

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

SUZANI ANDRADE FERRARO*

“Se todos têm direito à felicidade, não há por que negar ou desconhecer que muitas pessoas só serão felizes relacionando-se afetiva e sexualmente com pessoas do mesmo sexo. Valores e normas sociais são modificados, reconstruídos e alterados de acordo com a transformação da própria sociedade.”

Marta Suplicy

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-CHAVE: Homoafetividade; Direito Civil-Constitucional; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The homosexual relationship is a fact. It is a hypocrisy to ignore its existence and cruel not to guarantee dignity to these people. Even if our legal system does not regulate rights connected to homosexual relations, the human person dignity is the Republic's foundation, which has welcomed the equality and freedom principles. Therefore, the stable union cannot be understood as an exclusively-straight relationship. In this context, the contemporary family law turns to the personalistic fulfillment of affection and the acknowledgement of the homo-affective union, in an analogy to the stable union, which is one among several realities in family unions not officially recognized. Thus, the fulfillment of the human person dignity, which unfolds in the values of plurality of family entities, equality, liberty, intimacy, should respect the free development of each one's personality, according to their peculiar way of being.

KEYWORDS: Homo-affective union; Civil-constitutional Law; Fundamental Rights.

* Mestre em Direito pela PUC-SP. Professora 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).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Direito de Família na Legislação Brasileira; 3. A Proteção Constitucional da Família; 4. Os Direitos Fundamentais e a Orientação Sexual; 5. A família como instrumento de afirmação da dignidade humana; 6. A união homoafetiva como entidade familiar protegida constitucionalmente; 7. Conclusão; 8. Referências Bibliográficas.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. The Family Law in the Brazilian legislation; 3. The constitutional protection of the family; 4. The Fundamental Rights and the sexual orientation; 5. The family as an instrument of human dignity affirmation; 6. The homo-affective union as a constitutionally protected family entity; 7. Conclusion; 8. References.

1. INTRODUÇÃO

A reflexão feita neste trabalho visa contribuir para a análise e o debate necessários ao tema, almejando desenvolver o estudo de um assunto 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 aliados 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 de seu mesmo sexo, a realização afetiva.

A confirmação dos direitos dos casais homoafetivos¹ 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.²

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

¹ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: preconceito & justiça*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

² FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.144.

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, alicerce indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade.

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação 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 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, fortalecendo estigmas sociais e deixando de lado um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

2. O DIREITO DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Direito de Família Brasileiro vem sofrendo constantes alterações ao longo dos anos, através da elaboração de muitas Leis e novos códigos, como por exemplo, a Lei nº 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, a qual regula 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, houve a mais significativa alteração no que se refere aos capítulos do Direito de Família, os quais foram melhores elaborados e definidos, na tentativa do Legislador de prever quaisquer hipóteses que possam se tornar casos concretos, quis este normatizar a diversidade de relações existentes 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 novas alterações axiológicas e intensas modificações ocorridas nas últimas décadas, ou seja, a Lei elaborada não acompanhou a evolução da estrutura familiar e as novas modalidades de relações existentes na sociedade atual.

3. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA

Na estrutura do Pacto Social de 1988 foi talhado o mais precioso valor jurídico do ordenamento brasileiro, estatuído como princípio fundamental da República

(art. 1º, III): a *dignidade da pessoa humana*, elevando 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*³.

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

Na percepção de Luiz Eduardo Fachin⁴ 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, Baseado na característica do “afeto”, afasta-se a obrigatoriedade da relação ter de 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, deixando antever que o pano de fundo da tutela que lhe foi emprestada é a própria afirmação da dignidade da pessoa humana, o que significa dizer: a proteção à família somente se justifica para que se implemente a tutela avançada da pessoa humana, efetivando no plano concreto, real, a dignidade afirmada abstratamente. É a família servindo como instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e para a realização plena de seus membros.

Considerando o acatamento do princípio da dignidade humana como valor fundante de todo o ordenamento jurídico, eleva o ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e sua realização existencial, devendo garantir-lhe um mínimo de direitos fundamentais que lhe proporcionem vida com dignidade⁵.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ORIENTAÇÃO SEXUAL

4.1. 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, portanto, sem exceção, todos os casos que “baterem” a porta da Justiça, a interpretação do aplicador da lei sempre deve atender os anseios da sociedade.

O indivíduo possui direito de personalidade, direito a liberdade de expressão, principalmente, direito ao respeito a identidade pessoal, integridade física e psíquica, que são direitos irrefutáveis, indisponíveis. Nesses direitos se inclui, também a

³ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2. ed., 2005.

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. Cit. 2005.

orientação sexual como direito fundamental e prolongamento da personalidade de cada indivíduo 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 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 Alegre⁶:

Tais enunciados não podem se 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 à 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.

No mesmo entendimento o Desembargador Gaúcho Breno Moreira Mussi⁷ 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 demais relevante. O fato de serem as litigantes do mesmo sexo não impediu a concretização de um relacionamento afetivo entre ambas, com conseqüência 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, um instrumento necessário para elaborar e interpretar o Direito.

E, corrobora, ainda, com esse entendimento o professor Norberto Bobbio⁸: *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.

⁶ Acórdão 70012836755 - sétima Câmara Cível - Comarca de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Direito de Família*. n.4. jan./fev./mar. 2000.

⁷ Idem.

⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: 2004.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁹, leciona, comentários pertinentes a este tema evidenciando, novamente, o princípio da dignidade humana, e aduz:

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.

4.2. 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, dentro do paradigma da igualdade, deve-se se levar em conta a preservação das diferenças. Sendo assim, não se intenciona um nivelamento sistemático das relações homoafetivas aos modelos já existentes. Pretende-se, por meio das especificidades um sistema paritário o qual não promova discriminações sob o critério da orientação sexual.

Por conseguinte, destaca-se além dos anteriormente mencionados princípios da pluralidade familiar, da intimidade e da igualdade: **a livre expressão da pessoa.**

A pessoa humana pode desenvolver suas atividades, na vida social, dentro dos parâmetros exigidos pelo ordenamento legal e pode afastar os eventuais impedimentos colocados sem motivo legítimo a justificar o óbice à sua livre ação. Deve-se respeitar, assim, 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 de foro íntimo, independentemente da orientação sexual.

⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 5 abr./maio/jun./2000.

5. A FAMÍLIA COMO INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

A pessoa humana nasce inserida no seio familiar, a partir de onde modela as suas potencialidades para harmonizar a convivência em sociedade e alcançar a sua realização pessoal.

Ora, com a Carta Magna de 1988, que determinou uma nova concepção aos juristas, observando que os conceitos fundamentais que norteia a nova ordem devem ser 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), o Direito de Família do novo milênio ganhou novos conceitos, ancorada na segurança constitucional, é *igualitária, democrática e plural* (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva. Essa a família da pós-modernidade, compreendida como estrutura sócio-afetiva, forjada em laços de solidariedade¹⁰.

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 Tepedino¹¹, 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 e inescandível a pessoa humana. Desse modo, avulta afirmar, como conclusão lógica e inarredável, que a família cumpre modernamente um *papel funcionalizado*, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a *promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental*

¹⁰ Idem.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

para o alcance da felicidade. Do contrário, ainda viveremos *como os nossos pais* (lembrando da canção), esquecendo que o principal sentido da evolução é não permitir que se mantenham erros e equívocos de um tempo passado.

6. 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, espelhando a *busca da realização pessoal de seus membros*. Enfim, *instrumentalizada* à afirmação da *dignidade humana*, servindo como 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.

É nessa exuberante arquitetura civil-constitucional, construída para a proteção da pessoa humana, que sobreleva afirmar a compreensão das uniões homoafetivas como núcleos familiares merecedores de “especial proteção do Estado”.

Nesse sentido, já se reconheceu 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, como afirmado pela Corte gaúcha:

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. 8ª Câm.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 tal 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*, 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. 1º.10.2004)

3º) Não proteger a entidade homossexual também como grupo familiar é negar a sua compreensão instrumentalizada, retirando proteção da pessoa humana e reprimindo uma era já superada (definitivamente!) institucionalista, como se a proteção não fosse dedicada à pessoa, atentando contra a sua intransigível dignidade.

Para Luiz Eduardo Fachin¹² o cerne constitucional da dignidade da pessoa humana (acobertado com o manto sagrado da igualdade substancial, da solidariedade e da liberdade), é possível fundar a base sólida e democrática “*para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana*”.

Demais 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 de seu agasalho protetivo outras entidades também alicerçadas no afeto¹³.

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

¹² FACHIN, Luiz Eduardo. Op. Cit. (1999).

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça!*, Porto Alegre.

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 debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros”. (TJ/RS, Ac. unân. 7ª Câ. Cív., Ap. Cív. 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 Direito de Família é imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais*

Pensar em 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). Calharia, pois, uma reflexão: a 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 Federal¹⁴

Indo mais longe, Maria Berenice Dias¹⁵ desfecha com lucidez invulgar:

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 pode-se 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, juridicamente, tais grupos familiares.

7. CONCLUSÃO

Buscou-se, nesse trabalho, defender os efeitos jurídicos das uniões homossexuais, tendo em vista a transformação do direito de família, que, de um modelo codicista, abriu-se para as possibilidades plurais de formação afetiva – relevando-se 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

¹⁴TALAVERA, Glauber Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁵DIAS, Maria Berenice. Op. Cit, (1999)

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 Direito de Família voltado para a realização personalística da afetividade e do desenvolvimento da personalidade, bem como para um melhor atendimento à dignidade da pessoa humana, deve-se superar o preconceito e propagar-se a paridade de direitos para as parcerias homossexuais.

O Direito Civil, em determinada época, manteve-se distante das realidades de seu tempo – trancafiado em seu formalismo tipicista –, formando várias situações ditas ‘de fato’. Hoje, almejam-se, a partir dos seus princípios, soluções para as questões latentes – aproximando-se Direito e relações sociais.

Seguindo essa trilha, pretendeu-se, no presente trabalho, a apresentação de reflexões sobre como o chamado Direito Civil Contemporâneo pode responder às questões das uniões de pessoas do mesmo sexo, e, deste modo, escutar aquela voz que clama por seus direitos e que já não pode ser ignorada – num panorama de respeito à 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 suficientes para a concessão de efeitos jurídicos às 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.

Partindo-se 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-se, no princípio da pluralidade familiar, a oportunidade de as pessoas conviverem familiarmente segundo o modelo que melhor retrate seus anseios pessoais.

Impor unicamente um determinado modelo, impossível para uma parcela significativa da sociedade, 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.

As questões das parcerias entre homossexuais devem receber soluções análogas às das demais entidades familiares, por serem semelhantes as 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 homossexuais na realidade do momento. Muito embora isso, cremos que estas singularidades do modelo de família homossexual 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-se uma simbiose entre os modelos.

Assim, busca-se a construção de um Direito de Família sem excluídos, atento aos Direitos Fundamentais, consoante com os Direitos Humanos bem como tutelador desta minoria que somente expressando sua forma de amar alcançará sua parcela de cidadania.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 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.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Filiação e Reprodução Assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. nº 5 abr./maio/jun./2000.
- GIORGIS, Jose Carlos Teixeira. *A natureza jurídica da relação homoerótica*. Anais do IBDFAM 2002.
- 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. ed., 2005.
- 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.
- RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado.
- 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.