

# A ORDEM CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA, A MORAL PRIVADA E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS: A IMPOSSIBILIDADE DE DESEQUIPARAÇÃO FORTUITAS OU INJUSTIFICADAS<sup>1</sup>

*Cristiane Schwanka*

---

Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL. Professora do curso de Graduação em Direito das Faculdades OPET, em Curitiba/PR. Advogada. *e-mail*: [crisegil@netpar.com.br](mailto:crisegil@netpar.com.br)

**Resumo:** O presente texto pretende apresentar uma reflexão acerca dos efeitos jurídicos decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo, por alguns denominada de união homoafetiva. A ausência de legislação específica para regular a matéria ainda hoje tem ocasionado o deslocamento de algumas decisões judiciais para o domínio do direito obrigacional, como consequência do não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Muito embora o texto constitucional não reconheça expressamente a união entre pessoas do mesmo sexo como união estável no capítulo destinado ao Direito de Família, a interpretação sistemática da Carta sob a luz dos princípios constitucionais, demanda o reconhecimento jurídico da união homoafetiva como entidade familiar ao mesmo tempo em que proíbe discriminações injustificadas de minorias sociais.

**Abstract:** The present text intends to present a new reflection about the juridical effect of union between people of the same sex, what some people call homoaffection union. The fact that until today there is no specific legislation about the theme, moves some judicial decisions to the obligation rights, instead of family rights, and, as consequence, makes the union between people of the same sex be not recognized as a familiar entity. Although the constitutional text does not recognize specifically and expressly the union between people of the same sex as a stable union in the section about family rights, the systematic interpretation of the Constitution under the light of constitutional principles forces the juridical protection of the homosexual union as a familiar entity, at the same time it prohibits and does not justify discriminations of social minorities.

**Palavras-Chave:** União Homossexual; União Homoafetiva; Efeitos Jurídicos; Entidade Familiar; União Estável; Legislação; Constituição; Discriminação; Minorias.

**Key-words:** Homosexual Union; Homoaffection Union; Juridical Effect; Familiar Entity; Stability Union; Legislation; Constitution; Discrimination; minority.

## Introdução

A união entre pessoas do mesmo sexo, acertadamente denominada de união homoafetiva por Maria Berenice Dias<sup>2</sup>, de quem se empresta a definição e conceituação para

---

<sup>1</sup> Esse artigo, com algumas alterações, foi apresentado como requisito parcial para conclusão da disciplina Constituição e Novos Direitos, do Curso de Mestrado em Direito Constitucional das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL.

o desenvolvimento desse trabalho, é um dos temas de maior dificuldade de enfrentamento pelos nossos juízes singulares e Tribunais.

A ausência de legislação específica que regulamente e reconheça a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar ainda tem deslocado o tratamento do tema para o domínio do direito obrigacional, tal qual como antes se fazia com o concubinato, depois com a união estável que, a princípio, reconhecia indenizações pelos serviços prestados ou, no máximo, igualava a união dos membros a uma sociedade de fato. Nessa perspectiva são deferidos efeitos patrimoniais sem igualar o relacionamento a uma entidade familiar. Ainda são em pequeno número as decisões judiciais que reconhecem as uniões homossexuais são vínculos afetivos tal como ocorre com as uniões heterossexuais.

Destarte, óbices ideológicos e religiosos fazem com que a orientação sexual seja fortemente utilizada como elemento de cunho discriminatório para impulsionar as reformas legislativas necessárias. Não há, ao menos até o momento, disposição e coragem para enfrentamento do tema na casa de leis.

Sem dúvida, vive-se um momento histórico que representa um ponto de mutação, de rompimento de dogmas que, sob a vigência da nova carta constitucional devem ser enfrentados. A promulgação da Constituição Cidadã e a conseqüente irradiação do texto constitucional em todos os ramos do Direito, implica a necessidade de revisitar princípios e conteúdos do Direito com vistas a impedir que ocorram restrições aos Direitos Fundamentais.

O presente texto tem por objetivo discorrer acerca da dinamicidade da ordem social que demanda, freqüentemente, o reconhecimento de “*novos*” direitos, dentre os quais se situa o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Não resta dúvidas de que a materialização e a constitucionalização do Direito Civil representa um marco de mudança de diversos conceitos e institutos que demanda uma nova forma de interpretar e aplicar o Direito.

Destarte, a proteção da moral privada<sup>3</sup>, essa entendida como a escolha do modo de vida que cada indivíduo deseja ter para si, não deve ser colocada para deliberação do interesse das maiorias, uma vez que no âmbito da esfera da autonomia privada o próprio indivíduo é

---

<sup>2</sup> Ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Advogada.

<sup>3</sup> A expressão aqui adotada retrata influência do posicionamento do constitucionalista Roberto Gargarella, para quem as questões afeitas exclusivamente ao interesse do indivíduo não estão à disposição para serem determinadas pela maioria – em um regime democrático-, tampouco pelo Poder Judiciário. Cf. GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, pp. 166-172.

soberano, conforme leciona o constitucionalista Roberto Gargarella. Com isso, se pretende evitar a dominação do grupo dominante sobre as minorias.

O artigo, por óbvio, não possui a pretensão de esgotar o tema, mas de instigar a reflexão de que deixar de albergar as uniões entre pessoas do mesmo sexo no âmbito do Direito de Família é conduta incompatível com a ordem constitucional vigente.

## **1 A Dinamicidade da Ordem Social, os “Novos” Direitos e o preconceito: uma primeira aproximação**

Os impasses e insuficiências do paradigma atual da ciência jurídica despertam, ainda que lentamente, para a mudança e a construção de novos paradigmas destinados a dar conta de uma perspectiva pluralista, flexível e interdisciplinar que surgem da demanda posta por novos atores sociais, portadores de novas subjetividades individuais e coletivas.<sup>4</sup>

Esses novos paradigmas da teoria jurídica devem ser capazes de contemplar o constante e crescente aparecimento de *novos direitos* que assumem caráter relativo, difuso e metaindividual. Uma nova realidade que exige pensar e propor instrumentos jurídicos para a garantia da tutela jurisdicional, seja por meio de um nodo Direito Processual, seja por meio de uma Teoria Geral das Ações Constitucionais.<sup>5</sup>

Antonio Carlos WOLKMER afirma que a problematização do tema “*novos*” direitos permite transpor a concepção de que em cada época há direitos absolutos e específicos, fazendo concluir a idéia de direitos relativos que nascem em qualquer momento enquanto necessidade ou exigência valorativa da sociedade em determinado contexto histórico.<sup>6</sup> O autor, destaca uma passagem da obra de BOBBIO, o qual afirma que esses “*novos*” direitos “*Nascem quando devem ou podem nascer.*”<sup>7</sup> Trata-se, segundo o autor, de considerá-los como sendo fruto de necessidades históricas na relatividade e na pluralidade dos agentes sociais que hegemonizam uma dada sociedade, destacando que as necessidades humanas estão sempre em permanente redefinição e criação de tal forma que o surgimento e a existência desses “*novos*” direitos retratam as exigências da coletividade diante das novas condições de vida e das crescentes prioridades que lhe são impostas.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos direitos”*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

<sup>5</sup> Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>6</sup> Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>7</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>8</sup> Idem, pp. 19-20.

Registra que os “*novos*” direitos são legitimados por meio da consensualidade de novos sujeitos sociais, capazes de implementar práticas diversificadas de relação entre indivíduos, grupos e natureza.<sup>9</sup>

O paradigma tradicional da ciência jurídica, da teoria do direito, tanto na esfera pública como na esfera privada, e, do direito processual convencional vem sendo desafiados a cada dia em seus conceitos, institutos e procedimentos, afirmando que o Direito não consegue oferecer soluções corretas e compatíveis com os novos fenômenos decorrente dos avanços sociais.<sup>10</sup> Dessa forma, conforme leciona WOLKMER é necessário transpor o modelo jurídico individualizado, formal e dogmático, de tal forma a contemplar, garantir e materializar esses “*novos*” direitos.<sup>11</sup>

Conforme aduz Maria Berenice Dias, “*negar direitos a tudo que refoge à mesmice do igual é condenar à invisibilidade.*”<sup>12</sup> A sociedade, de maneira freqüente, utiliza tal mecanismo para excluir do corpo social segmentos que gostaria que não existissem, que se afastam do padrão tido como certo, normal, correto. Conforme destaca a desembargadora, a todos aqueles a quem a sociedade vira o rosto e o legislador nega a cidadania são deixados à margem do Direito.<sup>13</sup>

As relações afetivas são sensíveis à evolução dos valores e conceitos que, em razão da transformação da sociedade sempre tendem a escapar do modelo do direito positivado. Foi assim com o concubinato e mais recentemente com a União Estável que, após severa pressão da própria sociedade foi “*digna*” da tutela estatal e hoje se encontra pacificada.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, envoltas em discriminações e preconceitos pela sociedade aguardam o reconhecimento estatal para serem albergadas no Direito de Família para ter respeitado o mais elementar de todos os Direitos: a escolha do modo de vida que cada qual deseja ter para si, em busca da plena realização do indivíduo enquanto pessoa humana.

A Constituição ao consagrar a dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do Estado Democrático, que assentado na igualdade e liberdade, impõe que respeitar a diversidade é o mínimo ético que se exige de quem vive nesse modelo de Estado.

---

<sup>9</sup> Idem, p. 20.

<sup>10</sup> Idem, pp. 20-21.

<sup>11</sup> Idem, p. 21.

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 21.

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*, p. 21.

## 2 A proteção das minorias e da moral privada: a abordagem de Roberto GARGARELLA sobre a tutela constitucional da escolha do modo de vida que cada qual quer para si

Maria Berenice DIAS assenta que é a própria sociedade faz surgir mecanismos de exclusão, de tal forma que quem se afasta do modelo “tradicional” necessita se refugiar em guetos. Nas questões afetas à discriminação quanto à orientação sexual, não raras vezes é a família que serve de mola propulsora para o enfrentamento de preconceitos.<sup>14</sup>

Os homossexuais enfrentam uma grande dificuldade de aceitação por parte da sociedade e são por isso discriminados. Representam uma minoria sujeita ao deboche de uma forma degradante. “*Essa é a face mais perversa do preconceito.*”<sup>15</sup>

A universalização dos Direitos Humanos e a consagração constitucional dos princípios da igualdade, da liberdade e, sobretudo, do princípio da dignidade da pessoa humana como finalidade maior do Estado Constitucional Democrático de Direito demanda a intervenção estatal para a proteção das minorias.

A democracia no Estado contemporâneo é plural, inclusive no modo de vida que cada qual, dentro do limite de sua autônoma privada, deseja ter para si. É necessário compreender a liberdade democrática como não dominação – tal qual proposto pelo republicanismo na vertente de Philip PETTIT<sup>16</sup> - o qual requer que as minorias não sejam oprimidas.

A democracia, atualmente constitucionalizada, não se esgota no governo da maioria, mas mantém intrínseco ao seu conceito a proteção de determinadas condições mesmo diante de posições majoritárias, dentre as quais os Direitos Fundamentais não lhes são disponíveis. Não é necessário repisar que a própria história nos tem demonstrado que a maioria, sem limites, não é desejável!<sup>17</sup>

O constitucionalista Roberto GARGARELLA afirma que é importante reler uma nota que restou apontada pela Suprema Corte Americana no julgamento *United States v. Carolene Products Co*, na qual a Corte sustentou duas coisas:

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>16</sup> PETTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford Press, 1997. (Trad. Republicanismo. Uma teoria sobre la libertad y el gobierno. Trad. Toni Doménech. Barcelona: Padiós, 1999.

<sup>17</sup> SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. v. 1. São Paulo: editora Ática, 1994, p. 52: “*Ao longo de toda a história da humanidade, as maiorias – étnicas, religiosas ou maiorias puramente numéricas – perseguiram de fato as minorias, às vezes ao ponto de exterminá-las. Hoje se faz o mesmo (principalmente na África, mas também em outras regiões do mundo) em nome do poder da maioria e, com isso, como uma implicação óbvia, em nome da democracia*”

*“a) é correto que a Corte intervenha para proteger o bom funcionamento do sistema democrático, sobretudo para manter aberto os canais de comunicação e participação políticas; e b) é correto que a Corte se preocupe com o modo como a maioria trata as minorias de todo tipo (raciais, religiosas, etc) e, especialmente, como tratam as minorias contra as quais existem extensos prejuízos.”*<sup>18</sup> [sem destaque no original]

GARGARELLA enfatiza que, segundo seu entendimento, a visão pluralista da democracia não é satisfatória porque se preocupa menos de assegurar o predomínio das idéias mais justas ou mais valiosas, que impedir o predomínio de um grupo sobre o outro<sup>19</sup>. Para o autor, seria a concepção deliberativa de democracia a mais adequada, uma vez que parte da idéia de que um sistema político valioso é aquele que promove a tomada de decisões imparciais, que não resultam qualificadas indevidamente em benefício de alguma pessoa ou grupo, senão que trata a todos com igual consideração.<sup>20</sup>

Nesse sentido, essa concepção de democracia, baseada da discussão coletiva representa uma tradição não populista, na qual todos necessitam colocar a prova e revisar suas convicções antes da tomada de decisão que vá impactar na pluralidade de indivíduos.<sup>21</sup> A concepção deliberativa de democracia presta mais atenção com os grupos que não somente possuem peso político senão que se mostra débil em relação aos demais, retratando a idéia da possibilidade de expor suas petições frente aos demais.<sup>22</sup>

GARGARELLA destaca a necessidade de distinção entre duas esferas da moral: *a moral pessoal e a moral intersubjetiva.*<sup>23</sup>

Segundo GARGARELLA, a moral pessoal seria aquela que permite ou proíbe certas condutas pelos seus efeitos sobre o próprio individuo – o sujeito atingido é soberano-, enquanto que a moral intersubjetiva diz respeito aos efeitos sobre terceiros – coletivo de indivíduos.<sup>24</sup> Nesse sentido, para o autor, nas questões afeitas a moral privada nem as autoridades políticas nem os juizes possuem poder de interferência. Tais autoridades somente podem intervir nas questões de moral pública. Todavia, o problema se manifesta quando a distinção entre uma e outra área da moral é difusa de tal forma a impossibilitar a distinção

---

<sup>18</sup>GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el caracter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 148. [tradução livre]

<sup>19</sup> Idem, p. 156.

<sup>20</sup> Cf. GARGARELLA, Roberto, *Op. cit.*, p. 158. [tradução livre]

<sup>21</sup> Cf. GARGARELLA, Roberto, *Op. cit.*, p. 158

<sup>22</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>24</sup> Idem, pp. 166-167.

entre ambas.<sup>25</sup> De qualquer forma, enfatiza que a vontade majoritária não deve interferir em questões relativas à moral privada.<sup>26</sup>

Afirma o autor a necessidade de estreitar a vinculação entre as minorias sociais e o poder judicial, de tal forma a sedimentar a idéia de que o poder judicial deva orientar sua tarefa, primordialmente, na proteção das minorias, tendo em conta que o sistema político fortalece a voz das majorias, uma vez que o parlamento possui incapacidade estrutural para representar a diversidade das minorias existentes na sociedade.<sup>27</sup>

Enfatiza que os temas vinculados à moral privada de cada indivíduo, é o próprio sujeito e não os legisladores, tampouco os juízes ou alguma maioria ocasional, que deve decidir o que se prefere fazer.<sup>28</sup> Assevera que a justiça deve mostrar deferência e respeito aos atos dos legisladores em questão de moral pública, porém deve estar muito atenta e vigilante frente a decisões políticas que possam afetar a vida privada dos indivíduos e, em particular, suas opções por certos modos de vida, como por exemplo, na questão da homossexualidade, uniões de fatos, entre outras.<sup>29</sup>

GARGARELLA defende que é desnecessário e incorreto se recorrer ao sistema democrático para conhecer qual é o estilo de vida que qualquer um deve ter, muito embora cada sociedade possua suas características culturais predominantes.<sup>30</sup> Dito de outro modo, os casos concernentes a defesa da autonomia individual, são vinculados ao respeito a livre escolha do modo de vida cuja discussão encontra-se reservada a cada cidadão.

Descreve que o intervencionismo estatal em matérias de moralidade tem sido usualmente fundamentado com base na idéia de *bem comum*. Afirma ser inaceitável a imposição a alguém de alguns valores em nome da democracia, uma vez que tais decisões refletem dogmatismo religioso ou um determinado autoritarismo elitista, e que “...a justiça não tem autoridade para falar em nome da democracia quando a cidadania não tenha se expressado..”<sup>31</sup>

Segundo GARGARELLA será o controle de constitucionalidade que deverá assegurar uma esfera de inviolável autonomia dos indivíduos, de modo que esses possam ser *soberanos* em relação ao modelo de vida que preferem para si, para o que o poder judicial deve erigir

---

<sup>25</sup> Idem, p. 168.

<sup>26</sup> Idem, p. 172.

<sup>27</sup> Idem, p. 172.

<sup>28</sup> Idem, p. 214.

<sup>29</sup> Cf. GARGARELLA, Roberto, p. 214. [tradução livre]

<sup>30</sup> Idem, p. 253.

<sup>31</sup> Idem, pp. 255-256.

uma muralha de proteção dotando-os de garantias adequadas para a escolha e desenvolvimento dos diferentes ideais de virtude pessoal.<sup>32</sup>

Diante do exposto, vislumbra-se que a lição de GARGARELLA reconhece a necessidade de intervenção da jurisdição para a preservação dos procedimentos democráticos, principalmente no que concerne ao acesso das minorias ao sistema democrático e admite, expressamente, a existência da regra contramajoritária autorizativa da interferência do Poder Judiciário para a proteção da própria democracia.

No modelo institucional vigente, até que a omissão legislativa acerca das uniões entre pessoas do mesmo sexo seja sanada, a jurisdição constitucional deverá efetivamente, praticar a *justiça constitucional* em defesa dessa minoria, com vistas a impedir que se instale a tirania das maiorias, bem como garantir a permanência dos procedimentos democráticos e, principalmente, que a liberdade e autonomia sejam garantidas a todas as pessoas, como princípios básicos da Carta Universal dos Direitos Humanos, recepcionada pela nossa Constituição.

### **3 A Expressa Tutela Constitucional à Diversidade: os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da Não Discriminação por Orientação Sexual**

Ainda que não recebam o *status* de família no direito positivo brasileiro, notadamente pelo Código Civil e no texto constitucional, uma corrente jurisprudencial e doutrinária vem se inclinando a conferir Direitos de cunho eminentemente familiar àqueles que, constroem com esforço comum um patrimônio ao longo da convivência entre duas pessoas do mesmo sexo.<sup>33</sup> Muito embora se encontrem ainda decisões tendentes a igualar a união de pessoas do mesmo sexo à união de fato<sup>34</sup>, de cunho eminentemente obrigacional, revelando a supremacia do preconceito em detrimento do reconhecimento do direito à livre escolha do modo de vida que cada pessoa deseja ter para si, com base na sua orientação sexual.

---

<sup>32</sup> *Idem*, p. 263.

<sup>33</sup> Sobre o tema veja-se recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.06.930324-6/001-COMARCA DE BELO HORIZONTE-REMETENTE: JD 1 V FAZ COMARCA DE BELO HORIZONTE-APELANTE(S):ESTADO MINAS GERAIS-APELADO(A)(S): MARIA CRISTINA DA SILVA AZEVEDO E OUTRO(A)(S)-RELATORA:EXMª.SRª.DESª. HELOISA COMBAT.

<sup>34</sup> Nesse sentido confira-se, entre outros: WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 318. “*Verifica-se, assim, que a entidade familiar, alçada a condição de união estável, requer como primeiro pressuposto a heterossexualidade de seus partícipes.*”

A ausência de regra jurídica específica no ramo do Direito Civil – Direito de Família, não justifica o abandono da questão, a falta de decisão ou mesmo a adoção de analogia à institutos jurídicos obrigacionais que são isentos de vínculos de sentimento, de afeto que, inegavelmente estão presentes nas uniões homossexuais. Não foi sem motivo que a ilustre Desembargadora Maria Berenice Dias denomina de união homoafetiva, por ser esse tipo de relação permeado de sentimentos.

O Direito deve entendido e colhido na integralidade do sistema jurídico, tal qual nos propôs DWORKIN em sua teoria do Direito como integridade<sup>35</sup>. Para DWORKIN o direito tem que resgatar a integridade do sistema legal e são os princípios que conferem essa integridade ao sistema, sendo que a integridade deve se assentar em dois princípios: (i) *princípio legislativo de integridade política*, como sendo o conjunto de leis coerentes e, (ii) *princípio jurisdicional de integridade política*, no sentido de que a lei deva ser tanto quanto possível coerente. “*Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido.*”<sup>36</sup>

Para DWORKIN a integridade expande e aprofunda o papel que os cidadãos podem desempenhar individualmente. Segundo o autor, a integridade é uma questão de moral e política, de circunstâncias públicas e privadas.<sup>37</sup>

De fato, não conferir efeitos às uniões homossexuais, ou mesmo ignorar, excluir, perseguir essa minoria, fere seriamente inúmeros princípios constitucionais dentre os quais se destaca, o princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III, CF/88- que representa a síntese de todos os Direitos Fundamentais.<sup>38</sup>

A Carta constitucional instituiu como objetivo fundamental da república construir uma sociedade livre, justa e solidária – art. 3º, inciso I, CF/88- que possui um profundo conteúdo ético e social cuja finalidade maior é afastar as injustiças e evitar desigualdades. A solidariedade, por seu turno, representa a aproximação, a confraternização, o respeito e a aceitação dos diferentes, das minorias existentes na sociedade.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, cap. VI e cap. VII. p. 213-331.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald, *Op. cit.*, p. 213.

<sup>37</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>38</sup> FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões homossexuais: efeitos jurídico*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 150.

<sup>39</sup> Idem, *ibidem*.

Ao buscar a promoção do bem de todos, conforme expresso no art. 3º, inciso IV da Constituição, o Estado deve garantir a qualquer pessoa a busca da sua afirmação, da sua felicidade.<sup>40</sup>

No tocante ao princípio da igualdade – ou da isonomia- inserto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal é uníssono que está se vedando qualquer discriminação imotivada, distinções injustificadas ou mesmo privilégios para qualquer pessoa ou grupo em detrimento dos demais. Ainda, o art. 5º, inciso I e o art. 7º da Carta Magna, proíbem qualquer desigualdade em razão do sexo. *“Ditas normas alcançam a vedação de discrimine à conduta afetiva do indivíduo no que diz com sua orientação sexual.”*<sup>41</sup>

Sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Celso Antonio Bandeira de MELLO, com propriedade afirma que:

*“Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os atos abstratos e concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.”*<sup>42</sup>

Ao discorrer acerca da proibição constitucional de discriminação por razões preconceituosas mais comuns em certas épocas ou meio, tomadas como fundamentadoras de *discrímén*, Celso Antonio Bandeira de MELLO registra: *“Vale dizer: recolheu na realidade social elemnetos que reputou serem possíveis fontes de desequiparações odiosas e explicitou a impossibilidade de virem a ser destarte utilizados.”*<sup>43</sup>

Nos dizeres de Pimenta BUENO: *“A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.”*<sup>44</sup>

Em suma, a constituição brasileira ao adotar tais preceitos afirma que o homem, enquanto pessoa humana, por ser livre, possui autonomia para escolher seu modo de vida e,

<sup>40</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>41</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 76-77.

<sup>42</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1993, p. 18.

<sup>43</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>44</sup> BUENO, Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: s/ed, 1857, p. 424. *Apud* MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 18.

por consequência, para assumir e exercer sua orientação sexual, estando vedada qualquer tipo de discriminação.

Nos termos do art. 3º, inciso IV da Carta, ao proibir o preconceito resta evidenciado que a orientação sexual se amolda ao conteúdo do preceito, sendo também vedada qualquer forma de desequiparação.

De acordo com o entendimento de Maria Berenice Dias, com o qual pactuamos, ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício de sua sexualidade, que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.<sup>45</sup> Assim enfatiza a Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

*“A realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, a ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos. (...)A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não se realiza, falta-lhe a liberdade, que é um direito fundamental. É descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, isto é, pré-conceitos, conceitos fixados pelo conservadorismo do passado e engessados para o presente e o futuro. As relações sociais são dinâmicas.”<sup>46</sup>*

Nesse diapasão, proibir ou dificultar que algumas pessoas assumam ou exerçam sua sexualidade porque estão em desacordo com o padrão estabelecido por determinada maioria, discriminando-as por esse motivo, deixando de reconhecer ou conferir direitos no seu relacionamento afetivo com outra pessoa do mesmo sexo, representa violação aos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, dentre outros<sup>47</sup>, o que é incompatível com um Estado que se intitula democrático de direito e que tem o dever de assegurar a realização das garantias, direitos e liberdades fundamentais.

#### **4 A União entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar: o afeto como elemento autorizativo da analogia com as uniões heterossexuais**

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 73.

<sup>46</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*, p. 33.

<sup>47</sup> O rol de violação aos princípios constitucionais aqui indicados não é taxativo. O que se propõe é apenas enfatizar que os mais lúdicos princípios estruturantes do Estado Constitucional Democrático de Direito estarão sendo violados enquanto persistirem decisões judiciais a negarem o reconhecimento de direitos aos membros das uniões homoafetivas, negando equipará-las à entidade familiar.

A Constituição Federal ao conferir proteção à família, independentemente da celebração do casamento civil, trouxe consigo a inserção de um novo conceito, o da entidade familiar, tutelando vínculos afetivos outros.

Em seu art. 226, parágrafo terceiro, a Constituição reconhece a união estável formada entre um homem e uma mulher como entidade familiar. De acordo com a literalidade do dispositivo, parcela razoável da doutrina e da jurisprudência tem afirmado que para que a convivência seja digna da proteção do Estado, é necessária a diferenciação de sexos do casal, uma vez que a previsão ignorara a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo.<sup>48</sup>

Todavia, não se pode deixar de reconhecer o caráter discriminatório da referida norma, que ao fazer a distinção sexual contraria o princípio da igualdade, que veda diferenciar pessoas em razão de seu sexo.<sup>49</sup> *“Nada justifica o estabelecimento da distinção de sexos como condição para a identificação da união estável. Dita desequiparação, arbitrária e aleatória, estabelece exigência nitidamente discriminatória.”*<sup>50</sup> Admitir que o Estado somente reconhece como entidade familiar a união entre pessoas de sexos distintos, significa restringir a autodeterminação das pessoas, tentando subjugar vontades individuais em benefício de um padrão familiar ortodoxo que não atende à vontade de todos.<sup>51</sup>

Com propriedade Maria Berenice Dias enfatiza;

*“A verdade o princípio constitucional que deve prevalecer é o da igualdade cumulado com o da liberdade individual, ambos resultando no preceito maior da isonomia. Perante esses princípios da Constituição brasileira, a regra do § 3º do artigo 226, na parte em que condiciona à distinção de sexos o reconhecimento da união estável, ou é mera lei constitucional, que pode ser reformada até por lei ordinária, segundo preconiza Carl Schmitt, ou é norma constitucional inconstitucional, conforme sustenta Otto Bachof, que deve ser banida do ordenamento jurídico constitucional.”*<sup>52</sup>

O instituto da união estável se, por um lado, não comporta o classicismo da família tradicional fundado no matrimônio, de outro, objetiva a possibilidade da plena e irrestrita

---

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. p. 78.

<sup>49</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>50</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual*, p. 78.

<sup>51</sup> TALAVERA, Glauber Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 18.

<sup>52</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 82.

realização da personalidade de seus membros, refletindo a intenção do constituinte com o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>53</sup>

*“Do latim **unio**, união significa a ação ou efeito de juntar ou promover enlace, donde união estável ser considerada como um liame afetivo duradouro que é reconhecido e reverenciado pela Constituição Federal como entidade familiar, tomando partido a Constituição do que, em verdade sempre existiu, ou seja, retirando os conviventes da névoa do obscurantismo e suprimindo os efeitos nefastos dos discrímens e escaninhos sociais imotivados que lhes inferiam situações de extremo menoscabo social. (...) Assim, havemos de asseverar que o Direito caminha impelido pelos fatos sociais que reclamam sua percuciente normatização e sua sempre renovada interpretação...”<sup>54</sup>*

Assim, o Estado, vinculado à sua função social, em que pese ter definido os parâmetros que devem nortear a noção de família, intitucionalizando-a em consonância com o modelo social majoritário, não deve suprimir da proteção estatal os grupos minoritários que propugnam por seu reconhecimento na órbita do Direito, tal qual ocorre com a união entre as pessoas de mesmo sexo.

*“Não obstante, entendemos que os modelos convivenciais afetos às minorias sociais devem ser regulados, pois embora não seja inverídico que a regulação desses modelos cerceia a liberdade dos conviventes, não é menos verdade que a falta de regulação os relega ao obscurantismo, solo fértil para cultivo da discriminação e do preconceito. A união homossexual é tema dos mais aflitivos e tormentosos da atualidade devido a sua condição **sui generis** de entidade familiar...”<sup>55</sup>*

Com efeito, ainda que exista certa resistência ao reconhecer a não-escrita a restrição contida no dispositivo constitucional em comento, não há como deixar de ampliar a proteção estatal às uniões homossexuais, uma vez que qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim destaca a Desembargadora Maria Berenice Dias:

*“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, há de se prevalecer o princípio.”<sup>56</sup>*

<sup>53</sup> TALAVERA, Glauber Moreno. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>54</sup> *Idem*, pp. 16-17.

<sup>55</sup> TALAVERA, Glauber Moreno. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>56</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 91.

Conforme leciona Clèmerson Merlin CLÉVE, a Constituição deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais, de tal forma que seria possível falar em direito constitucional principiológico que procura avançar na luta pela concretização dos direitos fundamentais.<sup>57</sup> A rematerialização da Lei Maior implica em uma nova forma de enfrentamento para descrever, compreender e otimizar a aplicação do conteúdo normativo positivado na Constituição Cidadã.<sup>58</sup>

Desse modo, considerada a visão sistemática e coerente da Constituição, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, é possível reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar nos moldes da união estável delineada no art. 226, § 3º da Carta Magna.<sup>59</sup> *“A doutrina já está fazendo o seu papel, ao reconhecer a união estável homoafetiva como espécie do gênero união estável, ao lado da união estável heterossexual.”*<sup>60</sup>

Ignorar esse fenômeno social significa relegar à marginalização e ao preconceito uma minoria, que por possuir orientação sexual diversa da maioria, deixa de ter acesso à proteção social positiva do Estado e, sobretudo, à sua realização como pessoa humana.

Uma vez conferida juridicidade à união estável qualquer limitação discriminatória deve ser interpretada como não escrita, por representar restrição não autorizada aos Direitos Fundamentais. Nesse sentido, a carga coativa imposta ao titular de direito fundamental por meio do comando constitucional que exige a diversidade de sexo para permitir a qualificação de entidade familiar e, por consequência ser merecedora da proteção do Estado, representa intervenção restritiva na autonomia privada e deve ser ignorada.

Como bem pondera Cláudio José Amaral BAHIA:

*“...toda atividade estatal, seja ela legislativa, administrativa ou judiciária está adstrita e vinculada à obediência máxima e irrestrita ao já por vezes mencionado princípio basilar da proteção da dignidade da pessoa humana, sendo certo que, nesse diapasão, difícil se sustentar que um homossexual não estaria juridicamente apto a constituir uma família ou a receber a proteção estatal sobre o seu envolvimento afetivo com outrem, pois o rol apresentado pelo § 3º do art. 226 da Lex Major jamais poderá ser considerado taxativo, mas sim, exemplificativo...”*<sup>61</sup>

<sup>57</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Estado Constitucional, neoconstitucionalismo e tributação*. Disponível em: <http://www.Clevedadvogados.com.br/arquivos>. Acesso em: 09/10/2007, p. 5.

<sup>58</sup> Cf. MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.com.br>. Acesso em: 09/10/2007. p. 2.

<sup>59</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 83.

<sup>60</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>61</sup> BAHIA, Cláudio José Amaral. *Proteção constitucional à homossexualidade*. Leme: Mizuno, 2006, p. 107.

E assim é porque todo e qualquer valor constitucional aspira à sua maior realização possível e, se invocável no caso concreto, deve ser tido em conta pelo intérprete, não havendo espaço para qualquer presunção seletiva. Em uma ordem constitucionalizada e orientada à promoção dos direitos fundamentais, a solução constitucionalmente mais correta é aquela que objetiva a realização da pessoa humana.

Clèmerson Mérlin CLEVE, enfatiza a concepção de que a pessoa é o fim, e que o Estado nada mais é do que um meio para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais, *in verbis*:

*“(...) o Estado é uma realidade instrumental (...). Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.”*<sup>62</sup>

Com efeito, os interesses resultantes da autonomia privada, assim entendida como sendo a capacidade do sujeito de direito em determinar o seu comportamento individual, determinar os rumos de sua existência, em consonância com suas preferências subjetivas<sup>63</sup>, constitui, por si só, uma das dimensões mais ampla de liberdade.<sup>64</sup> E, nessa seara não é admitido o intervencionismo estatal, conforme entendimento do constitucionalista Roberto GARGARELLA, debatido no início deste texto.

A orientação sexual divergente da maioria é ainda fator de diferença e preconceito pela sociedade. Ainda que não tenha sido desvendado por completo a origem da homossexualidade, o certo é que se trata de uma tendência que não decorre de uma escolha livre, a tal ponto de que se tivessem opção, muitos homossexuais prefeririam não o ser.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

<sup>63</sup> Não é a pretensão deste trabalho objetivar debater a origem da homossexualidade, muito embora se possua o entendimento de que seja tão importante quanto entender o motivo da própria heterossexualidade. Esclarece-se, todavia, que diversas pesquisas sustentam causas diferentes no que se refere a busca das razões da orientação sexual, causas essas que se assentam em linhas hormonais, biológicas e comportamentais e que evidenciam se tratar de uma condição involuntária do indivíduo. Para um aprofundamento do tema recomenda-se o trabalho de MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo*. Aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 34 e ss.

<sup>64</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais, pp. 142-143.

<sup>65</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual...*, p. 41.

Os homossexuais representam uma minoria social que, todavia, como qualquer cidadão, são possuidores e merecedores da proteção em relação a sua dignidade, não podendo ser discriminados em respeito aos comandos constitucionais da igualdade e da liberdade.

As relações homossexuais são vínculos afetivos em que há comprometimento mútuo com o objetivo de constituição de uma família, de caráter duradouro e com a formação de patrimônio comum. Tal qual as relações heterossexuais que fazem jus à proteção estatal no âmbito do Direito de Família. Assim, “*a união estável configura um gênero que comporta mais de uma espécie: a união estável heterossexual e a união estável homossexual.*”<sup>66</sup>

É incontroverso que um dos principais papéis do constitucionalismo é buscar o “*ponto ótimo*” de equilíbrio e harmonia institucional dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, e, pelo delineamento traçado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana não há como deixar de reconhecer o legítimo amparo para as uniões homossexuais enquanto reais entidades familiares, dignas da proteção estatal, tendo em vista que o vínculo que os une, à semelhança dos demais casais, é o afeto, que gera vínculos jurídicos.

### **Considerações Finais**

A Constituição Federal ao ampliar o conceito de família criou o instituto da entidade familiar, passando a tutelar a união estável e as relações de um dos pais com seus filhos. Todavia, a Carta não albergou expressamente outros vínculos afetivos que não correspondem ao padrão convencional da maioria da sociedade, notadamente quando não está presente à diversidade de sexos entre os participantes da relação afetiva, ainda que essa tenha o objetivo de constituição de família, por meio da convivência contínua e da união de esforços para a formação de patrimônio comum.

Em termos teleológicos não há como se negar que o Constituinte identificou a presença do vínculo afetivo como elemento caracterizador da entidade familiar que por si só já a faz merecedora da proteção estatal. Presente o afeto há de se conceder a tutela jurídica à relação, independentemente da orientação sexual de seus membros sob pena de se estar cometendo verdadeira agressão à dignidade da pessoa humana.

---

<sup>66</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*, p. 34.

Ainda que expressamente no art. 226, § 3º da Constituição não reconheça a união entre pessoas do mesmo sexo como união estável, a interpretação da Constituição como unidade, com fulcro nos princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana demanda o reconhecimento jurídico da união homossexual como entidade familiar.

No Estado constitucionalizado, compete ao judiciário, em proteção à minoria, preencher a lacuna legislativa e encontrar a resposta não apenas na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do Direito, mas, sobretudo nos direitos e garantias fundamentais, elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

As relações sociais são dinâmicas e a lacuna no ordenamento jurídico não pode deixar ao abandono uma minoria social, tampouco ser interpretada como fator de exclusão desse segmento social da proteção de direitos fundamentais. O rol descrito no art. 226 da Constituição Federal não deve ser interpretado como taxativo, mas exemplificativo para alcançar outras modalidades de entidades familiares.

Admitir o contrário seria permitir que o Direito constituísse por si só um fator de exclusão social de uma minoria que se afasta da sexualidade tida como correta pelo simples fato de ser majoritária. É a presença do afeto na união entre as pessoas que deve ser o elemento caracterizador da entidade familiar como merecedora da proteção estatal e não a orientação de seus membros para que efetivamente se promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.

### **Referências Bibliográficas**

- BAHIA, Cláudio José Amaral. *Proteção constitucional à homossexualidade*. Leme: Mizuno, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Estado Constitucional, neoconstitucionalismo e tributação*. Disponível em: <http://www.Clevedadvogados.com.br/arquivos>. Acesso em: 09/10/2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

- \_\_\_\_\_. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões homossexuais: efeitos jurídico*. São Paulo: Editora Método, 2004.
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el caracter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo. Aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.com.br>. Acesso em: 09/10/2007
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1993.
- PETTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford Press, 1997. (Trad. Republicanismo. Uma teoria sobre la libertad y el gobierno. Trad. Toni Doménech. Barcelona: Padiós, 1999.
- SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. v. 1. São Paulo: editora Ática, 1994.
- TALAVERA, Glauber Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos direitos”*. São Paulo: Saraiva, 2003