

HOMOAFETIVIDADE: UMA ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR

Denis Augusto de Oliveira¹

RESUMO

Este trabalho traz a debate e à reflexão um assunto que deve ser abordado com muita seriedade, principalmente, por quem idealiza a busca pela sociedade sem preconceitos de qualquer ordem, o que é objetivo da República Federativa do Brasil. A homoafetividade existe e sempre existiu. Com exceção da diversidade de sexos, todos os requisitos para a configuração de uma entidade familiar estão preenchidos. Os direitos fundamentais albergados pela Constituição Federal brasileira estão sendo usados como argumentação pelos Tribunais nacionais para garantir direitos a esta parcela da sociedade que vive à margem da legislação.

Palavras-chave: Homoafetividade. Direitos Fundamentais. Constituição Federal. Igualdade.

ABSTRACT

This work brings the debate and reflection a subject that must be approached very seriously, especially by those who idealizes the pursuit of society without prejudices of any order, which is the objective of the Federative Republic of Brazil. The homoafetividade exists and has always existed. With the exception of the diversity of genders, all requirements for setting up a family entity are fulfilled. Fundamental rights sheltered by the Brazilian Federal Constitution are being used as arguments by the national courts to ensure rights to this portion of society who live outside the law.

Keywords: Homoafetividade. Fundamental Rights. Federal Constitution. Equality.

Sumário: Introdução; 1. Breve Histórico Sobre União Homoafetiva e Homossexualidade; 2. Homoafetividade no Direito Brasileiro; 3. Relações Homossexuais e Igreja Católica; 4. União Homoafetiva e o artigo 226 da Constituição Federal de 1988; 5. Direitos Fundamentais; 5.1. Conceito e Fundamento dos Direitos Fundamentais; 5.2. Princípio da Isonomia, da Liberdade e da Dignidade Humana; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A sexualidade sempre foi cercada de mitos e de tabus. Quando o assunto é sobre a homossexualidade, a sociedade simplesmente vira o rosto, em uma atitude carregada de

¹ Advogado. Especialista em Direito Processual Civil (PUCRS). Mestrando em Direito Público (UNISINOS). E-mail: denis198@gmail.com

preconceito. Tal conduta geralmente advém de pessoas menos esclarecidas que são influenciadas, talvez por outras, também sem informações a respeito do assunto. Equiparar as uniões homoafetivas ao casamento contribui para a amenização/erradicação do preconceito sofrido pelos casais homossexuais. As pessoas ditas “normais” excluem os homossexuais dos círculos sociais e se julgam, de maneira equivocada, melhores do que eles.

Descabido o legislador continuar ignorando a realidade, pois dessa maneira não fará com que desapareça aquilo que cada vez mais acontece à margem da Lei. Não é admissível condenar essas pessoas à invisibilidade, pelo simples fato de ousarem ser diferentes do que a sociedade impôs como parâmetro do que seria normal. Negar direitos é a forma mais cruel de discriminação.

Preocupado com o eleitorado e apegado a ultrapassados conservadorismos, o legislador brasileiro teima em não prever as uniões entre *gays* e lésbicas no Ordenamento Jurídico brasileiro. Esta atitude é um indisfarçável ataque aos princípios da igualdade e da dignidade humana, pressupostos de uma sociedade livre e pluralista. Não existe Lei que regularize as uniões homossexuais, porém existe a Resolução número 175 do Conselho nacional de Justiça que proíbe as autoridades competentes de se recusarem a celebrar casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.

Este *paper* é dividido por cinco subtítulos. O primeiro traz uma breve evolução histórica sobre a união homoafetiva e sobre a homossexualidade desde a Grécia antiga até os dias atuais. O segundo mostra como a união entre homossexuais é recepcionada no direito brasileiro e também como são fundamentadas as decisões judiciais que reconhecem essas uniões como família. Adiante, se busca trazer a relação histórica da Igreja Católica com a homossexualidade e a maneira como o Vaticano enfrenta essa questão. Após, se demonstra como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 recepcionou o conceito de família em seu artigo 226. E, por fim, busca-se trazer o conceito dos direitos fundamentais, tais como, o da igualdade, da dignidade humana e da liberdade.

A escolha do tema foi intencional, pois traz ao debate um assunto sobre o qual as pessoas procuram não abordar, como se a homossexualidade fosse algo que é melhor ser suprimido e não comentado. Importante a discussão acerca do assunto, tendo em mira que é com esclarecimento que se derrubam preconceitos que não têm razão de existir, objetivo maior dos que lutam pela promoção da igualdade e pelo fim do preconceito.

De que maneira poderíamos aplicar os princípios fundamentais nas questões do gênero?

A metodologia adotada será a Histórico-Hermenêutica que viabilizará uma perspectiva do legislador nacional, centrada na união homoafetiva e em seus efeitos jurídicos com enfoque nos princípios da igualdade e da dignidade humana.

O Código Civil Brasileiro, que data de 10 de janeiro de 2002, nasceu atrasado com relação ao direito de família, principalmente no que toca às uniões entre homossexuais.

É contraditório que o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 diga que *todos são iguais perante a Lei...*, mas ao mesmo tempo, o legislador relega os homoafetivos à margem da juridicidade. Que igualdade é essa?

É preciso esgarçar o conceito de família previsto no artigo 226 da Constituição Federal, dando assim, dignidade a essas pessoas e fazendo com que elas não tenham mais porquê temer reações negativas da sociedade, sendo que o único desejo de *gays* e de *lésbicas* é o de serem felizes ao lado de quem amam. O sonho de qualquer pessoa é o de ser feliz.

Foi com grande alento que a comunidade formada por *Lésbicas*, *Gays*, *Bissexuais* e *Transexuais* recebeu a decisão da Suprema Corte do Brasil, a qual equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis formadas entre um homem e uma mulher, no julgamento da ADPF 132, datado 05 de maio de 2011. Outrora, a orientação sustentada era de que os companheiros formavam uma sociedade, pois tais relacionamentos eram relegados ao campo dos negócios, o que será exaustivamente demonstrado no transcorrer do presente trabalho.

1. Breve Histórico Sobre a União Homoafetiva e Homossexualidade

A palavra *homossexual* tem sua origem do grego *homo* ou *homeo*, cujo significado nos dá a ideia de igual, de análogo, ou, pode-se dizer, semelhante, pessoa do mesmo sexo e que o indivíduo deseja ter.

A homossexualidade existe desde que o mundo é mundo. Aceita e incentivada na Antiguidade, foi na Idade Média que a Medicina passou a considerar a Homossexualidade como uma doença, devido a pressões religiosas (DIAS, 2004, p. 103). Talvez essa possa ser uma explicação do porquê na cultura ocidental, os homossexuais serem estigmatizados e vítimas do preconceito, uma vez que na Grécia antiga a prática da homossexualidade era comum².

² No dizer de Maria Berenice Dias (2004, p. 86 e 87): “Na Grécia antiga, fazia parte das obrigações do preceptado ‘servir de mulher’ ao seu preceptor, e isso sob a justificativa de treiná-lo para as guerras, em que inexistia a presença de mulheres. Nas Olimpíadas gregas, os atletas competiam nus, exibindo sua beleza física.

Diante do preceito “crescei e multiplicai-vos”, que para muitos foi uma mentira inventada pelos reis da Idade Média para que os súditos tivessem cada vez mais filhos e aumentassem a produção braçal do reino, a Igreja Católica sacralizou o casamento com as únicas funções de procriação e da perpetuação da espécie, considerando a sodomia como pecado ou até mesmo como perversão. Porém, com a evolução da sociedade, o sexo passou a ser muito mais recreativo do que procriativo. Muitos estudos foram realizados pela Medicina moderna, seja no sistema nervoso central, seja no aparelho genital, a fim de encontrar algo que acusasse alguma diferença entre homo ou heterossexuais, porém, nenhuma pesquisa logrou êxito (NEGRÃO, 2007, p. 6).

A Classificação Internacional de Doenças – CID, criada há pouco mais de um século, tinha como uma “doença mental” a prática da homossexualidade até o ano de 1985, pois estava disposto no art. 302 da CID, o que a caracterizava como “doença”. A partir de então, a Organização Mundial de Saúde, inseriu-a no Capítulo pertencente ao “dos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais”. Em sua 10ª revisão, que ocorreu em 1995, a Classificação Internacional de Doenças tituló a homossexualidade como “transtornos de preferência sexual”. Vale destacar o significado do sufixo “ismo” que quer dizer doença, razão pela qual homossexualismo passou a ser chamado de homossexualidade, cujo sufixo “dade” significa modo de ser.

O Ordenamento Jurídico Nacional só reconhece a união entre duas pessoas para fins de constituir família entre um homem e uma mulher, conforme está disposto no art. 226, parágrafo 3º da Carta Magna:

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

Parágrafo 3º: Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a Lei facilitar a sua conversão em casamento”.

No dia 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, sediado em Brasília, no julgamento da Ação Declaratória de Preceito Fundamental nº 132, reconheceu a possibilidade de se reconhecer a união estável entre dois homens ou entre duas mulheres, acontecimento

Era vedada a presença das mulheres na arena, pois não tinham capacidade de apreciar o belo. Também nas manifestações teatrais os papéis femininos eram desempenhados por homens travestidos ou com o uso de máscaras. Manifestações evidentemente homossexuais.”.

que foi recebido com grande alento na comunidade de *gays* e lésbicas, bem como por aqueles que defendem o direito das minorias, notadamente o dos homossexuais.

Para a Desembargadora aposentada Maria Berenice Dias (2004, p. 88), os homossexuais que sofrem com o preconceito, “maquiam” a realidade e levam uma vida dupla. Não raro, casam e têm filhos, sendo que, o fracasso da relação heterossexual é uma questão de tempo. Os chamados enrustidos levam uma vida promíscua e não é incomum que contaminem sua parceira com o vírus HIV. Por outro lado, quem decide assumir sua orientação sexual voltada para a homossexualidade, desde cedo acaba destacando-se na sociedade em que vive. Tem suas tendências femininas reveladas desde a infância, busca parceiro para viver uma união livre, como se casados fossem, constituindo uma “entidade familiar” à margem da legislação, na qual, só não há o objetivo de constituição de prole.

Em pesquisa realizada há alguns anos nos Estados Unidos da América, ficou claro e evidente a ocorrência de fatores genéticos no desenvolvimento da homossexualidade. A pesquisa feita entre gêmeos univitelinos, bivitelinos e adotados afirma que, entre 30 e 70% dos casos provêm de fatores genéticos e não simplesmente do ambiente social e/ou afetivo em que cresceram e foram criados. Aos cientistas, cabe identificar os genes que agem no desenvolvimento da homossexualidade. Ficou provado, também com essa pesquisa, que o hipotálamo (região do cérebro responsável pelos impulsos sexuais) dos heterossexuais tem o dobro do tamanho do hipotálamo dos homossexuais. O tamanho do hipotálamo dos homossexuais assemelha-se ao das mulheres. Assim, descabido dizer que a homossexualidade é um desvio de comportamento ou uma escolha pessoal (DIAS, 2004, p. 89).

A união entre pessoas do mesmo sexo já é realidade em alguns países europeus, que em uma atitude vanguardista, admitem uniões homoafetivas, como por exemplo a Dinamarca e a Noruega, cujas legislações impõem ao casal a mútua assistência, seja ela moral ou material. Na América do Sul, a Argentina também permite o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. O Parlamento Europeu, em sua Resolução que data de 8 de fevereiro de 1994, recomenda que seus Estados-Membros garantam direitos aos homossexuais, como por exemplo, igualdade no setor trabalhista, sendo terminantemente vedada a discriminação, seja ela no setor público ou no setor privado. Asseguram também aos homossexuais o direito de terem seus próprios filhos, sejam eles naturais ou adotados (NEGRÃO, 2007, p. 13).

A falta de uma legislação que regulamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo constitui uma afronta aos princípios constitucionais da dignidade do ser humano e da isonomia, dois dos princípios que foram eleitos pela *Lex Mater* para orientar e para construir a interpretação do Sistema Jurídico Brasileiro.

Para muitos, no atual contexto jurídico e social em que vive o Brasil, as sociedades conjugais homossexuais não podem ganhar *status* e proteção de entidade familiar. Conforme fundamentam renomados juristas brasileiros, a União Estável só pode ser caracterizada quando for constituída entre um homem e uma mulher, como expressamente dispõe a Constituição do Brasil.

As decisões dos tribunais brasileiros consideram as uniões homoafetivas como entidade familiar, o que ainda não foi reconhecido pela lei do Brasil.

O Artigo XVI. 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, diz que: “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio.”.

Como a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção da lei, não se justifica ter o legislador constituinte deixado de abrigar, sob o conceito de família, a convivência entre pessoas do mesmo sexo. O próprio Código Civil brasileiro não fala que o casamento é entre pessoas de sexos diferentes e nem nos impedimentos há essa referência.

2. Homoafetividade no Direito Brasileiro

A união entre homossexuais é um fato social que não pode ser ignorado, pois ignorar a realidade não a faz desaparecer. A Constituição Federal confere especial proteção às uniões estáveis formadas entre um homem e uma mulher, de tal forma que exclui as uniões homoafetivas do Ordenamento Jurídico Nacional, por simplesmente não prevêr essas uniões. Porém, por analogia, pode-se buscar na Lei nº: 9278/96, em seu Artigo 1º, a definição de união homoafetiva: “É reconhecida como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Trata-se de uma união livre, constituída entre duas pessoas com identidade sexual que, enlaçadas pelo amor e pelo afeto, assumem ares de entidade familiar, que deve ser contínua, pública e estável. As uniões homoafetivas são constituídas de maneira lícita, nada tendo de torpe ou reprovável.

Percebe-se que em uma união homossexual, de todos os requisitos, só não há o de constituição de prole, mas todos os outros pressupostos para a caracterização de uma família estão preenchidos. Ademais, prevê a legislação brasileira que para haver o reconhecimento de

uma união, é indispensável que haja no relacionamento a existência de lealdade, respeito e assistência mútuos, o que perfeitamente é encontrado nas uniões entre homoafetivos. Como não há lei que regule as uniões homoafetivas, elas são equiparadas à união estável. Logo, é possível afirmar que, assim como a união estável, as uniões homoafetivas se tratam de um fato jurídico e devem ser dissolvidas, se for o caso, por uma vara de família, assegurado o segredo de justiça.

3. Relações Homossexuais e Igreja Católica

Foi diante do preceito “crescei e multiplicai-vos” que a Igreja passou a rotular a homossexualidade como anormal. É sabido de sobejo que a maior oposição às uniões do mesmo sexo provém das religiões. Porém, além de descabido, é injusto atribuí-lo somente à Igreja Católica, uma vez que a bancada evangélica na Câmara dos Deputados exerceu papel fundamental para que o Projeto de Lei³ da então Deputada Federal Marta Suplicy (PT/SP), nunca tenha sido votado, projeto este que previa a parceria civil entre homossexuais.

Para tanto, faz-se necessário, ainda que brevemente, discorrer sobre a relação da Igreja com a homossexualidade. Não é novidade que o Vaticano admite o sexo somente com finalidade procriativa, razão pela qual a prática homossexual constitui um pecado. A Igreja sacralizou o casamento como única forma de constituir família. Na antiguidade, a religião impunha deuses, sendo que para cada um deles era atribuído uma função e o homem tinha sua liberdade controlada⁴.

Cabia ao Direito Canônico reger as relações familiares, o qual admitia o casamento como único instituto, a partir do qual era permitido a prática do sexo, com a única finalidade de reprodução. As práticas sexuais que não fossem destinadas à procriação eram classificadas como pecado.

³ Projeto de Lei nº: 1.151/1995.

⁴ No dizer de Fustel de Coulanges (2003, p. 238): “Essa mesma religião, que fundara as sociedades e as governara por muito tempo, igualmente moldou a alma humana e emprestou ao homem o seu caráter. Com seus dogmas e práticas conferiu ao romano e ao grego certo modo de pensar e agir, e certos costumes dos quais, por longo tempo, não puderam se desfazer. A religião indicava ao homem a existência de deuses em toda a parte, mas deuses mesquinhos, irritadiços e malévolos. Esmagavam o homem pelo temor de ter sempre deuses contra si, e não lhe deixava liberdade alguma para agir.”

Para os protestantes, o casamento deveria ser laico, cabendo ao Estado a competência para dispor sobre a matéria que diz respeito ao direito de família⁵, já que trata-se de ato da vida civil, sendo descabido atribuir caráter sagrado ao casamento e afirma, também, que o casamento pode ser dissolvido por vontade de ambas as partes.

Com o cristianismo, a homossexualidade passou a ser tida como uma anomalia psicológica, um vício baixo e repugnante, já condenado em passagens bíblicas (...com homem não te deitarás, como se fosse mulher: é abominação, Levítico, 18:22) e na destruição das cidades de Sodoma e Gomorra. Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico e, nesta linha, toda a prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação, dessa forma condenando qualquer ato sexual que desperdiçasse o sêmem; já entre as mulheres, por não haver perda seminal, a homossexualidade era reputada como mera lascívia.

Estava, assim, freqüente na vida dos cananeus, dos gregos, mas repelida, até hoje entre os povos islâmicos, que tem a homossexualidade como um delito contrário aos costumes religiosos. A Idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, mas se sabe que na Renascença, artistas como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade⁶.

Com a instituição do Concílio de Trento (1542-1563), o casamento foi caracterizado como ato solene e deveria ser precedido de publicidade, sendo que, aos nubentes somente era permitida a coabitação após a bênção religiosa. Ao sacerdote cabia a responsabilidade de manter um registro de casamento, através do qual, poder-se-ia comprovar o matrimônio. Com o advento do Concílio, era reconhecido o caráter exclusivo da Igreja Católica e das autoridades eclesiásticas para dispor sobre tudo que se relacionasse com o casamento, tanto a sua celebração como a sua nulidade.

Em 2007, o Monsenhor Tommaso Stenico, então com 60 anos, foi suspenso de suas funções, pelo Vaticano, após declarar em um programa de televisão da Itália, a sua

⁵ No entendimento de Sônia Negrão (2007, p. 9-10): Os países reformados tiveram que elaborar uma legislação própria para o direito de família e exerceram assim importante influência sobre os países católicos, alguns dos quais, como a França, não tendo recebido o Concílio de Trento, se viram na contingência de criar novas normas para a matéria. O acordo entre a Igreja e o Estado se realiza, então, na luta comum contra os casamentos clandestinos, na exigência de uma publicidade prévia e da presença de testemunhas no ato, conquistas que se incorporam definitivamente ao direito moderno. O problema das minorias não católicas leva o Estado a admitir, ao lado do casamento religioso, o casamento civil, instituído na França em 1767.

⁶ (Apelação Cível 70001388982, 7º Câmara Cível, Relator: Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 14/3/01).

homossexualidade. O religioso em questão teve, na entrevista, rosto coberto e a voz distorcida para não ser identificado. Imprudente, o Monsenhor gravou o programa em seu gabinete na Santa Sé, o lugar foi reconhecido por seus superiores. Após a descoberta, o religioso negou ser homossexual, afirmando que estava realizando uma pesquisa de investigação sobre a vida de *gays* no Vaticano e que possuía uma lista, na qual, figuravam supostos homossexuais que integravam a Igreja Católica. O Vaticano considerou, em nota, a atitude do religioso como vingança. Nomes da suposta lista nunca foram revelados⁷.

Em um artigo publicado no Jornal ‘O Globo’⁸, o psicólogo João Pedrosa faz duras críticas à Igreja Católica:

Para a igreja Católica, a homossexualidade é antinatural e não promove a vida, ou seja, ela só admite a relação sexual entre homens e mulheres héteros, pois estes irão originar novas vidas. A sexualidade para a Igreja tem o caráter meramente reprodutivo. A Igreja propõe aos *gays* a castidade, não fazer sexo, nem se masturbar, não se relacionar, portanto, com outro *gay*. Sabemos que respirar, beber, comer e manter uma vida sexual ativa, são condições básicas humanas, para que possamos estar equilibrados emocionalmente com a vida. Suprimir a atividade sexual de quem tem uma orientação homossexual, como quer a Igreja, significa promover o desequilíbrio físico e psicológico da pessoa *gay*. Que aliás, é isso que a Igreja vem fazendo secularmente, desequilibrando emocionalmente os *gays*, jogando-os ao isolamento social, à marginalidade, à loucura e ao suicídio.

Foi na Idade Média, com a criação dos Tribunais da Santa Inquisição, pelo Papa Gregório IX, que a Igreja perseguiu os homossexuais de maneira implacável. Na Espanha e em Portugal, ao fim do século XV, a Inquisição reprimiu os judeus e os muçulmanos convertidos, os chamados “novos cristãos”. Foram instalados Tribunais em diversas partes do planeta, inclusive no Brasil. Mas foi a partir de 1591 que os *gays* brasileiros foram julgados, açoitados e queimados em praça pública pela Santa Inquisição.

Em 1592, na Bahia, Felipa Souza foi a primeira lésbica a ser açoitada em praça pública pela Inquisição. Em 1613, em São Luís do Maranhão, o índio Tibira, foi assassinado com tiro de canhão pelos padres capuchinhos franceses. Ele é considerado o primeiro *gay* a ser condenado a morte no Brasil. Em 1821, a Inquisição é extinta no Brasil e termina a pena de morte contra os homossexuais.

⁷ Jornal O Estado de São Paulo. Publicado em 14/10/2007, p. 69.

⁸ Publicado em 31/08/2003, p. 27.

4. União Homoafetiva e o Artigo 226 da Constituição Federal de 1988

Alguns juristas brasileiros são claros ao defender a concessão de direitos aos segmentos que são alvos da exclusão jurídica e social, fazendo-se obrigatória a aplicação da analogia, a qual se leva à invocação do princípio fundamental da igualdade.

Imperioso que se reconheça as uniões homossexuais como entidade familiar no âmbito do Direito de Família, ainda que não seja reconhecida pela Lei Fundamental e nem na Legislação Infraconstitucional, pois elas existem e fazem jus à tutela jurídica (DIAS, 2007, p. 221).

Nos julgados proferidos no Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul, a equiparação das uniões homoafetivas à família é quase unânime, conforme se infere da decisão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado o provimento ao apelo. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível N. 70012836755, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em 21/12/2005).

Percebe-se que a invocação dos princípios fundamentais constitucionais da igualdade e da dignidade do ser humano é citada de maneira constante na fundamentação das decisões colegiadas. Assim, o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, diz que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Há que se mencionar, portanto, o entendimento de Otto Bachof, doutrinador português (1994, p. 127), que, já em 1951, sustentava que nenhuma norma Constitucional deve prevalecer sobre os princípios contidos na Lei Suprema. A Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem aperfeiçoar as próprias normas constitucionais. Por uma questão de coerência, mostrando-se uma norma

constitucional contrária a um princípio constitucional, tal fato configura um conflito. Assim a norma deve ser considerada inconstitucional.

Ainda para Bachof, é possível julgar inconstitucionais as normas constitucionais que, mesmo presentes na Lei Suprema, ferem algum princípio da Constituição. Sustenta também, que o princípio que deve prevalecer é o da igualdade cumulado com o da liberdade individual, onde ambos resultam no preceito maior da isonomia.

A restrição do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Brasileira, só reconhece como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado a união estável entre um homem e uma mulher, configura verdadeira afronta tanto ao cânone do respeito à dignidade humana como ao princípio da igualdade, que são os vetores do perfil democrático do Estado. Diante desse aparente confronto entre a norma constitucional e os princípios que a norteiam, até por uma questão de coerência interna, a conclusão só pode ser uma: desde que uma norma constitucional se mostre contrária a um princípio constitucional, o que há de prevalecer é o princípio.

Ante princípios fundamentais esculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer espécie de discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida a discriminação quanto à união homossexual. Uma onda renovadora se estendeu pelo mundo com reflexos acentuados no Brasil, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos...⁹.

Impossível conceber o Direito como algo eterno e imutável. É preciso adequá-lo à realidade e às mudanças da própria sociedade, de modo que favoreça as minorias marginalizadas pela legislação, reconhecendo seus direitos como deve ser em uma democracia, pressuposto intrínseco de uma sociedade livre e pluralista.

5. Direitos Fundamentais

Foi com a promulgação da Lei Suprema que houve uma transformação significativa no Direito de Família. Consagraram-se, deste modo, os princípios fundamentais como a

⁹ Apelação Cível N°: 598362655. 8º Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em 04/08/2008.

isonomia, a liberdade e a dignidade do ser humano. Há juristas que mencionam, ainda, o princípio da afetividade que nada mais é do que a garantia da proteção ao afeto que enlaça as relações familiares.

Destarte, a *Lex Mater* passou a reconhecer a família monoparental, formada por um dos pais e seus descendentes, como entidade familiar, deixando claro que o matrimônio não é fator indispensável para formação de uma família.

5.1 Conceito e Fundamento dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas, imutáveis e intocáveis, a não ser com a formação de uma nova Constituição. São tratados pela Constituição como essenciais em um determinado momento histórico e em certa sociedade para seus membros e devem ser exigidos e exercidos tanto individual como coletivamente. Eles são um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Não há que se confundir direitos fundamentais com direitos humanos, esses são próprios à própria natureza humana e, pelo simples fato de existirem, independentemente de raça, orientação sexual e classe social, todos são merecedores destas garantias. Os direitos humanos são invioláveis, universais, atemporais e estão previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pelas Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial.

Por sua vez, os direitos fundamentais estão positivados de maneira expressa na Lei Fundamental. Para Gustavo Barchet (2007, p. 148), os direitos fundamentais são direitos humanos que são prescritos explicitamente no texto constitucional. Por serem válidos em todas as épocas, lugares e sociedades, os direitos humanos têm um caráter universal e os direitos fundamentais têm caráter relativo, justamente por variarem conforme a época e o local.

Há que se mencionar, ainda, a classificação dos direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira gerações, mas há juristas que mencionam a quarta e a quinta gerações. Por corresponderem às liberdades clássicas, os direitos políticos e civis são tidos como de primeira geração, tendo o princípio da liberdade como fundamento. Já os de segunda geração são os direitos culturais, sociais e econômicos, tendo como fundamento o princípio da

igualdade. Por derradeiro, o desenvolvimento, a paz e o meio ambiente são os direitos fundamentais de terceira geração, e tem como fulcro o ideal da fraternidade.

Percebe-se que, igualdade, liberdade e fraternidade - ideais da Revolução Francesa - estão presentes no texto Constitucional de 1988. Portanto, é indispensável tratar desse assunto, haja vista que os direitos fundamentais previstos na Lei Maior e mencionados pelos juristas norteiam as decisões das nossas Cortes nacionais (brasileiras).

5.2 Princípio da Isonomia, da Liberdade e da Dignidade Humana.

Quando o assunto é união homoafetiva, é impossível não fazer menção aos princípios fundamentais que são basilares em uma sociedade democrática, quaisquer que sejam, como o da isonomia ou da igualdade, da dignidade humana e da liberdade.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III da Lei Ápice, é considerado por esta como um direito fundamental, cujo caráter é o de proteção.

Para José Carlos Teixeira Giorgis (2005, p. 132), dignidade da pessoa humana é:

Um valor supremo, e acompanha o homem até sua morte, por ser a essência da natureza humana; a dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz a concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade.

A Constituição Federal de 1988 considera este princípio como básico e que compõe o reconhecimento de que o valor do indivíduo, enquanto ser humano deve prevalecer sobre todos os demais. Percebe-se, assim, que o constituinte quis resguardar o respeito à pessoa humana, garantindo, desse modo o bem-estar individual, a vida e a integridade do corpo e da saúde.

Tal princípio é tão importante que está preservado inclusive em âmbito internacional, como se observa na Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, que no artigo 11 diz que *toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade*.

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, o valor da personalidade não mais se vincula ao aspecto externo simbolizado pelo 'ter' direitos, mas se vincula direta e

concretamente ao ‘ser’ humano. A pessoa tutelada pelo ordenamento não é mais – pelo menos não apenas – a pessoa da máscara ‘jurídica’, mas a pessoa ‘humana’.

Pode-se dizer, portanto, que todo o ordenamento jurídico nacional está alicerçado no princípio constitucional da dignidade humana.

Já o princípio fundamental da igualdade ou da isonomia está expresso no *caput* do artigo 5º da *Lex Mater* e nos garante o direito de igualdade perante a lei.

Roger Raupp Rios (2002, p. 178) diz que:

A proibição de discriminação em virtude de orientação sexual, engendrada pelo princípio isonômico, ordena que o preconceito, desrespeito e intolerância não prevaleçam sobre o direito fundamental de igualdade, alicerce indispensável para o convívio social que respeite a dignidade de cada ser humano.

A igualdade formal nada mais é do que a igualdade diante da lei. Isso quer dizer que perante a Lei todos são absolutamente iguais. O princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos; vale dizer, mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito.

O legislador constituinte positivou no artigo 5º, *caput* da Lei Fundamental, a garantia de que somos todos iguais, sem distinção de qualquer natureza. Oportuno mencionar também, que no artigo 3º, IV da Constituição Federal, o legislador proíbe expressamente qualquer forma de discriminação. Se vê que existe uma proibição do ato de discriminar de modo que não há fundamento para a não aceitação de uma união matrimonial de um casal homossexual.

Na igualdade material, Konrad Hesse¹⁰ define:

Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente.

O princípio fundamental da liberdade se traduz na livre manifestação da vontade e pode, obviamente, incluir a liberdade de escolha sexual. Destarte, o homossexual tem

¹⁰ HESSE, Konrad. 1998 apud RIOS, Roger Raupp. A Homossexualidade no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 68.

liberdade de escolha para definir o rumo que deseja dar para sua vida e buscar sua realização e sua felicidade pessoal, sendo que é dever do Estado promover o bem de todos.

Levando em conta o fato de que todos são iguais perante a lei e de que a Constituição da República Federativa do Brasil garante, com fulcro no princípio da liberdade, o direito do indivíduo ser quem é, é de estranhar que as uniões homoafetivas sejam excluídas da legislação nacional brasileira.

Considerações Finais

O presente estudo cumpre o objetivo proposto de demonstrar a necessidade de se ter uma legislação igualitária ou específica que regularize as uniões homossexuais, bem como afirma a importância que isso traz aos casais que buscam esta proteção legal.

Com a abordagem histórica, constata-se que as relações de pessoas do mesmo sexo sempre fizeram parte da humanidade, passando por mudanças que a sociedade repudiou em atitudes carregadas de preconceito, tratando, por vezes, como criminosos os *gays* e as lésbicas. Muito embora ainda sejam alvos do escárnio e da ignorância, as uniões homoafetivas caminham a passos largos para o reconhecimento do legislador.

Cumprido ressaltar que, enquanto a lei não chega e não acompanha a evolução da sociedade, cabe ao Poder Judiciário garantir direitos aos casais formados por homoafetivos.

Nessa pesquisa, adotou-se a terminologia *homoafetividade*, muito utilizada pelos juristas e pela Jurisprudência, em detrimento de homossexualidade, tendo em vista que aquela se identifica mais com a proposta deste trabalho.

A *Lex Mater* de 1988 consagrou princípios como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, princípios muito citados nas fundamentações que embasam os julgados dos nossos Tribunais.

A atual Lei Fundamental valorizou os vínculos familiares ao reconhecer a família monoparental e a união estável como entidade familiar. Os princípios fundamentais provocaram uma revolução no âmbito do direito de família e podem ser utilizados na defesa do sujeito oprimido contra o opressor, seja ele o Estado ou oriundo de uma relação particular.

É nítida a tendência dos Tribunais brasileiros em igualar a união homoafetiva à união estável com a aplicação do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, fazendo uso dos princípios gerais do Direito e da analogia, visto que há lacuna na Legislação

Nacional no que diz respeito à matéria, garantindo às questões de gênero o seu julgamento no âmbito do Direito de Família.

Percebe-se que há infinitas evidências de que se está diante de um fato social que não pode e não deve ser ignorado e, no entanto, o legislador resta silente.

Todo o fato social há de ser regulado pela lei. Mesmo em sua normal atividade retardatária, o Direito tem por objetivo harmonizar as relações interpessoais.

Os princípios fundamentais foram abordados por essa pesquisa por entender serem indispensáveis em uma sociedade democrática. Ademais, o princípio da dignidade humana constitui no mais importante dos princípios, por garantir a impossibilidade da discriminação por orientação sexual ou pela discriminação de qualquer ordem.

Mostra-se despicienda a demora do legislador em abrigar as uniões homoafetivas no Ordenamento Jurídico Nacional.

A Ciência do Direito não tem por finalidade julgar conceitos morais, religiosos ou culturais, mas sim ajustar as relações em uma sociedade, dando amplo respaldo jurídico às relações afetivas entre homossexuais para que seus componentes possam viver de maneira harmônica e, principalmente, com dignidade.

Concordando ou não com a homoafetividade, cabe aos atuais e futuros operadores do Direito, lutarem na busca de uma legislação atualizada compatível com o momento atual, sem lacunas, sem preconceitos, para que todos os cidadãos possam ser cobertos pelo manto da igualdade, trazendo dignidade e justiça aos homoafetivos.

Aguardemos, pois, o curso da história.

Referências

- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O Concubinato no Direito.** 2. ed. Rio de Janeiro, 1969.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: aspectos jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático.** 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. **Conversando Sobre Homoafetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. **Famílias Homoafetivas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. **Violência Doméstica e as Uniões Homoafetivas.** Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam, 2006.
- _____. **Direito de Família e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam, 2001.
- _____. **União Homossexual – O Preconceito e a Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. **Manual do Direito das Famílias.** 4. ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1998.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Transexualismo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga: Estudo sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma.** São Paulo: M. Claret, 2003.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Homossexualidade – Discussões jurídicas e psicológicas.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LACERDA, Hamilton Hudson. **Transexualismo**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família: Aspectos Polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Volume 8. 2º ed.. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NEGRÃO, Sônia Regina. **Direito à Intimidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais no Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. V. 5. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. **A Sexualidade Vista pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. **Concubinato e União Estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PEREIRA, Sumaya Saady Morthy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed. 2007.
- PINEAU, Gaston. **O Sentido do Sentido**. In Educação e Transdisciplinariedade. <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001275/127511por.pdf>
- RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Em Defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Direito de Família**. V. 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SALGADO, Murilo Rezende. **O Transexual e a Cirurgia para a Pretendida Mudança de Sexo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHEUNEMANN, Arno. **Homossexualidade, Conjugalidade e Violência** – Alternativas de Compreensão e Perspectivas de Vida. São Leopoldo: Oikos, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WELTER, Belmiro Pedro. **Direito de Família: Questões Controvertidas**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

_____. **Igualdade Entre Filiação Biológica e Socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.