

**ROZANIA A ARNO SILVA**

**UNIÃO HOMOAFETIVA: PELA IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO  
CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**Trabalho apresentado como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel  
em Direito, Curso de Graduação em  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin**

*Luiz Edson Fachin*

**CURITIBA**

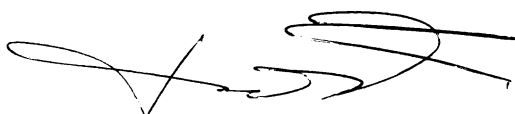
**2005**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

ROZANIA A ARNO SILVA

### **UNIÃO HOMOAFETIVA: PELA IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin



Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin



Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski

Curitiba, 14 de outubro de 2005

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iii
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 CAPÍTULO 1 – PERSPECTIVA HISTÓRICA DA FAMÍLIA</b> .....	6
1.1.A Religião: Principal Elemento Constitutivo da Família Antiga e Medieval .....	6
1.2.Família Moderna: Estrutura Romana e o Desenvolvimento do Individualismo ..	9
1.3.A Importância da Afetividade na Organização da Família Contemporânea .....	10
<b>3 CAPÍTULO 2 – O DIREITO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E CÓDIGO CIVIL DE 2002</b> .....	13
2.1.Os Princípios Constitucionais Orientadores do Direito de Família.....	16
2.2.O Interdito à Discriminação Sexual.....	22
2.3.O Reconhecimento da Pluralidade de Entidades Familiares .....	23
<b>4 CAPÍTULO 3 - UNIÃO HOMOAFETIVA</b> .....	28
3.1 Considerações da Ciência Médica acerca da Identidade Sexual .....	29
3.2 Apontamentos Doutrinários sobre a Lacuna Legislativa.....	32
3.3 A Experiência Legislativa de Alguns Ordenamentos Jurídicos.....	36
3.4 A Questão Vista pelos Tribunais .....	40
<b>5 CAPÍTULO 4 – UNIÃO HOMOAFETIVA: PELA IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	46
4.1 A Moral Sexual, dita, Civilizada como Elemento Determinante nas Decisões .....	46
4.2 Separação entre Direito e Moral: Pela Superação de Preconceitos .....	51
4.3 A Necessidade de se Regular sobre a União Homoafetiva no Brasil: Uma Possibilidade para a Efetivação do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana .....	53
<b>6. CONCLUSÃO</b> .....	57
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	60

## RESUMO

Da noção de que ordenamento jurídico e realidade social devem ser apreendidos como sistemas mutáveis, históricos e inter-relacionados que, acabam implicando em novos paradigmas, faz-se pertinente questionar as origens e motivos que provocaram uma nova realidade no Direito de Família, sobretudo nas novas formas de convívio que caracterizam uma entidade familiar, tendo como traço principal à afetividade. Faz-se necessária uma análise sobre a razão da existência do paradoxo entre o direito vigente e a realidade existente, num confronto entre conservadorismo social, que não raras vezes, serve de instrumento de expropriação de cidadania, e a emergência de novos valores que levam a pensar e repensar no direito a liberdade dos sujeitos acima dos conceitos estigmatizantes e moralizantes que acabam por impedir a implementação concreta do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, com base nesse princípio constitucional, bem como no interdito à discriminação sexual (art.3º. IV CF - elencado como um direito fundamental e personalíssimo), verificar-se-á como têm sido resolvidas as questões que versam sobre a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo e em que medida a vida sexual, considerada atípica, de uma pessoa produzirá efeitos jurídicos; examinar-se-á a questão da subjetividade que pauta as decisões levadas a juízo, de modo a identificar a pré-existência de uma moral sexual, dita, civilizada condutora da organização jurídica sobre a Família; demonstrar-se-á que a sexualidade vai além dos padrões pré-estabelecidos, avançando para a implementação do princípio fundamental da nossa Constituição Federal, frente a qualquer preconceito Social ou Jurídico.

## INTRODUÇÃO

Os princípios são a base, constituem o mandamento nuclear de um sistema, uma vez que fundamentam suas normas, conferindo-lhe harmonia e racionalidade, de modo que a violação a um princípio seria uma ofensa contra todo o sistema e seus valores fundamentais<sup>1</sup>.

Dentro do nosso Ordenamento Jurídico, os princípios constitucionais são as normas que recebem e delimitam valores; têm alta densidade axiológica; sobrepõem-se a interesses particulares, prevalecendo a Constitucionalização do Direito Civil, sobretudo no âmbito da Família.

A Dignidade da Pessoa Humana é o princípio constitucional que estrutura e conforma os demais princípios que regem o Direito de Família, quais sejam, o Princípio da Liberdade, da Igualdade e da Pluralidade de entidades familiares. Nesta perspectiva, a Família passa a ser vista como um espaço de realização pessoal de seus membros, fundada num vínculo de afetividade e comunhão de interesses, deixando de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução.

Este novo discurso, como será demonstrado no desenvolvimento deste estudo, tem suas raízes históricas na Revolução Industrial, nas idéias de Liberdade, Igualdade e Fraternidade que deram as bases para o Movimento Feminista do século XX, culminando no declínio do patriarcalismo e a ruptura do atrelamento, considerado básico até então, dos elementos sexo, casamento e reprodução, tidos como premissas apoiadoras do Direito de Família.

A Constituição da República de 1988, abarcando essas mudanças paradigmáticas, alterou pontos basilares, alargando o conceito de Família e passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros, motivando a derrogação de inúmeras disposições do Código Civil de 1916. Desse modo, percebe-se que o Código Civil de 2002, no Livro dedicado ao Direito de Família, não representa inovação ao Ordenamento Jurídico pátrio; demonstra certa evolução em relação ao que dispunha o

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 629-630.

Código Civil de 1916, por conta de sua adaptação à Constituição Federal de 1988. A rigor, procurou apenas incorporar as mudanças legislativas sobrevindas no período, não tratando, contudo, de pontos considerados polêmicos, como os relacionados à filiação por reprodução assistida e à união de pessoas do mesmo sexo, que é o tema central deste nosso estudo.

A legislação brasileira ainda não toma conhecimento da homossexualidade, não lhe dá aprovações nem punições de modo regulamentado. Tamanha discrição, resta evidente o temor do Estado, através de seu ordenamento jurídico ao prescrever as normas que incluiriam ou excluiriam pessoas do laço social, legitimando suas relações, revelando deste modo, seu traço ideológico, e mais precisamente, a moral sexual civilizada<sup>2</sup> de que é revestida uma sociedade num dado momento histórico.

Desta noção que ordenamento jurídico e realidade social devem ser apreendidos como sistemas mutáveis, históricos e inter-relacionados, é que se faz pertinente questionar as origens e motivos que provocaram uma nova realidade no Direito de Família, sobretudo nas novas formas de convívio que caracterizam uma entidade familiar, tendo como traço principal a afetividade.

Assim, faz-se necessária uma análise sobre a razão da existência do paradoxo entre o direito vigente e a realidade existente, num confronto entre conservadorismo social que, não raras vezes, serve de instrumento de expropriação de cidadania, e a

---

<sup>2</sup> A expressão “moral sexual civilizada” foi extraída da obra do Professor Rodrigo da Cunha Pereira: **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2ª. Ed.rev. atualizada e ampliada; Belo Horizonte; Del Rey, 2001, que, provavelmente, inspirou-se na primeira teoria da cultura, explicitada na obra freudiana, no artigo “Moral Sexual Civilizada e a Doença Nervosa Moderna” de 1908. Está no sentido de demonstrar o grau de subjetividade que permeia os atos e fatos jurídicos, revelando a existência de um determinismo condutor dos julgados. Quer dizer, a subjetividade através da qual o sujeito-julgador se presentifica em suas decisões, suas convicções morais, sua formação como indivíduo, sua história pessoal e ideológica, em nossa cultura, tende a seguir um padrão pré-estabelecido de normalidade, que não raras vezes, atendem a normas morais. Assim, é que o exercício da Jurisdição pode ser compreendido como condicionado a uma subjetividade dominante, e, ainda, que a sexualidade é uma das vítimas preferenciais dessa compulsão moralizante. Nas palavras de Freud “*uma das óbvias injustiças sociais é que os padrões de civilização exigem de TODOS uma idêntica conduta sexual*”. Grosso modo, seu argumento é o de que a civilização moderna está estruturada sobre uma moral sexual repressora que obriga os indivíduos a canalizar sua libido natural em condutas culturalmente aceitas e valorizadas. Ressalte-se que o tema será melhor desenvolvido no capítulo 4 deste presente estudo, mais precisamente, no item 4.1: A moral sexual, dita, civilizada como elemento determinante nas decisões.

emergência de novos valores que levam a pensar e repensar o direito à liberdade dos sujeitos acima dos conceitos estigmatizantes e moralizantes que acabam por impedir a implementação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

É notório que por mais que a doutrina, a lei e a jurisprudência tenham evoluído e entendido as novas representações sociais das famílias, a discussão, não raras vezes, acaba caindo em um viés moral. E é deste entendimento que se acredita na separação entre Direito e Moral como uma saída para superar preconceitos, já que o Direito representa uma tentativa de organizar as relações sociais, possibilitando o convívio.

Não se pode deixar de reconhecer que a não dissociação entre Moral e Direito faz com que o último sirva de instrumento de expropriação de cidadania.

A história demonstra que os critérios para inclusão ou exclusão trazem consigo um traço ideológico que não pode ser desconsiderado pelo Direito, sob pena de se cometer injustiças e reproduzir sofrimentos. Por exemplo, a mulher, no Brasil, só passou a ser considerada cidadã pela Constituição de 1934, mas continuou sendo apenas relativamente capaz até 1962 com a Lei 4.121; mais recente, até a Constituição Federal de 1988, os filhos havidos fora do casamento não podiam ser reconhecidos juridicamente.

Assim é que o Estado, durante muito tempo, tem estigmatizado algumas pessoas, expropriando a sua cidadania, usando como critério o ser diferente; neste caso em estudo, implicando na genitalidade.

Mesmo com a alteração dos Princípios e paradigmas do Direito de Família, as pessoas continuam sendo identificadas por suas preferências e inclinações sexuais. Ressalte-se aqui o papel significativo dos estudiosos do Direito que acreditam na sua transformação para adequá-lo de forma mais harmônica à realidade social.

É desta noção que se afirma ser a união entre pessoas do mesmo sexo um fato presente há muito tempo na sociedade, não podendo ser considerada como incomum ou anormal.

É um fato que culmina em conseqüências afetivas ou patrimoniais relevantes e que, por isso, clama por proteção jurídica. Devendo, ainda, ser regulamentado no

âmbito do Direito de Família, já que se trata de vínculo de afetividade, não tendo sentido o tratamento da destinação patrimonial daí decorrente, ser realizado no âmbito do Direito Societário que é, essencialmente, de índole econômica.

Foi amplamente divulgado nestas últimas décadas que o Parlamento europeu pediu aos países da União Européia que permitam o casamento de pessoas do mesmo sexo. Em consonância com a recomendação, exortou os países a abolirem a discriminação de homossexuais.

Não obstante a reação da Igreja Católica, que qualificou tais suscitações como desordem moral, o fato é que alguns ordenamentos jurídicos<sup>3</sup> já admitem a legalização de tais uniões. Mas, o nosso ordenamento, como a maioria dos Estados ocidentais, mantém a possibilidade de união afetiva somente entre heterossexuais.

Para se chegar ao ponto central deste estudo, será feita uma análise sobre as transformações que a Família sofreu no decurso do tempo até a sua concepção atual, ou seja, como sendo o ramo do Direito que tenta organizar a sexualidade (na ordem do desejo), o afeto e as conseqüências patrimoniais daí decorrentes.

Pretende-se, com base no Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, bem como no interdito à discriminação sexual (art.3º. IV CF - elencado como um direito fundamental e personalíssimo), apontar como têm sido resolvidas as questões que versam sobre a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo; estabelecer em que medida a vida sexual, considerada atípica, de uma pessoa produzirá efeitos jurídicos; examinar a questão da subjetividade que pauta as decisões levadas a juízo, de modo a identificar a pré-existência de uma moral sexual civilizada condutora da organização jurídica sobre a Família; demonstrar que a sexualidade vai além dos padrões pré-estabelecidos, avançando para a implementação do princípio fundamental da nossa Constituição Federal, frente a qualquer preconceito social ou jurídico.

---

<sup>3</sup> Suécia, Noruega, Hungria e Holanda estabeleceram normas de convivência para uniões de pessoas do mesmo sexo; o que teve boa recepção na Inglaterra e na França. Na América se registra a conformação legal estabelecida em Nova York, nos Estados Unidos. (VINDELOV, Vibeke. In: *Family, law and social policy*: OÑATI. Valério Pocar and Paola Ronfani, 1991, p.176). Em junho de 2005 foi noticiado pela imprensa nacional que também a Espanha já incluiu no seu ordenamento jurídico regras para a união homoafetiva, e foi além, possibilitando, inclusive, a adoção por casais homossexuais.



Com isso, se quer justificar a necessidade da regulamentação das uniões homoafetivas dentro do nosso ordenamento, referenciando a importância que os estudos sobre o tema vêm adquirindo em outros países, numa tentativa de possibilitar a efetividade do princípio conformador desta área jurídica, que é o da Dignidade da Pessoa Humana; pois, em que pese o significativo avanço determinado pela nossa Constituição Cidadã e a instituição do Código Civil de 2002, ainda existem atos e fatos no mundo real que não existem para o mundo jurídico.

## CAPÍTULO 1 – PERSPECTIVA HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Neste capítulo será realizado um breve estudo sobre a evolução pela qual a família passou no decurso do tempo, a fim de demonstrar que seu caráter complexo e dinâmico alterou, significativamente, o modo que o indivíduo é considerado dentro do agrupamento familiar. Destarte a origem da família ser anterior<sup>4</sup>, por opção metodológica, visou-se à delimitação do objeto tomando como marco a família antiga e medieval.

A pertinência desta perspectiva histórica é vislumbrada nas palavras de Milton Santos: “Somente a História nos instrui sobre o significado das coisas. Mas é preciso sempre reconstruí-la para incorporar novas realidades e novas idéias ou, em outras palavras, para levarmos em conta o Tempo que passa e tudo muda<sup>5</sup>”.

Retira-se daí, desde logo, a conclusão de que estaremos a tratar de um significante que terá seu significado alterado de acordo com os condicionantes históricos.

### 1.1 A RELIGIÃO: PRINCIPAL ELEMENTO CONSTITUTIVO DA FAMÍLIA ANTIGA E MEDIEVAL

O marco desta estrutura familiar é a família grega e romana, até a época medieval.

Estas antigas gerações tinham na religião o principal elemento constitutivo da família. Fustel de Coulanges afirma que se nos transportássemos ao dia-a-dia destas pessoas, encontraríamos um altar em cada casa, e em redor desse altar, a família

---

<sup>4</sup> O Professor Eduardo Leite ao tratar da origem da família, apresenta-a desde o período selvagem, bárbaro.

<sup>5</sup> SANTOS, M. *Técnica, espaço e tempo*, p.15.

reunida e que o mais próximo possível desta casa estaria o túmulo no qual repousam os seus antepassados dignos do culto<sup>6</sup>.

Cada família tinha sua própria religião, cabendo ao homem a chefia daquela crença religiosa; a família nesse período pode, então, ser considerada como um grupo de pessoas unidas pelo mesmo culto aos mesmos antepassados. Esta importância da religião na fixação de regras da família antiga trazia, em linhas gerais, as seguintes conseqüências:

Em primeiro, pode-se afirmar que o afeto não era considerado para efeitos de sua constituição; o maior interesse estava em dar continuidade à descendência para que se continuasse o culto. Daí a possibilidade de se desfazer o casamento no caso de esterilidade da mulher e da substituição do marido, se tivesse algum problema de impotência ou morte prematura, por um parente. Tudo para evitar a extinção da família.

Outra decorrência dessas crenças religiosas é o papel da mulher como ser menor, nunca podendo ser chefe do culto. Só era levada em consideração a partir da cerimônia do casamento e iniciação no culto do marido. No que tange à sucessão, se solteira, não podia dispor dos bens que havia herdado; ao casar não herdava nada do pai, visto que não poderia continuar cultuando os seus antepassados.

Quanto ao filho homem, tinha a incumbência de dar continuidade ao culto familiar; deixava de fazer parte da família ao se emancipar ou em caso de renúncia ao culto; conseqüentemente, perdia o direito à herança; já o filho adotado que realizava o culto, tornava-se verdadeiro filho para a família, fazendo *jus* ao recebimento dos bens.

Do preconizado, conclui-se que esta família era fundada na divisão dos papéis familiares, hierarquizada, portanto; e que todas as decisões eram vinculadas a uma preocupação com a sobrevivência, material, biológica e cultural de seu grupo; não restando aos entes que compunham a família, espaço para liberdade de escolha diversa da pré-determinada pelo chefe do culto.

---

<sup>6</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 44.

Na Idade Média a religião também ocupa espaço de destaque nas relações familiares. Mas aqui seguem a influência da Igreja Católica. O modelo de família vislumbrado aqui é o patriarcal, hierarquizado, matrimonializado e heterossexual.

Patriarcal porque é o pai quem tem a concentração de poder e de prestígio dentro desta estrutura; o *pater familias*, é o chefe do grupo familiar, com direitos absolutos sobre a mulher e filhos, inclusive com direito à vida e morte sobre eles, sendo, portanto, subordinados a sua autoridade; daí ser hierarquizado.

Matrimonializado porque a família só era iniciada através do casamento religioso; o matrimônio, nesta acepção, era considerado indissolúvel; admitindo-se, por intermédio da autorização do bispo, a separação de corpos em caso de adultério, heresias e sevícias de um cônjuge contra o outro.

Heterossexual porque a história jurídica da família sempre foi fundada na vida em casal composta de um homem e uma mulher, já que uma das finalidades da união era a reprodução.

Nesse período, assim como no antigo, a Família é pautada na discriminação entre os sexos, na necessidade de procriação e na proteção do patrimônio.

Esta também foi a base da família brasileira no período colonial, ou seja, era regida pela desigualdade, onde o próprio Código Filipino de 1603 concedia ao marido a chefia da família.

Não havia separação entre Estado e Igreja o que possibilitou a recepção da estrutura do modelo romano.

Destaca-se que esse período foi marcado pela expansão dos modos produtivos, sendo o filho visto como elemento da força produtiva. Era a Grande Família, que além da mulher e dos filhos, contempla irmãos, sobrinhos, tios, avós, inclusive escravos e empregados. Não havia preocupação com a realização pessoal do indivíduo nesta esfera; a família era transpessoal e vista como unidade de produção.

## 1.2 A FAMÍLIA MODERNA: ESTRUTURA ROMANA E O DESENVOLVIMENTO DO INDIVIDUALISMO

Pode se entender como família moderna aquela cuja base está delineada no Código Civil brasileiro de 1916 e na legislação subsequente, até o advento da Constituição Federal de 1988.

A referência dessa organização juridicamente instituída é a família romana e, como em todo o ocidente, sua fonte de inspiração é o Código Civil francês de 1804. Há que se registrar que nesse período as idéias liberais da Revolução Francesa, quer seja, Liberdade, Igualdade e Fraternidade, estavam espalhadas, fazendo com que surgissem reivindicações para a existência de um Estado livre das influências religiosas, separado da Igreja. O que, no Brasil, ocorre em 1889 com a Proclamação da República, tendo como grande repercussão o chamamento, por parte do Estado, do monopólio da celebração e da jurisdição matrimonial.

Até a primeira metade do século XX a família continua patriarcal, onde o pai era o chefe da família, cabendo a ele todas as decisões sobre esta; mantém no casamento a única entidade constituidora da família, não reconhecendo outras formas; e ainda, inexistindo a possibilidade de dissolução desse vínculo. A condição da mulher era a mesma, ou seja, de permanecer sob a égide do marido<sup>7</sup>, cuidando da casa e da educação dos filhos.

Na percepção do professor Eduardo de Oliveira Leite,

Livres para casar, a Igreja encarava o homem e a mulher ingressando num estado onde os papéis, as tarefas, os direitos e deveres estavam previamente fixados e repartidos. O que passaria na vida conjugal estava praticamente determinado muito antes do casamento. Cada cônjuge sabia o que poderia esperar do outro, e as expectativas eram precisas, limitadas e comuns a todos os que se tornavam marido e mulher<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> “A idéia do homem como chefe da sociedade conjugal liga-se à necessidade de uma autoridade para se manterem ordem e unidade, tão importantes para o sistema de produção da Grande Família,” (MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. *As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina*. São Paulo: Renovar, 2000, p. 24).

<sup>8</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família*, p. 348.

Destaca-se nesse período o desenvolvimento do individualismo, ou seja, surgiu nas pessoas a vontade de fazer suas próprias escolhas, sobretudo nas relações humanas; esse sentimento é expressivo nas categorias mais oprimidas, como a mulher e também, no âmbito familiar, os filhos. Deu-se início a um questionamento sobre os padrões socialmente impostos para se buscar ambições pessoais, onde a felicidade individual é o objetivo maior. A idéia era de se combater as mais diversas formas de repressão, apontando para uma nova concepção de vida.

Pode-se considerar que é a partir deste ponto que se iniciará uma mudança nos paradigmas norteadores da família; as escolhas, até então, feitas por razões de ordem econômica, passam a ser pensadas de forma individual, o que acaba privilegiando o afetivo e o pessoal; o casamento começa a ser encarado não mais como núcleo econômico e de reprodução. Este é o começo, são as idéias que embasarão uma verdadeira mudança de eixo na estrutura familiar. Nesse sentido, é a constatação de Michelle Perrot:<sup>9</sup>

As rupturas que assistimos hoje são a culminação de um processo de dissociação iniciado a muito tempo. Ele está ligado em particular, ao desenvolvimento do individualismo moderno do século XIX. Um imenso desejo de felicidade, essa felicidade que o revolucionário Saint-Just considerava a idéia da nova Europa – ser a gente mesmo, escolher sua atividade, sua profissão, seus amores, sua vida – apoderou-se de cada um.

### 1.3 A IMPORTÂNCIA DA AFETIVIDADE NA ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Para se chegar à noção de família contemporânea é essencial que se tenha observado seu percurso histórico, pois se verifica que a família atual é o resultado de profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais. É a partir da segunda metade do século XX que se começa a viver esse processo de transformação impulsionado pelo movimento feminista e o declínio da ideologia patriarcal.

---

<sup>9</sup> PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: *Reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993, p. 78.

A Revolução Industrial, com a redivisão sexual do trabalho, oportunizou a inserção da mulher no processo produtivo e, com isso, sua saída da esfera exclusivamente doméstica; conferindo-lhe independência financeira e maior poder de decisão, ficando descabida qualquer predeterminação funcional dentro da família. Nas palavras do Professor Lamartine Corrêa de Oliveira “a autoridade e as tarefas domésticas, tendem, portanto, a ser partilhadas igualmente entre os cônjuges<sup>10</sup>”.

A partir dessas aspirações e com o propósito de reger a família, em consonância com as mudanças, surgem legislações extravagantes, como o Estatuto da Mulher Casada<sup>11</sup> e a Lei do Divórcio<sup>12</sup>.

O casamento não é mais indissolúvel porque os valores que pautam esta união são outros; o que conforma e consolida uma família é a identificação dos vínculos afetivos das pessoas que a integram. A família passa a existir para o desenvolvimento do companheirismo, do amor e, sobretudo, o núcleo de realização pessoal de cada sujeito em seus interesses afetivos e existenciais. É a noção de família eudemonista.

Do ponto de vista fenomenológico, é inegável o novo quadro que se apresenta, mas, de acordo com o Professor Gustavo Tepedino, “é do ponto de vista axiológico, contudo, que se pode identificar a mais profunda alteração no vértice do ordenamento, não obstante o eloqüente silêncio – seja consentido o oximoro – da doutrina pátria a este respeito, a impor radical reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de família<sup>13</sup>”.

---

<sup>10</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 4ª. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 12.

<sup>11</sup> Lei 4.121/62 – promoveu a emancipação da mulher e a colocou na posição de colaboradora do marido, que mantinha a chefia da sociedade conjugal. Até o advento da lei, a mulher casada era considerada relativamente incapaz; dependente da assistência do marido para realizar atos da vida civil e de autorização marital para o exercício de profissão.

<sup>12</sup> Lei 6.515/77 – permitiu a dissolução do vínculo conjugal, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos ou separação de fato pelo prazo de cinco anos, se iniciada antes de 1977. Foi necessária uma Emenda Constitucional para sua edição (Emenda Constitucional 9 à CF/ 1969).

<sup>13</sup> In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.48.

Diante das transformações ocorridas, destaca-se o relevante papel da Constituição Federal de 1988 que as absorveu e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a Dignidade da Pessoa Humana frente aos demais. Tal comando prescreve que os variados modelos de família devem ser reconhecidos pelo Direito na medida em que respeitem os valores essenciais dos membros do grupo familiar. Nas palavras de Pietro Perlingieri, “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<sup>14</sup>”.

Assim é que a Constituição da República tratou de reconhecer outras formas de entidade familiar que não aquela advinda do casamento; ou seja, a nova realidade da família não alberga um modelo prévio determinante de sua formação, significa que, ao menos teoricamente, não há um padrão tradicional imposto a ser seguido. O professor Rodrigo da Cunha Pereira, ao descrever a família atual, assim assevera:

Vivemos uma nova realidade: a atual família é um mosaico composto de forma harmoniosa, a retratar a complexidade da realidade social. Não mais se concebe a família como estrutura única, engessada pelos laços sagrados do matrimônio. Também ela não mais se caracteriza pela presença de um homem, uma mulher e sua prole. Nem sequer necessita haver parentesco em linha reta entre seus integrantes, ou diversidade de sexo entre seus partícipes, para caracterizar uma entidade familiar. O traço principal que o identifica é o vínculo de afetividade. Onde houver envolvimento de vidas com mútuo comprometimento formando uma estrutura psíquica, isto é, onde houver afeto é imperioso que aí se está no âmbito do Direito de Família.<sup>15</sup>

Em síntese, pode se afirmar que a família atual é um grupo unido voluntariamente por laços afetivos em comunhão de vida; com sentimentos de solidariedade recíproca, liberdade de constituição e dissolução; ainda, pautada na igualdade de direitos e, essencialmente, na dignidade de cada um de seus membros.

---

<sup>14</sup> (Tradução: “A família é valor constitucionalmente garantido nos limites da sua conformidade e de qualquer modo não contrariedade aos valores que caracterizam as relações civis, em particular ao respeito da dignidade humana”.) PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*, p. 474.

<sup>15</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.X.



## **CAPÍTULO 2 – O DIREITO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E CÓDIGO CIVIL DE 2002**

A evolução pela qual a família passou ao longo do tempo, como visto no capítulo anterior, se deu em etapas e assim também foi tratada no âmbito legislativo. Algumas leis, especialmente a partir da década de 60, alterando a figura da mulher casada (Lei 4.121/62) e instituindo o divórcio (Lei 6.515/77), refletiam esta nova realidade da família. Mas o grande avanço desta área jurídica veio com a Constituição Federal de 1988, considerado o marco legislativo da família contemporânea.

À Carta Magna de 1988 foi concedido o papel de unificar o sistema jurídico, de modo que não mais é possível enxergar qualquer ramo do direito sem antes fazer uma análise de sua conformação com a Constituição da República.

Trata-se do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, ou seja, a Constituição é percebida como instrumento propulsor para todos os ramos do Direito, inclusive o Civil e, via de consequência, o de Família. Para Francisco Amaral, a denominada constitucionalização do Direito Civil, significa que “os princípios básicos do Direito Privado emigram do Código Civil para a Constituição, que passa a ocupar uma posição central no ordenamento jurídico, assumindo o lugar até então privilegiadamente ocupado pelo Código Civil, transformando-se este num satélite do sistema constitucional<sup>16</sup>”.

Considerando os fundamentos constitucionais, o eixo passa a centrar-se na pessoa humana, condição *sine qua non* de adequação do direito à realidade, desestabilizando a estrutura liberal, patrimonialista e obsoleta da legislação civil, até então preponderantes.

Nesta perspectiva, pode-se dizer que a família recebe, a partir da Constituição Federal de 1988, de modo expressivo (art. 226 e seguintes), especial proteção do

---

<sup>16</sup> AMARAL, Francisco. *Racionalidade e Sistema no Direito Civil brasileiro*, p. 76. Nesta esteira, Ricardo Luiz Lorenzetti afirma que “o código continua existindo, mas tem sido saturado de conteúdos que exigem um maior marco de compreensão [...] Por isso é necessário relacionar o código com a Constituição, os tratados e os costumes como fontes do Direito [...] O Direito Civil ascende progressivamente, pretendendo dar caráter fundamental a muitas de suas regras, produzindo-se então uma constitucionalização do Direito Civil.” *Fundamentos do Direito Privado*, p. 249-253.

Estado. Devendo ser entendida num conceito mais abrangente e passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros.

A conformação da Constituição de 1988 com a nova realidade das relações familiares motivou a derrogação de inúmeras disposições do Código Civil de 1916, tidas como não recepcionadas, já que apresentavam, originalmente, uma estreita e discriminatória visão do ente familiar, limitando-o ao grupo originário do casamento, impedindo sua dissolução, distinguindo seus membros, apondo qualificações desabonatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessa relação.

Esse descompasso com os anseios e valores da sociedade contemporânea, associado ao fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, fizeram com que o Código de 1916 esvaziasse seu conteúdo e perdesse o sentido<sup>17</sup>.

Adveio em 2002 um novo Código Civil cujo projeto inicial nasceu em 1975, ou seja, antes ainda da Lei do Divórcio e da Carta Constitucional vigente, dois marcos legislativos que introduziram profundas mudanças no sistema jurídico brasileiro.

Em virtude da longa tramitação foram necessárias algumas reformas no texto original do projeto para que fosse sancionado de acordo com a nova ordem constitucional. Por exemplo, a consagração da igualdade entre cônjuges, entre os filhos, independente de sua origem, e o reconhecimento da união estável como entidade familiar, inseridos no texto do Código vigente, são resultado de emendas expressivas oferecidas, sobretudo pelo Senador Nelson Carneiro, para realinhar o Projeto com a Constituição Federal.

O Código de 2002 procura, no Livro destinado ao Direito de Família, regulamentar os aspectos essenciais deste ramo jurídico à luz dos princípios e normas constitucionais. Princípios que serão analisados no item 2.1 deste capítulo.

Também tratou este comando normativo de revogar expressamente as disposições discriminatórias do Código Civil de 1916, já tacitamente revogados pela Carta Magna de 1988, como o artigo 233 que concedia ao marido a chefia da sociedade conjugal, revogado de forma implícita pelo Princípio da Isonomia constante

---

<sup>17</sup> GOMES, Orlando. *A agonia do código civil*. In: Revista de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Forense, ano IV, nº.7, p. 9, julho 1985.

no artigo 5º e 226, § 5º do texto constitucional, e, expressa pelo artigo 1.511 do atual Código<sup>18</sup>.

Ainda, teve o condão de incorporar as mudanças legislativas sobrevindas no período. As disposições normativas constantes de leis especiais, tais como, separação e divórcio (Lei 6.515 de 26.12.1977 teve sua matéria regulamentada pelo art. 1.571, III, IV e seguintes), união estável (Leis 8.971/94 e 9.278/96 traduziram elementos para a compreensão da união estável, tratada no código em seus artigos 1723 ao 1.727) e reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (A Lei 8.560/92 que instituiu a averiguação oficiosa da paternidade aparece a partir do artigo 1.609 e incisos) foram introduzidas no texto da codificação civil de 2002.

Apesar de contemplar, o novo ordenamento, certa evolução pela qual passou a instituição familiar no curso do século XX, percebe-se que manteve uma postura conservadora ao não abordar algumas questões importantes atinentes ao Direito de Família Contemporâneo.

Omite-se, por exemplo, o Código vigente ao não regulamentar técnicas de reprodução assistida e união entre pessoas do mesmo sexo, persistindo no descompasso entre o direito legislado e a realidade social existente.

Em relação às técnicas de reprodução medicamente assistidas, o Código de 2002 deixou de contribuir para a regulamentação de matérias específicas, como o tratamento dispensável às pesquisas em engenharia genética, elegibilidade quanto ao acesso às tecnologias, a maternidade substituta ou ventre de aluguel etc.

Tratou, tão somente, de reiterar as presunções jurídicas quanto à paternidade<sup>19</sup>, deixando de avançar naquilo que poderia, apenas constatando a existência da problemática.

---

<sup>18</sup> “Art. 1511: O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

<sup>19</sup> “Art. 1597: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
[...]  
III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;  
V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que prévia autorização do marido”.

Dentre os assuntos importantes que não tiveram tratamento específico neste importante diploma legislativo, merece especial atenção a questão relativa às uniões entre pessoas do mesmo sexo, já que não recebeu do Código nenhum tratamento, sequer de modo genérico.

Admite-se não poder atribuir apenas ao novel comando este vazio legislativo, pois, há forças conservadoras insistentes em abafar a problemática, mas não se olvide ter se perdido uma grande oportunidade de adaptar o Direito aos fatos sociais.

Deixar à margem da lei os vínculos afetivos que não se definem pela diferença do sexo do par, embora haja convivência duradoura, pública e contínua, com objetivo de constituição de família, é uma opção nitidamente preconceituosa e discriminatória, pois, como bem disse o Deputado Ricardo Fiúza, a lei atende ao novo conceito de família.

Como visto, o Código Civil de 2002 traz de ponto positivo a regulamentação das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, mas não foi além, deixando um amplo contingente de matéria no vazio legislativo, não suprimindo as lacunas há tempo denunciadas pela doutrina e jurisprudência.

## 2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Antes mesmo do tratamento específico à família (artigo 226 e seguintes), a Constituição Federal de 1988 traça alguns princípios genéricos à sua interpretação, quer seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade e da Igualdade.

O princípio fundamental da República Federativa do Brasil é o da Dignidade da Pessoa Humana, consubstanciado no inciso III do artigo 1º da Carta Magna.

Isto significa que a leitura de toda a legislação e demais normas que integram o sistema devem ter como norte este princípio; primordialmente, os casos concretos levados para apreciação do Judiciário, pois, decisão dos tribunais que acabe por ferir a dignidade de qualquer pessoa necessita ser reformada, posto que se confronta com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A palavra dignidade vem do latim *dignitas* que significa honra, virtude ou consideração. Daí se entender que dignidade é uma qualidade moral, a base do respeito que é devido a alguém. Para Rizzatto Nunes, “a dignidade nasce com a pessoa, é-lhe inata, inerente à sua essência<sup>20</sup>”.

Conceituar dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, pois sempre há influência do momento histórico vivido. Assim, tempo houve em que não se falava em dignidade humana dos escravos ou mesmo dos trabalhadores explorados durante o final do Século XVIII, na chamada Revolução Industrial.

Essa dificuldade é reconhecida também por Canotilho:

A densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado dignidade da pessoa humana. (...) Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura recente procura evitar um conceito fixista, filosoficamente sobrecarregado (dignidade humana em sentido 'cristão e/ou cristológico', em sentido 'humanista-iluminista', em sentido 'marxista', 'em sentido sistémico', em sentido 'behaviorista')<sup>21</sup>.

É necessário evitar a conceituação da dignidade da pessoa humana, levando em conta aquilo que se valoriza como bom ou ruim. Esse fixismo referido por Canotilho é que torna, por vezes, equívoco o conceito de dignidade da pessoa humana, pois leva à vinculação com valores históricos reinantes.

Ainda segundo o constitucionalista português, a densificação passa pela teoria dos cinco componentes, quais sejam, a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade; libertação da angústia da existência da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas; garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas

---

<sup>20</sup> RIZZATTO NUNES, L.A. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 363.

e procedimentos do Estado de direito e igualdade dos cidadãos expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo, isto é, igualdade perante a lei.

Na lição de Immanuel Kant: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas, quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade<sup>22</sup>”.

Assim, dignidade é tudo aquilo que não tem um preço, é inestimável e indisponível, como a vida, a personalidade e o afeto. Alexandre de Moraes sintetiza:

A dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>23</sup>

As preocupações jurídico-filosóficas com o princípio da dignidade da pessoa humana ganham ênfase na comunidade internacional, principalmente, diante das violações perpetradas pelo movimento nazista da Segunda Grande Guerra. Daí que no pós-guerra, os problemas referentes ao amparo dos direitos fundamentais do homem passaram a integrar vários diplomas normativos internacionais e culminaram consagrados universalmente através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Assembléia Geral das Nações Unidas de dezembro de 1948.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Cf. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa, Ed. 70, 1986, p. 77.

<sup>23</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, p. 66.

<sup>24</sup> “No pós-guerra, sob o impacto das experiências científicas realizadas com seres humanos nos campos de concentração e, diante dos efeitos desastrosos das duas bombas atômicas lançadas pelos Estados Unidos da América do Norte sobre o Japão, foram elaborados dois importantes documentos de Direito Internacional que influenciaram, sobremaneira, o Direito ocidental contemporâneo: o Código de Nuremberg e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. As disposições desses documentos revelam, parcialmente, o conjunto de questões a ser enfrentado pelo Direito, a partir da revitalização da noção da ética de dignidade fundamental do homem”.(GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 54)

A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana nos diplomas de cunho internacional trouxe, além da defesa e proteção dos direitos iminentes ao homem, uma gradativa inserção desses direitos fundamentais nas Cartas Políticas dos países de cunho antropocêntrico, como os fundados sob a égide do Estado Democrático de Direito.

No contexto jurídico nacional, este princípio fundamental deve ser interpretado em todos os ramos do Direito, posto que a proteção da pessoa humana é o pressuposto e fundamento da ordem jurídica nacional.

No âmbito do Direito de Família, refere-se a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros; devendo a comunidade familiar ser preservada apenas como instrumento de tutela para a realização dos interesses afetivos e existenciais de cada um que a integra.<sup>25</sup>

Ressalte-se que em cumprimento ao valor da dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade de cada membro deve ser respeitado segundo a sua forma de ser.

Este fundamento inerente às pessoas afasta a idéia do predomínio das concepções transpessoalistas em detrimento à liberdade individual, uma vez que o horizonte traçado aqui é o da valorização do ser humano e o direito à liberdade como essências, sem restrições ou discriminações.

Outro princípio constitucional genérico que é observado no Direito de Família está previsto no artigo 5º, I, inserido no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da CR/ 88, é o da Isonomia entre homem e mulher.

Representa, grosso modo, um comando que proíbe qualquer discriminação em função do sexo, respeitando-se às diferenças, estabelecendo uma igualdade substancial, que, nas palavras do Professor Canotilho, implicam a idéia de “tratar-se igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual<sup>26</sup>”.

---

<sup>25</sup> Artigo 226, 8º. CR

<sup>26</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998, p. 64-65.

Os princípios específicos do Direito de Família, que devem ser lidos em consonância com os genéricos, sobretudo com o Princípio Fundamental da Dignidade da pessoa Humana, estão enunciados a partir do artigo 226, CR/ 88, podendo também ser deduzidos das normas Constitucionais.

É importante assinalar que este rol de princípios não tem a pretensão de ser exaustivo, até porque a Constituição Federal não apresenta todos os princípios de forma explícita, tampouco se pretende esgotar a interpretação que possa ser atribuída a cada um deles. A opção metodológica foi por delimitar a escolha, trazendo a estudo aqueles que mais se coadunam com o tema. Assim, serão apreciados de forma específica para o Direito de Família, os princípios constitucionais da Igualdade, da Liberdade e o da Pluralidade das entidades familiares.

O Princípio da Igualdade no Direito de Família está expresso no artigo 226, § 5º, da Constituição da República e é decorrente do Princípio genérico da Isonomia, elencado no artigo 5º, I da Carta Magna. Refere-se, no âmbito familiar, à plena igualdade de direitos e deveres na vivência conjugal, devendo-se, contudo, respeitar as diferenças naturais entre homens e mulheres.

A igualdade entre marido e mulher está consagrada no código civil de 2002 em seu artigo 1.511, supra citado, e desta igualação de direitos decorrem outros artigos. Como exemplo, o art. 1.565, § 1º, que permite a qualquer dos nubentes acrescentar ao seu sobrenome o do outro, contrariando o que dispunha o parágrafo único do art. 240 do Código de 1916, que concedia apenas a mulher tal possibilidade; outro exemplo é encontrado no artigo 1.567 do código ao estabelecer o exercício da direção da sociedade conjugal a ambos, ou seja, tanto ao marido quanto a mulher, não prevalecendo a vontade do homem em caso de divergência.

O Princípio da Isonomia também representa a consagração da igualdade dos filhos, havidos ou não na constância do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações, restando impedida qualquer discriminação, como o tratamento arcaico atribuído pelas legislações anteriores a Constituição, de família legítima e ilegítima, referindo-se aos filhos resultantes do casamento ou, no último caso, os advindos fora desse modelo oficial.



Este novo quadro, que se contrapõe à família hierarquizada e patriarcal, é resultado da insurgência dos novos valores que pautam as relações familiares contemporâneas, quer seja, o humanismo e a solidariedade, que por sua vez, dão lugar a um centro de companheirismo e afetividade, incompatíveis com a idéia de se tratar de modo diferente pessoas que se encontrem em situações essencialmente iguais. Por outro lado, representa o poder de reivindicar o respeito à diferença. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

Precisamos desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente hegemonia de um sobre o outro. Ao contrário, a construção de uma verdadeira cidadania só será possível na diversidade. [...] Se fossemos realmente todos iguais, não seria possível, ou mesmo necessário, falar dessa igualdade. [...] Assim, a igualdade de todos perante a lei, como idéia iluminista, reforçada pela Revolução Francesa e pelas declarações de direitos do homem, deve ser repensada. [...] É somente a partir da diferença, sem hegemonia de um sobre o outro, que é possível construir uma sociedade igualitária, em que seja possível o justo e que a noção do sujeito de direito possa verdadeiramente existir.<sup>27</sup>

Sobre o Princípio da Liberdade, elencado no *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988 como direito e garantia de qualquer cidadão quanto a suas escolhas, interessa dizer, que reflete especificamente nesta área jurídica, no direito de constituir uma família de acordo com sua própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade. Também, reflete-se no planejamento familiar e na livre educação dos filhos, desde que observado o princípio do melhor interesse da criança, em respeito a sua dignidade, o que acaba por eliminar ou diminuir o elemento despótico<sup>28</sup> dentro da família.

---

<sup>27</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 107.

<sup>28</sup> Refere-se à transformação do instituto do pátrio poder em poder familiar, de acordo com o Código Civil de 2002. Embora a denominação ainda mantenha ênfase no poder, a redução do *quantum* despótico operado no instituto representa uma profunda mudança, sendo concebido, atualmente, como um complexo de direitos e deveres. Nas palavras do Professor Orlando Gomes “*O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos*”. Extraído-se do artigo 227 da Constituição o conjunto mínimo de deveres cometidos à família, *a fortiori* ao poder familiar, em benefício do filho, enquanto criança e adolescente, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação (sustento), à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, resta claro que tal conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder.

O Princípio da Pluralidade de entidades familiares será detalhado no ponto 2.3 deste estudo. De antemão, pode-se afirmar que este princípio surge quando a família monoparental e a união estável passam a ter proteção no ordenamento jurídico, superando o conceito originário de família que vislumbrava no casamento sua única forma de constituição.

Da leitura do artigo 226 da Constituição Federal percebe-se que o constituinte foi sensível às mudanças sociais e atribuiu tutela constitucional a outras formas de convívio familiar, pois que, pautadas na afetividade, estabilidade, publicidade e responsabilidade social necessária para o desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros.

## 2.2 O INTERDITO À DISCRIMINAÇÃO SEXUAL

A valorização da dignidade da pessoa humana associada ao princípio da liberdade e da igualdade repele qualquer tratamento discriminatório entre pessoas integrantes de uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária.<sup>29</sup>

Em observância a esses elementos, a Constituição da República veda, expressamente, tratamento desigualitário em razão da orientação sexual das pessoas, conferindo proteção à liberdade sexual como parte integrante do direito à privacidade e à intimidade. Alcançando este interdito à discriminação sexual, eleito como cânone fundamental, a vedação à discriminação da homossexualidade, já que diz respeito à conduta afetiva da pessoa e o seu direito personalíssimo à identidade sexual.

Nesse sentido, o tratamento diferenciado a alguém por orientar-se em direção a um ou outro sexo, nada sofrendo se tender a vincular-se à pessoa do sexo oposto, mas recebendo o repúdio social por dirigir seu desejo à pessoa do mesmo sexo, evidencia uma clara discriminação à própria pessoa em função de sua identidade sexual. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a opção sexual que se tenha.

---

<sup>29</sup> Art. 3º, I, CR/ 88.

O ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, de ativa participação na elaboração da Carta Magna de 1988, pronuncia-se acerca do tema:

[...] A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotar a orientação que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher aqueles fatores que têm servido de base para desigualdades e preconceitos.<sup>30</sup>

Conclui-se que a Constituição Federal traz em seu texto a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como um direito personalíssimo, afastando qualquer possibilidade de identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado, conforme ensinamentos do Professor Luiz Edson Fachin<sup>31</sup>.

Esse patamar de direito fundamental da personalidade atribuído à orientação sexual advém da leitura das garantias fundamentais de liberdade, igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, conforme o artigo 5º da Constituição de 1988.

Entende-se que a absorção deste direito permitirá aproximar a sociedade do ideal de justiça, em respeito à Igualdade, liberdade, libertação e integridade dos sujeitos, pois que a pessoa humana é a razão e o sustentáculo do Direito.

### 2.3 O RECONHECIMENTO DA PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES

Pode se dizer, sem embargo, que foi a passagem da família de um organismo pré-ordenado a fins externos para um núcleo de companheirismo a serviço das próprias pessoas que a integram, o que produziu a verdadeira mudança de eixo na célula *mater* da sociedade.

---

<sup>30</sup> In *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992, p. 204.

<sup>31</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 95.

Esta nova ordem axiológica contrapõe-se à noção de unidade familiar, delineado pela relação entre homem e mulher fundada no casamento.

O texto constitucional de 1988, ao prestigiar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, inaugura um conceito mais abrangente para a estrutura familiar.

Assim, a proteção assegurada histórica e unicamente ao casamento passou a ser concedida à família. Além do casamento, foram reconhecidas outras entidades familiares. Expressamente, a união estável entre um homem e uma mulher e a comunidade dos pais com seus descendentes.

A pluralidade das entidades familiares é tema bastante amplo, então, pelo critério de maior pertinência com o presente estudo, será abordada a questão no limite de constituir ou não *numerus clausus* na Constituição Federal.

A interpretação dominante entre os civilistas é de que o texto constitucional ao tutelar expressamente os três tipos de entidade familiar configurou *numerus clausus*, não admitindo, portanto, outros tipos além dos previstos no artigo 226, §§, 3º e 4º. Nesta linha de raciocínio, há dois desdobramentos:

A primeira tese decorre da leitura isolada do § 3º do artigo 226, relativo à união estável: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A interpretação literal e estrita percebe a existência da primazia do casamento sobre as outras duas entidades familiares. Todavia, o isolamento de expressões contidas em determinada norma constitucional, não é a operação hermenêutica mais indicada para extrair o seu significado. Impõe-se, para tanto, sua harmonização com o conjunto de princípios e regras aos quais está inserida.

A segunda tese reconhece a igualdade entre as entidades familiares, mas no mesmo sentido da primeira, entende não compreender a proteção estatal outro tipo de formação familiar.

A partir da referência do Professor Gomes Canotilho<sup>32</sup> sobre o princípio da máxima efetividade ou princípio da interpretação efetiva, segundo o qual, a uma

---

<sup>32</sup> *Op.cit.*, p. 162.

norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, inclina-se para o entendimento de que as entidades familiares expressas no referido artigo são meramente exemplificativas.

Aplicando os ensinamentos do ilustre professor lusitano, conclui-se que, se dois forem os sentidos que possam ser extraídos dos preceitos do artigo 226 da Constituição brasileira, deve ser preferido o que lhes atribui o alcance de inclusão de todas as entidades familiares, pois, confere maior eficácia ao princípio de especial proteção do Estado e de realização da dignidade humana de cada pessoa que a integra.

A Desembargadora Maria Berenice Dias e Ivone M. C. Coelho de Souza, ao falar sobre as famílias modernas, entenderam que a Constituição Federal “tutela as entidades familiares de qualquer tipo<sup>33</sup>”.

Também o professor Orlando Gomes ao referir-se às famílias derivadas “da mãe com os filhos de sucessivos pais, ausentes ou invisíveis, comuns nas camadas mais baixas da população; às comunidades extensas e unificadas; ao grupo composto de velhas amigas aposentadas que, refugando o pensionato, unem-se para proverem juntas suas necessidades<sup>34</sup>,” entende que a tipicidade familiar é aberta, exemplificativa.

Outro apontamento sobre a tipicidade aberta, parte de uma análise semântica do § 4º do artigo 226 da Constituição da República.

Segundo esta interpretação, o adjunto adverbial de adição “também” utilizado (entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes), é uma conjunção aditiva a evidenciar que se trata de uma enumeração exemplificativa da entidade familiar.

O Professor Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>35</sup> aponta dois fortes argumentos para resolver a problemática.

---

<sup>33</sup> *Famílias Modernas: (Inter)seções do Afeto e da Lei*, in Revista Brasileira de Direito de Família, nº. 8, janeiro/ março, 2001, p.68.

<sup>34</sup> GOMES, Orlando. *O novo Direito de Família*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1994, p. 66.

<sup>35</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2002, p. 95.

Assevera, a título inicial, que a proteção constitucional atribuída à família é mediata, ou seja, está no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não sendo a família *per se* protegida, é o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da personalidade das pessoas que a integram.

Sob este ponto de vista, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras. A exclusão traria reflexos na vida das pessoas que as integram, por opção ou qualquer circunstância, comprometendo a realização do princípio fundamental da dignidade humana.

Outra observação contundente de que os tipos de entidades familiares explicitamente referidos no texto constitucional brasileiro não encerram *numerus clausus* é de que a Carta de 1988, promulgada como Constituição Cidadã, ao estender proteção do Estado as demais formações de família, teve o escopo de suprimir a cláusula de exclusão, contida nas Constituições anteriores, que admitiam apenas a família constituída pelo casamento.

Arrebata a questão o ilustre jurista ao afirmar que não se pode enxergar na Constituição o que ela expressamente repeliu, isto é, a proteção de tipo ou tipos exclusivos de família ou da família como valor em si, com desconsideração das pessoas que a integram.

Não há, pois, na Constituição da República, um modelo preferencial de entidade familiar. Quando ela trata da família está a referir-se a qualquer das entidades possíveis. Se há família, há tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade. Assevera que a exclusão não está na Constituição, mas na sua interpretação.

Tendo em mente a existência de Princípios e garantias constitucionais aptas a proteger as novas formas de constituição familiar, concebendo a família como lugar dos afetos, da formação social, onde se desenvolvem os valores da pessoa, e, de que o texto constitucional deve ser interpretado como um sistema aberto, próximo da vida, conclui-se ser equivocado o entendimento de que as entidades familiares explicitadas na Constituição de 1988 encerram *numerus clausus*.

Ao contrário, por se tratar de norma de inclusão, a enumeração é meramente exemplificativa, podendo ser estendida a proteção do Estado a qualquer entidade que

preencha os requisitos da afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico; estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos e descomprometidos, sem comunhão de vida; e ostensibilidade, o que pressupõe uma apresentação, como entidade familiar, publicamente, conforme vem sendo reiterado pela jurisprudência.

### CAPÍTULO 3 - UNIÃO HOMOAFETIVA

Os fatos sociais são a fonte criadora do Direito que, por sua vez, busca na realidade seu sustentáculo. Assim, tem o fenômeno jurídico no fato cultural e na sociedade o seu foco necessário e indispensável.

Dito de outra forma, os fatos se impõem perante o Direito e a realidade força sua adaptação a eles. Essa realidade se faz presente pela alteração dos costumes, mormente nas relações familiares, que evoluíram e se impregnaram de autenticidade, afeto, igualdade e liberdade, do que não pode negligenciar o Ordenamento Jurídico.

Sabe-se que as relações entre pessoas do mesmo sexo é um fato presente na realidade social há muito tempo, desde as antigas civilizações, visto que era conhecida e constante entre os romanos, egípcios, gregos e assírios.

Entre alguns povos, estava relacionada à religião e à carreira militar, pois se atribuía tal condição aos deuses *Horus* e *Set*, que representavam a homossexualidade e as virtudes militares entre os cartagineses, dórios e, mais tarde, os normandos. Para os gregos, além de representar aspectos religiosos e militares, também atribuía a esta orientação sexual, características como a intelectualidade, a estética corporal e comportamental sendo, por muitos, considerada de grande nobreza.

Com o Cristianismo e o argumento de que Deus fez Adão (o homem) e Eva (a mulher) para que um desfrutasse do outro, sendo condição natural biológica a atração heterossexual e uma patologia o contrário, e ainda, que as relações sexuais deveriam dirigir-se exclusivamente à procriação, a homossexualidade passou a ser vista como anomalia psicológica; uma transgressão à ordem natural; de algo nobre a um vício condenável, sendo considerada crime até a década de 60 entre os ingleses e até hoje nos países islâmicos, podendo ser sentenciado com a pena de morte.

A religião, especialmente os dogmas da Igreja Católica, insiste na tese de que é uma patologia psicológica. Possivelmente este tenha sido o motivo pelo qual a CNBB enviou, recentemente, a pretexto de proteger a vida e a família, carta aos 513



deputados federais alertando sobre o perigo das uniões “antinaturais”, propostas pelo Projeto de Lei 1.151/95.<sup>36</sup>

Com a liberação dos costumes após a revolução sexual dos anos 60, as pessoas passaram a assumir sua orientação sexual, intensificando-se a constatação de convivência entre pessoas do mesmo sexo. Mas, era inconcebível invocar tutela estatal para tratar da questão; já nos anos 70, era um modismo, tempos de culto ao sexo, *hippies*, fogueiras de *soutiens* etc.; nos anos 80, era uma bandeira a ser carregada e, atualmente, pouco mais de 20 anos depois, é um direito humano que clama por efetividade.

### 3.1 CONSIDERAÇÕES DA CIÊNCIA MÉDICA ACERCA DA IDENTIDADE SEXUAL

Na literatura médico-legal brasileira, mais precisamente nos livros Manual de Medicina Legal de Delton Croce e Delton Croce Júnior e o clássico Medicina Legal do Professor Hélio Gomes, a homossexualidade é tratada como perversão sexual, sendo homossexual aquele que pratica atos libidinosos com indivíduos do mesmo sexo ou então apenas exhibe fantasias eróticas a respeito, e, do ponto de vista legal, o que perpetrou um ato homossexual devidamente confirmado.

Na mesma linha de pensamento o professor Guilherme Oswaldo Arbenz entende que “é uma inversão sexual que se caracteriza pela atração sexual por pessoas do mesmo sexo<sup>37</sup>.”

Trabalham a homossexualidade como uma questão congênita, biológica, uma patologia e, por isso, esses indivíduos estariam fora da normalidade, sendo considerados nocivos, subversivos à paz e tranquilidade dos lares, o que remete à antiga classificação lombrosiana das patologias de indivíduos percebidos como anormais.

---

<sup>36</sup> FOLHA DE SÃO PAULO, *CNBB faz lobby contra parceria gay*. Edição de 10/06/2001.

<sup>37</sup> ARBENZ, Guilherme Oswaldo. *Medicina Legal e Antropologia Forense*, p. 419.

Atualmente, no campo científico, o conceito de homossexualidade mudou, deixando de ser considerado uma patologia pela medicina. Assim, é que no ano de 1985, a homossexualidade, deixou de constar no artigo 302 do Código Internacional das Doenças (CID), como uma doença mental, passando ao capítulo dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. Na revisão de 1995, o sufixo ismo, que significa doença, foi substituído pelo sufixo dade, que significa modo de ser.

Ainda, recentes pesquisas realizadas nos Estados Unidos mostraram a existência de causas genéticas no desenvolvimento da homossexualidade, não podendo taxar como um desvio de conduta ou escolha pessoal.

Esta nova concepção da homossexualidade no campo científico, encontra na área da psicologia, nos estudos sobre a sexualidade humana, sua maior contribuição.

No modelo médico-psiquiátrico vigente no final do século XIX, estava seguramente a preocupação em tratar das, chamadas, sexualidades periféricas, compreendidas como toda a sexualidade desviada dos fins reprodutivos.

Freud deu um grande passo, através de suas teorias que foram se moldando ao longo do tempo, rumo a uma perspectiva mais ética e menos preconceituosa no trato do assunto. Demonstrou que não havia sentido *ipso facto* para o sujeito tornar-se homossexual; não haveria uma equação cartesiana dada a ser seguida ou perseguida, que indicasse que o sujeito seria homossexual ou não, tampouco isto seria uma opção.

Na sua obra, *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*, Freud vai admitir que na dinâmica psíquica do inconsciente, estaríamos aptos a nos inclinar tanto para um sexo quanto para outro, senão para ambos<sup>38</sup>.

Então, embora as ciências biológicas tentassem afirmar a influência do dado biológico sobre o dado cultural, social e comportamental, encerrando e impedindo problemáticas, para o Pai da Psicanálise, a construção das identidades sexuais dar-se-á pela dinâmica psíquica das relações que um indivíduo mantém com pessoas do sexo oposto ou do mesmo sexo, e que, segundo a norma moral e sexual vigente desde o século XVIII, serão concebidos como hetero ou homossexuais.

---

<sup>38</sup> FREUD, Sigmund. *Três ensaios sobre a Teoria da Sexualidade (1905)*. Coleção Standart das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. II. Imago. Rio de Janeiro, 1976.

Para o psicanalista Jurandir Freire, a identidade de uma pessoa, em termos puramente descritivos, é tudo que se vivencia; não é uma experiência uniforme, pois é formulada por sistema de representações diversas. Cada um destes sistemas corresponde ao modo como o sujeito se atrela ao universo sócio-cultural. Existe assim, uma identidade social, étnica, religiosa, profissional, sexual etc.

Acrescenta o autor que haveria conflito identitário toda vez que o processo ou desempenho identificatório for atravancados por contradições internas a um sistema ou por incompatibilidade entre sistemas diversos.<sup>39</sup>

Nesta situação, o sujeito não consegue realizar as exigências da norma identificatória e pode vir a sofrer psicologicamente, julgando seu desempenho como fora do normal, abaixo do normal ou anormal. Assim, o conflito identitário possui a importante propriedade de ser vivido e interpretado como desvio da normalidade.

Portanto, a identidade de gênero e sexual, sugere um destino sem escolha ou renúncia, imposto e cobrado direta e indiretamente pela sociedade, estabelecendo o poder normativo da masculinidade nos homens e feminilidade nas mulheres. Quem não se enquadra nesses padrões, ou muda seus desejos afetivos, ou paga o preço em seu sofrimento psíquico.

Nesta perspectiva, não deve haver um fechamento identitário, muito menos dependente de um traço característico de gênero que o predisponha como completo. O que deve ser reconhecida é a existência de uma pluralidade de identificações intersubjetivas que predisõem o sujeito a buscar sua realização pessoal com quem entenda melhor.

As lições da psicanálise, em linhas gerais, estão no sentido de que nenhuma identidade sexual é automática, autêntica, facilmente assumida; todas são negociadas ou construídas; mas, não se trata de opção, não há planejamento, pois, de acordo com os psicanalistas, ser homossexual não é uma preferência, como não o é, ser heterossexual.

---

<sup>39</sup> COSTA, Jurandir Freire. *Psicanálise e Contexto Cultural*: imaginário psicanalítico, grupos e psicoterapias. Rio de Janeiro, 1989, p. 22.

Percebe-se que a preocupação da psicanálise vai além das questões que fazem o indivíduo homossexual sofrer, segue na tentativa de diminuir a marca patogênica atribuída ao assunto.

### 3.2 APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE A LACUNA LEGISLATIVA.

Assim como ocorrera na discussão acerca do divórcio, as forças conservadoras da sociedade continuam se negando a enfrentar algumas problemáticas. Mas, não há como encobrir aquilo que todos vêem ou têm conhecimento da existência.

O legislador não pode proteger apenas o que acredita ser verdadeiro e bom para o povo, quando os fatos sociais começam a agir em contradição com as leis.

Diante da inércia legislativa, diversos sujeitos acabam por ficar excluídos do sistema jurídico, não sendo compreendidos como sujeitos de direito. Isto porque somente será sujeito de direito quem puder exercer uma titularidade dentre as possibilidades traçadas pela regulamentação jurídica.

De acordo com Alicia Ruiz,

*Los hombres no son sujetos de derecho, sino que están sujetos por él [...] Sin ser aprehendidos por el orden de lo jurídico no existimos, y luego, solo existimos según sus mandatos [...] Quien no há sido interpelado y reconocido por el derecho como sujeto, quien no tiene atribuída la palabra em el mundo jurídico carece de los atributos para ser identificado como ciudadano.*<sup>40</sup>

Então, o sistema jurídico, ao não contemplar algumas relações sociais como produtoras de efeitos jurídicos, acaba negando direitos e deveres a pessoas e situações, operando num sistema de exclusão de titularidades.

Nesse sentido, a história comprova que o Direito, como instrumento ideológico de dominação, prescrevendo o legítimo e o ilegítimo, acabou por excluir muitos do laço social.

---

<sup>40</sup> (Tradução: “Os homens não são sujeitos de direito, senão estão sujeitos por ele [...] Sem sermos apreendidos pela ordem do jurídico não existimos, e, portanto, só existimos segundo seus comandos [...] Quem não foi interpelado e reconhecido pelo Direito como sujeito, quem não tem atribuída a palavra no mundo jurídico carece dos atributos para ser identificado como cidadão”.) RUIZ, Alicia. *De la construcción del sujeto a la construcción de una nueva ciudadanía*, p.12.

Na verdade, trata-se de uma hipocrisia jurídica, já que os fatos existem na realidade, apenas não são reconhecidos no mundo jurídico. Assim foi o traço de exclusão operado na condição feminina, fundada numa suposta superioridade masculina e na situação dos filhos havidos fora do casamento, que em linguagem discriminatória, eram tidos como ilegítimos ou bastardos.

Como visto, há valores culturais dominantes em cada época a gerar um sistema de exclusões, muitas vezes, baseado em preconceitos estigmatizantes. Tudo que se situa fora dos estereótipos, acaba por ser rotulado de anormal, o que é uma visão polarizada extremamente limitante. São, em regra, questões de lenta maturação.<sup>41</sup>

As uniões de natureza homossexual têm relevância jurídica. Essa afirmação, contida na obra dos professores José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz<sup>42</sup>, de acordo com o Professor Luiz Edson Fachin, “constitui a primeira premissa inafastável para um reconhecimento que se impõe<sup>43</sup>”.

Mas, como já revelado, a afirmação de novos valores sociais apresenta-se no Direito de forma tênue. Daí, não se estranhar a resistência do legislador em atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, quanto mais compreendidos no Direito de Família, que trata das relações de afetividade e conseqüências patrimoniais delas decorrentes.

Vale reiterar que a ausência de leis que regulamentem essas uniões não é impedimento para sua existência. Mas, é importante o pronunciamento legislativo na medida em que tem o condão de definir valores e vincular o julgador.

---

<sup>41</sup> “O atraso do Direito em relação aos fatos nos quais encontra a matéria-prima que espiritualiza não é, contudo, um acontecimento atual. Não é de hoje, com efeito, que se vem acentuando. Parece que o ritmo acelerado com que se desenvolvem os fatos na base material da sociedade tem concorrido, há um século, para aprofundar a dissonância entre fenômenos sociais. A ação e reação recíprocas desses fatos quase nunca se produzem ao compasso de um metrômetro. O processo histórico não flui num só ritmo. Na sua trajetória, repontam coexistências incongruentes, já que os fenômenos sociais raríssimamente marcham com a mesma cadência”. GOMES, Orlando. *A revisão do direito civil. A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 18.

<sup>42</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família: direito matrimonial*. Sérgio Fabris Editor. Porto Alegre, 1990, p. 215.

<sup>43</sup> *Op.cit.*, p. 93.

Sem manifestação legislativa específica para a questão, a doutrina aponta algumas possibilidades de se compreender o tema, através da aplicação de uma hermenêutica jurídica construtiva.

Uma das primeiras tentativas foi a de conceituá-las como uma espécie de casamento. É um entendimento, praticamente, superado, sobretudo, por ser considerado tecnicamente indesejável. O Professor Rainer Czajkowski explica que “a caracterização da união homossexual como uma forma de casamento, é um erro resultante de uma visão excessivamente contratualística do matrimônio, e que despreza, também, elementos essenciais da noção de família<sup>44</sup>”.

Para o civilista, não há dúvida que o casamento é compreendido atualmente como sendo, predominantemente, um contrato; mas há também uma carga institucional que se reflete no interesse do Estado na organização da família. O surgimento da família, destaca, modernamente, justifica-se de modo primordial na realização afetiva, psicológica e sexual do homem e da mulher. No mesmo sentido o direito espanhol; Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullón destacam que “*El matrimonio puede definirse como la unión de un varón y de una mujer [...] 45*”.

Os professores José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz ao tratar do tema afirmam que “as uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas, não como modalidade de casamento<sup>46</sup>”.

Uma possibilidade acatada por boa parte da doutrina é a equiparação da convivência entre duas pessoas do mesmo sexo à sociedade de fato.

Na vigência da Constituição de 1946 foi formulada pela doutrina e jurisprudência, com base no artigo 1.363<sup>47</sup> do Código Civil de 1916, a Súmula 380 do

---

<sup>44</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 167.

<sup>45</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, vol. IV – Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. 5ª. Ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1990, p. 63.

<sup>46</sup> Op. cit., p. 215

<sup>47</sup> “Art. 1363. Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”.

STF, que estabelece: “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”.

Consolidada no início da década de 60, a referida súmula teve o escopo de tangenciar a vedação de tutela legal das famílias não fundadas no casamento, de modo a encontrar-se alguma proteção patrimonial a mulheres abandonadas por seus companheiros, após anos de convivência afetiva. Como não era possível encontrar fundamento no Direito de Família, posto a vedação constitucional, socorreu-se do Direito Obrigacional, segundo o modelo das sociedades mercantis ou civis de constituição incompleta, ou seja, das sociedades de fato.

Os efeitos da súmula, limitados exclusivamente ao plano econômico ou patrimonial, têm sido estendidos às uniões homoafetivas, sob o argumento de que é impossível negar a reunião de esforços, nas circunstâncias descritas, de duas pessoas do mesmo sexo, com o propósito de realizarem um projeto de vida em comum.

Percebe-se que a tônica do discurso negligencia a presença do vínculo afetivo entre os companheiros, considera tão somente, a existência de uma sociedade civil entre eles; por outro lado, ao considerar as relações afetivas como exclusivamente patrimoniais, resulta em um insuperável defeito de origem, visto que não há sociedade de fato, mercantil ou civil, que se constitua e se mantenha por razões de afetividade, sem interesse de lucro.

Malgrado o que foi um avanço ante a regra de exclusão das entidades familiares constituídas sem casamento, converteu-se em atraso quando a Súmula continuou sendo aplicada após a promulgação da Constituição de 1988.

Outro caminho proposto, enquanto a regulamentação específica não vier, é o da utilização das leis relativas à união estável, Lei 8.971/94 e 9.278/96, que segundo a Desembargadora Maria Berenice Dias, “podem e devem ser aplicadas às relações homossexuais<sup>48</sup>”.

---

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. *Âmbito Jurídico*, agosto/2001 [disponível em] <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dfam0003.htm>. Acesso em 14/julho/2005.

Esta tese sustenta o direito de partilha de bens adquiridos do esforço comum entre companheiros ou conviventes.

Em que pese opiniões diversas apegadas à letra fria da lei, a dedução para tal possibilidade parte do artigo 3º da Lei 8.971/94 que dispunha ter o companheiro sobrevivente, direito à metade dos bens resultantes de atividade em que tenha colaborado junto ao autor da herança. A Lei 9.278/96 cria, em seu artigo 5º, uma hipótese de condomínio entre os conviventes que adquirirem bens móveis ou imóveis a título oneroso.

Percebe-se que o único elemento discrepante entre a possibilidade apontada e a aplicação da lei é a orientação sexual dos companheiros.

Neste prisma, invocando o interdito a discriminação sexual constante de regra pétrea na Constituição da República, seria incontestável atuação discriminatória estender seus efeitos apenas aos casais com diversidade de sexo.

Esta interpretação construtiva e dialética da letra da Lei, associada à proibição absoluta de discriminação em razão do sexo, é uma das soluções provisórias apontadas pela doutrina para suprir essa lacuna legislativa.

Registre-se que a amplitude do tema não permite o aprofundamento das mais variadas questões suscitadas pela doutrina e jurisprudência.

### 3.3 A EXPERIÊNCIA LEGISLATIVA DE ALGUNS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Pode-se afirmar que os países de Primeiro Mundo, que por serem mais modernos e desenvolvidos em vários aspectos, social, econômico, cultural, jurídico etc., são precursores no reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas.

Em 1987, o Parlamento sueco posicionou-se a favor da concessão de determinados benefícios à parte menos favorecida da relação homossexual. Posteriormente, em 1995, a Suécia reformulou sua posição jurídica frente à questão e passou a conceder os mesmos direitos já constantes da Lei dinamarquesa, em vigor desde 1989, através da chamada "*partenariat*".



A Dinamarca é, portanto, considerada a primeira nação a admitir a necessidade da tutela estatal para concessões de direitos advindos de uniões homossexuais nas áreas, previdenciária, trabalhista e sucessões, incluindo a troca de sobrenomes e dando as diretrizes em caso de dissolução da sociedade, através da combinação de várias leis.

Numa tentativa de conciliar, com bom senso e lógica, argumentações políticas, técnicas e religiosas, radicalmente opostas, tanto a Suécia quanto a Dinamarca, promoveram diversos debates entre juristas, legisladores e autoridades eclesiais, incluindo pesquisas acerca do *modus vivendi* dos casais homossexuais, concomitante com os levantamentos de opinião junto à população.

Na Suécia, inclusive, foi constituída uma Comissão Parlamentar especialmente para tratar do assunto e, atualmente, outra Comissão vem dando seqüência aos trabalhos, no intuito de discutir a possibilidade de adoção pelos casais homossexuais.

Ressalte-se que este direito é concedido pela Holanda desde 2000, mas, até então, todos os países que se dispunham a legislar sobre a matéria, valendo-se de diversos argumentos, em sua maioria carentes de fundamentação jurídica ou técnica, já que baseados unicamente na possibilidade de dano ao desenvolvimento psicossocial do menor, o que é demasiadamente controverso, mantinham expressa proibição da adoção por estes casais.

O Parlamento holandês promoveu a aprovação da lei que equiparou as uniões homossexuais ao casamento tradicional, por 107 votos contra 33, num intenso debate que durou três dias. Salienta-se que independente das discussões de cunho político, as pesquisas realizadas entre os cidadãos holandeses demonstraram que 85% deles aprovaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em primeiro de abril de 2002 foram celebrados em Amsterdã os primeiros casamentos homossexuais sob a égide da nova lei.

Na Inglaterra, o Supremo Tribunal concedeu o *status* de família às relações estáveis entre homossexuais durante a análise do caso *Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltda*, em que, Martin Fitzpatrick recorreu à Câmara dos Lordes invocando seu direito de permanecer no imóvel locado, após a morte do titular do

contrato, seu companheiro. A Câmara sentenciou que Fitzpatrick não poderia ser considerado cônjuge do *de cuius*, mas concedeu-lhe o direito de permanecer no imóvel como um membro da família, posto, que a relação de ambos era dotada de características familiares.

Isto ocorreu após uma série de precedentes em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos concluiu pela condenação do Estado em razão de atitudes absolutamente discriminatórias frente a litígios envolvendo homossexuais, como, no caso *Dudgeon v United Kingdom* em que o governo inglês foi acionado por considerar crime as relações homossexuais, mesmo as praticadas entre maiores de idade, mediante consentimento mútuo, afirmando ser a AIDS um novo elemento a ser considerado pelo Tribunal e que a penalização dessas relações serviria para reprimir os desejos dos que buscassem atos tidos como promíscuos.

Atualmente, em Londres há o reconhecimento legal das uniões de pessoas do mesmo sexo, mas que ainda não lhes concede os mesmos benefícios garantidos aos casais heterossexuais, como pensões, por exemplo.

A França aprovou o “Pacto Civil de Solidariedade”, que estende às uniões informais, homossexuais inclusive, os mesmos direitos válidos para casamentos formais.

Desde 1992 os homossexuais alemães intensificaram a campanha de exigência de seus direitos na sociedade. Em 2000, finalmente, foi aprovada no Parlamento Alemão, a lei de parceria civil que, que desde agosto de 2001, já possibilitou a união de mais de 4.500 casais do mesmo sexo.

Ainda, a Islândia, a Noruega e, mais recentemente, em junho de 2005, a Espanha, vieram a permitir a legalização de tais uniões.

Na América, registra-se a conformação legal da união homossexual em algumas cidades dos Estados Unidos, como São Francisco e Nova Iorque, que reconhecem a estes casais alguns direitos relativos aos bens e seguro saúde.

As particularidades do federalismo norte-americano impedem uma análise generalizada do tratamento concedido ao reconhecimento das uniões homossexuais neste país, posto que, em determinados Estados, o assunto ainda causa grandes

protestos por parte da população mais conservadora. O Texas, por exemplo, punia com prisão os sujeitos que demonstrassem inclinações pela orientação homossexual até o ano de 2000.

Em alguns Estados como Havaí e Vermont, as uniões homossexuais são juridicamente tuteladas. Ressalte-se ser o Estado de Vermont o único a reconhecer, de forma plena, estas uniões como instituição familiar, ante a aprovação de uma lei no ano de 2000, responsável por conceder aos homossexuais os mesmos requisitos e condições alusivas às demais relações, incluindo a possibilidade da adoção.

Na América Latina, a capital da Argentina tornou-se, em 13 de dezembro de 2002, a primeira cidade a legalizar a união civil de homossexuais.

Depois de um debate acalorado, os legisladores de Buenos Aires aprovaram um projeto que representa amparo legal para casais do mesmo sexo, dando-lhes certos direitos conjugais, ainda que sem permitir o casamento ou adoção. A lei estabelece a possibilidade de união civil, não matrimonial, de duas pessoas, independente de sexo ou orientação sexual. A norma permite aos homossexuais gozar direitos de uma união heterossexual, como pensão em caso de morte de um deles e plano conjunto de assistência médica.

No Brasil, a legislação ainda não toma conhecimento da homossexualidade, não lhe dá aprovações nem punições.

Existe uma tentativa de regulamentação da convivência entre pessoas do mesmo sexo no Projeto de Lei 1.151/95, apresentado pela, então, deputada Marta Suplicy. Basicamente o projeto propõe direito à herança, sucessão, benefícios previdenciários, seguro saúde conjunto, declaração conjunta do imposto de renda e o direito à nacionalidade no caso de estrangeiros.

Cumpra salientar a existência de um substitutivo a este projeto, datado de 10 de dezembro de 1996, que modificou a expressão união civil por parceria civil registrada.

O referido Projeto e seu substitutivo sofreram fortes resistências por parte da bancada católica e evangélica da Câmara, por isso, está até hoje parado nessa Casa Legislativa.

### 3.4 A QUESTÃO VISTA PELOS TRIBUNAIS

As construções teóricas sobre determinado tema não importam que nelas estejam contidas a exata dimensão da realidade em que se vive. Muitas vezes é somente através das construções jurisprudenciais que alguns temas jurídicos se tornam claros e, principalmente, é somente através da realidade social que o Direito se modifica, transforma-se. Por essa razão, procurando enriquecer a discussão e contribuir para uma reflexão, é que se faz pertinente trazer ao presente estudo alguns julgados referentes às uniões homoafetivas.

É conhecida a premissa de que, na lacuna da lei, deverá o operador do Direito subsidiar-se na determinação do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Então, enquanto a lei não acompanha a evolução dos usos e costumes, as mudanças de mentalidade, a transformação do conceito de família, a solução para as questões envolvendo uniões homoafetivas, tem ficado nas mãos do Judiciário, já que o ordenamento jurídico, visto como um todo, não comporta lacunas.

Os tribunais brasileiros têm demonstrado uma gradativa receptividade para atribuição de efeitos jurídicos às uniões entre pessoas do mesmo sexo, geralmente, pleiteado no Juízo Cível com base em uma sociedade de fato, *affectio societatis*. Trazemos como exemplo um caso julgado em 1998.

SOCIEDADE DE FATO – HOMOSSEXUAIS – PARTILHA DO BEM COMUM. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no artigo 1.363 do CCB. (Recurso Especial nº. 148.897/MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 10.02.1998).

Em seu voto, o Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar enfatiza a orientação da Súmula 380 do STF, que tem sido aplicada em reiteradas decisões.

Destaca que o Egrégio Supremo Tribunal Federal ao aplicar a Súmula em repetidas ocasiões, reafirmou o seu entendimento de que a sociedade de fato, e não a convivência *more uxório*, é que legitima a partilha dos bens. (RE 84969/RJ – RTJ

80/260: RE 81099/MG, RTJ 79/229). Nesse último recurso, o Ministro Moreira Alves enfatizou a diferença entre a sociedade de fato, de caráter puramente patrimonial, e comunhão de vida (RTJ 79/236).

Entende o Ministro que malgrado o legislador do início do século não tenha mirado para um caso como o dos autos, não pode o juiz de hoje desconhecer a realidade e negar que duas pessoas do mesmo sexo podem reunir esforços e realizarem um projeto de vida comum. É possível, com este propósito, amealharem um patrimônio resultante dessa conjunção, e por isso mesmo, comum.

Nos tribunais, em geral, persiste o mesmo entendimento, acentuando-se a sociedade de fato como pressuposto para o reconhecimento do direito à partilha do patrimônio comum dela resultante. (Resp. 45886/SP, 4ª. Turma, rel. Ministro Torreão Braz).

Outros Tribunais têm ido além, e defendem a competência da Vara da Família para solução de questões atinentes às uniões homoafetivas.

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DE 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 de Instrumento n. 599-07549-6, 8ª. CC, TJRS, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, Porto Alegre, 17.06.1999).

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. A competência para julgamento de separação de sociedade de fato de casais formados por pessoas do mesmo sexo, é das varas de família, conforme precedentes desta câmara, por não ser possível qualquer discriminação por se tratar de união entre homossexuais, pois é certo que a Constituição Federal, consagrando Princípios Democráticos de Direito, proíbe discriminação de qualquer espécie, sendo incabível assim, quanto à sociedade de fato homossexual. Conflito de competência acolhido. (CCO Nº 70000992156, 8ª. CC, TJRS, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, Porto Alegre, 29.06.2000).

O fundamento destas decisões dos tribunais gaúchos está assentado basicamente em três pontos. O primeiro refere-se à especialização das Varas, sendo que as questões atinentes às uniões homoafetivas, devem ser tratadas nas Varas de

Família, já que o Juízo estaria mais habilitado para entrar no detalhamento, na sutileza e na sensibilidade destas relações.

O segundo é a questão da discriminação e sua expressa vedação constitucional. Argumenta em uma de suas decisões o Desembargador Breno Moreira Mussi, que a orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade.

O fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comum, e de desenvolver os seus afetos, está dentro da prerrogativa da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo afetivo de uma relação.

Acrescenta que o fato de serem os litigantes do mesmo sexo não impede a concretização de um relacionamento afetivo entre ambos, com conseqüências idênticas as dos casais de sexo diversos.

O terceiro ponto considerado é a inércia legislativa quanto à matéria. Então, sob o uso da analogia, entendem os tribunais mais modernos que o único elemento discrepante nas situações apresentadas é a identidade do sexo, no mais, por todos os detalhes, tem os mesmos componentes das digladiadas entre os casais, tidos, por heterossexuais.

Registra-se a conformação de alguns julgados com a sugestão doutrinária de resolver os casos com emprego da analogia com as uniões estáveis.

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO PARADIGMA. 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 as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e 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, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (Apelação Cível Nº 70001388982, 7ª. CC, TJRS. Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, Porto Alegre, 14.03.2001).

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 impões que a justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos por maioria. (Embargos infringentes Nº 70003967676, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, relator vencido: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Redatora para o acórdão: Desembargadora Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 09.05.2003).

RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. Mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da união estável entre as partes, homossexuais, se extrai da prova contida nos autos, forma cristalina, que entre os litigantes existiu por quase dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envoltimentos emocionais, numa convivência more uxória, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a partilha dos bens mera consequência. Exclui-se da partilha, contudo, os valores provenientes do FGTS da ré utilizados para a compra do imóvel, vez que “frutos civis”, e, portanto, comunicáveis. Precedentes. Preliminar de não conhecimento do apelo rejeitada. Apelação parcialmente provida, por maioria. (Apelação Cível Nº 70007243140, 8º CC, Rel. José Trindade, Porto Alegre, 06.11.2003).

Pode-se afirmar que os tribunais brasileiros, em geral, vêm reconhecendo o direito à partilha dos bens havidos durante a existência da união; o direito à sucessão; direito a alimentos; que a Vara de Família é a competente para examinar as questões que envolvem sociedade de fato de pessoas do mesmo sexo, que envolvam relações de afeto; o visto de permanência no Brasil para estrangeiro que vivia em união estável com brasileiro, em decisão liminar; o direito de inscrição junto ao INSS das pessoas do mesmo sexo como parceiros preferenciais; o direito ao usufruto; e o direito à guarda de crianças.

Este reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar tem tido reflexo em outros ramos do Direito.

Exemplo desta constatação é a recente decisão do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Especial Nº 24.564, que modificou o acórdão anterior proveniente do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, ao declarar a inelegibilidade dos cônjuges de presidente da República, governadores e prefeitos concorrentes nas

eleições ao mesmo cargo, sendo necessário o afastamento do titular até seis meses antes do pleito.

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE, REsp. nº 24.564/PA. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 01.10.2004).

A vedação tem como fundamento não perpetuar no poder um mesmo grupo familiar, evitar a constituição de oligarquias ensejadoras do continuísmo. Com essa preocupação, a jurisprudência passou a reconhecer que não só o casamento, mas também a união estável e o concubinato, em face da presença de forte vínculo afetivo, impõem a mesma limitação.

A Corte Eleitoral, ao empregar uma analogia em norma restritiva de direitos, sem levar em conta a *ratio* entre união estável homossexual ou não, para considerar ambas entidades familiares, estabeleceu o que o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior chama de uma relação de coordenação<sup>49</sup>, ou seja, fixou um dever, e, em conseqüência, criou uma faculdade, pois nas relações de coordenação, a todo dever, fixa-se um direito.

Ensina que sistematicamente, nas relações de coordenação, por serem normas de conduta, como no caso em questão, o dever imposto pelo Estado às relações homoafetivas, considerando-as relações familiares, implica a faculdade de que estas pessoas venham a exigir do Estado todos os direitos familiares, como exemplo, alimentos, meação de bens, adoção etc.

Como posto, o reconhecimento da relevância jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem ganhado maior visibilidade.

---

<sup>49</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2º ed. Atlas, São Paulo, 1994.



Neste sentido, destaca-se no cenário nacional, o estado do Rio Grande do Sul, tanto pelas suas decisões, que justificam seu título de Tribunal mais moderno e liberal do país, quanto pela recente providência da Corregedoria Geral da Justiça, por meio do Provimento 6/4 de 17/02/2004, ao acrescentar um parágrafo ao artigo 215 da Consolidação Normativa Notarial Registral, permitindo, expressamente, aos Cartórios de Registros e Notas do estado, aceitar os pedidos de registro de documentos relativos às uniões afetivas de pessoas do mesmo sexo.

A disposição está no sentido de possibilitar que as pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou posição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação.

Esta explicitação impõe o dever de levar a efeito o registro do ato constitutivo das uniões, bem como dos documentos que lhe digam respeito.

O Juiz-Corregedor Clademir José Ceolin Missaggia, afirmou em seu parecer, que não obstante as discussões éticas, filosóficas, antropológicas e religiosas, o fato é que as relações homossexuais existem e por isso, em razão da segurança jurídica, merecem ser disciplinas, independente da posição que se tenha.

Dos estudos realizados, pode-se concluir que, independente de haver ou não uma lei regendo a questão, uma vez que a intransigência e o falso moralismo impedem que progridam alguns projetos já encaminhados, o Poder Judiciário, tendo como eixo a dignidade da pessoa humana, os princípios gerais do direito e a analogia, vem reconhecendo direitos e deveres entre pessoas do mesmo sexo que mantêm um relacionamento afetivo, posto que o Direito não se esgota na Lei.

## **CAPÍTULO 4 – UNIÃO HOMOAFETIVA: PELA IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Não há dúvidas que os juízes devem exercer a função jurisdicional, garantindo a democracia e a cidadania, aproximando-se da sociedade e dirimindo conflitos, pois é nos tribunais que se deve formar a consciência histórica que terá valiosa participação na evolução cultural indispensável à sociedade, porém ainda mais verdadeiro é que a solução efetiva para as uniões homoafetivas seria uma legislação específica, visto a complexidade da questão, a fim de evitar mal-entendidos, conflitos e crises no plano social.

É desta compreensão que se faz pertinente trazer neste capítulo, um dos mais conhecidos e polêmicos debates filosóficos e jurídicos, quer seja, a relação entre o Direito e a Moral.

### **4.1 A MORAL SEXUAL, DITA, CIVILIZADA COMO ELEMENTO DETERMINANTE NAS DECISÕES**

Pode-se afirmar que a nossa civilização estrutura-se fundamentalmente por meio da repressão dos instintos. A premissa é de que o instinto sexual deve ser reprimido ou sublimado, assim como a agressividade. Cada pessoa é conduzida a renunciar desejos que originariam condutas anti-sociais e perversas.

No cerne da articulação fundamental entre um sujeito e outro, os homens experimentam sua força e engedram as estruturas do poder, condicionando as relações e atuando nas representações mentais das pessoas, que sequer questionam a ordem das coisas; acreditam que esta é a ordem do mundo e que não pode ser alterada sem que se comprometa a própria idéia de vida social organizada.

Inicialmente, nas culturas ocidentais, uma série de tabus foi incrementada de modo a orientar as pessoas em sua interação com a sociedade. Baseado nas normas estabelecidas pela Antigüidade Clássica e o Cristianismo, o casamento indissolúvel foi implantado com objetivo de controlar as sexualidades, dando maior sentimento de respeito e moralidade às relações sexuais.

Assim durante os séculos XI e XII, a Igreja passa a interferir cada vez mais diretamente nos casamentos e na maneira como se apresentam as relações. Somente a partir do século XVIII além da Igreja, o Estado assume o papel de interventor das relações afetivas, fazendo cumprir as normas eclesiais já estabelecidas.

As relações sexuais passaram a ser controladas por força dos dispositivos de poder. A partir daí, o sexo passa a pertencer ao campo do científico, com a preocupação de classificar os casos de patologia física e psíquica.

Essa ciência sexual tomou como base o eixo da moral cristã, que tem dentre as prescrições, a regra de unir os sexos opostos para um único propósito, ou seja, gerar filhos. Segundo essa moral, os prazeres carnavais são execrados, visto que mantêm o espírito prisioneiro do corpo, impedindo-o de elevar-se a Deus.

Já no início do século XX, algumas categorias foram criadas para algumas pessoas, tais como, o homossexual; considerado como ofensivo à criação e culpado de ser criatura diabólica, uma vez que sua atividade sexual passa a ser classificada como doença, perversão e anormalidade.

Neste quadro, destaca-se o importante papel do Estado, através do seu Ordenamento Jurídico, em colocar o selo da legitimidade ou ilegitimidade das relações humanas, revelando a existência de uma moral sexual civilizada.

Freud diz que se deve entender por moral sexual natural, uma moral sexual sob cujo regime, um grupo humano é capaz de conservar a saúde e eficiência, e por moral sexual civilizada, uma obediência moral sexual àquilo que, por outro lado, estimula os homens a uma intensa e produtiva atividade cultural.<sup>50</sup>

Influenciado pelo pensamento iluminista e entusiasmado pelas promessas da racionalidade científica, argumenta que, a civilização moderna está estruturada sobre uma moral sexual repressora que obriga os indivíduos, através da sublimação, entendida como uma dessexualização das pulsões, a canalizar sua libido das finalidades sexuais naturais para finalidades culturalmente aceitas e valorizadas.

---

<sup>50</sup> FREUD, Sigmund. *Moral sexual civilizada e doença nervosa moderna*. Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1.969, v. IX, p. 187.

Nota-se que moral sexual civilizada pretende impor uma sexualidade normativa, aplicável a todos; inicialmente, adotou o paradigma da moral masculina, em que as restrições são feitas principalmente às mulheres e, atualmente, insiste no discurso ideológico que a heterossexualidade é a única realidade possível e desejável.

Quer impor o aprendizado de se conviver nesta ordem e de não se aceitar facilmente as possíveis intercalações da complexa identidade humana. Alia-se a isso, um mito de superioridade em relação a indivíduos concebidos como diferentes, pois que não se adequam às normas estabelecidas por uma pretensa maioria, passando-se ao processo de discriminação.

A intolerância frente aos relacionamentos homossexuais leva a intromissão na vida íntima das pessoas com o objetivo de julgar o que é correto e o que é incorreto, revelando o traço autoritário e discriminador que o Direito pode apresentar.

Compreendendo o Direito como um complexo sistema de valores, que se desenvolve também na ordem psíquica dos fatos, percebe-se que todos os atos e fatos jurídicos que são trazidos para apreciação do Judiciário têm, no mínimo, sua solução influenciada por um padrão moral de conduta previamente estabelecido, condicionando a subjetividade do juiz.

Sabe-se que todos os julgamentos estão eivados de subjetividade, e não poderia ser diferente, pois o sujeito julgador é humano, não neutro, mas pretensiosamente, imparcial.

Em nossa cultura é comum estabelecer um padrão de normalidade para as relações, de modo que o julgador, antes de tudo, um ser humano integrante da sociedade, ao proferir uma decisão, terá suas convicções morais influenciadas por uma subjetividade dominante acerca das práticas aceitáveis ou não; um determinismo que considera a repressão como condição indispensável à civilização, sobretudo no que tange à sexualidade, vítima preferencial dessa compulsão moralizante.

Até a promulgação da Constituição de 1988, com suas substanciais renovações, colocando a dignidade da pessoa humana como fundamento de qualquer decisão, a maioria dos julgados era submetida aos elementos ideológicos de dominação que identificavam socialmente as pessoas por suas preferências ou

inclinações sexuais, ou seja, evitavam-se as decisões que pudessem abalar as visões socialmente estereotipadas acerca dos papéis desempenhados.

Com a Carta Magna de 1988 e toda alteração dos princípios e paradigmas sociais, colocando o melhor desenvolvimento da personalidade humana como fundamento da República, consagrando a igualdade entre as pessoas e proibindo qualquer discriminação, seja de que natureza for, abriu-se um possível rompimento com esta moral sexual, dita, civilizada.

Os julgadores, de acordo com sua ideologia, passaram a ter maior liberdade ao se deparar com questões no campo da moral e da estigmatização, podendo manter-se condicionado a uma moral sexual, pretensamente, dominante ou, apenas constatar a sua existência, pensar melhor a liberdade dos sujeitos acima dos conceitos estigmatizantes e moralizantes, e optar por um julgamento que mais atenda às aspirações da Justiça.

Não que a convicção moral não tenha importância, mas como bem assevera o Professor Rainer Czajkowski: “Na medida em que o relacionamento íntimo entre duas pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão, e não uma análise meramente moral, porque esta última, além de ser excessivamente subjetiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil<sup>51</sup>”.

Contextualizando, se antes era inconcebível a proteção do Estado a outras formas de família e filiação, devido à força da moral sexual condutora da organização jurídica da família, atualmente não se concebe, juridicamente, um tratamento diferenciado em relação ao modelo tido, inicialmente, como único, ou seja, o casamento, sob pena de se estar julgando *contra legem*.

Outra constatação é que os preconceitos em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo prendem-se a uma suposta necessidade de família formada por um homem e uma mulher como base e modelo da sociedade, não levando apenas à recomendação compulsiva desta como normal, mas também à proibição de qualquer

---

<sup>51</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. *Reflexos Jurídicos das Uniões Homossexuais*. Curitiba, Juruá, 1996, p. 187

outra perspectiva possível. É um discurso que ficou vazio diante do advento constitucional de 1988.

Nesse sentido, mesmo que o assunto das uniões homoafetivas acabe, geralmente, em uma discussão de viés moral, através dos princípios consagrados no texto constitucional, passou a ter maior visibilidade no cenário jurídico.

Isto porque ao colocar a pessoa humana e sua dignidade como valor central dentro do Ordenamento Jurídico, provocou uma inversão de eixo e elegeu como inconcebível a decisão tendente a estabelecer ou manter a desigualdade e a marginalização dos sujeitos devido a sua orientação sexual.

Mas, vale salientar que o juiz ao sentenciar, coloca na solução do conflito, além dos elementos da ciência jurídica e da técnica processual, uma carga de valores resultante das suas convicções de classe ou políticas, fazendo com que a interpretação dos preceitos legais varie de juiz para juiz; estabelecendo um processo de relativização dos julgamentos de acordo com a posição moral sexual de cada indivíduo.

Então o julgador, em sua singular formação como indivíduo, história pessoal e ideológica, terá seus julgados determinados ou, no mínimo, influenciados pela moral sexual dominante, admitindo ou, no caso de preocupação com um julgamento ético, inadmitindo a identificação de uma norma sexual com a moral.

Ao não submeter-se a um padrão moral de julgamento, o sujeito julgador tende, paradoxalmente, a atuar na produção da subjetividade, podendo contribuir com o reforço dos sistemas de produção da subjetividade dominante ou para criação de processos de singularização.

Na medida em que sua atuação for moralizadora e restritiva das possibilidades humanas estará conspirando, direta ou indiretamente, para a violação dos direitos assegurados aos cidadãos.

Por outro lado, ao assumir uma postura autônoma da moral sexual imposta, estará contribuindo para algum tipo de mudança ética de sua comunidade.

O sujeito julgador precisa ficar atento, entender e absorver integralmente os princípios constitucionais e romper com uma moral sexual que não tem mais espaço diante da nova realidade, e assim, cumprir com a sua função de aplicar a lei

observando o princípio mais elevado dentro do ordenamento jurídico, do qual todos os demais são deduzidos, quer seja, o da Dignidade da Pessoa Humana frente a qualquer preconceito, sob pena de se continuar repetindo injustiças e reproduzindo sofrimentos.

#### 4.2 SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL: PELA SUPERAÇÃO DE PRECONCEITOS

Para entender a separação entre Direito e Moral como via auxiliar na supressão ou superação de preconceitos, faz-se pertinente verificar o significado dos respectivos termos.

A primeira distinção fundamentada apareceu com Thomasius, na sua obra *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, de 1705, quando disse que a Moral é de foro interno do indivíduo e o Direito é de foro externo; a Moral é norma de conduta individual, o Direito é norma de conduta social.

De acordo com esse entendimento, o Direito regula ações externas, enquanto a Moral regula as ações que têm como destinatário o próprio emitente. Dessa forma, a exterioridade da ação é que determinaria a distinção entre o Direito e a Moral.

Para Kelsen<sup>52</sup>, a distinção reside na forma como se proíbe determinada conduta.

O Direito aqui é concebido como uma norma de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter determinada conduta prevendo um ato de coerção socialmente organizado contra a conduta que não corresponda a essa ordem. Já a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em consideração, portanto, o emprego da força física.

Kant apresentou como critérios diferenciadores a autonomia e a heteronomia. A autonomia indica a exigência, no plano moral, de uma adequação ou de uma conformidade absoluta entre a regra e a vontade pura do sujeito obrigado.

---

<sup>52</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado; Silvana Vieira. 3ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 1.991, p.65.

A moralidade, sendo autônoma, não precisa se conformar com nada além da vontade pura do agente. O Direito, por sua vez, é heterônomo. Para a sua manifestação não se exige que a pessoa queira internamente realizar ou abster-se de um ato, basta que aja em conformidade exterior à norma.

Para Giorgio Del Vecchio<sup>53</sup>, as ações humanas dividem-se em parte *subjecti* e parte *objecti*. A primeira diz respeito ao campo da moral, sendo a segunda relativa ao campo do direito. O autor insiste na distinção entre o aspecto exterior do direito e o aspecto interior da moral, sendo esta, portanto, parte do subjetivo do homem.

A distinção que se faz reside, basicamente, no fato de que a Moral impõe ao sujeito uma escolha entre ações que se pode praticar, mas que se refere somente ao próprio sujeito. O Direito é bilateral, pois, refere-se ao foro externo do sujeito como ser social. Este, por sua vez, não pode escolher entre obedecê-lo ou não.

Então, para Del Vecchio, a Moral é unilateral e o Direito bilateral. A unilateralidade da Moral reside no seu efeito regulador, que só diz respeito ao próprio agente; por exemplo, somente a pessoa que tem como um valor moral a monogamia sentiria sua própria coerção perante a bigamia. Por outro lado, a bilateralidade do Direito é clara, pois o comportamento do sujeito é sempre levado em consideração perante os outros.

Fustel de Coulanges<sup>54</sup>, conforme indicado na parte histórica deste trabalho, informa que o Direito surgiu vinculado à religião familiar. Retrata em sua obra *Cidade Antiga*, o nascimento do Direito Civil entre as civilizações antigas e demonstra de forma clara que, quando do seu surgimento, o Direito estava intimamente ligado à Moral.

O afastamento entre o Direito e a Moral ocorreu somente séculos mais tarde, quando o Estado moderno, fortalecido, desvinculou-se da Igreja. Somente após este fato é que se iniciou o aprofundamento dos trabalhos científicos e filosóficos acerca da separação das normas jurídicas das normas morais, significando que a validade de uma

---

<sup>53</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Vol. II. 3ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1.959, p. 93.

<sup>54</sup> Op. Cit., p. 30.



ordem jurídica positiva, independe da sua concordância ou não, com qualquer sistema de Moral.

Observa-se que no início, o Direito confundia-se com a Moral, chegando ao ponto de ser utilizada como única fonte de produção das normas jurídicas. Com a Modernidade, o Direito passou a se distanciar da Moral, acompanhando as mudanças de valores e passando a proteger somente o que fosse essencial à paz, a segurança e ao convívio social.

A constatação que se tem é que as relações entre o Direito e a Moral, historicamente mutáveis, revelam num certo momento tanto o nível alcançado pelo progresso espiritual da humanidade, quanto o processo social e político que o torna possível.

Seguindo esse raciocínio, conclui-se, que a esfera da Moral só poderia se ampliar em relação à do Direito, na medida em que os homens observarem as regras fundamentais de convivência voluntariamente, sem necessidade de coação.

Por certo, quando um indivíduo vier a regular as suas relações com os demais, não sob a ameaça de uma pena ou pela pressão da coação externa, mas pela convicção íntima de que deve agir assim, não haveria mais necessidade de o Estado continuar regulamentando as relações humanas.

Mas, enquanto a sociedade não revela esse índice de progresso, faz-se imperiosa a manifestação estatal, estendendo proteção jurídica a todos os cidadãos, acima de quaisquer contraposições de ordem moral, para reduzir ou dizimar atitudes preconceituosas.

#### 4.3 A NECESSIDADE DE SE REGULAMENTAR SOBRE A UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL: UMA POSSIBILIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

As relações familiares, no atual momento de evolução, impregnam-se de autenticidade, sinceridade e amor, deixando de lado os entraves puramente ideológicos e a hipocrisia da legalidade estrita, visto que se passou a valorizar a afetividade e o desenvolvimento da personalidade de cada sujeito.

Hoje a família apresenta formas intercambiáveis de papéis. Também, não se diferencia mais pela ocorrência do casamento; a existência de prole deixou de ser essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, visto que sua falta não enseja desconstituição sequer perante o Direito Canônico.

Diante desse novo quadro que se forma não se justifica ter a Constituição de 1988, com seus ares de modernidade, deixado de abrigar, sob o conceito de família, a convivência entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a própria lei não permite qualquer distinção em razão deste predicado.

As forças conservadoras não podem ensejar que a um relevante fato social como este, sejam atribuídos efeitos jurídicos. Não se pode impor a mesma trilha percorrida pela doutrina e pela jurisprudência nas relações entre um homem e uma mulher fora do casamento, que levou ao alargamento do conceito de família por meio da constitucionalização da união estável.

Não se pode afrontar a liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano no que diz com sua condição de vida. A orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições.

Presentes os requisitos legais, vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas, não se pode deixar de conceder-lhe os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características.

Como bem asseverou a autora do Projeto de Lei 1.151/95, Marta Suplicy na sua justificativa: “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 as transformações da própria sociedade”.

Neste ínterim, se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

É indiscutível a valia de um pronunciamento legislativo para as uniões homoafetivas, posto que preencheria um espaço jurídico de definição de valores, de forma a vincular o próprio julgador.

Acrescenta-se que a normatização das uniões homoafetivas, desde que adequada e desvinculada de uma abordagem conservadora, faria que as partes interessadas, no caso de uma lide, tenham seu direito declarado e não constituído, o que facilitaria a prova processual.

Além disso, a inclusão do tratamento dessas uniões no cenário jurídico representa um avanço no reconhecimento de sua existência como cidadãos na sociedade.

Também, encerraria a problemática de equiparação destas uniões à união estável, visto que são entidades familiares completamente distintas.

Sabe-se que quando a legislação infraconstitucional não trata de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, mas apregoa-se que cada entidade familiar deve submeter-se a estatuto jurídico próprio, em contemplação de suas especificidades, não devendo uma ser equiparada ou condicionada aos requisitos da outra.

Acrescenta-se, que os conflitos decorrentes das entidades familiares devem ser resolvidos à luz do Direito de Família e não do Direito Societário, pois do contrário, estaria se degradando a natureza pessoal da família convertendo-a em uma fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo, para a solução da partilha dos bens adquiridos na constância da união afetiva.

Do entendimento que as entidades familiares não encerram *numerus clausus*, a exclusão de qualquer modelo, sob impulso de qualquer valor, viola o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois que para a Constituição da República, a proteção à família é dada nas pessoas de cada um que a integra, sendo estes direitos oponíveis a todos.

Se as pessoas vivem em comunidades afetivas não explicitadas no artigo 226 do texto constitucional, por livre escolha ou em virtude de qualquer circunstância existencial, sua dignidade humana apenas estará garantida com o reconhecimento delas como entidades familiares, sem restrições ou discriminações.

Reitera-se, que uma sociedade que tem na Justiça, Liberdade e Solidariedade, seus objetivos fundamentais, não pode conviver com tão cruel discriminação, quando a palavra de ordem é cidadania e a inclusão dos excluídos.

## CONCLUSÃO

O Direito é um produto cultural da vida em sociedade. Há um aforismo latino que expressa essa verdade de forma precisa: *Ubi societas, ibi jus*, ou seja, onde está a sociedade, aí está também o direito. A razão é simples: Nenhuma sociedade, por mais elementar e primitiva que seja, consegue sobreviver sem regras de conduta.

Infere-se também a importância de reconhecer que a convivência com as diferenças são pressupostos para a Democracia, sendo os preconceitos e a discriminação contra qualquer pessoa, uma forma de violência e um retrocesso em nossa cultura que precisam ser combatidos por todos que se engajam na construção de uma sociedade justa e humana.

A atribuição de efeitos legais às uniões homoafetivas representa um progresso no sentido da diminuição da intolerância na história humana e serve de exemplo de um movimento bem sucedido de resistência à opressão que, pela sua existência e reconhecimento, vem gerando rupturas históricas e culturais.

Nestas últimas décadas o assunto ganhou maior visibilidade no cenário mundial, sendo que os países considerados mais desenvolvidos têm sido os precursores na concessão da tutela estatal e efeitos jurídicos a essas uniões.

Essa realidade deve-se à nova compreensão que se tem da temática, que deixou de ser considerada uma patologia para ser entendida como uma das manifestações da complexa identidade humana, devendo ser respeitada como um direito individual, intransponível e personalíssimo.

No Brasil ainda não há pronunciamento legislativo específico sobre o assunto, restando à doutrina e jurisprudência a solução dessas demandas, que em grande parte e em fase mais recente, tem demonstrado que o direito repugna as ações e reações moralistas intransigentes, preconizando, gradativamente, soluções justas em atendimento ao Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.

Mas, é certo que o tratamento às uniões homoafetivas não deve ficar reservado apenas aos tribunais. Deve haver legislação específica para a matéria, regulando claramente as condições e efeitos destas relações, fazendo com que os sujeitos

envolvidos possam exercer tranquilamente seus direitos de cidadania, acima de quaisquer contraposições de ordem moral.

Como ficou demonstrado, os pilares que servem de base para a Constituição Federal de 1988 são os Princípios da Liberdade e da Igualdade, sendo o melhor desenvolvimento da pessoa humana o objetivo e o fundamento da nossa República.

Da concepção que os princípios são mandatos de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que, a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas, conclui-se que seus enunciados não podem se projetar no vazio, sendo mister reconhecer sua eficácia jurídica nos diversos ramos do direito.

O Direito de Família ao receber esse influxo constitucional, passa a considerar outras formas de convívio, que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, como entidades familiares.

Em diversas passagens do livro dedicado à família, a Constituição demonstra sua atenção primordial com a dignidade das pessoas que a integram, proibindo restrições ou discriminações, sob impulso de quaisquer valores.

Então, diante da nova realidade da família e das garantias individuais concedidas a cada pessoa que a integra, nos parece uma invocação plausível a de que as uniões homoafetivas sejam protegidas como entidade familiar, distinta do casamento e da união estável, e principalmente, que suas questões não sejam apreciadas, exclusivamente, no âmbito do direito societário, posto que este ramo do direito civil é de índole, essencialmente, patrimonial.

A nossa Constituição Federal é clara por si só ao afirmar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos cidadãos o direito à vida, à liberdade, à igualdade etc. Assim, se não pode haver diferença de qualquer natureza, não legalizar as uniões homoafetivas seria criar distinção entre as pessoas, o que não é permitido por nossa Carta Magna.

Nesta esteira, faz-se imperiosa a chancela estatal legitimando as uniões homoafetivas, pois, nas palavras do Professor Caio Mário da Silva Pereira, “disciplinar

relações que envolvem sentimentos humanos deve conduzir o legislador de gabinete a estar atento para que não se cometam equívocos do passado e do presente <sup>55</sup>”.

Constata-se que a vitória na luta pela saída da marginalidade dos vínculos afetivos, privilegiando a dignidade da pessoa humana frente a uma moral sexual, que insiste em impor um padrão de normalidade para as relações, pressupõe o ultrapassee de entraves puramente ideológicos, visto a função do Direito em prestar albergue aos novos párias da sociedade, sob pena de desequilibrar as relações sociais, tornando-se exclusivista.

Este estudo sobre as uniões homoafetivas não significa uma apologia da homo ou heterossexualidade, representa sim uma preocupação em demonstrar que classificar socialmente as pessoas por suas inclinações sexuais é algo inaceitável, que teve, historicamente, péssimas conseqüências. Nas palavras do psicanalista Jurandir Freire: “Muitos sofreram por isto; muitos mataram e morreram por esta crença inconseqüente e humanamente perniciosa <sup>56</sup>”.

Em suma, esse trabalho buscou trazer uma contribuição para as reflexões sobre as uniões homoafetivas, visando ao respeito à diferença quanto ao pleno desenvolvimento de todas as potencialidades e necessidades humanas que podem se apresentar como diferentes e plurais porque estão intimamente vinculadas à diversidade dos valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, bem como o tratamento igualitário naquilo que é essencial à natureza humana, a dignidade <sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Discurso na Universidade de Coimbra da Silva ao receber o título de doutor honoris causa, 30.07.1.999.

<sup>56</sup> FREIRE, Jurandir. Entrevista. *Jornal do psicólogo* n. 51, p. 3. Belo Horizonte. Conselho Regional de Psicologia, MG/ES, 1.995.

<sup>57</sup> “[...] falar em dignidade da pessoa humana significa e importa, antes de tudo, afirmar que todos os seres humanos são iguais em dignidade”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 102).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata da: **Revista o Direito**. Rio de Janeiro, a. 126, 1994.

BARRETO, Vicente (org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BRITO, Fernanda Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos Jurídicos**. São Paulo: Renovar, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

COSTA, Jurandir Freire. **A questão psicanalítica da identidade sexual**. In Homossexualidade. Formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998.

\_\_\_\_\_. **Psicanálise e Contexto Cultural: imaginário psicanalítico, grupos e psicoterapias**. Rio de Janeiro, 1989, p. 22.

CZAJKOWSKI, Rainer. **Reflexos jurídicos das uniões homossexuais**. Jurisprudência Brasileira. Paraná: Juruá, 1995, pp. 95-107.

\_\_\_\_\_. **União Livre**. Curitiba: Juruá, 1996, p. 167.

DIAS, Maria Berenice. **A União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. **União homossexual: aspectos sociais e jurídicos**. Âmbito Jurídico, agosto/2001 [Internet] <http://www.ambito-jurídico.com.br/aj/dfam0003.htm>. Acesso em 14/julho/2005.



\_\_\_\_\_. Famílias Modernas: (Inter)seções do Afeto e da Lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº. 8, janeiro/ março, 2001, p.68.

\_\_\_\_\_; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

\_\_\_\_\_. Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do mesmo Sexo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: a. 85, v.732, out. 1996.

FREUD, Sigmund. **Três ensaios sobre a teoria da sexualidade (1905)**. Coleção Standart das obras completas de Sigmund Freud, vol III. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo – uma espécie de família**, p. 256-262.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 54.

GOMES, Orlando. **A agonia do código civil**: In: Revista de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Forense, julho de 1985, ano IV, nº 7, p. 9.

\_\_\_\_\_. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955.

\_\_\_\_\_. **A revisão do direito civil**. A crise do direito. São Paulo: Max Limonad, 1955.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família**. 13. ed. rev atual. Por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. **O novo direito de família.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 66.  
KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. Paulo Quintela, Lisboa, 1986, p. 77.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.** Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1988, p. 249-253.

MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina.** São Paulo: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 629-630.

OLIVEIRA, Jose Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família: direito matrimonial.** Porto Alegre: Fabris, 1990.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito de família.** 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 12.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 107.

\_\_\_\_\_. **União de pessoas do mesmo sexo: reflexões éticas e jurídicas.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n.31, p.148. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional.** Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: **Reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993, p. 78.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, v.6, p. 257.

RUIZ, Alicia. **De la construccion del sujeto a la construccion de una nueva ciudadanía**, p. 12.

RIZZATTO NUNES, L.A. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 204.

SUPLICY, Marta. Projeto de Lei 1995. **Disciplina a União estável entre pessoas de mesmo sexo**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995.