

A RELAÇÃO HOMOAFETIVA : UM INSTITUTO CIVIL-CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

LA RELATION HOMOSEXUELLE : A CONSTITUTIONNEL ET DE LA FONCTION-DROITS FONDAMENTAUX

Suzani Andrade Ferraro

RESUMO

RESUMO: A relação homoafetiva é um fato. É hipocrisia fechar os olhos para sua existência e é cruel não garantir dignidade para essas pessoas. Ainda que o nosso ordenamento jurídico infraconstitucional não discipline os direitos advindos das relações homossexuais, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República, que acolheu os princípios da igualdade e da liberdade. Assim, a união estável não pode ser entendida como uma relação, exclusivamente, homoafetiva. Neste contexto, o direito de família contemporâneo volta-se para a realização personalística da afetividade e o reconhecimento da união homoafetiva, que encontra analogia com a união estável, que é uma dentre as múltiplas realidades de uniões familiares não reconhecidas oficialmente. Portanto, o cumprimento do valor da dignidade da pessoa humana, que se desdobra nos valores da pluralidade de entidades familiares, igualdade, liberdade, intimidade, deve respeitar o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, segundo sua peculiar forma de ser.

PALAVRAS-CHAVES: PALAVRA-CHAVES: HOMOAFETIVIDADE. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS.

RESUME

RÉSUMÉ: Une relation homosexuelle est un fait. Il est hypocrite de fermer les yeux sur son existence et n'est pas cruel assurer la dignité de ces personnes. Bien que notre système juridique pas la discipline des droits découlant de relations homosexuelles, de la dignité humaine est le fondement de la République, qui a accueilli les principes d'égalité et de liberté. Ainsi, l'union stable ne peut pas être comprise comme une relation, exclusivement hétérosexuels. Dans ce contexte, le droit de la famille contemporaine est de retour à la réalisation personal d'affection et de reconnaissance de l'union homosexuelle, qui est analogie avec l'union stable, est l'une des multiples réalités de la famille les associations ne reconnaît pas officiellement. Par conséquent, la réalisation de la valeur de la dignité humaine, qui se déroule sur les valeurs de la famille

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

multi-entités, de l'égalité, de liberté, de respect de la vie privée, doit respecter le libre développement de la personnalité de chaque individu, en fonction de leur propre façon d'être.

MOT-CLES: MOT-CLÉ: RELATION HOMOSEXUELLE. DROIT CIVIL ET CONSTITUTIONNEL. LES DROITS FONDAMENTAUX.

INTRODUÇÃO

A reflexão feita neste trabalho visa a contribuir para a análise e o debate necessários ao tema e, almejando desenvolver o estudo de um assunto que o qual apenas recentemente emergiu para a órbita jurídica. A defesa dos direitos dos homossexuais abrange vários temas jurídicos debatidos pela sociedade, tais como: discriminação no ambiente de trabalho; criminalização das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo; agressões físicas e morais oriundas do preconceito; procriação artificial por homossexuais; adoção e demais direitos de filiação para os parceiros do mesmo sexo; reconhecimento jurídico da união homoafetiva.

O destaque, na construção dos fundamentos para a defesa dos efeitos jurídicos às parcerias homossexuais, encontra-se nos valores existenciais atualmente encartados como princípios norteadores do Direito Civil Contemporâneo aliado à noção de Direitos Fundamentais. Assim, numa simbiose entre os princípios da igualdade, mais precisamente igualdade entre os sexos, liberdade, intimidade e pluralidade familiar, informados pelo valor da dignidade da pessoa humana, edifica-se a estrutura principal para a defesa jurídica da união homossexual, de modo a propagar-se, no direito, a fundamental igualdade, sem discriminações direcionadas à orientação sexual, resguardando a todos o direito de serem diferentes do modelo tradicional, em respeito aos valores existenciais daqueles que encontram, em pessoas do seu mesmo sexo, a realização afetiva.

A confirmação dos direitos dos casais homoafetivos² está, principalmente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor basilar do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana (cf. art. 1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF. art. 5º), a inviolabilidade de intimidade e da vida privada (CF. art. 5º, X), que, como assevera Luiz Edson Fachin, *à orientação sexual é direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa a que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.*³

A dignidade humana deve se concretizar no plano histórico cultural, ; sendo seu conteúdo determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa.

Nesse sentido, assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e de proteção da dignidade.

Na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade forma uma dimensão fundamental em sua subjetividade, que é o alicerce indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade.

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a relação homossexual é direta., pois O respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, e o Estado Democrático de Direito deve outorgar promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, mas a promoção positiva de suas liberdades.

Assim como nas uniões heterossexuais, o estabelecimento de relações de homossexualidade fundadas no afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, sem qualquer prejuízo de terceiros, faz parte da proteção da dignidade humana.

Diante desses elementos, concluímos que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos ,e fortaleçam estigmas sociais que e deixem ando de lado um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

1. O Direito de Família na Legislação Brasileira

O dDireito de fFamília bBrasileiro vem sofrendo constantes alterações ao longo dos anos por meio , através da elaboração de muitas lLeis e novos códigos⁴. , como por exemplo, a Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre ação de alimentos e

outras providências, e a Lei nº 9.971, de 29 de dezembro de 1994, que regulamenta o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

Porém, com o surgimento do Novo Código Civil (Lei 10.406/02), que passou a vigorar em 11 de janeiro de 2003, ocorreu uma significativa alteração no que se refere aos capítulos do Direito de Família, o que redundou em significativo aperfeiçoamento dos institutos jurídicos de proteção à família, que foram melhores elaborados e definidos, na tentativa do legislador de prever quaisquer hipóteses que possam se tornar casos concretos, devido à diversidade de relações existentes, hoje, na sociedade..

Entretanto, o nosso Código Civil atual e vigente, apesar de ter entrado em vigor no início de 2003, e desta forma, ser uma Lei nova, "atual", persiste defasado com relação aos novos costumes e relações sociais, que se inovam numa grande velocidade, uma vez que a Lei 10.406/02 (nosso Código de 2002) começou a ser elaborada desde 1975, através do Projeto de Lei nº 634/75, o que tornou o novo Código Civil desatualizado, pois em 1975 o legislador não havia despertado para as recentes novas alterações axiológicas e intensas modificações ocorridas nas últimas décadas, ou seja, o estatuto civilístico a Lei elaborada não acompanhou a evolução da estrutura familiar e as novas modalidades de relações existentes na sociedade atual.

2. A proteção constitucional da família

Na estrutura do Pacto Social de 1988 foi talhado o mais precioso valor jurídico do ordenamento brasileiro, consagrado como princípio fundamental da República (art. 1º, III): a *dignidade da pessoa humana*, que elevou o ser humano ao ápice de todo o sistema jurídico. Serve, pois, o princípio da *dignidade humana* como verdadeira mola de propulsão da intangibilidade da vida humana, dele decorrendo o necessário *respeito* à sua *integridade física e psíquica e às condições básicas de igualdade e liberdade*, além da afirmação da garantia de *pressupostos materiais mínimos para que se possa viver*⁵.

Neste sentido, a família, fundamento da sociedade, deve ser compreendida a partir de uma nova vertente normativa, permeada por valores mais éticos e afinados com a realidade que lhe incumbe regular. É a família do afeto que, realçando os valores existenciais do homem e, sobrepujando o caráter patrimonial, até então prevalecente.

Na percepção de Luiz Eduardo Fachin⁶ é fácil depreender que as relações familiares, compreendidas na legalidade constitucional, deram origem “*a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum*”. Desta forma, e baseado na característica do “afeto”, afasta-se a obrigatoriedade da relação ser composta por pessoas do sexo oposto, e, tendo a relação homoafetiva os mesmos elementos que

caracterizam e configuram uma união estável, por analogia entende-se que os companheiros de uma união homoafetiva fazem jus aos mesmos direitos dos companheiros de uma união estável.

Por isso, ao regular a matéria, a Constituição Federal reservou “especial proteção do Estado” (art. 226) ao núcleo familiar tutelada pela afirmação da dignidade da pessoa humana, o que significa dizer: a proteção à família somente se justifica para que se realize implemente a tutela avançada da pessoa humana e, efetivando no plano concreto, real, a dignidade afirmada abstratamente. É a família, por sua vez, servindo decomo instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e para a realização plena de seus membros.

Ao ser considerado o acatamento do princípio da dignidade humana como valor fundamental de todo o ordenamento jurídico, eleva o ser humano é entronizado ao centro de todo o sistema jurídico. Nesse , no sentido, de que as normas jurídicas objetivam são feitas para concretizar a pessoa e sua a realização existencial das pessoas , devendoe garantir-lhes um mínimo de direitos fundamentais que lhes proporcionem vida com dignidade.⁷.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ORIENTAÇÃO SEXUAL

3.1. Liberdade de orientação sexual e a proteção da dignidade humana

O princípio da dignidade humana é considerado como cláusula geral de tutela dos direitos de personalidade expresso na Constituição Federal que se expressa em diversos direitos de liberdade., portanto, sem exceção, todos os casos que chegarem a competência da Justiça, a interpretação do aplicador da lei deve sempre atender os anseios da sociedade.

O indivíduo possui direito de personalidade, direito à liberdade de expressão, principalmente, direito ao respeito à identidade pessoal, integridade física e psíquica, que são direitos irrefutáveis, indisponíveis. Nesses direitos se inclui, também, a orientação sexual como direito fundamental e prolongamento da personalidade de cada individuo inserido na sociedade. Assim, com a aplicação dos direitos e liberdades fundamentais, a Constituição concretiza a existência de um Estado Democrático de Direito.

A Desembargadora Maria Berenice Dias considera os princípios da liberdade e igualdade os grandes pilares da Constituição Brasileira e, assim leciona no voto dado em decisão proferida no Tribunal de Justiça de Porto Alegre⁸:

Tais enunciados não podem sé projetar no vazio, não se concebendo como normas programáticas, sendo necessária reconhecer sua eficácia jurídica no Direito de Família, que recebe seu influxo. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação á discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito da opção sexual.

Neste sentido, opção sexual é inerente da personalidade da pessoa humana, assim como são intrínsecas no ser humano a raça, a nacionalidade, condicionada ao acontecimento natural do nascimento. O

No mesmo entendimento é compartilhado por o Desembargador Gaúcho Breno Moreira Mussi⁹ assevera:

a orientação sexual é um direito da pessoa atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, pra uma proposta de vida comum, e desenvolver os seus afetos, está dentro da prerrogativa da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo efetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando - a como tal. Esta circunstancia é por de mais relevante. O fato de serem as litigantes do mesmo sexo não impediu a concretização de um relacionamento afetivo entre ambas, com consequência idêntica aos entretidos pelos casais de sexos diversos.

A democracia requer construção jurídica, como um meio indispensável para modelar e garantir a qualidade das instituições democráticas, e, é um instrumento necessário para elaborar e interpretar o Direito.

Dessa forma, E, corrobora, ainda, com esse entendimento para o o professor Norberto Bobbio¹⁰: “o direito é uma construção, artefato fruto da política que produz o Direito Positivo. Requer a razão para pensar, projetar e ir transformando este artefato em função das necessidades da convivência coletiva.”.

Vale ressaltar que a Carta Magna de 1988, no caput do artigo 226, reforça a idéia de inclusão e não de exclusão, pois seria inadmissível excluir entidades que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, para fins de alargar o novo conceito de entidade familiar.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹¹, ao faz comentários pertinentes comentar sobre a este tema evidenciando, novamente, o princípio da dignidade humana, e aduz que:

A dignidade da pessoa humana colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional, constante no texto brasileiro de 1988, dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente de sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares; o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas solidaristas, democráticos e humanistas.

Nessa perspectiva, a identificação de um vínculo amoroso, cujo entrelaçamento de sentimentos leva ao enlaçamento das vidas, é o que basta para que se reconheça a existência de uma família.

3.2. Os princípios da igualdade e da liberdade

Os ideais de uma mesma lei universal para todos vinculam-se à chamada igualdade formal, não devendo haver, portanto, discriminações expressas nas leis, uma vez que se alcança a igualdade formal por intermédio da aplicação da mesma lei para todos.

A igualdade na lei, no que diz respeito à orientação sexual, significa um tratamento jurídico não diferenciado para as pessoas, independentemente de sua orientação sexual. Por conseguinte, tanto heterossexuais quanto homossexuais devem receber o mesmo tratamento jurídico, não sofrendo discriminações em virtude de sua sexualidade. Com esse entendimento, cessa, portanto, a impossibilidade de uma identidade de casal para os parceiros homossexuais.

Entretanto, de acordo com nro do paradigma da igualdade, deve-se levar em conta a preservação das diferenças. Sendo assim, não se intenciona um nivelamento sistemático das relações homoafetivas aos modelos já existentes, mase sim, um nivelamento por

meio das especificidades, ou seja, ou seja, um modelo de sistema paritário que o qual não promova discriminações sob o critério da orientação sexual.

Por conseguinte, além dos princípios já mencionados, vale ressaltar, ainda, os princípios da pluralidade familiar, da intimidade e da igualdade: **a livre expressão da pessoa.**

A pessoa humana pode desenvolver suas atividades na vida social, de acordo dentro com os parâmetros exigidos pelo ordenamento legal e pode afastar os eventuais impedimentos colocados sem motivo legítimo a justificar o óbice à sua livre ação. Assim, é necessário que seja respeitada a possibilidade das pessoas livremente desenvolverem sua sexualidade em harmonia com as características próprias de seu modo de ser. Cada um deve ter a liberdade de partilhar sua intimidade segundo seus desejos, independentemente da orientação sexual.

3.3. Princípios da pluralidade familiar e intimidade.

Os modelos de família presentes na realidade social devem ser sempre reconhecidos pelo direito para que haja respeito aos valores essenciais dos membros do grupo familiar. Conforme entendimento de Pietro Perlingieri¹²:

la famiglia è valore costituzionalmente garantito nei limiti della sua conformità e comunque non contrarietà ai valori caratterizzanti i rapporti civili, in particolare al rispetto della dignità umana

Com base nos preceitos do professor italiano, entende-se que o princípio da pluralidade no âmbito familiar recebe uma interpretação ampla que, respeitando às diversas formas de união. Assim, importante fazer uma reflexão crítica sobre onde a historicidade e a circunstancialidade do direito devem estar presentes e respeitar os valores sociais no tempo e do espaço.

A tutela principal das relações familiares está voltada para a realização personalística de seus membros, a pluralidade de entidades familiares se impõe para que os indivíduos possam conviver conforme o modelo que melhor represente seus anseios pessoais. Nesse contexto, a relação entre pessoas do mesmo sexo deve ser apresentada juridicamente como mais um modelo de entidade familiar, com os caracteres que comumente a sociedade tem conferido à família.

Nesse contexto, deve o operador do direito dar aplicabilidade a possibilidade de existência de um espaço e um tempo reservados para a pessoa humana desenvolver sua personalidade de forma privada. Pois ao traçar linhas mestras estruturadoras da tutela das uniões entre pessoas do mesmo sexo, surge, então, um princípio do direito civil contemporâneo: *à defesa da esfera privada das pessoas*.

Assim, em decorrência as conquistas formais do princípio da intimidade no que diz respeito à não repressão, significando para o Direito a não tipificação da homossexualidade como crime, os esforços voltam-se para um efetivo reconhecimento público da livre possibilidade de estabelecer dimensões afetivas, eróticas, sexuais e correlatas consoante a uma orientação sexual tida como minoritária, mas que não pode ter sua forma específica de intimidade excluída por não acompanhar os padrões sociais majoritários.

A indignidade enfrentada pelos homossexuais, nos dias de hoje, resulta da reprodução de valores expostos como “morais” que se traduz nas discriminações impostas pela sociedade.

4. A família como instrumento de afirmação da dignidade humana

A pessoa humana nasce inserida no seio familiar, a qual se desenvolve as suas potencialidades para harmonizar a convivência em sociedade e alcançar a realização pessoal.

Ora, a Carta Magna de 1988 delineou uma nova concepção de família, a partir dos conceitos fundamentais, tais como: a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), a *solidariedade social e erradicação da pobreza* (art. 3º) e a *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º). Desta forma, o direito de família do novo milênio ganhou novos conceitos, ancorada na segurança constitucional, sendo *igualitária, democrática e plural* (não mais necessariamente casamentária), protegendo todo e qualquer modelo de vivência afetiva. Assim é a família da pós-modernidade, compreendida como estrutura sócio-afetiva, forjada em laços de solidariedade.¹³

Desse modo, insurge a justificativa constitucional de que a *proteção* a ser conferida aos novos modelos familiares tem como destinatários (imediatos e mediatos) os próprios cidadãos, pessoas humanas, merecedoras de tutela especial, assecuratória de sua dignidade e igualdade.

Pois bem, essa ruptura definitiva com um modelo necessariamente heteroparental, fundado na chefia paterna, captada pelos dispositivos constitucionais (arts. 3º e 5º da CF/88), propiciou o reconhecimento de novos grupos familiares, como as famílias monoparentais (comunidades de ascendentes e descendentes, no eloqüente exemplo da mãe solteira com a sua filha), demonstrando a possibilidade de estruturas familiares homoparentais.

Assim sendo, a proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família.

Na lição precisa de Gustavo Tepedino¹⁴, a preocupação central do ordenamento é com,

a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social

Ou seja, a família existe em razão de seus componentes e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva a pessoa humana. Desse modo, é conclusão lógica e inarredável que a família cumpre modernamente um *papel funcionalizado* que devendo, efetivamente, servir de como ambiente propício para a *promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores e, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade*. Do contrário, ainda viveremos *como os nossos pais*, esquecendo que o principal sentido da evolução é não permitir que se mantenham erros e equívocos de um tempo passado.

5. A união homoafetiva como entidade familiar protegida constitucionalmente

Ancorada nos valores constitucionais e caracterizada como uma realidade presente, antecedendo, sucedendo e transcendendo o fenômeno exclusivamente biológico (compreensão setorial), a família ganha uma dimensão mais ampla que , espelhando na *busca da realização pessoal de seus membros*. Enfim, *instrumentalizada* à afirmação da *dignidade humana*, servindo de elemento de afirmação da cidadania.

Nesse passo, forçoso é reconhecer que além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares mereceram *proteção constitucional* (arts. 1º, III, 3º, 5º e 226, *caput*: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do estado”), por cumprir a função que a sociedade contemporânea destinou à família: *entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna*. Por isso, é necessário compreendê-la como *sistema democrático*, como um espaço aberto ao diálogo entre os seus membros, onde é almejada a felicidade e a realização plena.

Portanto, a partir dessa construção civil-constitucional e da proteção da pessoa humana que se pode afirmar que as uniões homoafetivas são núcleos familiares merecedores de “especial proteção do Estado”.

Nesse sentido, se reconhece-se que a presença do caráter afetivo, como mola propulsora, de algumas relações a caracteriza como *entidade familiar* merecendo a proteção do Direito de Família e determinando, por conseguinte, a competência das varas de família para processar e julgar os conflitos delas decorrentes. Esse é o entendimento dado Tribunal de Justiça Corte gaúcha, que afirma:

Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais”. (TJ/RS, Ag.599075496, Ac. 8ªCâm.Cív., rel. Des. Breno Moreira Mussi, j.17.06.1999, Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC 2:155)

A Constituição Federal de 1988, enumera três motivos que justifica essa assertiva, quais sejam:

(1º) Embora a Lei Fundamental não tenha, expressamente, contemplado a união homoafetiva como relação familiar, uma visão unitária e sistêmica do ordenamento jurídico conduz com tranquilidade a essa conclusão. Máxime quando considerados os princípios basilares constitucionais da dignidade humana (CF, art. 1º, III), da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º), da não discriminação, inclusive por opção sexual (CF, art.

5º), e do *pluralismo familiar* (CF, art. 226), consagrando diferentes modelos de entidade familiar. Não se pense, todavia, que a família homoafetiva se confunde com a família casamentária, fundada no casamento, união formal entre pessoas de sexos diferentes, ou com a família convivencial, fundada na união estável como laço informal entre pessoas de sexos diferentes. Trata-se de modelo familiar autônomo, como a comunidade entre irmãos, tios e sobrinhos e avós e netos, merecedor de especial proteção do Estado.

(2º) A família moderna tem o seu ponto de referência no *afeto que*, evidenciado como verdadeiro *direito à liberdade de autodeterminação emocional*, que se encontra garantida constitucionalmente. Desta forma, entende a Jurisprudência:

Em decisão do Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar para fins de inelegibilidade eleitoral (CF, art. 14, §7º), observando se tratar de um “dado da vida real”, em que, “assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes laços afetivos.” (TSE, Ac.unân., Rec.Especial Eleitoral 24564/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j.1.10.2004)

(3º) Não proteger a entidade homossexual também como grupo familiar é negar a sua compreensão instrumentalizada retirando proteção da pessoa humana e reprimando um modelo superado, institucionalista como se a proteção não fosse dedicada à pessoa, o que atentando contra a sua intransigível dignidade.

Para Luiz Eduardo Fachin¹⁵ o cerne constitucional da dignidade da pessoa humana (acobertado com o manto sagrado da igualdade substancial, da solidariedade e da liberdade), é fundado na base sólida e democrática *“para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana”*.

Além disso, se a união entre irmãos, entre tio e sobrinho e entre avós e netos constituem entidades familiares, naturalmente, é porque o rol constitucional é meramente exemplificativo (a partir do comando 226, CF) e, por conseguinte, as uniões homoafetivas também são núcleos familiares, reclamando idêntica proteção. Com efeito, o constituinte limitou-se a mencionar algumas hipóteses (as mais comuns, habituais) de grupos familiares, o casamento, a união estável e a família monoparental, sem, contudo, exaurir o rol e, naturalmente, sem excluir da sua proteção outras entidades também alicerçadas no afeto¹⁶.

Nesse contexto, vale ressaltar o entendimento dos Tribunais do Rio Grande do Sul:

União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Contribuição dos parceiros. Meação.

Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária.

Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade.

Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruce a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros”. (TJ/RS, Ac.unân.7ªCâm.Cív., ApCív.7000.1388982 – Porto Alegre, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j.14.3.2001, in RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil 5:249).

Daí ser lícita a conclusão de que o reconhecimento da união homoafetiva dentro do dDireito de fFamília é imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais.

Pensar ao contrário, significa negar a pessoas humanas seus direitos fundamentais e a sua própria dignidade (garantida em sede constitucional, logo no primeiro artigo do Pacto Social de 1988). Neste diapasão, seria importante fazer uma reflexão sobre qual opção sexual poderia implicar na perda de garantias fundamentais e da imprescindível dignidade humana ?

Glauber Moreno Talavera, com visão avançada, comenta que frustrar o direito personalíssimo à constituição de uma entidade familiar formal entre pessoas do mesmo sexo é atentar contra a dignidade humana, consagrada na Constituição Federal.¹⁷

Indo mais longe, Maria Berenice Dias¹⁸ desfecha com lucidez:

considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo uma entidade familiar não vai transformar a família nem vai estimular a prática homossexual. Apenas levará um maior número de pessoas a sair da clandestinidade, deixando de ser marginalizadas”, percebendo a efetivação da imprescindível dignidade humana no reconhecimento das uniões homossexuais na esfera familiarista.

De fato, não se pode fechar os olhos para a existência de entidades familiares homoafetivas, pessoas (eventualmente de um mesmo gênero sexual) que se unem ao redor de objetivos comuns, que dedicam amor recíproco e almejam a felicidade, como qualquer outro grupamento heteroafetivo, impondo-se tutelar, e juridicamente, tais grupos familiares.

5.1. Analogia da união homoafetiva com a chamada união estável.

Com o decorrer do tempo a união homoafetiva vem apresentando pontos muito comuns quanto ao que se passou com a união estável. Assim, se prever os futuros efeitos jurídicos para a união entre pessoas do mesmo sexo, baseando-se no ocorrido na chamada união estável.

Destarte, em alguns países onde não há lei específica, há quem entenda que, enquanto não estiver expresso o reconhecimento das relações homoafetivas, deve-se aplicar, analogicamente, os textos legislativos relativos à união estável. Nesse sentido, Essa nova postura de tratamento semelhante entre a união homoafetiva e a união estável, significa um avanço em relação à noção de sociedade de fato, pois mediante a idéia de união estável impõe-se um estreitamento com o direito de família.

Verifica-se, ainda, que a proximidade existente entre a união estável heterossexual e a parceria entre pessoas do mesmo sexo está relacionado aos aspectos próprios da *affectio maritalis*. No entanto, é mister estar atento ao respeito às diferenças existentes entre os dois institutos como a de conversão da união estável em casamento, o que ainda não é permitido nas uniões homoafetivas. Nesses casos, é relevante destacar, que o princípio da igualdade não pode ser considerado como um nivelamento sistemático, pois não se deve, em nome da igualdade, aniquilar as diferenças.

No entanto, ao lado do princípio da igualdade está o princípio da pluralidade familiar que informam essas realidades, uma vez que a circunstancialidade do direito deve estar presente e os valores sociais no tempo e espaço devem ser respeitados. Assim, na

aplicação do princípio da igualdade é necessária a observância do princípio da pluralidade .

A união estável, então, importa num contexto mais próximo ao conteúdo da união homoafetiva, tendo em vista a proximidade de ambas com as realidades das uniões familiares. Porém, deve haver sensibilidade para as especificidades atuais das uniões entre pessoas do mesmo sexo, de modo a tutelarem os aspectos existenciais que lhes são peculiares¹⁹.

6. A relevância dos princípios e valores do direito civil contemporâneo e o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Percorrendo várias vertentes dessas transformações, perceber-se que estar o direito civil contemporâneo está voltado para os valores essenciais da pessoa humana. Esse movimento vem sendo denominado *repersonalização* ou simplesmente *personificação* do dDireito cCivil. Compactua com esse entendimento o professor Lamartine: "*só uma concepção personalista do Direito, centrada em torno da dignidade ontológico-axiológica da pessoa humana, pode oferecer base segura à construção de um verdadeiro Estado de Direito*"²⁰.

Nesse contexto, o valor da dignidade da pessoa humana traduz que os aspectos personalísticos das pessoas devem ser o núcleo fundamental do sistema jurídico e a principal finalidade da proteção estatal. Assim, todas as demais normas do ordenamento devem cumprir essas unidades, sendo a dignidade do ser humano o elemento de convergência do sistema.

A *repersonalização* das relações familiares significa uma preocupação com o desenvolvimento da personalidade das pessoas, sendo fundamental, nesse caminhar, o núcleo afetivo do agrupamento humano. Dessa maneira, as preocupações patrimoniais e as atenções à formalidade da constituição do vínculo que une as pessoas, como orientadoras das famílias, só encontram sentido ao atingirem o interesse precípua do valor da dignidade.

Há, portanto, uma importante alteração axiológica, uma guinada nos valores essenciais a se tutelarem prioritariamente. Deve o dDireito cCivil cumprir seu verdadeiro papel: regular as relações relevantes da pessoa humana, colocar o homem no centro das relações civilísticas.

Tendo em vista esse prisma humanístico, o dDireito cCivil enfoca de forma especial, a tutela dos valores da personalidade. Esta correlação é apontada por AGUIRRE Y ALDAZ.: *"el Derecho civil no sólo aparece centrado funcionalmente en torno al concepto de persona, sino también teleológicamente: su sentido y su finalidad son la protección y el servicio a la persona, entendida como ser humano."*²¹

Imputar o não reconhecimento da existência de uma relação familiar entre pessoas do mesmo sexo, tendo como fundamento a não possibilidade de procriação entre os parceiros envolvidos não é coerente para com as demais formas de família já consideradas relações jurídicas familiares. Nesse patamar, refletir sobre a inclusão jurídica da união afetiva e estável de pessoas do mesmo sexo está a seguir o influxo dessa tendência do dDireito cCivil, porquanto não é apenas a formalidade a responsável pela constituição do vínculo matrimonial a ser digna de tutela jurisdicional. O que importa, na verdade, é o enfoque personalístico da afetividade, da comunhão de vida, do exercício do ônus da criação dos filhos, da realização pessoal e do desenvolvimento da personalidade de seus membros podendo estar presente em diversas formas de constituição da família.

Além disso, quando se enfoca a *repersonalização* do dDireito pPrivado, preconizada por vários mestres,²² deve-se ter em mente, para atingir os objetivos prelecionados, uma preocupação voltada aos sujeitos de direito, numa perspectiva de pluralidade. Logo, de acordo com ntro da reflexão em torno da civilística voltada aos valores da pessoa deve, necessariamente, haver espaço para a expressão das diferenças existentes, sobremaneira quando essas diversidades são expressão de um modo especial de ser.

Assim, buscando essas idéias para o tema focado, a personificação do direito para os sujeitos homossexuais só terá sentido de tutela existencial se não imposto, como único, o modelo heterossexual, tido como "normal" pelo simples motivo de ser o mais usual. A igualdade na diferença se relaciona com a necessidade de ser respeitada a dignidade existente na união homoafetiva, pois, o conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana impõe poder a cada pessoa de exercer livremente sua personalidade segundo seus desejos.

A sexualidade está inserida dentro do campo da subjetividade que , representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade e partilhar a continuidade da vida em parcerias estáveis e duradouras. A exclusão de um rol de pessoas, em virtude de sua orientação sexual, da possibilidade de terem sua relação afetiva reconhecida, impõe-se como um vertiginoso desrespeito à sua dignidade intrínseca²³.

Acresça-se, ainda, que ao se falar em dignidade da pessoa humana, uma aproximação surge no diálogo que se estabelece, a partir deste referencial, entre dDireitos da pPersonalidade, dDireitos fFundamentais e dDireitos hHumanos, pois são temas interligados que, para estarem em sintonia com uma concepção humanística da sociedade, não podem ser dissociados. Além do pregado enlace entre os dDireitos cCivil e cConstitucional, deve também buscar a aproximação deles aos Direitos Humanos, numa construção personalística sem fronteiras.

CONCLUSÃO

Buscou-se, com esse trabalho, defender os efeitos jurídicos das uniões homoafetivas, levando em consideração a transformação do direito de família que de um modelo codicista abriu-se para as possibilidades plurais de formação afetiva, relevando os valores existenciais.

Nesta esteira, a separação judicial, o divórcio, a igualdade entre homem e mulher, a igualdade entre os filhos e a união estável marcam um novo modelo jurídico familiar, o qual, nada obstante, encontra-se em constante mutação. Dentro deste contexto de mudanças, outras vozes ecoam a reivindicar também para si o reconhecimento jurídico: a união afetiva de pessoas do mesmo sexo. Se a abertura já se fez sentir em outros campos da família clássica, ainda há um caminho a ser percorrido para a superação do modelo familiar heteropatriarcal.

Contemporaneamente, com um dDireito de fFamília voltado para a realização personalística da afetividade e do desenvolvimento da personalidade, bem como para melhor atender à dignidade da pessoa humana, é necessário superar o preconceito e propagar a paridade de direitos para as parcerias homossexuais.

O dDireito cCivil, em determinada época, se manteve distante das realidades de seu tempo, trancafiado em seu formalismo tipicista, formando várias situações ditas “de fato”. Hoje, já mais próximo das relações sociais almeja, a partir dos seus princípios, soluções para as questões latentes.

Portanto, o presente trabalho objetivou a apresentação de reflexões sobre como o chamado dDireito cCivil cContemporâneo pode responder às questões das uniões de pessoas do mesmo sexo respeitando a diversidade diante da dimensão personificada do Direito Privado.

Os princípios da igualdade, especificamente, igualdade entre os sexos, da liberdade, da intimidade, da pluralidade familiar, do desenvolvimento da personalidade, e, de modo central, da dignidade da pessoa humana, devem ser considerados sustentáculos legais e suficientes para a concessão de efeitos jurídicos as parcerias entre pessoas do mesmo sexo, quer na falta de legislação específica, quer de modo a informar a criação e a interpretação da legislação nos países que já caminharam neste sentido.

Assim, partindo da tutela jurídica de um espaço reservado para o desenvolvimento da personalidade, chega-se a um conceito amplo do direito à privacidade nas relações familiares, direcionadas à realização de seus membros, descobrindo no princípio da pluralidade familiar a oportunidade das pessoas conviverem familiarmente segundo o modelo que melhor retrate seus anseios pessoais.

Por fim, impor unicamente um determinado modelo vem a ser o mesmo que negar a liberdade de desenvolvimento existencial a essas pessoas. Igualmente, para que alguém possa exercer sua personalidade de forma digna não deve estar sujeito a um tratamento diferenciado, especialmente quando as razões dessa discriminação derivam de preconceito a um modo especial de ser.

Ademais, as questões das parcerias entre homossexuais devem receber soluções análogas às das demais entidades familiares por serem semelhantes às realidades afetivas. No entanto, precisa-se estar atento às diversidades existentes, como, por exemplo, à possibilidade de uma conotação diversa para a questão da estabilidade e da notoriedade das famílias homoafetivas na atual conjuntura nacional. Muito embora, estas singularidades do modelo de família homoafetiva aos poucos perderão a relevância, pois tanto as famílias heterossexuais como as compostas por pessoas do mesmo sexo incorporarão diferenças em sua retratação jurídica, de modo a induzir uma simbiose entre os modelos.

Assim, busca-se a construção de um direito de família sem excluídos, atento aos dDireitos fFundamentais, consoante com os Direitos Humanos bem como tutelador dessa minoria que somente expressando sua forma de amar alcançará sua parcela de cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez. *El Derecho Civil a finales del siglo XX*. Editores Tecnos: España Año de publicación: 1991

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Editora Campos: Rio de Janeiro: 2004.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual - Aspectos Sociais E Jurídicos*
www.mariaberenice.com.br.

_____ *União Homossexual: preconceito & justiça*. Porto Alegre. Ed
livraria do advogado, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2^aed., 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n.5 abr./maio/jun./2000.

GIORGIS, Jose Carlos Teixeira *A natureza jurídica da relação homoerótica*. Anais do IBDFAM. 2002.

Lobo, Paulo Luiz Netto,. *A repersonalização das relações de família, in Direito de Família na Constituição de 1988*, org.: Carlos Alberto Bittar, São Paulo:, Ed. Saraiva, 1989.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 1991. Falta editora.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A liberdade e o ensino jurídico*. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 39, a. 11, p.40-67, jan./mar. 1987

PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Nápoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 1991.. Falta editora.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito Civil. Estudos. Constitucionalização do Direito Civil*. Portugal: Editora Coimbra. 2007. Falta editora.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre. Ed livraria do advogado. 2001.

TALAVERA, Glauber Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo.*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

1 **Suzani Andrade Ferraro**, Mestre em Direito pela PUC-SP, Prof. da Pós-Graduação e da graduação da Universidade Cândido Mendes/RJ, Membro Efetiva e Representante do Rio de Janeiro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário.(suzaniferraro@uol.com.br)

2 DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: preconceito & justiça*. Porto Alegre. Ed livraria do advogado, 2000, p.34..

3 FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Renovar ,1997., p.144

4 Como, por exemplo, a Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre ação de alimentos e a Lei nº 9.971, de 29 de dezembro de 1994, que regulamenta o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

5 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*,. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ªed., 2005, p.87.

6 FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*,. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 65-69.

7 FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. Cit. 2005, p.92

8 Acórdão 70012836755 - sétima Câmara Cível - Comarca de Porto Alegre. **Revista Brasileira de direito de Família**. n.4. jan./fev./mar. 2000.

9 Idem,.

10 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: 2004, p.39..

11 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 5 abr./maio/jun./2000.

12 PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*, p.474

13 Idem, p. 493..

14 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 176-179.

15 FACHIN, Luiz Eduardo. Op. cCit. (1999, p.156.).

16DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça!*, Porto Alegre: Livrari do Advogado. 1997, p.127-128,

17TALAVERA, Glauber Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

18 DIAS, Maria Berenice. Op. cCirt, (1999, pg. 143.).

19 Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência: **UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA**. *Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça preencha a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos*

*infringentes acolhidos por maioria (TJRS, Embargos Infringentes nº 70003967676, 4º Grupo Cível, Relator: Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 9 de maio de 2003). **Importante, ainda, destacar o entendimento da Professora Maria Berenice Dias** a cerca do assunto: *Ante as novas formas de convívio, necessária uma revisão crítica e a atenta reavaliação dos fatos sociais, para alcançar a tão decantada igualdade social. Nesse contexto, é fundamental a missão dos juízes. Imperioso que tomem consciência de que lhes é delegada a função de agentes transformadores dos valores jurídicos que - estigmatizantes - perpetuam o sistema de exclusão social. O que é aceito pelos tribunais como merecedor da tutela jurídica acaba recebendo a aceitação social, o que gera, via de conseqüência, a possibilidade de cobrar do legislador que regule as situações que a jurisprudência consolidada. O surgimento de novos paradigmas conduz à necessidade de rever os modelos preexistentes, atentando-se à liberdade e à igualdade como os pilares do direito, assentados no reconhecimento da existência das diferenças. Essa sensibilidade deve ter o magistrado. Hoje, a necessidade de assegurar em plenitude os direitos humanos, tanto subjetiva como objetivamente, tanto individual como, socialmente, torna imperioso pensar e repensar a relação entre o justo e o legal. Precisam os juízes enfrentar as novas realidades que lhes são postas à decisão. Não ter medo de fazer justiça para manter longe da realidade a pecha de ser o Judiciário um poder incompetente e sacralizador de injustiças.**

20 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A liberdade e o ensino jurídico*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial., São Paulo, n. 39, a. 11, p.40-67, jan./mar. 1987

21 AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez. *El Derecho Civil a finales del siglo XX*, p.111

22O enfoque atual nos valores da pessoa humana é uma construção civilística que se verifica em diversos países. ÀA título exemplificativo, destaca-se a expressão de um professor argentino: *"o grupo de direitos fundamentais atua como núcleo, ao redor do qual se pretende que gire o Direito Privado; um novo sistema solar, no qual o Sol seja a pessoa."* LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, p.145. De Portugal vem a voz de Joaquim de Sousa RIBEIRO: *"a cada um, pelo simples facto de ser pessoa, é devido igual consideração e respeito. Isso implica que a ordem jurídica (...) não possa acolher como lícitas e válidas discriminações que traduzem menosprezo por certos traços individualizadores da pessoa, pela sua identidade física e cultural, pela sua posição social, pelas opções de vida que realizou."* Constitucionalização do Direito Civil, p.752.

23De acordo com Roger Raupp RiosIOS *"a relação que ora se estabelece entre proteção da dignidade humana e orientação sexual homossexual é direta... O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, aliás, é elemento central na sociabilidade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito, que promete aos indivíduos, muito mais que abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades."* *A homossexualidade no Direito*, p. 91.