

A UNIAO HOMOSSEXUAL NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DO GARANTISMO JURIDICO

Patrícia Fontanella

1. Introdução. 2. A Teoria Geral do Garantismo Jurídico. 3. Os Direitos Fundamentais e seu papel no Estado Democrático de Direito. 4. A Constituição Federal brasileira de 1988 e os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade. 5. As diversas concepções acerca das noções de sexualidade e homossexualidade. 6. O tratamento jurídico dispensado à união homossexual no Brasil, a partir da vedação por discriminação da orientação sexual. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em sua autobiografia **Amor Partido**, Richard Chamberlain, galã de Hollywood, fala do pavor e da angústia que tinha de ser estigmatizado e dos efeitos negativos para a carreira, caso assumisse, na década de 60, sua homossexualidade. Hoje, aos 70 anos, resolveu revelar a condição de

homossexual e levar a público todo o drama que viveu tendo que esconder a verdadeira orientação sexual.

O exemplo acima demonstra que, com o passar do tempo e o crescimento do número de pessoas assumindo sua homossexualidade, principalmente artistas em todo o mundo, a discussão na sociedade mundial sobre o tema têm aumentado significativamente. Há poucos anos, admitir-se como homossexual significava a morte social do indivíduo, que acabava relegado aos locais freqüentados exclusivamente por pessoas com a mesma orientação sexual.

No Brasil, como em todo o mundo, as relações entre homossexuais, a partir da década de 60, com o aumento das discussões acerca da matéria “[...] antes tímida e quase sem registros nas estatísticas forenses [...]” acabaram por gerar disputas no Poder Judiciário que, atualmente, precisa dar conta de uma realidade social inegável.

O modelo familiar existente no Ocidente acabou por gerar uma hierarquia familiar que residia no controle patriarcal da instituição social Família. Portanto, não é de se estranhar a negativa absoluta, por grande parte da sociedade brasileira, do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo:

[...] num contexto político e ideológico dominado por uma visão de mundo onde os gêneros estão rigidamente definidos e orientados para necessidades de produção e para o fortalecimento de certos padrões morais confirmatórios desta cosmovisão, não há espaço para a aceitação de qualquer espécie de relacionamento destoante do padrão desenhado pela Família institucional.

A resistência em se aceitar tais uniões surge justamente a partir de modelos, padrões e valores morais pré-definidos, que cada indivíduo deve cumprir na sociedade, a fim de dar continuidade à estrutura social dominante.

Atualmente, com a ruptura do paradigma familiar iniciado pela Constituição Federal de 1988, entende-se por Família o conjunto de pessoas unidas através do vínculo do afeto, independente de existir união formal ou procriação. Assim é que as uniões entre pessoas do mesmo sexo, que se estabelecem como verdadeira comunhão de vida passam, em nossa compreensão, a integrar as relações de Família.

Nesse sentido, o presente artigo visa discutir a possibilidade de inserção das uniões homossexuais no Direito de Família brasileiro, à luz da Teoria Geral do Garantismo Jurídico.

1. A TEORIA GERAL DO GARANTISMO

A Teoria Geral do Garantismo, embora decorrente originalmente da teoria garantista penal, surgiu como Teoria do Direito para dar uma resposta à discrepância “[...] entre a normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores [...]”, a fim de garantir os Direitos Fundamentais, nos chamados Estados de Direito.

A viga mestra desta Teoria é a pessoa, o respeito à dignidade da Pessoa Humana e seus Direitos Fundamentais, e baseia-se nos direitos

individuais, aparecendo como forma de limitar os poderes do Estado. Tal limitação não está vinculada somente ao Poder Executivo, mas também ao Legislativo, que deve, acima de tudo, respeitar o que determina a Constituição.

Para Cademartori, a Teoria Garantista está fundamentada na idéia de liberdade, especialmente num sentido negativo, ou seja, na ausência de interferência do poder público estatal ou do poder econômico privado.

Ferrajoli apresenta três acepções para a expressão garantismo. Num primeiro momento, a palavra garantismo está vinculada a um modelo de direito que diz respeito ao direito penal, caracterizado por um sistema de poder mínimo que visa reduzir a violência e aumentar a liberdade dos indivíduos, bem como garantir os Direitos Fundamentais dos cidadãos.

Em um segundo momento, sua teoria é apresentada como uma teoria jurídica de revisão dos conceitos de validade, eficácia (efetividade) e vigência. Contrapondo diretamente o paradigma Kelseniano, a Teoria Geral do Garantismo faz uma releitura destes conceitos.

Com efeito, para Kelsen, as normas são vigentes ou possuem validade formal quando editadas de acordo com o processo legislativo, e a eficácia das normas jurídicas fica vinculada à sua observância na sociedade. Para o garantismo:

[...] as normas são vigentes quando editadas de acordo com processo legislativo, em conformidade com a norma superior (formas, procedimento do ato normativo e competência do órgão que a emana). São válidas quando não afrontam qualquer norma hierarquicamente superior, resguardando seu conteúdo (Constituição), e eficaz quando são observadas pelos seus destinatários (coletividade e tribunais). Assim, constatado a afronta às garantias previstas na Constituição, pode o intérprete deixar de aplicar a norma jurídica, em face

de sua invalidade material, não obstante preencher os demais requisitos.

O terceiro significado representa “[...] uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.” O garantismo parte do pressuposto de que toda legitimação política do Direito e do Estado provém da sociedade composta da multiplicidade de pessoas, das forças e das classes sociais.

A Teoria Garantista consiste na negação de um valor intrínseco do Direito somente porque vigente e do poder somente porque efetivo e de outro lado, na afirmação da pessoa como valor, sendo o Estado o responsável pela satisfação dos Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, aparece como uma crítica do direito positivo, no sentido de rever os parâmetros de legitimação formal (mera legalidade), em que o Estado limita-se a subordinar todos os atos à lei, para apresentar a legitimação substancial (estrita legalidade) em que há a subordinação de todos os atos, inclusive as leis, aos conteúdos dos Direitos Fundamentais sob pena de deslegitimação do Estado.

No modelo garantista é atribuída importância ao conteúdo material da norma e não somente à legalidade formal, que deve estar atrelada - necessariamente - aos Direitos Fundamentais que nem mesmo por maioria podem ser desrespeitados.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU PAPEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os Direitos Fundamentais são os direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado. No âmbito do próprio direito interno, deve-se distinguir Direitos Fundamentais dos chamados direitos de personalidade, eis que estes “[...] se manifestam em uma dimensão privatista, onde também se manifestam os Direitos Fundamentais, mas de forma indireta, reflexa, como mostra a doutrina alemã da Eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*) desses direitos”.

Assim sendo, os direitos da personalidade diferem-se dos Direitos Fundamentais no sentido de que aqueles estão tratados no âmbito do Direito Civil, especificamente, nos artigos 11 a 21 do Novo Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

A criação dos Direitos Fundamentais e sua positivação nas primeiras Constituições, nasce na esteira das transformações ocorridas pelas necessidades da sociedade em virtude do avanço tecnológico, do crescente processo de industrialização e “de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático (material) de Direito) [...]”

Assim, derivam da “disponibilidade de cada um para a luta pela defesa e a atuação dos direitos vitais próprios e de outros, ou ainda pela própria (ou por outra) identidade de pessoa: para as identidades ameaçadas e a defender e para as novas identidades, a afirmar ou reivindicar.”

Daí a afirmação de que os Direitos Fundamentais são fruto de necessidades e “nascem quando devem ou podem nascer” e resultam de lutas e longos processos de reivindicações. É graças a essas lutas que evoluções ocorrem na esfera do direito positivo, porém, a partir de seu reconhecimento nas Constituições, os Direitos Fundamentais passaram por diversas modificações “[...] tanto no que diz com seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, Eficácia e efetivação [...].”

Os Direitos Fundamentais, nas chamadas Constituições escritas, ocorrem na esteira da doutrina da não-intervenção do Estado, ou seja, nas prestações de cunho negativo, uma vez que se caracterizam como uma abstenção por parte do Estado que deve respeitar a liberdade dos indivíduos. Trata-se dos direitos de primeira geração/dimensão e estão neste rol os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Como anota Bonavides, são os chamados direitos civis e políticos.

Com efeito, para além da legalidade estatal, o Estado Democrático de Direito é caracterizado, sobretudo, pelo conteúdo dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição em face de reivindicações concretas, “geradas por situações de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano” e que, de acordo com Ferrajoli “são aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade.”

É necessário ressaltar que nenhum direito garantido pode apoiar-se somente em normas e também, que os destinatários destas normas lutem e atuem em prol de seu respeito e aplicação juntamente com os órgãos estatais, eis que um sistema jurídico “[...] porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada [...].” Para Bobbio, a efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da

civilização humana.

Assim, no Estado Democrático de Direito, os Direitos Fundamentais constituem-se em elemento primordial da Constituição material e atuam para além de sua função limitativa do poder, na medida em que se justificam pela realização dos Direitos do Homem. Segundo Ferrajoli, “em todos os casos os Direitos Fundamentais correspondem a valores e carências vitais da pessoa histórica e culturalmente determinados e é da sua qualidade e grau de garantia que pode ser definida a qualidade de uma democracia e pode ser mensurado o progresso.”

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE

O Estado Democrático de Direito está consagrado no art. 1º da Constituição Federal de 1988 e prevê, em seu inciso III, que o Estado brasileiro tem como um de seus fundamentos o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é uma das bases do presente estudo. Inicialmente, antes de se discutir tal princípio, mister se faz a análise acerca da divisão das normas de Direitos Fundamentais elencadas por Alexy. Para este autor, as normas de direito fundamental se dividem em regras e princípios. As regras são normas que,

[...] sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.

Já os princípios, por seu lado, compõem aquelas normas que:

ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.

As normas de Direitos Fundamentais se situam entre os chamados princípios jurídicos, pois trabalham diretamente com valores. Assim sendo, a palavra princípio designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por um conceito mestre, de onde todos os demais pensamentos derivam e se subordinam.

Acolhida pela primeira vez como princípio (e fundamento) em uma Constituição brasileira, a dignidade da Pessoa Humana implica considerar o homem como o centro do universo jurídico, sendo princípio básico de convivência dos seres humanos numa sociedade politicamente organizada. Assim, não se permite a redução do homem à condição de objeto, quer pelo Estado, quer por outros indivíduos. Trata-se de valor fundamental da ordem jurídica brasileira, pois repudia qualquer maneira de instrumentalização do homem, rebatendo toda forma de sua desconsideração como sujeito de direitos.

A dignidade da Pessoa Humana constitui-se, ainda, em limite e prestação do Estado. Limite no sentido de que a dignidade da Pessoa Humana não pode ser perdida ou alienada, e aos poderes estatais cabe a tarefa de respeitá-la, impondo-se a toda a sociedade. A prestação diz respeito à tarefa do Estado em “[...] preservar a dignidade existente, quanto objetivando promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e

fruição da dignidade [...].”

Dessa forma, a partir do momento em que não há o reconhecimento dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, está-se negando a sua própria dignidade. É o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana o ponto máximo para a identificação dos demais Direitos Fundamentais sediados em outras partes da Constituição e, inclusive, os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos.

Com efeito, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana resulta a reverência à igualdade entre os homens e a garantia de patamar existencial mínimo. O Princípio da Igualdade preceituado no *caput* do art. 5º da CRFB/88 acrescido da dignidade da Pessoa Humana devem ser entendidos de modo mais amplo possível, de forma que a titularidade dos direitos previstos no ordenamento jurídico deva ser estendida à todos os seres humanos independentemente de qualquer atributo pessoal.

É através do Princípio da Igualdade que o ordenamento jurídico pretende impossibilitar as “desequiparações fortuitas ou injustificadas.” Para isso, o ordenamento jurídico “[...] assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.” O Princípio da Igualdade visa, por um lado, propiciar garantia individual contra discriminações e perseguições e, por outro, evitar privilégios.

Para Ferrajoli, o Princípio da Igualdade jurídica é composto por elementos que incluem as diferenças pessoais e excluem as diferenças sociais. Assim, “Em um primeiro sentido, a igualdade reside no valor associado indiferentemente a todas as simples e isoladas pessoas, isto é, **sem distinção**,

como diz, [...] de sexo, cor, raça [...].” [grifo do autor]

Essa é, para este autor, a igualdade formal ou política com a qual estabelece-se que todos os seres humanos devem ser considerados como iguais, entendo que de fato, são diferentes em sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política etc. O valor da igualdade neste primeiro sentido é caracterizado pela atribuição de igual valor “[...] a todas as diferentes identidades que fazem de qualquer pessoa um indivíduo, uma pessoa como todas as outras. “

Em um segundo sentido, a igualdade se verifica justamente no desvalor associado às diferenças de ordem econômica e social, chamada por Ferrajoli de igualdade substancial ou social, em que “[...] as diferenças em lugar de serem conotadas pelas diversas identidades das pessoas, se resolvem em privilégios ou discriminações sociais que lhe deformam a identidade e lhe determinam a Desigualdade, lesando-lhe ao mesmo tempo o igual valor.”

Com esta igualdade substancial estabelece-se que as pessoas devem ser consideradas tão iguais quanto for possível, e por isso não se deve prescindir do fato que elas são social e economicamente desiguais.

Assim, convém chamar diferenças às diversidades do primeiro tipo e Desigualdades, às do segundo. Dessa forma existem dois tipos de diversidade entre pessoas na sociedade: 1) as diferenças, que decorrem da variedade de personalidades dos seres humanos, e 2) as Desigualdades que se originam de fatores econômicos e sociais. As primeiras devem ser mantidas e respeitadas pelo Estado Democrático de Direito; já as segundas, eliminadas.

Verifica-se, a ínsita conexão existente entre igualdade jurídica e Direitos Fundamentais. A personalidade jurídica de cada pessoa é constituída pela soma dos Direitos Fundamentais.

Nesse passo, a liberdade e sua possibilidade de exercício (privados de títulos e efeitos jurídicos) formam a base da igualdade jurídica, enquanto as situações e o seu exercício (necessitando de títulos e gerando efeitos), formam a base da Desigualdade jurídica.

A distinção entre diferença e Desigualdade é, para Ferrajoli, importante no sentido de separar a esfera das diversidades independentes de tais identidades. Enquanto nas Constituições rígidas as diferenças são rigidamente protegidas sob a forma de liberdades fundamentais, as Desigualdades são “reguladas, limitadas e funcionalizadas e em todos os casos tuteladas apenas de forma condicional em relação aos Direitos Fundamentais, sejam liberais ou sociais.”

Com efeito, no Estado Democrático de Direito, não se pode afrontar os princípios e Direitos Fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Isto porque, estes se constituem na base e essência do Estado Democrático de Direito e todos os atos realizados neste Estado devem ser subordinados aos conteúdos dos Direitos Fundamentais, sendo que, “[...] quando se fala em garantismo, fala-se na defesa e suporte dessas liberdades e direitos.”

Em sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, cujos princípios da dignidade da Pessoa Humana e igualdade são basilares para a garantia dos direitos individuais e sociais dos cidadãos, não se permite a redução do homem à condição de objeto, quer pelo Estado ou outros indivíduos, devendo o Princípio da Igualdade preceituado no *caput* do art. 5º, acrescido do princípio e fundamento da dignidade da Pessoa Humana, art. 1º da CRFB/88, ser estendidos e garantidos a todas as pessoas.

Firmadas as premissas de que vivemos em um Estado Democrático de Direito no qual a Constituição é suprema, tendo como referenciais

os princípios da dignidade da Pessoa Humana e a isonomia constitucional, passa-se a analisar as diferentes concepções acerca das noções de sexualidade e homossexualidade eis que “[...] não se pode pretender a realização de qualquer debate jurídico frutífero nestes temas se os interlocutores não têm claras suas concepções sobre a homossexualidade.”

5. AS DIVERSAS CONCEPÇÕES ACERCA DAS NOÇÕES DE SEXUALIDADE E HOMOSSEXUALIDADE

A homossexualidade é um fato conhecido desde a Grécia Antiga. Atualmente, ainda que a sociedade se considere heterossexual, dez por cento dela é formada por homossexuais, conforme nos informa Maria Berenice Dias.

Nesse contexto, e para que se estude a homossexualidade no Direito de Família, impende destacar os aspectos relativos à concepção da noção sobre homossexualidade e a forma como o tema foi tratado ao longo dos séculos, posto que Tais concepções podem ser resumidas pelos tópicos que se seguem: homossexualidade como pecado; homossexualidade como doença; homossexualidade como critério neutro de diferenciação e a homossexualidade como construção social. Cada concepção contém traços específicos e caracterizadores, os quais passa-se a analisar, entendendo-se que o posicionamento por uma ou outra concepção demandaria indubitavelmente uma pesquisa detalhada e aprofundada, o que o presente trabalho não comporta.

Na homossexualidade como pecado, a realização de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo “[...] é qualificada como moralmente reprovável e, no plano religioso, pecaminosa.” Nessa concepção, não há uma classificação das pessoas como homossexual ou heterossexual, mas sim, em termos de valores

morais, no sentido de julgar e condenar manifestações extraconjugais e as práticas sexuais não reprodutivas.

Dessa forma, todo o envolvimento sexual que não seja para a reprodução era visto como impuro, degenerado e grotesco, importando na violação das leis divinas, conforme assevera Foucault.

Percebe-se que o sexo entre os cônjuges só era aceito para reprodução e a negativa à homossexualidade aumenta na medida em que manuais eram distribuídos aos fiéis com instruções sobre o assunto. Porém, conforme RIOS, “[...] é inegável a influência da condenação cristã na formação da mentalidade sexual ocidental, sem se falar dos períodos da perseguição e condenações atrozes pela Inquisição.”

Nesse contexto, não existia referência à orientação sexual, havendo a inexistência da categorização do binômio homossexual-heterossexual. As distinções eram feitas a partir do cumprimento ou não das leis divinas. À pessoa não era atribuída uma identidade/caracterização homossexual, mas sim a atribuição da prática desses atos.

A categoria orientação sexual surge apenas em meados do século XIX, no marco dos discursos médico-psiquiátricos, e sua inteligibilidade deve ser remetida ao que Michel Foucault chamou dispositivo da sexualidade. Portanto, é uma noção histórica, criada no momento mesmo em que se cunham os termos homossexual e heterossexual e que passa a ser analisado.

Na concepção da homossexualidade como doença, abandona-se a condenação das práticas homossexuais, para torná-la algo anormal, fruto de uma doença. Isto porque há o predomínio da mentalidade científica sobre a religiosa, aparecendo aqui os termos homossexual e heterossexual.

O debate em torno do sexo gira em termos avalorativos e o sexo como objeto de estudo vai desenvolver-se somente no final do século XIX eis que “Aquilo que era visto como imoralidade passou a ser tratado como doença; assim como o vício da bebedeira se transmutou na doença do alcoolismo, o pecado da sodomia foi sucedido pelo diagnóstico da perversão sexual.”

A homossexualidade foi explicada, enquanto perversão sexual, através da teoria da degeneração. Tal entendimento culminou por gerar políticas públicas de isolamento e castração de homossexuais a fim de impedir sua procriação, eis que em última análise, a hereditariedade transmitiria todas as doenças do sujeito.

A terceira concepção em torno da homossexualidade aparece a partir “[...] das mudanças sociais e econômicas que possibilitaram a formação de uma consciência coletiva por parte dos homossexuais enquanto específico grupo social.” Com a consciência desse grupo formado por cidadãos homossexuais começam a surgir entendimentos no sentido de que “[...] a homossexualidade é critério neutro, desimportante para o estabelecimento de tratamentos diferenciados, incapaz de justificar as Desigualdades existentes.”

Merece destaque a total reformulação na medicina e na psicologia acerca da condição doentia da homossexualidade, eis que em 1993 a OMS, Organização Mundial da Saúde inseriu a homossexualidade no capítulo específico Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais e, posteriormente, em 1995, na 10a revisão do CID-10 foi nominado de Transtornos da Preferência Sexual (F65). O sufixo *ismo*, que designa doença, foi substituído pelo sufixo *dade*, que significa modo de ser.

Verifica-se que, a partir do momento em que tais grupos acabam por assumir sua condição sexual e os Direitos Humanos no mundo começam a defender a liberdade de orientação sexual dos indivíduos, inicia-se a noção de homossexualidade como critério neutro de diferenciação.

A homossexualidade passa a ser discutida no sentido de defesa dos direitos de orientação sexual, em que a própria sociedade inicia o questionamento acerca da possibilidade ou não da homossexualidade gerar, por si só, discriminações no contexto social.

Na concepção de homossexualidade como construção social, parte-se do pressuposto que dependente do local e época, a homossexualidade pode ser culturalmente aceita ou reprovada.

A categoria gênero possui extrema importância, posto que para as ciências sociais e psicológicas “[...] no conceito de gênero [grifo do autor] a atenção se volta para as características psicossociais que atuam, em cada momento histórico e cultural determinado, na divisão de papéis entre os seres humanos, dado que varia culturalmente.”

Com efeito, em determinadas culturas a homossexualidade é bastante tolerada, tais como Dinamarca (desde 1989), Suécia (desde 1995), seguidas por Noruega e Islândia, em que existem as chamadas parcerias civis registradas que autorizam casais homossexuais registrarem suas uniões, como se casados fossem.

Na América Latina, a Argentina foi o primeiro país a reconhecer a

união entre pessoas do mesmo sexo. Em dezembro de 2002, Buenos Aires regulou a possibilidade de duas pessoas maiores de idade, domiciliadas na capital Argentina e que tenham convivido numa relação pública e estável por um período mínimo de dois anos, registrarem seu casamento num cartório de Uniãoes Civis.

O Congresso espanhol, em junho de 2005 aprovou o projeto de lei que modifica o Código Civil, possibilitando que pessoas do mesmo sexo possam contrair matrimônio, sendo o quarto país do mundo a dar “status” de casamento às uniões homossexuais, juntamente com a Holanda, Bélgica e Canadá. O Código Civil espanhol, na parte relativa ao casamento, assim dispõe:

Artículo 44. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Percebe-se que, em cada época e contexto cultural surgem conceitos e valores que, com a evolução da sociedade, acabam se modificando e na concepção da homossexualidade como construção social tem-se a exclusão das categorias homossexual/heterossexual na identificação dos sujeitos, a fim de que haja a superação da discriminação e marginalização dos indivíduos em função de suas preferências sexuais.

6. O TRATAMENTO JURÍDICO DISPENSADO ÀS UNIÕES HOMOSSEXUAIS NO BRASIL, A PARTIR DA VEDAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

Constituindo-se a sexualidade elemento indispensável para o reconhecimento da própria condição humana, “ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual.”

Para DIAS, o respeito à sexualidade de cada indivíduo encontra-se inserido nos direitos de primeira geração (direitos de liberdade) devendo o Estado garantir sua ampla expressão.

Ainda para a autora, pode-se incluir entre os direitos de segunda geração o direito à livre orientação sexual, eis que tal direito origina uma categoria social que merece proteção estatal, tendo em vista o histórico de discriminação e marginalização em face dos homossexuais na sociedade brasileira. Aduz, também, que estes devem ser incluídos entre os chamados ‘Direito de Hipossuficientes’.

De acordo com Dias:

A hipossuficiência não deve ser identificada somente sob o viés econômico. É pressuposto e causa de um especial tratamento dispensado pelo Direito. Também devem ser reconhecidos como hipossuficientes o idoso, a criança, o deficiente, o negro, o judeu e também a mulher, porque ela, como as demais categorias, sempre foi alvo de discriminação.

Nesse pensar, mesmo quando não estejam inseridos no contexto de hipossuficiência econômica, os homossexuais “[...] são socialmente e, por reflexo preconceituoso, juridicamente [sic] hipossuficientes.”

Com efeito, para DIAS, o direito à sexualidade - ao exercício livre da sexualidade - está inserido no contexto dos direitos de terceira geração, que engloba os direitos relativos ao gênero humano, que não se concretiza na falta de qualquer das outras liberdades ou Direitos Fundamentais.

Com efeito, é fundamental para a efetividade do Estado Democrático de Direito previsto na CRFB/88 reconhecer que os relacionamentos homossexuais podem gerar vínculos afetivos que devem ser tratados no âmbito do Direito de Família, posto que

[...] em verdade, configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito, mas deve ser cuidada pelos conceitos científicos do Direito. Sob pena de o Direito falhar como Ciência e, o que é pior, como Justiça.

O texto constitucional brasileiro em seu art. 226, parágrafo 3º, aduz 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.”

O entendimento majoritário entre os autores clássicos é no sentido de tutelar apenas três tipos de entidades familiares: o casamento; a União Estável (entre homem e mulher) e a Família monoparental, existindo uma tendência doutrinária em se reconhecer o casamento como superior a todas as demais entidades familiares.

Porém, para Lôbo:

Com efeito, a norma do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie. Não impõe requisito para que se considere existente União Estável ou que subordine sua validade ou Eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem se casar, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em União Estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a União Estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra.

A liberdade do contexto familiar inclui a possibilidade da pessoa escolher o modo como constituir sua entidade familiar, eis que o *caput* do art. 226, da CRFB/88 não fez qualquer referência a uma ou outra espécie de Família, não havendo cláusula de exclusão.

Na interpretação de Lôbo:

O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que restituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução **a Família, constituída pelo casamento, pela União Estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos**. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. [grifo do autor]

As entidades familiares previstas no parágrafo 4º do art. 226, da CRFB/88, são apenas exemplificativas.

As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de Família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência de vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.

Assim é que as uniões homossexuais são entidades familiares a partir do momento que preenchem os requisitos de afetividade, notoriedade e estabilidade e,

A norma de inclusão do art. 226, da Constituição, apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. Entre as entidades familiares explícitas há comunidade monoparental, que dispensa a existência de par andrógino (homem e mulher).

A discussão doutrinária no Brasil reside justamente em que

instituto do Direito de Família se insere tais uniões: equipara-se à União Estável ou pelo reconhecimento dessas uniões a partir dos princípios constitucionais há a aplicação direta das regras gerais do Direito de Família ao caso concreto?

Para LÔBO, a omissão de lei que regulamente tais uniões não as impede de serem reconhecidas, eis que o art. 226, da CRFB/88 é auto-aplicável, sendo desnecessário equiparar a União Homossexual à União Estável, posto que esta somente é admitida em sua interpretação, quando constituída por homem e mulher. Para este autor, “Os argumentos que têm sido utilizados no sentido da equiparação são dispensáveis, uma vez que as uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria.”

Em sentido contrário, Dias e Giorgis entendem que as uniões entre pessoas do mesmo sexo devem ser enquadradas, por analogia, à União Estável, eis que não havendo previsão legal expressa relativamente aos direitos e deveres dos companheiros do mesmo sexo, mas existindo semelhança entre os dois relacionamentos no sentido de possuírem por base o afeto, o companheirismo e a publicidade, é de aplicar a legislação concernente a União Estável prevista no art. 1723 e seguintes, do Novo Código Civil.

Para Dias:

Ainda que haja certa resistência em reconhecer como não-escrita a restrição constante do indigitado dispositivo, não há como deixar de estender a proteção estatal às relações homossexuais. Subtrair juridicidade a um fato social implica deixar o indivíduo à margem da própria cidadania, o que não se comporta no âmbito do Estado Democrático de Direito. O silêncio constitucional e a omissão legiferante não podem levar à negativa de se extrair efeitos jurídicos de tais vínculos, devendo o juiz fazer uso da

analogia, atendendo à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Para a autora acima citada, salvo a diversidade de sexos, nenhuma diferença há entre as relações hetero ou homossexuais e ambos os relacionamentos possuem o mesmo propósito: a busca da felicidade com a livre escolha na constituição de sua Família.

A omissão da legislação sobre o tema não pode ensejar o desconhecimento de que tais uniões são formadas por vínculos afetivos e, atendidos os pressupostos legais da União Estável, há que se discutir direitos e deveres, independentemente do sexo dos envolvidos, à luz dos artigos 1.723 e seguintes, do Novo Código Civil.

Deixar de reconhecer as uniões entre pessoas do mesmo sexo afronta os princípios da dignidade da Pessoa Humana e igualdade jurídica, em que se desconsideram as diferenças pessoais e a própria democracia substancial, que subordinam os atos e as leis aos conteúdos dos Direitos Fundamentais.

À luz da Teoria Geral do Garantismo, o Estado deve respeitar as promessas feitas em níveis normativos a fim de efetivarem-se os Direitos Fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os Tribunais têm divergido acerca das opiniões sobre o tema. No Estado do Rio Grande do Sul é pacífico o entendimento de que as Varas de Famílias são os órgãos competentes para a discussão de direitos e deveres oriundos dessas uniões.

Após a entrada em vigor do novo Código Civil, a matéria relativa a União Estável foi tratada em seus artigos 1.723 e seguintes, ab-rogando a Lei

8.971/94 e derogando a Lei 9.278/96, conforme entendimento doutrinário.

O Tribunal do Rio Grande do Sul em decisão inédita aplicou, por analogia, os artigos relativos a União Estável no novo Código Civil à união entre pessoas do mesmo sexo.

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Constitui União Estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira Família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência.

Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão.

Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial.

Apelações desprovidas. [grifo do autor].

As relações amorosas entre pessoas do mesmo sexo interessam a sociedade brasileira na medida em que esta se constitui em um Estado

Democrático de Direito e pretende salvaguardar os Direitos Fundamentais dos indivíduos que a compõem.

Dias afirma:

Se duas pessoas têm uma vida em comum, cumprindo deveres de mútua assistência, verdadeiro convívio caracterizado por amor e respeito, a identidade meramente biológica de sexos do par não pode impedir que se reconheçam direitos e se imponham obrigações recíprocas.

O Direito precisa atentar para as situações do mundo fático. Deve-se reconhecer que as uniões homossexuais existem em nossa sociedade e pedem guarida ao Poder Judiciário.

O legislador necessita acompanhar a evolução da sociedade e de seus indivíduos garantindo os Direitos Fundamentais à liberdade, à igualdade e à livre escolha da orientação sexual, sob pena de deixar à margem da sociedade pessoas que, por certo, já foram suficientemente discriminadas, seja por sua orientação sexual, seja por sua cor, etc.

Verifica-se, por fim, que os Tribunais ainda estão por reconhecer totalmente os direitos e deveres oriundos dos relacionamentos afetivos homossexuais públicos, contínuos e duradouros, percebendo-se que lenta será a caminhada para a verdadeira efetivação dos Direitos Fundamentais previstos na CRFB/88 eis que, por vezes, os Tribunais se negam a realizar interpretação a partir dos princípios constitucionais.

7. CONCLUSÃO

Vista a conformação normativa da família atual e com base nos

princípios da dignidade da Pessoa Humana e igualdade, é imperioso incluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo nas relações de família passíveis de serem discutidas na esfera do Direito de Família. Isto porque, a partir dos fundamentos do Estado de Direito, os Direitos Fundamentais visam garantir o valor dos seres humanos e realizar-lhes a igualdade jurídica e a proteção das liberdades individuais, dos direitos sociais e coletivos, respeitando as diferenças decorrentes da multiplicidade de personalidades.

A inexistência de regra específica não pode ser empecilho ao reconhecimento de tais uniões. As promessas formuladas em nível constitucional devem ser efetivadas, reconhecendo-se que a união entre pessoas, independentemente do sexo e que se estabelecem a partir do afeto, do respeito e da igualdade deve ser respaldada pela lei, e na sua omissão, pelo Poder Judiciário.

As diferentes personalidades exigem que o Estado garanta a expressão da sexualidade e da liberdade, decorrentes dos princípios da dignidade da Pessoa Humana e igualdade e a afetividade, enquanto marco para a existência de entidades familiares alcança esferas inimagináveis pelos operadores do direito, porém imprescindíveis, para a completa realização do ser humano no Estado Democrático de Direito.

8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1993. 555 p.

ANTUNES, Camila. **VEJA**. São Paulo, Ano 36, n. 25, p. 72-81, jun. 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 540 p.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002, p. 1, coluna 1.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. 1.214 p.

DIÁRIO CATARINENSE. Caderno O mundo. 14 dez. 2002, p. 30.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**: a justiça e o preconceito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 304 p.

_____. União Homossexual: aspectos jurídicos e sociais. *In: A Família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2000. p. 161-170.

_____. Liberdade sexual e Direitos Humanos. *In: Família e Cidadania. O Novo Código Civil e a Vacatio Legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Dei Rey, 2001. p. 85-88.*

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2003. 464 p.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 274 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão.** Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. 766 p.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber.** Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988. 152 p.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. *In: Homossexualidade. Discussões jurídicas e psicológicas. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (IDEF). Curitiba: Juruá, 2001. p. 115-143.*

_____. A natureza jurídica da relação homoerótica. *In: Família e Cidadania. O Novo CCB e a Vacatio Legis. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p. 109-141.*

GUERRA FILHO. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos, 2001. 174 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas. *In: Família e Cidadania*. O Novo CCB e a Vacatio Legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereria. Belo Horizonte: IBDFAM/DelRey, 2002. p. 89-107.

LYNN, D. Wardle. Questões de Família: A importância da estrutura familiar e da integridade familiar. *In: Família e Cidadania: O Novo Código Civil e Vacatio Legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira: Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 25-57.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 48 p.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. n. 7000548881-2. Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, 25 junho de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 28 jul. 2003.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 392 p.

SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**: ensaio e artigos. Tradução, introdução e notas de Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. 184 p.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Pessoa e existência**: iniciação ao personalismo de Emmanuel Mounier. São Paulo: Autores Associados: Cortez, 1983. 202 p.

VINTE minutos. **El Congreso aprueba el matrimonio homosexual com
mayoria absoluta.** 07.07.2005. Disponível em:
<http://www.20minutos.es/noticia/35179/33/#sigue>. Acesso em 22 de jul. 2005.