ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

THE RECOGNITION OF THE HOMOAFFECTIVE UNION AS A FAMILY

Lígia Silva de França*
Raísa Andrade de Alexandria Sousa*

RESUMO: Preocupa-se este ensaio em analisar as uniões entre pessoas do mesmo sexo à luz da concepção de família inovada pela Constituição vigente. Este novo conceito está no chamado *primado do sentimento nas relações*[1], vez que a família é construção da natureza e da cultura do ser humano e existe independentemente de qualquer ordenamento jurídico. Portanto, defendemos a compreensão das relações homoafetivas como entidades familiares, para a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como de seus corolários: *liberdade e igualdade.*
Palavras-chave: Direito de Família. Pluralismo Familiar. União Homoafetiva. Concepção Eudemonista. Estado Democrático de Direito. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This essay analyzes the unions between people of the same sex under the conception of family innovated by the existing Constitution. This new concept lays in the so called primacy of feeling in the relationship, since the family is the construction of nature and culture of the human being and exists independently of any legal system. Therefore, we support the understanding of homoaffective relationships as a family to incorporate the principle of human dignity as well as its corollary: freedom and equality.
Keywords: Family Law. Family Pluralism. Homoaffective Union. Eudaemonistic Conception. Democratic State of Law. Dignity of the Human Person.

1 . apud SILVA, Eduardo, Op. cit. p. 451

* Acadêmicas do 6º período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN.

1 INTRODUÇÃO

Almeja-se, com o presente trabalho, analisar o Direito de Família no plano Constitucional, tendo em vista a adoção do pluralismo nas entidades familiares. Para isto, far-se-á o acompanhamento evolutivo do conceito de família, respaldado na agregação de avanços e mudanças nos costumes, preceitos e valores, anteriormente arraigados na sociedade patriarcal.

Como um dos novos possíveis modelos de célula familiar, surge a tão discriminada união homoafetiva, apesar de ser apontada como uma das mais antigas maneiras de relacionamento humano. Neste contexto, abordaremos a superação do cunho patológico do vínculo entre pessoas do mesmo sexo, inserindo-o no patamar de direito fundamental à diferença sexual.

Ademais, a pesquisa também tem por meta a união estável heterossexual e o seu paralelo com a relação homoafetiva, no estudo dos fatores sociais e evolutivos, evidenciando a resistência social às novas modalidades de família.

Verificar-se-á, no decorrer do exposto, que o núcleo familiar atualmente baseia-se no afeto, na solidariedade e no amor como elementos norteadores dos modernos clãs familiares, levando em consideração a observância dos princípios fundamentais elencados na Constituição vigente.

Por fim, e este é o objeto primordial, apresentar a união homoafetiva como entidade familiar albergada pela Carta Magna. Buscando despertar a sociedade para a não-supressão de direitos primordiais de qualquer ser humano. Tomar-se-ão como pilares sustentadores deste entendimento os princípios da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação e da igualdade para afirmar que cabe ao legislador infraconstitucional e ao julgador o reconhecimento dessas uniões, portanto, conferindo-lhes não só o resguardo patrimonial, mas também dos direitos personalíssimos.

2 A FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO CONCEITUAL

Necessariamente, conforme visão clássica e ocidental, qualquer esforço para a conceituação da família perfaz o caminho que nos remonta a idéia de um agrupamento cultural, vez que família é uma construção social forma-

da por homem, mulher e seus descendentes. Entretanto este agrupamento acompanha os influxos de cada momento, cada tempo, adequando-se aos moldes aclamados pela sociedade, como veremos ao longo de nosso estudo.

A época em que o Estado foi grande interventor nas relações interpessoais ficou marcada pela elevação do casamento à única forma reconhecida da origem "legítima" de uma família. A dignidade da família era mensurada de acordo com a existência de laços matrimoniais, e a ela só se reconheciam direitos uma vez constituída pelo "carimbo" do legislador, como sabiamente nos ensina Pontes de Miranda. A entidade familiar tinha um caráter eminentemente rural e hierarquizado, sua formação era extensiva, dando vasto incentivo à procriação e sendo integrada por diversos parentes. Tais características fundamentam-se na restrição à total liberdade e no perfil conservador da época.

Para Maria Berenice Dias, "a família tinha uma forma extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando uma unidade de produção, com amplo incentivo à procriação"[2].

Bastou o despontar da Revolução Industrial para que novos conceitos mostrassem o contorno dos novos vínculos afetivos. A família ganhou caráter mais nuclear: homem, mulher e sua prole. Desta forma, a necessidade de procriação foi cedendo lugar ao reconhecimento do afeto, e o papel econômico deu espaço aos valores morais, afetivos e espirituais.

A industrialização transforma a composição da família, e a conquista da mulher de seu espaço na sociedade altera sensivelmente as características mais peculiares deste meio. A entidade familiar agora já não é mais patriarcal, pois a mulher lança-se no mercado de trabalho e, por diversas vezes, ocupa a posição de chefe do seio familiar. Como nos ensina o célebre doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, "o homem vai para fábrica e a mulher lança-se no mercado de trabalho. No século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar"[3].

Assim, não se podiam excluir da tutela do Estado as novas formas de famílias advindas dos avanços sociais. Como ao legislador cabe transformar em norma jurídica os fatos da vida, estabelecer regras de comportamento para

2 DIAS, 2005, p. 24.
3 VENOSA, 2004, p. 20.

convivência social pacífica, a caminhada para o reconhecimento das famílias plurais, bem como para dissolução do vínculo originado pelo casamento foi longa e tormentosa, assim como ainda é para aqueles que a trilham buscando sanar a omissão legislativa em tutelar as uniões homoafetivas.

A Emenda Constitucional 09/77 pôs fim à indissolubilidade do casamento, rompendo a idéia de que a família deveria ter o rótulo matrimonial para sua existência. E a Constituição Federal de 1988, como bem ressalva Maria Berenice Dias, citando Zeno Veloso, "*num único dispositivo espancou séculos de hipocrisia e preconceito*"[4]. Esse rompimento com as "amarras" dos dispositivos discriminatórios que foram revogados trouxe a dissociação dos conceitos de casamento, sexo e procriação.

A família contemporânea merecedora da tutela estatal, em razão do Estado Democrático de Direito, supervaloriza a dignidade da pessoa humana e fundamenta-se nos princípios da igualdade e da liberdade. A hora da vez não é mais falar em família como unidade de produção, ou como núcleo familiar restrito, é falar da família como um instrumento essencial à realização dos interesses afetivos e à busca da felicidade.

Neste contexto insere-se a união homoafetiva, objeto do presente trabalho, caracterizando-se por ser a união entre pessoas do mesmo sexo, que foge do padrão estabelecido pelo Estado como forma única de família, passando a manter novos vínculos afetivos ainda repudiados pelo manto do preconceito e da rejeição religiosa e social. As uniões homoafetivas são fatos sociais que gritam por regulamentação e reconhecimento, sendo injustificável a mitigação de direitos fundamentais desta minoria por puro preconceito de quem não terá qualquer interferência em sua esfera jurídica, sob o falho pretexto de que estes vínculos feririam os "bons costumes".

Vale citar a magistrada Maria Berenice Dias quando se manifesta sobre o assunto: *"Subtrair direitos de alguns e gerar enriquecimento injustificado de outros afronta o mais sagrado princípio constitucional: o da dignidade, e se a palavra de ordem é a cidadania e a inclusão dos excluídos, uma sociedade que se deseja aberta, justa, pluralista, solidária, fraterna e democrática não pode conviver com tal discriminação"*.[5]

4 DIAS, 2005, p. 27.

5 SANTORO, Cláudia. **As uniões Homoafetivas e os Princípios Constitucionais**. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 23 jun. 2006.

3 HOMOAFETIVIDADE: DO PRECONCEITO AO DIREITO À DIFERENÇA

O homossexualismo está inserido na história da humanidade, vez que desde os primórdios ele existe. É anterior, até mesmo, a muitos moldes normativos positivados pelo legislador. Como perfeitamente coloca Fabíola Christina de Souza Pinheiro citando Rodrigo da Cunha Pereira, "a homossexualidade existe desde que o mundo é mundo". Porém, a influência da doutrina da Igreja Católica notadamente preconceituosa e intransigente, incongruente com o amor proclamado e ensinado por Cristo, deu margem à completa discriminação daqueles que possuíam um vínculo homossexual, rotulando-os de pecadores, pederastas, criminosos e doentes. Frise-se a opinião de Maria Berenice Dias:

> O maior preconceito contra a homossexualidade provém das religiões. A concepção bíblica vem do preceito judaico, na busca de preservação do grupo étnico. Toda relação sexual deveria tender à procriação. Daí a condenação da homossexualidade masculina por haver perda de sêmen, enquanto a homossexualidade feminina era considerada mera lascívia. A Igreja Católica, ao pregar que sexo se destina fundamentalmente à procriação, considera a relação homossexual uma aberração da natureza, uma transgressão à ordem natural, verdadeira perversão, baseada na filosofia natural de São Tomás de Aquino. Daí serem consideradas antinaturais a masturbação, a homossexualidade e o sexo sem procriação. Por coerência, deveria ser vedado o casamento de mulheres na menopausa ou de pessoas que se sabem estéreis. De qualquer forma, pratica-se mais o sexo recreativo do que o procriativo.[6]

Mas como vimos, apesar do repúdio da Igreja, os avanços sociais foram inevitáveis e desbancaram grande parte da concepção de família que se tinha anteriormente, visto que a liberdade sexual constitui direito fundamental do homem, com respaldo no superprincípio da dignidade da pessoa humana.

6 DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual:** Aspectos sociais e jurídicos. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 18 Jul. 2006.

O grande impulso para a reivindicação do reconhecimento jurídico destas relações emergiu nos anos 90, a partir dos movimentos defensores da causa *gay*. Tais movimentos foram responsáveis por levantar discussões acerca da proteção das relações homoeróticas, em decorrência da propagação da AIDS, visto que, considerado à margem da sociedade, o companheiro (a) sobrevivente via-se abandonado(a) após a morte do parceiro(a).

Assim sendo, a cognição da liberdade sexual decorre da própria natureza do homem e do respeito à liberdade e à igualdade como máximas do direito democrático. Para Maria Berenice Dias, a liberdade sexual é *"natural, inalienável e imprescritível"*. Aos homossexuais deve ser assegurada a liberdade de se unirem com quem amam, pois ao se "adequarem" aos moldes impostos pela sociedade estariam os mesmos abdicando da própria liberdade e felicidade, tornando-se pessoas traumatizadas e frustradas, vítimas da estatização do afeto e da tentativa do Estado de petrificar as relações.

No entanto, as regras que norteiam as relações familiares são de maturação gradativa; portanto, a aceitação de novos conceitos é lenta. Foi o que ocorreu com o divórcio, com a união estável, com o conceito de virgindade e até mesmo com a homossexualidade.

Destarte, sabendo-se que a homossexualidade é a atração por indivíduos do mesmo sexo, o interessante e digno de tutela para o direito é o vínculo formado pela união destas pessoas, que possuem uma opção de vida diferente. Por isso, no âmbito jurídico lhe é mais adequada a denominação de uniões homoafetivas, tendo em vista que esses indivíduos buscam a vida em comum e o amor recíproco, muito mais do que simplesmente a satisfação sexual, como acreditam muitos.

No dizer de Maria Berenice Dias*:*

> Indispensável é reconhecer que os vínculos homoafetivos são muito mais do que meras relações homossexuais. Em verdade, configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito, sob pena de o Direito falhar como Ciência e, o que é pior, como Justiça.[8]

7 DIAS, Maria Berenice. **Liberdade Sexual e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 18 Jul. 2006.

8 DIAS, Maria Berenice. **Liberdade Sexual e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 18 jul. 2006.

O estudo do Direito Comparado nos permite delimitar, no tocante ao reconhecimento das uniões homoafetivas, a existência de quatro modelos: O primeiro deles é o modelo expandido, que é amplo e adota políticas de apoio às organizações homossexuais, buscando a não-discriminação, como, por exemplo, o modelo holandês, que foi o primeiro a regulamentar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Também simpatizam deste modelo Dinamarca, Suécia e Noruega, possuindo leis que reconhecem a parceria entre homossexuais, mas impedem a adoção. O segundo é o intermediário, que proíbe medidas discriminatórias, mas não aponta iniciativas positivas, como ocorre na França e em alguns Estados americanos. O terceiro é baseado na proibição da incriminação, sem estabelecer qualquer meio eficaz ao seu combate. O quarto, e último, é o que regulamenta o homossexualismo como crime. Exemplo dele é o vigente nos países islâmicos.

No Brasil, as ordens jurídicas estaduais e municipais estão editando regulamentações com referências específicas aos laços homoafetivos. As Constituições dos Estados do Mato Grosso e Sergipe; a Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, dos municípios de São Tomé e Grossos, no Rio Grande do Norte, e de 72 outros, já expressam explícita proteção à discriminação por orientação sexual.

O que se extrai de tal análise comparada é que tal problemática é uma realidade a ser discutida e analisada não só pelo ordenamento brasileiro, mas também por todos os outros que ainda desconhecem tais uniões como entidades familiares dignas de proteção, pois mais do que em muitos vínculos heterossexuais, nas uniões homoafetivas o que move a relação é o afeto, fundamento responsável pela repersonalização das relações familiares na nova era do Direito de Família.

4 PARALELO ENTRE UNIÕES HOMOAFETIVAS E UNIÕES HETEROSSEXUAIS

Laços afetivos fora do casamento, este considerado pelo antigo diploma civil como única forma legítima de se constituir família, sempre existiram. Apesar de serem, hipocritamente, repudiados pelo formulador das leis. Assim, o Código Civil de 1916, visando conservar a imaculada concepção

desta instituição social, omitiu-se, deixando de acompanhar e transparecer a realidade, em detrimento dos ditos bons costumes, findando as relações extramatrimoniais mercê de regulamentação legal.

Em face desse contexto, surgiram várias ações que provocaram a discussão sobre esta temática, envolvendo principalmente a união estável, entendida naquele contexto jurídico-social como uma "aberração", pois desprestigiava os ditames do casamento.

Paulatinamente, a Justiça traçou o entendimento de que nestas relações configurava-se a sociedade de fato. Enquadrando-as em vínculos meramente econômicos, onde cada participante era considerado como sócio, dava-se, portanto, a essas relações entre pessoas envolvidas pela afinidade, caráter empresarial; utilizava-se assim, as regras do âmbito obrigacional. Restou-se em posicionamento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, o que dava à União Estável a nuance de concubinato, determinando a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum dos envolvidos (concubinos).[9]

Contudo, foram os avanços jurisprudenciais que incentivaram a reanálise dos entendimentos definidos anteriormente pela ala conservadora dos pretórios. Juízes e desembargadores, fundamentados pela função integrativa do direito utilizaram-se com base no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: a analogia, costumes, equidade e princípios gerais do direito, suprindo, conseqüentemente, a lacuna deixada pelo legislador. Essa passagem para o pluralismo é descrita por Fachin:

> Espaços de não-direito geram fatos que, em certos casos, acabam se impondo ao jurídico, o que gera transformação naquilo que foi refinado na ordem jurídica. Desta certa mudança sem ruptura vem a nova ordem, e o ciclo produtivo das passagens se mantém. Lacunas convertem-se em regras. Foi o que ocorreu com o concubinato. No contexto da família, a concepção matrimonializada forma um espaço de não-direito, mas a produção de relações sociais nesse espaço acabou gerando uma certa imposição, e o que está na 'dobra' do direito passou, gradativamente, a ocupar parte do núcleo no modelo plural de família.[10]

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

10 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, p.200.

Com o advento da Carta Magna Republicana de 1988, novos parâmetros foram inseridos no plano do Direito de Família. Restando, sensatamente, o inevitável reconhecimento da pluralidade do modo de constituição da família, sem estabelecer preferências entre as mesmas. Desta feita, a união estável passou a ser considerada como entidade familiar, com características determinadas no art. 1723 do Código Civil de 2002, que reproduziu literalmente o disposto na Lei nº 9.278/96, em seu art. 1º.

Entretanto, apesar de tentar retratar a realidade respaldada nos vínculos afetivos, bases para a construção familiar, a inovação constitucional enseja discriminação, pois o legislador infraconstitucional atribuiu a união estável entre homem e mulher conseqüências jurídicas diversas daquelas oriundas do matrimônio. Logo se evidencia o paradoxo contido nas normas que regem este instituto, que deveria receber equiparação ao casamento.

Refutou-se, assim, do ordenamento jurídico pátrio o conceito da união estável como sociedade de fato. Com a admissão do pluralismo familiar surgiram novos valores, cristalizados precipuamente na comunhão de interesses e da vida baseada na afetividade e na solidariedade dos indivíduos que compõem a relação, afastando a esfera familiar das funções procriacionais e patrimoniais.

O legalismo arraigado da cultura jurídica pátria influenciou alguns operadores do direito a negaram reconhecimento à união homoafetiva, ainda que presentes os mesmos requisitos que fundamentam as uniões heterossexuais estáveis.

Todavia, a adoção do pluralismo familiar como preceito constitucional, evitando a persistência da hierarquia entre fórmulas familiares, não deve ser esquecida, caso contrário ensejaria o retorno ao paradigma do casamento como modelo unitário de constituição da família. Ademais, o *"caput"* do art. 226 do Diploma Supremo expôs um preceito genérico com fundamento na expressão "família".

A dúvida quanto ao conceito da união homoafetiva como entidade familiar albergada pela Constituição é afastada, uma vez invocado o princípio da igualdade, previsto no art. 3º, inciso V do mesmo diploma, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, que veda o preconceito e a

discriminação, inclusive a de cunho sexual.

Com efeito, a deficiência normativa não está no âmbito constitucional, mas sim, no infraconstitucional. A hipocrisia e o medo de regulamentar um fato ainda controvertido na sociedade, tendo em vista a repercussão no plano das eleições vindouras, levaram o legislador do Código Civil vigente à omissão quanto ao que se refere à relação homoafetiva.

Como aponta a advogada Fabíola Christina "[...] Não é de hoje que as uniões entre pessoas do mesmo sexo se formam em números múltiplos, e no ordenamento pátrio ainda encontram-se à margem da lei, assim como também já estiveram as uniões estáveis antes do reconhecimento estatal"[11].

No contexto jurisprudencial, as relações homoafetivas foram e são, ainda, preconceituosamente declaradas como sociedade de fato, no caso da ocorrência de sua dissolução. Diante dessa constatação, conforme ressalta a procuradora Cláudia Santoro, nota-se que "as uniões estáveis heterossexuais sofreram idêntica resistência, imposta atualmente às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo"[12].

Percebe-se em tese do exame comparativo entre a união estável e a relação homoafetiva, a identidade dos requisitos que caracterizam estas formas de agregamento familiar. Todavia, alguns estudiosos do assunto apontam que esta suposta similitude esbarra no mesquinho requisito da diferenciação de sexos. Onde a supressão deste pressuposto as equipararia concretamente.

Segundo afirma a advogada Fabíola Christina:

> [...] A grosso modo, considerando a hipótese de haver a supressão do requisito da diferenciação de sexos, que se traduz na expressão **entre homem e mulher**, estar-se-ia diante de verdadeira união homossexual, inclusive com características da convivência pública, contínua e com intuito de constituir uma família.[13] (grifo nosso)

11 PINHEIRO, Fabíola Christina de Souza. **Uniões homoafetivas:** do preconceito ao reconhecimento como núcleo de família. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 23 Jun. 2006.

12 SANTORO, Cláudia. **As Uniões Homoafetivas e os Princípios Constitucionais**. Disponível em <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 23 Jun. 2006.

13 PINHEIRO, Fabíola Christina de Souza. **Uniões homoafetivas. Do preconceito ao reconhecimento como núcleo de família**. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 23 Jun. 2006.

No entanto, com base na continuidade, coabitação e, principalmente, nos laços afetivos, a procuradora Cláudia Santoro adota diverso posicionamento, o qual passamos a destacar:

> [...] comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, está – se a frente de uma entidade familiar que deve ser reconhecida, não se justificando a negação de direito assegurados aos heterossexuais nas mesmas condições, somente pelo fato de os conviventes serem homossexuais.[14]

5 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA NO TOCANTE AOS VÍNCULOS HOMOAFETIVOS

Tendo em vista a problemática aqui tratada, bem como diante dos argumentos já expostos, faz-se opoturno analisar a evolução gradativa que passa a jurisprudência pátria e os tímidos avanços legislativos advindos da própria flexibilização jurisprudencial.

Embora a omissão do legislador dê brechas ao julgador que queira se escusar de apreciar os litígios provenientes dos vínculos homoafetivos, ele jamais poderá deixar de fazê-lo, visto que o próprio ordenamento jurídico reconhece a existência de lacunas no sistema legal, ofertando, inclusive, as ferramentas necessárias ao solucionamento dos embates.

Desta maneira, foi a via judicial que inaugurou as primeiras discussões acerca da homoafetividade. No entanto, a existência das uniões homossexuais quando eram reconhecidas, só surtiam efeitos no campo do direito das obrigações, gerando conseqüências meramente patrimoniais. Uma vez inseridas no plano obrigacional, as varas de família especializadas declinavam da competência para os juízos cíveis sem, ao menos, invocarem a analogia para aplicarem-lhes as regras do direito de família.

> EMENTA: Conflito negativo de competência – Dissolução de sociedade estável homoafetiva cumulada com partilha de

14 SANTORO, Cláudia. **Identidade entre União estável Heterossexual e União Homossexual**. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 23 Jun. 2006.

> bens, responsabilidade de guarda e direito de visita a menor – Feito distribuído ao Juízo da Segunda Vara de família – Declinação de competência para uma das varas Cíveis não especializadas, entendendo a M.M. Juíza ser a união homossexual 'equiparada a uma sociedade civil de fato' – Conflito suscitado pela M.M. Juíza da 4ª Vara Cível não especializada, por entender que a união homossexual 'equipara-se a uma comunidade familiar' – Conhecimento do conflito – Art. 226, '§§ 3º e 4º da Constituição Federal e Lei 9.278/96. [...] **DECIDE** o Pleno Tribunal de Justiça, à unanimidade, em dissonância com o parecer ministerial, conhecer do conflito de competência para declarar competente para processar e julgar a matéria dos autos, o Juízo da Quarta Vara Cível não especializada da Comarca de Natal, para onde deve ser remetido o processo[15]. (grifo nosso)

Os argumentos que justificam o voto do Sr. Relator baseiam-se na idéia da família sacralizada, originada dos laços matrimoniais, e na existência da prole. Porém, como ora discutido no tópico referente a evolução conceitual da família onde tratamos da família moderna e a fundamentamos com base na proteção constitucional às famílias plurais, entendemos que as justificativas são desproporcionais e desarrazoadas, visto que podemos exemplificar a descabida omissão quando percebemos que a família anaparental, apesar de não "positivada expressamente" no texto constitucional, tem sua existência reconhecida pela interpretação e aplicação dos princípios constitucionais supremos.

A Justiça gaúcha, como bem de costume, foi pioneira em definir que a competência para apreciar as demandas em que se envolviam as uniões homossexuais era do juízo especializado de família e não do cível[16], como relutam em afirmar os reacionários aplicadores do direito.

Do mesmo modo entende o ministro Celso de Mello, ao analisar Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 33000 – DF,

15 RC nº 02.001241-1, Natal. Rel. Des. Caio Alencar (TJRN - J. 21.08.2002)

16 RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (TJRGS – AI 599 075 496 – 8ª C. Cív. – Rel. Des. Breno Moreira Mussi – J. 17.06.1999)

"[...] a regência do assunto deve ser tratada, não mais no campo do Direito das Obrigações, mas no campo do Direito de família"[17].

A partir desse importante passo foram deferidos direitos no que tange aos benefícios previdenciários, concedendo tanto o auxílio por morte como por reclusão ao companheiro(a) homossexual, em virtude da Instrução Normativa nº 25/2000 – INSS/DC. Nestes termos, restou-se admitida a união estável homoafetiva no âmbito do Direito Previdenciário com repercussão em todo plano nacional, vez que se reconheceu a existência de uma distinta espécie de união estável que guarda consigo a identidade de sexo dos que a compõem.

Não tardou para que os efeitos do entendimento vanguardista da justiça gaúcha repercutissem nos Pretórios Superiores. O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu o vínculo advindo da união homoafetiva ao declarar inelegível a deputada Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes à prefeitura de Viseu, no Pará, em face da mesma ser companheira da então prefeita, Astrid Maria Cunha e Silva. Interessante transcrever o provimento do Tribunal:

> REGISTRO DE CANDIDATO. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. (CF 14 § 7º). Os sujeitos de uma relação estável homossexual, á semelhança do que ocorre com os de relação estável, concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE – Resp Eleitoral 24564 – Viseu/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 01.10.2004).[18]

Assim, ao decidir que as uniões homoafetivas repercutem na esfera eleitoral, presumindo que haja interesses políticos comuns, a decisão do TSE finda em reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, pois a mesma é equiparada a categoria de relação estável heterossexual. Então, por questão de Justiça, constata-se que a abertura trazida pela decisão do Tribunal Superior ao reconhecer direitos negativos, recorreu

17 MELLO, Celso de. **Recomenda reconhecimento de casais GLBTT, como família**. Disponível em: <http://www.joanadarc.com.br>. Acesso em: 23 Jun. 2006.

18 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, p. 197.

à observância dos direitos fundamentais personalíssimos, como bem defende a ilustre desembargadora Maria Berenice Dias: "Uma conclusão tornou-se inevitável: se o Judiciário aceitou assim a relação estável homossexual impondo ônus a seus sujeitos, deve também assegurar-lhes o bônus a que fazem jus. Mera questão de Justiça".[19]

Sendo assim, constatamos a importância da função do julgador, pois ao consolidar um entendimento, a jurisprudência estabelece preceitos de caráter geral que devem ser respeitados por todos, ainda que baseados no caso concreto. Decisões nesse sentido alcançam toda sociedade e contribuem para que a mesma reveja, se questione acerca de suas concepções.

É a coragem em romper com os padrões e o enfrentamento dos tabus estigmatizados que levam a humanidade à evolução e permitem ao Direito a concretização de sua finalidade máxima, que é a Justiça.

É bem verdade que as uniões homoafetivas são reconhecidas como fato social, mas muitos lhes negam substância, quando encaradas à luz do Direito de Família, em face da omissão legislativa que impera em nosso ordenamento.

A Constituição de 1988 foi negligente, é certo, pois deveria ter positivado um termo que abrangesse, no plano formal, esta excluída minoria e seus laços afetivos. E ao pecar neste sentido, acabou permitindo que os resquícios do período de repressão vivido anteriormente culminassem na omissão legislativa infraconstitucional. Pois, ao usar a máxima: *entre homem e mulher,* muitos acreditam que se faz necessária a expressa disposição no texto constitucional, para oferecer às uniões homoafetivas a tutela estatal, negando a eficácia dos princípios consagrados pela Carta da República.

Porém, propositada, e muita mais nociva, é a injustificada conduta do legislador ordinário que, motivado por interesses pessoais, silenciou a temática no contexto do novo Código Civil de 2002.

Visando sanar a lacuna normativa, é nobre, pois, a tentativa do Projeto de Lei 6960/2002 de Ricardo Fiúza, que busca chancelar as uniões homossexuais, cuja redação passamos a transcrever:

19 DIAS, Maria Berenice. **Ônus e bônus**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 23 jun. 2006.

> Art. 1727-A. As disposições contidas nos artigos anteriores (1723 a 1727) aplicam-se, no que couber, às UNIÕES FÁTICAS de pessoas capazes, que vivam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrarie as normas de ordem pública e os bons costumes (PL 6960/02). (grifo nosso)

Aqui não nos cabe mais atacar o preconceito (fartamente analisado nesta pesquisa) impregnado nos termos utilizados pela redação do artigo; o interessante é enaltecer o ganho social trazido pelo referido projeto de lei, que reconhece as questões patrimoniais envolvendo as "uniões fáticas" como matéria pertinente ao Direito de Família, aplicando-lhes os respectivos dispositivos que regulam o plano familiar, em razão do caráter eudemonista destas relações.

A concepção **eudemonista** consolidou a superação dos preceitos intocáveis da família patriarcal, pois se sustenta na razão maior que inclina as pessoas a conviverem: o amor, o afeto e a comunhão de interesses. Indubitavelmente, ao ser estabelecida a proteção no âmbito patrimonial das uniões fáticas descritas no artigo supracitado, verifica-se a existência no plano jurídico de um vínculo anteriormente estabelecido, sendo este o gerador desta tutela protetiva.

Entender o vínculo homoafetivo como entidade familiar é, acima de tudo, constatar que sua essência compreende a busca da felicidade e o reconhecimento do sentimento como pilares das relações familiares, vez que não se limita a capacidade de amar. E apesar da diferente maneira de exteriorizar sua sexualidade, esta nuance familiar identifica-se com as formas plurais de família em face da presença da afeição como aspecto comum.

6 A HOMOAFETIVIDADE E SEU REFLEXO NO PLANO CONSTITUCIONAL

A nova ordem jurídica estabeleceu o pluralismo das relações familiares, identificando a família pela presença do vínculo afetivo. Assim, a Constituição de 1988 inaugurou não só princípios dos quais despontaram algumas transformações sociais, tais como: supremacia da dignidade da

pessoa humana, igualdade entre homem e mulher, entre outros, como também, estabeleceu objetivos que a lei deve sempre proteger, sendo um deles: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visando à promoção de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**, fulcro no art. 3º, incisos I e IV.

A Magna Carta pretende, dessa maneira, preservar o ideal do Estado Democrático de Direito dando aos princípios a função de nortear os elaboradores e aplicadores das normas, marca distintiva do Estado de Direito, onde o que prevalece é a lei pura e seca, desprovida de qualquer espírito.

Neste contexto insere-se o laço homoafetivo, objeto do presente trabalho, caracterizando-se por ser a união entre pessoas do mesmo sexo, que foge do padrão estabelecido pelo Estado como forma única de família, passando a manter novos vínculos afetivos ainda repudiados pelo manto do preconceito e da rejeição religiosa e social.

Por mais que a Constituição Federal positive a dignidade da pessoa humana e estabeleça a igualdade e a liberdade como dever do Estado para com os cidadãos, o esforço será em vão enquanto houver tratamento desigual para aqueles que possuem uma orientação sexual diferente, o que não deveria ocorrer, pois acima das diferenças está a condição de pessoa, merecedora de todos os direitos fundamentais assegurados na Carta da República.

A verdade é que o legislador, movido pelo repúdio social e temendo colocar em risco sua vida parlamentar, aponta que a omissão seja de responsabilidade da Constituição, quando questionado da falta de regulamentação e reconhecimento das relações homoafetivas. O fato é que se faz "vista grossa" ao dispositivo constitucional (art. 226), pois tal norma é uma cláusula geral, portanto, não esgota a constante transmutação que acompanha a evolução da entidade familiar.

Não há como estabelecer modelos de agregação familiar; pode-se exemplificá-las, perceber requisitos norteadores em cada uma delas, porém nunca olvidar a hipótese de que a família tenha uma fórmula taxativa prevista na Constituição.

Maria Berenice Dias comunga do mesmo entendimento, o que vale registrar:

> Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. [...] Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade dos sexos, atendem a tais requisitos (afetividade, estabilidade e ostensividade, para Paulo Luiz Netto Lobo). Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer tutela legal.[20]

Todavia, para muitos, tais uniões não se encontram em um grau de dignidade suficiente a ponto de merecer a proteção estatal, conforme os ensinamentos da brilhante advogada Fabíola Christina de Souza Pinheiro, ao ilustrar seu artigo com a opinião do Relator, Ives Gandra Martins, a respeito do Projeto de Lei nº 1.151/95, que traça a parceria civil registrada, da ex-deputada Marta Suplicy, dizendo o Sr. Relator que,

> [...] parece-me de manifesta inconstitucionalidade o projeto de lei da Deputada Marta Suplicy, pretendendo dar ares de entidade familiar à união de pederastas e de lésbicas, visto que tal tipo de entidade não é reconhecido pela Constituição, não representa a formação de uma entidade familiar e agride, inclusive, o conceito de família hospedado pela Lei Suprema.[21]

Graças a posicionamentos como este que padece de macroscópica desproporcionalidade, as leis voltadas às minorias vagam pelo Congresso Nacional há mais de 10 anos, como por exemplo, a PEC nº 139/95, que visa inserir entre os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro *"o bem de todos sem preconceito de orientação sexual"*. Entretanto, apesar das discrepâncias, diversos Tribunais brasileiros têm reconhecido direitos de ordem previdenciária, eleitoral e patrimonial; alguns, notadamente o do Rio Grande do Sul já concedem a guarda de filhos, no caso de um dos parceiros ser mãe ou pai biológico.

Desta forma, o paradigma basilar do Estado Democrático de Direito, bem como da efetiva consolidação da democracia, não deve existir como

20 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, p. 192.

21 Extraído do artigo científico da doutora Fabíola Christina de Souza Pinheiro. **Uniões Homoafetivas:** do preconceito ao Reconhecimento como núcleo de família. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 23 jun. 2006.

mero informador, mas como mecanismo eficaz para concretização dos direitos fundamentais de cada um, vez que o sexo, a raça, ou a cor não nos fazem melhores nem piores, e o amor e o afeto independem de quaisquer deles.

Contudo, ressalta uma corrente doutrinária a necessidade do expresso reconhecimento dos vínculos homoafetivos no corpo normativo constitucional. Com base em raciocínios hermenêuticos, o da especialidade e o da interpretação normativa civil à luz da Constituição, constata-se que se o texto constitucional não citou outros moldes de entidades familiares, estas estariam, conseqüentemente, afastadas do ordenamento jurídico. Desta feita, o problema seria solucionado pela via emendacional, resultando numa reformulação do *caput* e parágrafos do discutido artigo 226 da Carta Suprema, pelo fato de o mesmo pressupor uma entidade familiar heterossexual, limitando seu alcance.

Como afirma o bacharel Roger Guardiola Bortoluzzi:

> O empecilho maior está na Constituição Federal, uma vez que, conforme seu art. 226, o casamento pressupõe a heterossexualidade [...]. Assim tem-se inviável a intenção de que o Novo Código Civil instaurasse as denominadas **famílias monoafetivas**, pois, além de o tema ser complexo e está sendo discutida pela sociedade brasileira, a técnica jurídica proíbe que o Código se rebelde contra o que estabelece a Carta Magna[22]. (grifo nosso)

A aplicação deste posicionamento remonta desprestígio ao pluralismo inserido no plano da família, pois a partir da análise da terminologia *família*, vislumbrou-se materialmente a possibilidade do surgimento de novas entidades familiares, por tratar-se de cláusula de definição aberta, onde são apontadas no Diploma Maior suas características, e não a sua estagnação conceitual.

Nesta perspectiva, a comunhão duradoura de esforços, ainda que não exista qualquer conotação sexual, estabelecida para formação de um acervo patrimonial comum, que caracteriza a família anaparental, estaria excluída

22 BORTULUZZI, Roger Guardiola. **A dignidade da pessoa humana e sua orientação sexual. As relações homoafetivas**. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 23 jun. 2006.

concretamente da proteção imputada ao Direito de Família, somente pelo fato de não está inserida expressamente no texto constitucional. Entretanto, isto não lhe nega prestígio judicial, sendo reconhecida como entidade familiar e tutelada com base nos preceitos presentes no novel Código Civil.

Portanto, retirar a união homoafetiva do resguardo protetivo constitucional é negar princípios imprescindíveis que regem as relações pessoais e familiares. É esquecer da eficácia imediata destes norteadores do ordenamento jurídico, considerados como supernormas, precipuamente, no Estado Democrático de Direito em que dizemos viver.

No que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, vale apontar a opinião de Roger Raupp Rios:

> [...] a afirmação da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro tem o condão de repelir quaisquer providências, diretas e indiretas, que esvaziem a força normativa desta noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais (executivas, legislativas e judiciárias), quanto pela sua pura e simples desconsideração.[23]

Assim, o preceito maior da dignidade da pessoa humana estaria mutilado pelo desrespeito a diversidade sexual, na mitigação da liberdade contrapondo-se à não-discriminação e ao princípio da igualdade, onde cabe ao aplicador da lei em face da omissão legislativa utilizar-se da necessária interpretação sociológica do direito, prevista no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

7 CONCLUSÃO

Com os avanços sociais, a Constituição Federal vigente, por perceber a superação de conceitos engessadores das relações familiares, adotou o princípio do pluralismo familiar;

Dentre os novos modelos de formação familiar, despontou a união homoafetiva, sendo respaldada na concepção do respeito ao direito consti-

23 RIOS, 2002, p. 90-91.

tucional à diferença da orientação sexual;

A união estável heterossexual, considerada formalmente como entidade familiar, sofreu ao longo dos anos a mesma resistência social, legislativa e jurisprudencial que sofrem hoje as uniões entre pessoas de mesmo sexo, vislumbrando-se, oportunamente, em evidente preconceito, excluir os laços homossexuais da tutela protetiva familiar em face do diverso modo de amar.

Apesar da omissão legislativa, a união homoafetiva viu-se questionada pelos tribunais brasileiros, onde gradativamente operou-se o avanço jurisprudencial, resultando no redimensionamento das concepções sociais, percebido na tentativa ínfima de possível regulamentação no plano do Direito Civil.

Com base na efetiva interpretação sociológica à luz da Constituição, vê-se inevitável o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, tendo como pressuposto o princípio supremo da dignidade da pessoa humana, acompanhado da concepção eudemonista do Direito de Família.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Liberdade Sexual e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 18 jul. 2006.

_____. **Ônus e bônus**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 23 jun. 2006.

_____. **União Homossexual:** aspectos sociais e jurídicos. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 18 jul. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MADALENO, Rolf Hanssen; WELTER, Belmiro Pedro (Coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Celso de. **Recomenda reconhecimento de casais GLBTT, como família**. Disponível em: <http://www.joanadarc.com.br>. Acesso em: 23 jun. 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PINHEIRO, Fabíola Christina de Souza. **Uniões homoafetivas**. Do preconceito ao reconhecimento como núcleo de família. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 23 jun. 2006.

_____. **Identidade entre União estável Heterossexual e União Homossexual.** Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>Acesso em: 23 jun. 2006.

RIOS, Roger Raupp. **Homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTORO, Cláudia. **As uniões Homoafetivas e os Princípios Constitucionais.** Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 23 jun. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão pela vida: o direito de família entre a Constituição Federal e o Código Civil. In: **Reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6.