

**O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE
FAMILIAR: SUPERANDO O POSITIVISMO JURÍDICO E
COMPREENDENDO O CONCEITO DE FAMÍLIA PARA ALÉM DA NORMA ***

Adalberto César Pereira Martins Júnior

Ana Carolina Furlan

George Uilerson Pantaroto Perez

João Paulo Serra Dantas**

RESUMO

Neste artigo analisamos o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, à luz dos princípios constitucionais, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Em razão da influência das tradições judaico-cristãs, as Constituições anteriores privilegiavam apenas a família matrimonial como entidade familiar, e, assim, a sociedade não aceitava a atração por pessoas do mesmo sexo. No entanto, o conceito de família evoluiu e, para o Direito moderno, ganhou interpretação relativa, alterando-se continuamente, como reflexo da própria evolução histórica da sociedade e principalmente dos seus costumes. Atualmente, o conceito de família deve se fundar, cada vez mais, em valores existenciais e psíquicos, próprios do convívio próximo, afastando as uniões de valores autoritários. Dessa forma, toda e qualquer família, assim entendida a relação entre seres humanos dotada de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, foi posta sob tutela constitucional, como tipos próprios e sem a primazia de umas sobre as outras, uma vez que, se não fosse assim, degradada restaria sua dignidade e das pessoas que as integram. Para que chegássemos à conclusão de que a família convivencial deva se estender tanto às relações homossexuais quanto às heterossexuais, analisamos os princípios constitucionais como verdadeiras normas jurídicas, normas que integram a Constituição, com a mesma propriedade jurídica que as regras constitucionais, para, assim, combater a leitura positivista arraigada em nosso

*O presente artigo foi escrito com base nos estudos de uma pesquisa que vem sendo realizada no Projeto Unitoledo Cidadã, Pesquisa e Extensão, do Centro Universitário Toledo, de Araçatuba-SP, sob a orientação da Prof^a. Meire Cristina Queiroz, Mestranda em Direito pela mesma Instituição de Ensino.

** Acadêmicos do curso de Direito da Unitoledo (Centro Universitário Toledo), integrantes do grupo de pesquisas do Projeto Unitoledo Cidadã.

ordenamento. A convivência diária, estável, sem impedimentos, livre, mediante comunhão de vida e de forma pública e notória na comunidade social independe de orientação sexual de cada um, vez que a união, seja ela entre homossexual ou heterossexual, baseia-se na afetividade.

PALAVRAS-CHAVE

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; UNIÃO HOMOAFETIVA; ENTIDADE FAMILIAR.

ABSTRACT

In this article we analyzed the recognition of the homosexual stable union as familiar entity, ahead of the constitutional principles, over all, the human being dignity principle. In reason of the Jewish-Christians traditions influence, the prior Constitutions privileged only the matrimonial family as familiar entity, and then, the society did not accept the attraction between people of the same sex. However, the concept of family evolved, and, for the Modern Law, it earned relative interpretation, changing continually, as reflection of the society historic evolution on its own and, mainly, of its customs. Nowadays, the concept of family must deepen, more and more, in psychic and existential values, proper of the close living, removing the authoritarian value unions. This way, every and any family, thus understood the relation among human being, endowed of affectivity, stability and public living, was put under constitutional guardianship, as own types and without the priority of ones on the others, once that, if it was not like this, degraded it would remain its dignity and of the people who integrate it. To get the conclusion that the living family, must be extended as such to the homosexual relationships as to the heterosexual ones, we analyzed the constitutional principles as true juridical norms, which integrate the Constitution, with the same juridical property that the constitutional rules, for then, fight against the positivist reading moored in our orders. The daily living, stable, without impediments, free, by means of communion of life, in a public and notorious way in the social community is independent of each ones sexual orientation, once that the union, be it between homosexual or heterosexual people, is based in the affectivity.

KEYWORDS

HUMAN BEING DIGNITY; HOMOSEXUAL UNION; FAMILIAR ENTITY.

INTRODUÇÃO

Nos ordenamentos jurídicos que seguem a tradição romano-germânica, juntamente com a influência da Igreja Católica, são apontados acontecimentos históricos das Reformas Religiosas, – principalmente a Luterana –, e da Revolução Francesa que apresentaram as linhas mestras da família matrimonial como sendo a única digna de tutela. O Código civil francês de 1804 deu os contornos da estrutura jurídica da família, com forte conotação hierarquizada, patriarcal, centralizadora na pessoa do “chefe”, excluindo de legitimidade qualquer outra união afetiva entre não-parentes. Consolidou-se, pois, o chamado ‘Direito de Família aristocrático’, ou seja, aquele dirigido a tutelar a família ‘legítima’, detentora de patrimônio e defensora da paz doméstica, como valores absolutos, desprovidos de qualquer conteúdo ético e humanista entre os familiares. Com a evolução dos costumes e da própria sociedade, o enfoque jurídico-legal “fechado”, da família aristocrática mostrou-se completamente insuficiente e frágil, daí a necessidade de rever posições, estudar novamente conceitos e regras, sob pena de degradação da própria sociedade.

As Constituições anteriores receberam influência de valores das tradições judaico-cristãs, e, assim, a sociedade passou a repudiar a atração por pessoas do mesmo sexo. Com efeito, privilegiou o casamento, entidade familiar constituídas sob os moldes formais, ou seja, união de homem e mulher, com respeito às regras. Tudo isso influenciado pela religião.

A *contrariu sensu*, o conceito de família para o Direito moderno é relativo, alterando-se continuamente, como reflexo da própria evolução histórica da sociedade e principalmente dos seus costumes. O certo é que uma das notas peculiares do final do século XX consiste na verificação de que as famílias devem se fundar, cada vez mais, em valores existenciais e psíquicos, próprios do convívio próximo, afastando as uniões de valores autoritários.

Dessa forma, toda e qualquer família, assim entendida a relação entre seres humanos impregnada de afeto (*affectio familiae*) e que se afigure estável

(duradoura no tempo) e ostensiva (de caráter público e notório), foi posta sob tutela constitucional, pois a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. Até mesmo porque não se pode perder de vista que o objeto da norma hoje não é a família, como valor autônomo, mas sim as pessoas que a compõem, e não como acontecia outrora em que a proteção se voltava apenas para a proteção da família fundada no compromisso do casamento.

Destarte, os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não são taxativos. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios e sem a primazia de umas sobre as outros, uma vez que, se não fosse assim, degradada restaria sua dignidade e das pessoas que as integram.

Por fim, a partir de uma visão sistêmica e concatenada com a realidade social do texto constitucional, analisada à luz dos princípios constitucionais, vê-se claramente que a referência expressa contida no § 3º do art. 226 da Carta Magna [a diversidade de sexos] se constitui em razão suficiente para negar a possibilidade à existência [jurídica] de uma família composta por pessoas do mesmo sexo. Conforme Posterli (apud CHIARINI JÚNIOR, 2003):

É oportuno, agora, ressaltar que homossexualismo deixou de ser doença. A décima revisão da Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID), da Organização Mundial de Saúde, exclui, depois de quase vinte anos, o homossexualismo como doença"... o então presidente do Conselho Federal de Medicina, psiquiatra Ivan Moura Fé, afirmou que "muitas vezes, os próprios pais levam os filhos homossexuais ao médico, porque acreditam que eles são doentes; a situação deixa os profissionais confusos, já que não é encontrado nenhum sinal que indica a existência de uma anomalia." mais adiante, conclui que "É, comprovadamente, uma opção de vida.

1 - A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Há ordem social quando a sociedade atinge o seu fim [qual seja, o bem comum]. Para tanto, a sociedade precisa estar organizada por um ordenamento jurídico, pois não há bem comum sem um ordenamento jurídico calcado no Estado Democrático de Direito.

Diferentemente dos diversos tipos de normas [social, religiosa, etc.], estas alcançam grupos determinados [chamado pela sociologia de subgrupos], e não a uma coletividade.

Visto pelos mais diversos autores, a ordem jurídica é um sistema, com base em princípios e valores, nos quais encontra na sociedade a capacidade para dirimir os conflitos. Quanto melhor o sistema, melhor funcionará atendendo ao seu fim, chegando-se assim à segurança jurídica.

1.1- A POSIÇÃO DO JUIZ NA INTERPRETAÇÃO DA LEI

Donati e Zitelmann (apud PAUPÉRIO, 1996, p. 313) não admitem lacunas na lei, pelo simples de que “o que não se proíbe é permitido”.

Entretanto, François Géný (apud. PAUPÉRIO, op. cit., p. 314), criticando o positivismo, preconizou os fins sociais da lei, oferecendo ao intérprete elementos capazes de analisar a lei aplicável ao caso concreto. Não se pode duvidar que o método de Géný somente seja aplicável admitindo interpretação criadora no caso de lacuna da lei. Ademais, a “Escola Livre” de Saillelles (apud PAUPÉRIO, op. cit., p. 316), na França, com o método histórico-evolutivo, pois ainda que não existam lacunas, o direito “mumificado” nas leis deve ser substituído pelos ideais de justiça decorrente de cada momento histórico.

E por fim, para Recasens Siches apud PAUPÉRIO, *ibid*), a livre investigação da norma deve pautar-se em três critérios: autonomia da vontade, ordem e interesse público e justo equilíbrio dos lados opostos.

2 - PLURALIDADE FAMILIAR: PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Na defesa da união homoafetiva mister se faz uma análise sobre os princípios constitucionais que tratam do direito de família, ou seja, tratar-se-à do Direito Civil Constitucional, uma vez que o direito de família encontra respaldo na *Lex Major*.

Nunca é demais localizarmos em qual geração¹ de direitos e garantias fundamentais encontra-se respaldado os direitos inerentes ao casal homoafetivo. Os direitos e garantias fundamentais de primeira dimensão surgiram após a Revolução Francesa, tendo como característica a passividade do Estado perante a população. É o chamado *laissez-faire*. Logo, ocorre a aplicação da liberdade entre os indivíduos.

Os direitos e garantias fundamentais de segunda dimensão preconizam o contrário. Tendo em vista tratar-se de direitos sociais, clamam por uma posição ativa do Estado. Ocorre a promoção da igualdade. Já os de terceira dimensão, surgidos após a Segunda Guerra Mundial, são corolário do principal princípio constitucional, aquele que decorre a maioria dos princípios que conhecemos, qual seja, a dignidade humana. E principalmente – não só – nesta dimensão que está a tutela dos interesses dos casais homoeróticos.

Reputa-se que o princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado apriorístico, preexistente a toda experiência, verdadeiro fundamento República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais (DIAS, 2001, p. 195).

Por fim, apenas a título didático, há os direitos e garantias de quarta dimensão, que são aqueles em que há a defesa do desenvolvimento biotecnológico.

¹ * O presente artigo foi escrito com base nos estudos de uma pesquisa que vem sendo realizada no Projeto Unitoledo Cidadã, Pesquisa e Extensão, do Centro Universitário Toledo, de Araçatuba-SP, sob a orientação da Prof^a. Meire Cristina Queiroz, Mestranda em Direito pela mesma Instituição de Ensino.

** Acadêmicos do curso de Direito da Unitoledo (Centro Universitário Toledo), integrantes do grupo de pesquisas do Projeto Unitoledo Cidadã e estagiários do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Não obstante a doutrina mais fluente refira-se à expressão geração, compartilhamos da idéia de que a melhor terminologia para trabalhar com direitos e garantia fundamentais seja a expressão dimensão. Ora, a palavra geração traz a idéia de superposição de uma sobre a outra. No entanto, é certo que todos os direitos e garantias fundamentais vivem harmoniosamente entre si. Há um mútuo relacionamento entre as várias dimensões.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 prevê como entidade familiar o casamento (§§1º e 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º), portanto, descreve um pluralismo familiar².

O casamento tem como requisitos a diversidade de sexo, o consentimento e a celebração (ato solene). A união estável é caracterizada pela ausência de formalismo para a sua constituição. Enquanto o casamento exige processo de habilitação, com publicações dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, a união estável, ao contrário, não exige tais solenidades, é informal.

A união estável, afirma Gonçalves (2007, p 544-545) se constitui em pressupostos objetivos e subjetivos. Os objetivos fundamentam-se em³:

- a) Diversidade de sexo (união entre homem e mulher, excluindo, a princípio, a união homoafetiva);
- b) A notoriedade, isto é, o casal se apresenta aos olhos da sociedade como se família fosse. Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros “o papel passado”;
- c) Estabilidade ou duração prolongada, isto quer dizer que a relação entre as partes deve se perdurar no tempo, com o afã de constituir família;
- d) Continuidade, isto é, sem interrupções, que está intimamente ligada à estabilidade e duração prolongada.
- e) Inexistência de impedimentos matrimoniais, quais sejam, os impedimentos presentes no artigo 1.521 do Código Civil, que limitam a legitimidade para criar uma entidade familiar.
- f) Relação monogâmica, ou seja, não se admite que pessoa casada, não separada de fato ou judicialmente, venha a constituir união estável, nem que aquela que convive com um companheiro venha a constituir outra união estável.

²

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - 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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

³

Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Os pressupostos subjetivos apresentam-se em duas espécies:

a) Convivência *more uxório* que se estabelece na comunhão plena de vida, no sentido material e imaterial, em situação similar à de pessoas casadas. Em suma, envolve a mútua assistência material, moral, espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, a atenção, relação afetiva com aparência de casamento.

b) *Affectio maritalis*, que nada mais é o ânimo ou objetivo de constituir uma família, mas não uma aspiração futura. Exige-se a manutenção de um lar, de uma vida em comum, mesmo que não coabitem no mesmo teto, com frequência conjunta a eventos familiares, civis, a dependência econômica. Logo, o ânimo de constituir família já deve estar em exercício.

A família monoparental, por sua vez, é caracterizada pela entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A constituição e o Código Civil não receberam a união homoafetiva como uma entidade familiar de forma expressa. A princípio a deixaram à margem de uma regulamentação jurídica.

O artigo 226 da Constituição Federal, como apresentado acima, restringe-se a três tipos de entidade familiar: casamento, união estável e entidade monoparental. Já a jurisprudência a equiparou a uma sociedade de fato (Súmula 380 do STF⁴), isto é, uma sociedade fundamentada num contrato social, em que as partes reúnem esforços para adquirir um patrimônio em comum.

É sabido que o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, de forma explícita, assevera que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre **homem e mulher como entidade familiar**, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (grifo nosso). Portanto, vê-se que o obstáculo para o reconhecimento da união homoafetiva decorre de expressa disposição legal, por não preencher o requisito “diversidade de sexo”. No entanto, há alguns dogmas – princípios – que servirão de norte para romper tal entendimento, mostrando-se válida a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo que a Constituição Federal, embora não tenha expressado tal entendimento – até pelo contrário – deu azo para a construção do pensamento que estimula o presente artigo.

⁴ Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Dessa forma, teremos uma norma constitucional expressa e vários princípios constitucionais de outro lado. Há que se indagar: O que será feito nestes casos? Há que conceber a teoria da inconstitucionalidade das normas constitucionais, preconizada por Otho Bachof? O direito alienígena – tedesco ou alemão – a concebe. No nosso ordenamento, por enquanto não. Porém é passível de uma salutar discussão sobre o assunto. A tarefa a ser defendida é árdua, porém não se pode negar a evolução do direito, sendo que sua finalidade precípua é regular a sociedade, logo os atos praticados por esta devem estar preconizados naquela, amoldando-se às evoluções.

2.1 - Princípio da isonomia

Da mesma forma que dantes, o princípio da isonomia ou da igualdade trazido por Aristóteles e, posteriormente, por Rui Barbosa preceitua que se devem tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de suas desigualdades.

Não obstante, também está de forma expressa na Carta Magna⁵. Portanto, não há que se distinguir um ou outro apenas pela opção sexual. Tampouco se devem restringir os direitos da personalidade de homossexuais, tendo em vista que são personalíssimos, irrenunciáveis, inalienáveis, intransmissíveis etc. A igualdade entre as pessoas, no mais das vezes, confundir-se-á com o pálio da justiça. Não há que se olvidar a máxima *Fiat justitia pereat mundus* [faça-se justiça ainda que o mundo pereça]. Para tanto, há que ser reconhecido de forma categórica o direito à união homoafetiva como corolário do que aqui exposto.

A Constituição Federal, ao outorgar a proteção do estado à família, reconhecendo como união estável somente o laço entre um homem e uma mulher, ignorando as entidades familiares homoafetivas, infringe a norma que veda qualquer tipo de discriminação, bem como afronta o fundamental princípio constitucional da igualdade, consagrado em regra pétrea. (DIAS, 2001, p. 172)

⁵ Art. 5º 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, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

2.2- Princípio do Estado Democrático de Direito

Não há que se olvidar do princípio do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que após o reconhecimento de todos perante a lei – pelo menos a igualdade formal – todos convivemos sob o manto da diversidade de ideologias, culturas, pensamentos, condições econômicas. No entanto, mesmo com toda a diferença, todos nós somos regidos por um único ordenamento jurídico e devemos respeito. Logo, não há imposição do soberano. Há a imperatividade da norma jurídica. É característica fundamental.

Ora, caso não ocorra um tratamento isonômico, os homossexuais serão marginalizados, não viverão sob o manto do Estado Democrático de Direito que assegura a todos a convivência harmônica mesmo que os pensamentos e culturas sejam diversos. Portanto, o que se entende por Estado Democrático de Direito. Silva (1996, p. 120) nos traz o ensinamento:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza [...] respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

2.2 - Princípio da não-discriminação

Está encartado em vários dispositivos constitucionais⁶. Todas as pessoas, sem distinções, exercem (igualdade formal) de igual modo direitos da personalidade a elas inerentes. Não que se distinguir o sexo das pessoas para viverem de forma plena a afetividade que as unem.

⁶ Art 5º, inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Eis os fundamentos constitucionais para que as parcerias afetivas de pessoas do mesmo sexo mereçam o mesmo tratamento das parcerias heterossexuais: competência, alimentos, partilha de bens, direito de posse, usufruto vidual, habitação, direito sucessório, direito previdenciário e reparação por dano moral. (FUGIE, 2002, p. 142)

Em nosso atual estágio de evolução, não se concebe a marginalização das pessoas por questões de opção sexual.

Referido princípio será mais debatido quanto ao trato do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3 – Princípio da Afetividade (Teoria do Amor)

De forma contemporânea o Superior Tribunal de Justiça editou os entendimentos da “teoria do amor”, bem como da “teoria do desamor”. Para nós, útil é a primeira.

Com a evolução do direito de família, este deixou de ser meramente patriarcal, arraigando suas bases com força nos laços sócio-afetivos. Logo, esta teoria poderia também se dividir em outro subprincípio, qual seja, o da afetividade.

De lege ferenda, os princípios estão em nosso ordenamento, devendo, pois, serem observados. Devem balizar nossas condutas e julgamentos, uma vez que são os espíritos formadores das normas jurídicas.

Pergunta-se: por que reconhecer apenas a união homoafetiva como sociedade de fato? Por que não considerá-los, diante de todo o exposto como união estável e permanente? Não há como calar a contemporaneidade que o direito está a nos proporcionar. Talvez, tal concepção assusta os mais conservadores, tendo em vista que a família da forma como é entendida predomina há séculos. Não há que se esperar uma mudança brusca. Assim como outros institutos, a união homoafetiva, mais cedo ou mais tarde, será concebida como uma das formas de entidade familiar⁷.

3 - A FAMÍLIA COMO INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE FAMÍLIA.

⁷ Estará ao lado do casamento, da família monoparental e da união estável, quiçá estará prevista no interior desta.

O princípio da dignidade da pessoa humana, encartado no Preâmbulo da Constituição Federal e Artigo 1º, inciso III da mesma carta⁸, é elevado à condição de dogma maior do ordenamento jurídico, balizamento de todo entendimento e finalidade de aplicação da *lex mitior*.

Embora o Preâmbulo não possuir força normativa, serve de norte para entendimentos, ou seja, são pressupostos fundamentais que a lei deve objetivar.

Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família. De qualquer modo, por certo é difícil a denominação do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana. Reconhecendo a submissão de outros preceitos constitucionais à dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio em questão como “o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas”. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana (TARTUCE, 2006)

O princípio da dignidade da pessoa humana conjuga-se perfeitamente com o princípio da isonomia.

Muito se sabe que há relutância no reconhecimento da união entre homoafetivos em decorrência do Catolicismo, que é a religião em que há mais seguidores no Brasil e que, por muito tempo, foi a religião oficial do Império e da República. No entanto, também é pacífica a nossa vivência em um Estado laico ou leigo onde não há religião oficial, não se pode impor a ninguém que siga aquela ou esta religião.

Dessa forma, mister se faz o reconhecimento da união entre homoeróticos. Ora, outros países já o fizeram. Inevitável é a instalação de uma crise do positivismo jurídico face a esta realidade. O Direito não se presta justamente para balizar a vida em sociedade. Vida esta que deve ser digna. Sem o reconhecimento há marginalização, logo não há vida digna.

⁸ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

Considerar o homossexualismo como uma anormalidade ou um pecado, tratá-lo como um relacionamento marginal torna quase intransponível as barreiras para que seja visto como um fenômeno existente e real. Ignorá-lo, por falso moralismo preconceituoso, configura verdadeira forma de opressão e real afronta aos direitos humanos. (DIAS, 2001, p. 172)

Nesse mesmo sentido:

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por fortalecer estigmas sociais e causar sentimento de rejeição, sendo fonte de sofrimentos a quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida. (DIAS, 2001, p. 87)

4 - O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar: superando o positivismo jurídico e compreendendo o conceito de família para além da norma.

Diante das considerações acima expostas, seria o artigo 226 da Constituição Federal uma norma inconstitucional?

Sabido que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, o qual rejeita a tese de que há normas constitucionais inconstitucionais, o artigo 226 da carta magna não é inconstitucional, cabendo, então, ao operador do direito interpretar a norma na sua globalidade, procurando harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais e adequá-la à exigência da realidade. Cada norma constitucional não é considerada isolada ou dispersa, mas como um preceito integrado num sistema interno unitário de normas e princípios.

Assim, numa leitura mais apurada, e considerando os princípios que regem a entidade familiar e a sociedade, vislumbra-se a união homoafetiva como uma entidade familiar, vez que no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal não há nenhuma referência a um tipo de entidade familiar. O artigo 226 da Constituição Federal preceitua que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Pois bem, o *caput* do dispositivo é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Os tipos de família presentes nos parágrafos são

meramente exemplificativos, já que são os modelos de família mais comuns. Todavia, as demais uniões que surgiram ao longo da evolução humana, devem estar implicitamente incluídas no conceito amplo de família.

Afirma Maria Berenice Dias (2006, p. 71/83 e p. 85/99, 97) que a Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar.

A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família às relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.

Desse modo, o conceito de família não está adstrito aos contornos limitados e abstratos da letra fria e seca da lei. A interpretação do *caput* do artigo 226 se dá tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica, da liberdade, do direito à personalidade, entre outros comentados anteriormente, vez que o fim do Estado, conforme visão kantiana é a realização do bem comum, de sociedade livre, fraterna, sem preconceitos de sexo, cor, origem e raça (artigo 3º da CF), tratando a humanidade como um fim e nunca como um meio. Todo ser humano, “como um fim em si mesmo, possui um valor não relativo, mas intrínseco, ou seja, a dignidade” (GARCIA, 2004, p. 196).

Se o fim do Estado é, conforme a nossa Constituição Federal, a realização do bem comum, com a criação de uma sociedade livre, justa e solidária, sem distinção de qualquer natureza (artigo 3º, *caput* e incisos I e IV), então, novamente mostra-se claro que o direito de liberdade de opção sexual deve ser respeitado, acolhendo-se a possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de quebra do "Contrato Social", o que legitimaria o povo a se rebelar e a voltar ao primitivo estado de natureza (conforme é aceito pelo terceiro CONSIDERANDO do preâmbulo da

Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948).

Corroborando a essa interpretação sistemática, a omissão de uma regulamentação legal sobre o tema não permite que o mesmo fique sem solução, embora alguns juristas positivos insistam em tal comportamento.

O artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil prescreve que, em caso de omissão de lei, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os **princípios gerais do direito** (grifo nosso). Referidos princípios estão sendo aplicados para estender as normas do direito de Família às uniões homoafetivas.

Nosso sistema jurídico é dotado de princípios gerais expressos e os não expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou não totalmente gerais (BOBBIO, 1999, p. 159). Dentre os princípios que norteiam o Direito de Família, a maioria é expresso na Constituição Federal. Neste caso, estamos diante de uma verdadeira norma, daí não podemos falar que há uma lacuna na lei face à não contemplação da homoafetividade como entidade familiar.

Acompanhando o pensamento de Bobbio (ibid, p.160), para que se possa falar em lacuna o caso concreto não poderá estar regulado por nenhuma norma expressa [nem específica, nem geral] e por não haver princípio geral expresso. Se o princípio for expresso, conclui Bobbio, “não haveria diferença entre julgar o caso com base nele ou com base numa norma específica”.

Para Bobbio (ibid, p.158) não há dúvidas que “os princípios gerais são normas como todas as outras”, reconhecendo a sua fundamentalidade e generalidade no sistema.

Atualmente, na visão pós-positivista, entende-se que os princípios estão inclusos tanto no conceito de lei quanto no de princípios gerais do direito, divisando-se, como afirmado por Bobbio, em princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos na ordem jurídica (ESPÍNDOLA, 1999, p. 28). E é exatamente na Constituição Federal que esse pensamento pós-positivista ganha força, já que os princípios podem ser vistos com efetiva juridicidade, analisados como norma jurídica vinculantes, como quaisquer outros preceitos normativos. Para essa corrente inovadora, consideram-se normas de direito como gênero, do qual os princípios são espécies jurídicas (ibid).

Assim, superando o positivismo jurídico, oportuno apresentar avanços na jurisprudência, com início em 1999, quando a justiça gaúcha definiu a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas. Em 2001 foi reconhecida pela primeira vez a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, inclusive o direito de herança.

Felizmente, tal mudança ocorreu em outras áreas jurídicas. No âmbito da seguridade social, foi concedido auxílio por morte e auxílio reclusão ao parceiro. No Tribunal eleitoral, ao proclamar a inelegibilidade nas uniões homossexuais, reconheceu que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar. A título de ilustração, há inúmeros julgados brasileiros reconhecendo a união homofetiva como entidade familiar. Vejamos:

Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais esculpidos na constituição federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nossos pais, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida (TJRS, Apelação Cível n.º 598362655, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Jose Ataides Siqueira Trindade, j. em 01/03/2000).

Relações homossexuais. Competência da vara de família para julgamento de separação em sociedade de fato. A competência para julgamento de separação de sociedade de fato de casais formados por pessoas do mesmo sexo, e das varas de família, conforme precedentes desta câmara, por não ser possível qualquer discriminação por se tratar de união entre homossexuais, pois é certo que a constituição federal, consagrando princípios democráticos de direito, proíbe discriminação de qualquer espécie, principalmente quanto à opção sexual, sendo incabível, assim, quanto à sociedade de fato homossexual. Conflito de competência acolhido (TJRS, CCO n.º 70000992156, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Jose Ataides Siqueira Trindade, j. em 29/06/2000).

E, finalmente:

Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. inelegibilidade. art. 14, § 7º, da constituição federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º,

da Constituição Federal. (TSE, REsp Eleitoral 24564/Viceu-PA, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 01.10.04).

Este último julgado, aliás, como dito a pouco, é a demonstração de que os tribunais superiores admitem a equiparação da união homoafetiva com a união estável e, conseqüentemente, reconhecem a aplicabilidade de seus efeitos. Afinal, se é reconhecida para fins de configurar a inelegibilidade, que é uma desvantagem, porque também não seria para possibilitar a exigibilidade de prestação alimentícia, por exemplo, que é um benefício?

Não obstante tais jurisprudências, o maior avanço se deu no âmbito legislativo, sobretudo na esfera infraconstitucional. A Lei “Maria da Penha” [nº. 11.340, de 2006] trouxe no seu bojo inovação, qual seja, o reconhecimento da união homoafetiva. Assim, diz o artigo 5º:

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...]; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa [...]. **Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.** (grifos nossos).

A aludida Lei reconheceu a união homoafetiva como uma entidade familiar. Ressalte-se que, apesar do referido dispositivo tratar apenas do homossexualismo feminino, é óbvio que, com base no princípio constitucional da igualdade, tal regra também deve ser aplicada ao homossexualismo masculino. Tal avanço supera o positivismo jurídico existente em nossa sociedade. Logo, não podemos nos calar ante as mudanças da realidade social. Reflitamos então: tendo em vista que uma norma penal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, por que a esfera civil não a reconhecera?

A nova definição legal prevista na Lei Maria da Penha acompanha a evolução da sociedade e os seus anseios, não se justificando que o afeto entre pessoas do mesmo sexo seja excluído da proteção do Estado.

É preciso, todavia, que se afastem as posturas farisaicas ou simplesmente ortodoxas e que atente que em todo o Capítulo da Família o novo Código

Civil dá ênfase às relações afetivas. “Nesse caso, deveríamos reconhecer que a busca da felicidade entre duas pessoas extrapolou a rigidez do direito positivo” (DIAS, 2001, p 107).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das inúmeras mudanças ocorridas no mundo nos últimos tempos, não há mais espaço para a antiga visão da família patriarcal, nitidamente hierarquizada, com papéis bem definidos, constituída pelo casamento. Com efeito, hoje, se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

A isso, conduzirá a correta interpretação da Constituição Federal, isto é, aquela feita de forma sistêmica e imbricada com a realidade social, interpretada segundo seus próprios princípios, a qual leva indubitavelmente à conclusão de que as relações homoafetivas são uma espécie de entidade familiar implicitamente consagrada pelo Texto Constitucional, com contornos próprios e que, desse modo, como tal deve ser tratada. Portanto, se as pessoas vivem em comunidades afetivas diversas da do casamento, por livre escolha ou em virtude de circunstâncias existenciais, sua dignidade humana restará garantida apenas com o reconhecimento delas como entidades familiares, sem restrições ou discriminações e sem qualquer submissão de um modelo de família ao outro. Do mesmo modo, sobrepor uma entidade familiar à outra, privilegiando àquela em detrimento desta, significa, em última instância, desigualar as próprias pessoas que as compõem, umas das outras, o que se revela uma verdadeira afronta também ao preceito igualitário. Logo, a se insistir nisso, haverá odiosa distinção e desrespeito a postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Considerando que a orientação sexual é um direito personalíssimo e é a afirmação da identidade pessoal, as relações sexuais se albergam nesse direito. Assim, injustificada o posicionamento de que a união homoafetiva, por assim ser, não deve

receber proteção Estatal. Tal ideologia não passa de preconceito, comportamento proibido no nosso ordenamento jurídico e de um apego excessivo à interpretação meramente literal do texto legal.

A união homoafetiva, estabelecida entre duas pessoas do mesmo sexo, com sentimento de afeto recíproco (*affectio maritalis*), na vontade de firmar uma relação íntima, estável, duradoura, com comunhão plena de vidas (*more uxório*), compartilhando bens deve merecer o mesmo reconhecimento jurídico de entidade familiar. Não há obstáculo algum para que o conceito de união estável estenda-se tanto às relações homossexuais quanto às heterossexuais. A convivência diária, estável, sem impedimentos, livre, mediante comunhão de vida e de forma pública e notória na comunidade social independe de orientação sexual de cada um, vez que a união, seja ela entre homossexual ou heterossexual, baseia-se na afetividade, mais especificamente no AMOR.

O reconhecimento possibilitará a extensão a outros direitos decorrentes do direito de família e do direito sucessório, tais como, direito a alimentos, à adoção por ambos os companheiros, entre outros.

A elaboração de uma lei que regulamentasse tal união traria maior segurança. Mas, enquanto houver resistência para a sua elaboração, nada impede que haja o reconhecimento da união homoafetiva, conforme esposado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. *A união homoafetiva no direito brasileiro contemporâneo*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 112, 24 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4210>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol.v. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual – o preconceito e a justiça*. Revista brasileira de Direito de Família, nº. 6. Julho, agosto, setembro de 2000. P. 137-9.

_____. *União Homossexual: O Preconceito & a Justiça*. Revista brasileira de Direito de Família, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora. P. 71-83 e P. 85-99, 97.

_____. *União homossexual – o preconceito e a justiça*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Manual de direito das famílias*. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FUGIE, Érika Harumi. *A união homossexual e a constituição federal*. Revista brasileira de Direito de Família, nº. 15. Outubro, novembro, dezembro de 2002. P. 131-49.

GARCIA, Maria. *Limites da Ciência – A Dignidade da Pessoa Humana. A Ética a Responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia Geral*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 1978.

MACHADO Neto, Antonio Luis. *Sociologia Jurídica*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1974.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*, Vol. II. 37ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed.. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 3 ed.. São Paulo: Atlas, 2000.

PAUPÉRRIO, A. Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes – coordenadora. *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1996.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 30 mar. 2007.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União homossexual: reflexões jurídicas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3930>>. Acesso em: 10 mar. 2007.