Seguindo-se esta análise, não nos causa qualquer surpresa a negativa absoluta de consideração da união entre pessoas do mesmo sexo no que pertence ao direito de família, pois não há espaço para a aceitação de qualquer espécie de relacionamento conflitante com o padrão estabelecido para a família tradicional.

No contexto apresentado, não seria possível a existência de espaço institucional para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pois elas contrariam a lógica formadora da família juridicamente constituída. Sendo que esta contradição não se limita aos rumos da economia e de suas necessidades, a homossexualidade atinge também ditames religiosos importantes.

Se na tradição jurídica do conceito de família não havia espaço para a concretização das uniões de pessoas do mesmo sexo, na segunda metade do século XX abrem-se novas perspectivas resultantes das transformações que podem ser verificadas na sociedade e na evolução do Direito.

Na segunda metade do século XX, com as profundas mudanças na organização familiar, diversas inovações legislativas foram pouco a pouco alterando o modelo institucional hierárquico fundado no patriarcado. Dentre estas mudanças podemos citar a igualdade entre os cônjugues e o divórcio.

Instaurou-se um novo tipo de relação familiar que privilegiava a satisfação afetiva de ambos os cônjugues, informado pelas aspirações de intimidade e reciprocidade no seio familiar, a chamada "família fusional".

Com o passar do tempo, em meados da década de 80, este modelo familiar alterou-se ainda mais configurando o que chamamos de "família pós-moderna", com a caracterização do predomínio da individualidade dos seus membros sobre a comunidade familiar.

Para o adequado conhecimento do atual Direito de Família, a percepção dessas mudanças é de suma importância, pois este dinamismo culminou, em nosso ordenamento jurídico, com a promulgação da Constituição da República em 1988, onde foram inseridas diversas normas a respeito da família.

Os pilares da família moderna têm como fundamento as relações de solidariedade e afeto, que vai além da função de reprodução, sustento e educação dos filhos por esta gerados. Nota-se a existência de uma valorização do direito pessoal dos membros da família sobre o direito patrimonial.

Os filhos ou a capacidade procriativa não são mais fundamentais para que o relacionamento entre duas pessoas mereça a proteção legal, deste modo, não possui justificativa o fato de se deixar ao desabrigo do conceito de família a união entre pessoas que possuem o mesmo sexo.

A base do moderno Direito de Família é o *affectio maritalis* (mútua assistência afetiva), sendo sem sombra de dúvida possível encontrar este núcleo em parceiros homossexuais. O que os difere dos casais senão a diversidade de sexos? Dito como elemento essencial das relações entre pessoas, o afeto é um aspecto do direito à intimidade garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, X. Ainda que se quisesse considerar indiferentes ao Direito os vínculos de afeto que aproximam as pessoas, são eles que geram os relacionamentos, que por sua vez, geram as relações jurídicas.

A *affectio maritalis* supõe algo mais que o sentimento de afeto recíproco entre os companheiros e menos que o vínculo conjugal na relação matrimonial. Consiste na vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, compartilhando as vidas e os bens. Pressupõe uma espontânea solidariedade dos companheiros em partilhar as responsabilidades que naturalmente derivam da vida em comum.

O fato de se estabelecer uma autêntica *affectio maritalis* entre pessoas do mesmo sexo não configura uma comunidade familiar? A união entre pessoas do mesmo sexo, tendo como objetivo a comunidade de vida de interesses, não merece o mesmo reconhecimento do Direito que tem as uniões entre heterossexuais?

O Direito não regula os sentimentos dos indivíduos, mas sim as uniões que agregam afetos a interesses em comum, que ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, não importando se seus parceiros são hetero ou homossexuais, deste modo, todos os vínculos que tem o afeto como base são merecedoras da proteção do Estado.



O atual Direito de Família exige a superação do paradigma da família tradicional, reconhecendo novos valores e novas formas de convívio nas relações familiares contemporâneas. Não pode ser esquecido que o respeito à dignidade da pessoa humana também se dá por intermédio do reconhecimento da pertinência das uniões entre pessoas do mesmo sexo no âmbito do Direito de Família.

### **Princípios e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**

A expressão "Princípios Fundamentais" do Título I da Constituição Federal exprime a noção de "mandamento nuclear de um sistema". A palavra "princípio" também existe com o sentido de começo ou de início.

Os princípios fundamentais integram o Direito Constitucional positivo, aonde se traduzem em normas fundamentais sendo que estas explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Estes princípios visam, na sua essência, definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e numerar as principais opções político-constitucionais.

Já a expressão "Direitos Fundamentais do Homem" designa, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual entre todas as pessoas. Na palavra "fundamentais" acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, convive ou mesmo sobrevive. Tais direitos devido à sua natureza, são inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Firmando a Constituição Federal de 1988 a existência de um estado democrático de direito, tende à realização dos direitos e liberdades fundamentais.

O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade da pessoa humana, que ocupa no inciso III do artigo 1º uma posição privilegiada no texto constitucional.

O inciso I do artigo 5º estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, e o inciso IV do artigo 2º consagra a promoção do bem de todos sem preconceitos de sexo.

A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito de opção sexual.

O fato de direcionar sua atenção a uma pessoa do mesmo sexo, ou de sexo diverso do seu não pode ser alvo de discriminação. O tratamento diferenciado por alguém sentir atração por um ou outro sexo, nada sofrendo se tender a unir-se a pessoa do sexo oposto ao seu ou recebendo o repúdio social por dirigir seu desejo a pessoa do mesmo sexo, evidencia uma clara discriminação à própria pessoa em função de sua identidade sexual.

Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a opção sexual que se tenha.

Dentro do conteúdo dos direitos fundamentais devem ser incluídos todos os direitos necessários para a garantia de uma vida humana digna, sejam eles direitos individuais, políticos, sociais e de solidariedade.

A Constituição Federal de 1988, como instrumento instituidor do Estado Democrático de Direito, enuncia, após declinar os princípios e objetivos fundamentais da República, os direitos e liberdades fundamentais. Dentre eles, citamos a liberdade e a igualdade, sem os quais jamais se pode sustentar a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental veiculado no artigo 1º, inciso III.

### **Os Direitos Humanos e a Livre Opção Sexual**

Nos dizeres de Maria Berenice Dias:

"São direitos que compõem a dignidade pessoal e constituem a condição humana, cuja valoração resulta nos valores fundantes da humanidade.

A evolução dos direitos atinge o seu ápice, a sua plenitude subjetiva e objetiva. São direitos humanos plenos, de todos os sujeitos contra todos os sujeitos, para proteger tudo que condiciona a vida humana, fixados em valores ou bens humanos, patrimônio da humanidade, segundo padrões de avaliação que garantam a existência com a dignidade que lhe é própria."

A sexualidade é elemento integrante da própria natureza humana, seja considerada individualmente ou genericamente. Sem liberdade sexual, sem o direito ao livre exercício da

sexualidade, o indivíduo não se realiza, restando marginalizado, do mesmo modo quando lhe falta qualquer outro direito fundamental.

É totalmente descabido pensar em sexualidade com preconceitos, com conceitos fixados pelo conservadorismo do passado e engessados para o presente e futuro. As relações humanas não compactuam com preconceitos que ainda se encontram encharcados da ideologia discriminatória, própria de um tempo ultrapassado pela história da sociedade humana. Este é o papel fundamental da doutrina e da jurisprudência, que necessitam desempenhar seu papel de agentes transformadores dos conceitos antigos da sociedade.

Como as relações heterossexuais, as relações homossexuais são relações afetivas, enquanto não existir legislação que trate especificamente da relação homossexual, deve-se aplicar a legislação pertinente aos vínculos familiares, perfeitamente aplicável as uniões homossexuais.

Indispensável se reconhecer que os vínculos afetivos entre pessoas do mesmo sexo são muito mais do que meras relações homossexuais. Na verdade estas configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito, mas sim, deve ser cuidada pelos conceitos do Direito, sob pena deste falhar como Justiça. O Estado deve dar juridicidade aos cidadãos que tem direito individual à liberdade, direito social a uma proteção positiva do Estado e, acima de tudo, direito à felicidade.

A exigência de respeito aos relacionamentos homossexuais pode-se socorrer no princípio do respeito à dignidade humana, sendo que os pilares que dão efetividade aos direitos humanos, são os princípios da liberdade e da igualdade (dispostos no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988), declara-se que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo estabelecida como objetivo fundamental do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 5º, inciso I, e artigo 3º, inciso IV).

### **A proteção Constitucional à Dignidade da Pessoa Humana**

Ingo Wolfagn Sarlet , conceitua a dignidade da pessoa humana como:

"A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos".

O princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial à idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal. O ser humano, em virtude de sua dignidade, não pode ser visto como meio para a realização de outros fins.

Vladimir Brega Filho, em sua obra "Direitos Fundamentais da Constituição de 1988", citando Paulo Bonavides afirma que:

"Escreve Paulo Bonavides que a 'Velha Hermenêutica' conferia aos princípios caráter meramente programático, retirando deles a normatividade. A inserção dos princípios na Constituição faz com que ocorra uma 'revolução de juridicidade' e os princípios gerais transformam-se em princípios constitucionais. Os princípios passam a ter caráter normativo e passam a informar todo o sistema constitucional.

(...)

Dessa forma, ao serem inseridos nas Constituições, os princípios deixam de ser consideradas normas destituídas de eficácia. Mesmo tendo o caráter de normas programáticas, de declarações, de exortações, terão eficácia, pois servirão de critério de interpretação e darão coerência ao sistema."

Nota-se, então, que o usuário da lei terá por obrigação interpretar a Constituição observando o princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, qualquer interpretação que não garanta a dignidade humana, deverá ser tido como inconstitucional.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana é elemento central da sociedade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito, que promete aos indivíduos, muito

mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

A interpretação constitucional deve ter como ponto de partida os princípios constitucionais, devendo-se partir do princípio maior que rege a matéria em questão, e logo após, para o mais genérico, depois o mais específico, até que seja encontrada a regra concreta que irá orientar a espécie.

O núcleo do sistema jurídico em vigor é o respeito à dignidade humana, tendo por base os princípios da liberdade e da igualdade. A Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, assegura fundamentalmente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A proibição da discriminação sexual alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, porém, na maioria das vezes, estes princípios constitucionais não são suficientes para assegurar o respeito à livre orientação sexual.

A proteção constitucional da dignidade da pessoa humana está inscrita como um dos fundamentos da ordem jurídica inaugurada com a promulgação da Constituição da República de 1988. Este dado normativo revela o caráter de centralidade da dignidade da pessoa humana diante de outros conceitos, formulações ou idéias jurídicas, trata-se da valorização superlativa do princípio, eleito como fator fundante e motivador, em larga escala, de toda a normatização atinente à esfera da vida juridicizada.

Assim sendo, a valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito revela-se postulado da consciência geral no atual estágio do desenvolvimento histórico da humanidade e do ordenamento jurídico brasileiro, bem como dado normativo central para a compreensão e o equacionamento dos problemas jurídicos. Sendo assim, a afirmação da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro tem o condão de repelir quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa desta noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais quanto pela sua pura e simples desconsideração.

Pensar na possibilidade de desrespeito ou prejuízo a qualquer um dos cônjugues, em função de seu sexo, seria dispensar tratamento indigno a este. Não se pode ignorar a condição pessoal das partes envolvidas, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, como se tal aspecto não tivesse qualquer relação com a dignidade humana.

Com efeito, a centralidade da proteção da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico nacional tem como uma de suas conseqüências à radiação deste conteúdo normativo nos demais ramos do direito positivo nacional.

### **A Dignidade da Pessoa Humana nas Relações Homossexuais e o Direito de Família**

A tutela constitucional da dignidade da pessoa humana ocorre no sentido de garantir que a família seja um espaço de promoção, resguardo e efetivação da dignidade de cada um dos integrantes do grupo familiar. Esta se coloca justamente na dimensão do reconhecimento do primado da pessoa, em que a família se põe como instrumento e espaço para a realização desta dignidade, seja no relacionamento entre os cônjuges, seja na educação e formação da personalidade dos filhos.

Com base no que foi anteriormente indicado, tem-se por convicção que o atual Direito de Família ruma para a valorização das uniões de pessoas, do mesmo ou de diferente sexo, em que se estabelece uma comunhão de vida voltada para o desenvolvimento da personalidade, mediante vínculos sexuais e afetivos duradouros, sem estar atrelado aos vínculos formais ou a finalidades reprodutivas. Importante é o reconhecimento da vida em comum que resulta de vínculos afetivos e da conjugação de mútuos esforços, visando a união de sexo e afeto, com base no cotidiano de cada um dos membros da relação afetiva.

Nosso Direito de Família caminha a passos largos na direção do reconhecimento da natureza familiar das relações humanas, estáveis e duradouras, fundadas na sexualidade e no afeto, com a intenção de estabelecer-se uma plena comunhão de vida. Com a enumeração das comunidades familiares no texto constitucional, foram superados antigos dogmas relativos às finalidades reprodutivas dessas mesmas comunidades, dogmas estes que antes eram condições fundamentais para que houvesse o reconhecimento da entidade familiar.

A união entre pessoas do mesmo sexo, baseada nos vínculos afetivos e sexuais constroem uma comunhão de vida estável e durável, satisfazendo assim o requerido pela regulação jurídica na Constituição Federal de 1988.

Após o esboço do perfil dessas relações afetivas, faz-se necessário seu acolhimento no âmbito do Direito de Família, pois, como demonstrado, este é o domínio jurídico adequado para a juridicização desta modalidade de relacionamento social. Diante da construção de uma vida em comum, baseada na vivência afetiva e sexual, com os mesmos moldes de uma relação heterossexual, como afastar a relação homossexual de sua regulamentação no mundo jurídico?

Não há razão suficiente para a exclusão das relações homossexuais no âmbito das relações familiares, considerando principalmente a relação desta inserção com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A proteção da dignidade da pessoa humana inclui o respeito aos traços constitutivos fundamentais da individualidade de cada um, sem depender de orientação sexual. Nesse sentido pode-se, então, afirmar que, como nas relações entre parceiros de diferente sexo, o estabelecimento de relações homossexuais, com fundamento no afeto e na sexualidade, de modo livre e autônomo, sem qualquer prejuízo a outrem, enquadra-se no que diz respeito à proteção da dignidade humana.

A negação deste status familiar às uniões entre pessoas do mesmo sexo acaba por fragilizar a intimidade, na medida em que sua privação, de forma indireta, dificulta gravemente a construção de uma relação afetiva e seu desenvolvimento, tanto para hetero quanto para homossexuais.

### **A União Homossexual e a Constituição Federal de 1988**

Sabemos que a proclamação do valor distinto da pessoa humana tem como consequência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem, sendo a dignidade da pessoa humana, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ela é a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais.

Segundo Fernando Ferreira dos Santos:

"(...) as normas de direito fundamental ocupam o grau superior da ordem jurídica; são submetidas a processos dificultosos de revisão; constituem limites materiais da própria revisão; vinculam imediatamente os poderes públicos; significam a abertura a outros direitos fundamentais.

Explicam-se, assim, os dispositivos que dispõem 'não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais' (art. 60, § 4º, IV, CF); 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata' e que 'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte' (art. 5º, §§, 1º e 2º, CF).

Dessa maneira, a interpretação dos demais preceitos constitucionais e legais há de fazer-se à luz daquelas normas constitucionais que proclamam e consagram direitos fundamentais, as normas de direito fundamental."

Diante do rol constante na Magna Carta, surge o problema do reconhecimento das uniões homossexuais no âmbito do Direito de Família, pois não há qualquer menção expressa no texto constitucional de tais uniões.

Cabe salientar que a orientação sexual heterossexual não consta no citado texto como característica fundamental à constituição da configuração familiar, pois se pode afirmar que os homossexuais pertencem, no mínimo, na condição de pais e filhos, à comunidade familiar juridicamente reconhecida.

A regulação constitucional da família contempla explicitamente três espécies de família: a família decorrente do casamento; a família decorrente da união estável e a família monoparental.

Evidentemente que a Constituição não é taxativa ao definir como entidades familiares exclusivamente às modalidades de convívio familiar expressamente descritas nos parágrafos do artigo 226. A Carta Magna não só possibilita, como também requer que o legislador pátrio e

o aplicador da lei, na interação entre o texto legal e seu âmbito real, concretizem o direito vigente, de modo a se considerar os princípios democráticos de direito e a inegável diversidade de formas de vida amorosa para que, assim, se possa abrir caminho para a legalização das uniões homossexuais como entidades familiares. Nos dizeres de Maria Berenice Dias "o juiz não pode ter medo de fazer justiça."

Segue a autora:

"A função judicial é assegurar direitos, e não bani-los pelo simples fato de determinadas posturas se afastarem do que se convencionou chamar de 'normal'. Vivenciar uma situação não prevista em lei não significa viver à margem da lei, ser desprovido de direito, nada vedando o acesso à Justiça e a busca da tutela jurídica."

Devemos lembrar que a Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de San Jose, dos quais o Brasil é signatário, servem de fundamento para a ONU, que tem entendido como ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos, seja com base no princípio do respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade.

A conclusão pela importância das uniões entre pessoas do mesmo sexo, ao quadro geral do Direito de Família, nos conduz a uma pergunta a respeito da inclusão das referidas uniões a uma dentre os três institutos familiares explicitadas na Constituição Federal ou à configuração de uma outra espécie de comunidade familiar, ainda que não prevista explicitamente no texto constitucional.

Alguns juristas defendem a tese de que a Constituição Federal ao enumerar taxativamente as espécies de comunidade familiar, não admite o reconhecimento de outras comunidades familiares, aonde inclui-se a união entre homossexuais, não podendo ao Poder Judiciário ou a o legislador ordinário regulamentar esta matéria. Mas colocar o problema da regulamentação desta matéria nestes termos em nada auxilia para sua elucidação, pois na medida em que perquirir da natureza taxativa ou enumerativa das comunidades familiares na Constituição seria conceber a idéia de que o texto constitucional já teria definido anteriormente a resposta para esta questão.

Porém quando tratamos da análise e interpretação do texto constitucional devemos partir da premissa segundo a qual a Carta Magna caracteriza-se por uma abertura e amplitude, pois se propõe a interpretações sem, contudo, abandonar vinculação à norma, mostrando-se necessário tal procedimento de concretização. Deve-se buscar pontos de vista relacionados com o problema concreto e indicar o que o texto constitucional fornece para a consideração desses elementos na solução desta regulamentação.

As observações acima descritas definem as bases para a consideração da união entre pessoas do mesmo sexo no chamado Direito Constitucional de Família. Nos importa questionar quais os princípios presentes na Constituição que podem nos fornecer uma solução para o problema estudado e não procurar um rol exemplificativo ou taxativo de espécies de comunidades familiares.

Não encontra qualquer aceitação, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, a inclusão das uniões homossexuais à família decorrente do casamento.

O mesmo artigo define, também como entidade familiar, a união estável formada pelo homem e pela mulher, excluindo, de início, as uniões homossexuais devido à necessidade da diversidade de sexos, bem como na determinação constitucional de se facilitar sua conversão em casamento.

Diante de tal dificuldade, houve o surgimento de duas possibilidades de resposta.

A primeira possibilidade inclui as uniões homossexuais dentro do âmbito da união estável, devido a uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, com base principalmente no direito à igualdade, e mediante analogia.

A segunda possibilidade sustenta que o referido artigo em seu parágrafo terceiro é inconstitucional, pois restringe o conceito de união estável com violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

No entender de Roger Raupp Rios, a tese que sustenta a aplicação analógica do instituto da união estável às uniões homossexuais afasta, primeiramente, a existência de óbice constitucional ao reconhecimento dessas uniões na citada espécie de comunidade familiar. Na

ausência de proibição expressa ou de previsão positiva, postula a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da "unidade da constituição", segundo o qual uma interpretação adequada do texto constitucional exige a consideração das demais normas constitucionais, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias.

A equiparação, via analogia, das uniões homossexuais à união estável, seria devido a uma relevante semelhança autorizadora que é a ausência de vínculos formais e a presença de uma comunhão de vida afetiva e sexual permanente e duradoura entre os companheiros do mesmo sexo, tal como entre companheiros de sexos opostos.

Este argumento confere uma unidade de sentido ao texto constitucional no momento em que faz concorrer com os princípios informativos do Direito de Família outros princípios constitucionais tais como a proibição de discriminação por motivo de sexo e de orientação sexual.

### **Conclusão**

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo, que acompanha o homem do seu nascimento até sua morte, pois é da essência da natureza dos homens.

A dignidade não admite qualquer tipo de discriminação e não é segurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado. Esta, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social.

A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana implica em que se considere o homem como centro do universo jurídico, reconhecimento este que se dirige a cada indivíduo individualmente considerado. Segue-se assim, que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto na elaboração da regra de Direito quanto em relação à sua aplicação, pois a pessoa humana é um conceito dotado de universalidade, não admitindo distinções.

Assim, o direito à orientação sexual é atributo inerente à pessoa humana. Quando alguém dirige seu desejo sexual a outrem, para manter um vínculo afetivo, elege o gênero da pessoa com quem quer se relacionar, esta opção não pode merecer tratamento diferenciado, pois todos tem direito de optar, independente que este companheiro de vida seja hetero ou homossexual.

Permitir a orientação sexual por pessoa de sexo oposto e não oferecer mesmo tratamento em relação aos que direcionam seu desejo sexual a pessoa de sexo idêntico não é senão deixar o indivíduo ao desamparo de um direito fundamental de intimidade e cercear o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Entendemos que, comprovada a existência de um relacionamento em que exista vida em comum, coabitação e laços afetivos, tem-se uma entidade familiar, forma esta que possui proteção constitucional, só pelo fato dos conviventes possuírem o mesmo sexo, não se permite que lhes sejam negados os direitos assegurados a relacionamentos entre pessoas de sexo diverso.

A família contemporânea não mais corresponde àquela formatada pelo Código Civil de 1916, constituída por pai e mãe, unidos por um casamento regulado pelo Estado, a quem se conferia filhos legítimos, eis que o grande número de famílias não fundadas no matrimônio, que provêm de uniões estáveis, ou de famílias monoparentais, demonstra a abertura de possibilidades aos indivíduos.

É possível reprodução sem sexo, sexo sem matrimônio e também matrimônio sem reprodução. Outros são os enfoques da noção de família, alterando-se os paradigmas e princípios estruturadores do Direito.

A família atual busca construir uma história em comum, uma comunhão afetiva, já não implica o pai como marido, sendo que seus papéis e funções são diversos. A procura de um modelo jurídico familiar passa pela superação do tradicional modo de se ver os sujeitos das relações familiares.

A matéria exposta neste trabalho incita consideração atenta e discernimento de valores preconcebidos. A abordagem aqui explicitada não pretende ser definitiva, mas sim, flexível e aberta, para que se possa dar continuidade ao debate acerca do tema.

Não é negando direitos à união homossexual que se fará desaparecer o homossexualismo, sendo o afeto o vínculo que une os parceiros, à semelhança dos demais casais, e que gera efeitos jurídicos.

Como disse Albert Einstein: "Época triste é a nossa em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo".

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. BARBOZA, Heloisa Helena. Família - Casamento - União Estável: conceitos e efeitos à luz da Constituição de 1988. Revista da Faculdade de Direito da UERJ 1/123-137. Rio de Janeiro: 1993.
  2. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Editora Atual, 1988.
  3. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Pedro de Milanelo Piovenzane. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 1999.
  4. BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
  5. DAHER, Marlusse Pestana. Uniões Homossexuais. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 20 de março de 2003.
  6. DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: aspectos sociais e jurídicos. Disponível em <<http://www.berenedias.com.br>>. Acesso em 25 de julho de 2002.
  7. \_\_\_\_\_. Uniões Homoafetivas: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Disponível em <<http://www.berenedias.com.br>>. Acesso em 25 de julho de 2002.
  8. \_\_\_\_\_. União Homossexual: o preconceito e a justiça. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
  9. GOMES, Orlando. Direito de Família. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
  10. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e Casamento em Evolução. In Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, Ano I, Abril/Maio/ Junho de 1999, p. 07-17.
  11. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Batista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
  12. NETO, Caetano Lagrasta. Direito de Família: solidão e limbo. São Paulo: Malheiros, 2000.
  13. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V 5. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
  14. RIOS, Roger Raupp. Dignidade da Pessoa Humana, Homossexualidade e Família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo. In A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 483-517.
  15. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Direito Constitucional: instituições de Direito Público. Trad. Maria Helena Diniz à 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
  16. SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
  17. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
  18. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
  19. WALD, Arnold. Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- <http://www.ibdfam.com.br/private/congressos/Congresso01Trabalho10.aspx>, acesso em 21/11/06