

AS PERSPECTIVAS DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: Dignidade da pessoa humana, isonomia e liberdade

Anderson Gustavo Lins de Oliveira Cruz¹
Emanuel Dhayan²

RESUMO

Constitui-se em uma análise que visa, baseando-se nos aspectos inerentes às ciências sociais e jurídicas, desempenhar um estudo acerca das relações homoafetivas, bem como a nova caracterização adquirida por tal manifestação de afeto – entre pessoas do mesmo sexo (a homoafetividade) – após a vigência da Carta Magna de 1988. Sendo assim, a respectiva atividade acadêmica pretende, tão somente, promover um exame sob uma perspectiva jurídica, baseando-se em aspectos sociológicos, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, das novas manifestações de direito existentes a partir das relações oriundas do segmento social representado pela classe homoafetiva, considerando seus componentes, os homossexuais, como novos sujeitos de direitos, reconhecidos como tais a partir de uma visão jurídica sustentada pelos parâmetros do neo-constitucionalismo.

Palavras-chave: União homoafetiva. Reconhecimento. Constituição Federal de 1988.

THE PROSPECTS OF THE RECOGNITION OF SAME-SEX UNION AS A FAMILY ENTITY IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES: Human dignity, equality and freedom

ABSTRACT

Is constituted in an analysis that seeks, basing on the inherent aspects to the social sciences and juridical, to carry out a study concerning the relationships homoafetivas, as well as the new acquired characterization for such a manifestation of affection - among people of the same sex (the homosexuals) - after the validity of the Great Letter of 1988. Being like this, the respective academic activity intends, so only, to promote an exam under a juridical perspective, basing on sociological aspects, to the light of the Constitution of the Republic Federation of Brazil 1988, of the new existent right manifestations starting

1 Discente do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

2 Professora do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Orientador.

from the relationships originating from of the social segment represented by the class homoafetiva, considering your components, the homosexuals, as new subject of rights, recognized as such starting from a juridical vision sustained by the parameters of the new- constitution.

Keywords: Union homosexuals. Recognition. Federation Constitution of 1988.

1 INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade brasileira no decorrer do tempo, oriunda do surgimento de diversos fenômenos sociais, faz surgir, junto ao panorama sócio-jurídico do país, a necessidade de se criar novos institutos do direito ou, caso não venha a ocorrer tal renovação, a adaptação dos dispositivos jurídicos já existentes com o fim de proporcionar aos novos sujeitos de direito uma inclusão social, bem como uma maior assistência dos seus interesses e necessidades junto ao atual cenário jurídico brasileiro.

Desta forma, entende-se que a homoafetividade, resultado da existência de algumas mudanças no comportamento social (mais especificamente na sexualidade dos indivíduos), necessita, como diversas outras matérias que antes eram tratadas com certo descaso pelo direito e toda a sociedade – como, por exemplo, o divórcio, a violência doméstica e até mesmo a união estável (tão comum na atualidade) –, da tutela jurídica do estado.

Tal entendimento se dá pela caracterização das modificações do cenário social que fizeram surgir, na sociedade brasileira e mundial, um novo segmento de indivíduos, sujeitos de direito, que necessitam do real reconhecimento da sociedade, juntamente como o chacela do direito, para só assim usufruírem de uma vida digna e respeitável.

Assim sendo, diante da mencionada problemática – ou seja, a necessidade de se reconhecer os homossexuais como novos sujeitos de direito –, o presente trabalho não pretende encontrar uma solução absoluta que venha resolver a referida temática, mas, sim, visa promover uma discussão sobre tal assunto, buscando estabelecer certas reflexões sobre o tema, encontrando, talvez, um meio eficaz capaz de desempenhar uma possível atenuação a exclusão social que recai sobre os homossexuais – indivíduos estes impedidos de desempenhar o real papel de um cidadão.

Para tanto, pretende o trabalho em tela, inicialmente, promover uma análise sociológica da temática em estudo. Posteriormente, no decorrer do trabalho, realizar-se-á uma descrição dos aspectos inerentes a evolução da entidade familiar e como se deu a inclusão da homoafetividade na estrutura da referida entidade. Após, em continuidade a temática do trabalho, busca-se desenvolver a ideia que valida o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e a caracterização de seus entes como novos sujeitos

de direito. Ademais, pretende-se examinar a possibilidade da não efetividade dos direitos inerentes aos homossexuais em decorrência da vinculação entre a aplicabilidade do Direito e a ideologia dos seus operadores.

Desta forma, baseando-se na sistematização dos temas supracitados, espera-se promover, no presente trabalho, o embasamento de uma tese que, fundada nos diversos princípios existentes em nossa Magna Carta – e, em consequência, no ordenamento jurídico brasileiro –, venha a concretizar o entendimento de que é possível o reconhecimento e a tutela jurisdicional do Estado frente aos aspectos inerentes à União Homoafetiva.

2 A HOMOSSEXUALIDADE SOB UMA ANÁLISE SOCIOLÓGICA: SEXUALIDADE E SUA CONSTRUÇÃO SÓCIAL

Inicialmente, antes de adentrar-se no mérito jurídico da temática, faz-se necessária a realização de uma abordagem com perspectivas sociológicas sobre a homossexualidade, objeto primário do presente estudo.

A constatação supracitada – ou seja, a necessidade da realização de uma abordagem do tema sob uma perspectiva sociológica – se faz evidente a partir do momento em que o Direito passa a ser encarado como um fato social, conforme entendimento extraído dos ensinamentos do grande sociólogo Émile Durkheim, assim vejamos:

Mas, na realidade, há em todas as sociedades um grupo determinado de fenômenos (*fenômenos estes denominados pela sociologia de fatos sociais*) que se distinguem por características distintas dos estudados pelas outras ciências da natureza. Quando desempenho a minha obrigação de irmão, esposo ou cidadão, quando satisfaço os compromissos que contraí, cumpro deveres que estão definidos, para além de mim e dos meus atos, no direito e nos costumes. Mesmo quando eles estão de acordo com os meus próprios sentimentos e lhes sinto interiormente a realidade, esta não deixa de ser objetiva, pois não foram estabelecidos por mim, mas sim recebidos através da educação [...] (DURKHEIM, 1978, Grifo nosso).

Logo, em função de tal entendimento – que o Direito se constitui como um fato social –, é extremamente importante que se realize um estudo da temática abordada – *“As perspectivas do reconhecimento da união homoafetiva*

como entidade familiar à luz dos princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, isonomia e liberdade” – através de uma concepção analítica fundada nos parâmetros da sociologia.

Assim, a priori, fazendo o uso dos referenciais teóricos sociológicos, deve-se entender que homossexualidade é um tipo de manifestação da sexualidade. Sexualidade que, por sua vez, caracteriza-se como uma construção social, algo constituinte do sujeito.

Sendo assim, diferentemente do que se defendia em épocas anteriores, reconhece-se que, as diferentes manifestações da sexualidade estão condicionadas aos aspectos sociais (construção de ideais e dos imaginários dos indivíduos) e psicológicos dos indivíduos, não havendo qualquer correlação com os fatores biológicos.

Ademais, verifica-se que a concepção de sexualidade, assim como diversos outros valores sociais existentes, sofre inúmeras variações conforme o passar das épocas, alterando-se de acordo com o local e a cultural de cada sistema social.

Em outras palavras, a sexualidade é como algo que facilmente altera a sua estrutura, dependendo tão somente do meio ao qual é inserida, sofrendo influência da cultura. De uma forma ilustrativa, pode-se afirmar que a sexualidade equipara-se a massa de pão, esta, a massa de pão, que por sua vez, vai adquirindo forma em função da ação do padeiro, assim como a cultura vai modelando a sexualidade.

Para boa parte dos doutrinadores e teóricos da sociologia – como, por exemplo, Michel Foucault, Anthony Giddens e Emile Durkheim – a ideia de sexualidade é encarada como algo que não pode ser relacionado com o natural (biológico) e sim com o aspecto social, tendo em vista que a sexualidade é algo mutável.

Assim, a partir da afirmação anteriormente elucidada, pode-se extrair o entendimento de que a sexualidade não é apenas uma questão pessoal, mas, sim, social e política, construída ao longo de toda uma vida, de inúmeras formas e por todos os sujeitos.

Com isso, entende-se que a sexualidade não se constitui como algo que o ser humano possui (adquiri) naturalmente, ou seja, que nasce com ele, e sim, um fator introduzido no ideal sociológico de determinada sociedade mediante os processos culturais, pelos quais se determina o que vem a ser natural ou não, em tal meio social (a sociedade).

A sexualidade é algo socialmente estabelecido e codificado, sendo definida e moldada pelas manifestações de poder de um cenário social (sociedade), constituindo-se em um invento (“criatura”) social ao longo da história, se moldando de acordo com cada cultura.

Em suma, pode-se afirmar que, a sexualidade caracteriza-se por ser uma composição social, e não um simples conjunto de fatores biológicos, constituindo-se em algo mais do que uma manifestação corporal, impulsionada por fatores biológicos, devendo ser interpretada levando-se em consideração fatores como a crença, a ideologia e o imaginário de cada sociedade.

A partir do raciocínio exposto, chega-se a conclusão de que a sexualidade é culturalmente constituída, que o simbolismo criado atualmente, sobre a sexualidade, é algo explicável e, em consequência, mutável (inconstante).

Observa-se, ainda, levando-se em consideração o cenário social brasileiro, que a matriz ideologia da sexualidade imposta na sociedade brasileira caracteriza-se com traços heterossexuais, adquirindo, com isso, a condição de legítima, em se tratando da cultura brasileira. Tal fator – a legitimidade da matriz heterossexual frente à cultura brasileira – vem a proporcionar a marginalização e a subordinação da homossexualidade na seara social do Brasil, fazendo com que os indivíduos homossexuais se sintam suprimidos em função da supremacia da matriz heterossexual, tida como legítima.

Destarte, observa-se que a ideia da existência de um tipo de sexualidade legítima é bastante relativa, podendo ser alterada de acordo com cada cenário social.

Portanto, a partir de tais conclusões, entende-se que o maior obstáculo ao reconhecimento das relações homossexuais como entidade familiar se constitui na supremacia da matriz ideológica heterossexual perante o ideal e imaginário sociológico brasileiro, que, de certa forma, acaba por interferir no juízo de valor do operador do direito, bem como nas iniciativas legislativas promovidas pelo legislador brasileiro.

3 A HOMOAFETIVIDADE E A ENTIDADE FAMILIAR

Feitas as devidas ponderações, necessárias para o desenvolvimento do raciocínio acerca da abordagem sociológica do tema em análise, passa-se a desempenhar um estudo evolutivo da família enquanto

entidade (instituição), verificando-se, a partir da evolução da sociedade no decorrer do tempo, a existência de certa alteração no corpo estrutural de tal instituição, a família.

Com isso, observa-se que, como passar do tempo, a família (enquanto entidade primária da sociedade) vem sofrendo inúmeras mudanças em sua estrutura, perdendo várias de suas características como, por exemplo, a necessidade do matrimônio para a sua devida constituição (“matrimonialização”), o interesse patrimonial (representado pela figura do dote) e a prevalência do vínculo biológico como fator inerente ao laço de legitimidade do indivíduo com a família.

Verifica-se que as mencionadas alterações, no corpo estrutural da família, vêm sendo promovidas a partir dos acontecimentos de inúmeras evoluções e transformações no seio social, denominados de fenômenos sociais.

A partir de tal acontecimento – a alteração da estrutura clássica da família – o casamento, figura modelar na estruturação familiar, deixou de ser a forma primária (*magna*) de constituição (formulação, no sentido de ato de criação) e reconhecimento da família, oportunizando, em decorrência de tal alteração, com que outras manifestações afetivas viessem a ensejar na caracterização da entidade familiar, a exemplo da união estável, a família monoparental e a família anaparental.

Em análise ao atual ordenamento jurídico brasileiro, encontrar-se-á fundamento para as explanações anteriormente realizadas junto ao texto normativo da Constituição Federal de 1988, da República Federativa do Brasil, em seus artigos 226, 227, 228, 229 e 230, os quais fazem entender, mediante uma interpretação sistemática, que a Carta Política de 1988 promove a prevalência das relações familiares de afeto, não estando essas, as relações familiares de afeto, necessariamente relacionadas à figura do casamento como meio de adquirirem status de entidade familiar.

Deste modo, como forma de proporcionar a real efetividade dos preceitos normativos constitucionais, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a entidade familiar – em uma conjuntura atual – deve ser encarada sob uma perspectiva renovada, uma nova “roupagem” (configuração), na qual o afeto prevalece sobre todo e qualquer aspecto.

Um exemplo maior da referida “busca por uma maior efetivação dos direitos inerentes a constituição”, levando-se em consideração a temática em estudo, é encontrado a partir da interpretação do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A partir do ideal jurídico firmado pelo texto normativo do mencionado artigo, a Magna Carta de 1988 impede que se estabeleça, em nosso ordenamento jurídico, um molde (modelo, exemplo) conceitual imutável e intransigente sobre a figura da família.

Entende-se que, o rol “normativo” contido nos preceitos do artigo 226 da Constituição de 1988 não deve ser encarado como taxativo, pois, em se tratando de entidade familiar, mesmo não descrita expressamente no texto constitucional, quando capaz de garantir a manutenção ou efetivação da dignidade da pessoa humana, deve-se encará-la sem nenhum tipo de discriminação, buscando tão somente promover a isonomia entre qualquer instituição familiar, visto que, no cenário jurídico contemporâneo, o animus (vontade) de ser família, cumulado com o afeto, é que promove a real caracterização da entidade familiar.

Desta forma, a partir do descrito fenômeno de reconfiguração das relações familiares, entende-se que o Direito – em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, na atualidade – deve buscar amparar todas as manifestações de união afetivas (relacionamentos afetivos) nos quais estejam presentes as características atuais da entidade familiar contemporânea, ou seja, o afeto, à vontade de ser família ostentada pelo grupo familiar e a estabilidade (continuidade).

Portanto, conclui-se que, não se justifica forma alguma de preconceito que impossibilite o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar tão somente pelo fato de tais relacionamentos (as uniões homoafetivas) serem formados por pessoas do mesmo sexo, deixando tais indivíduos a margem do nosso ordenamento jurídico sem qualquer assistência do Estado Brasileiro. Pois, o que se constata em um novo entendimento do Direito de Família, com uma visão neo-constitucional, é que a afetividade adquiriu um papel bastante determinante no processo de formação e concretização de uma entidade familiar (família), desta forma, inexistindo razão para o não reconhecimento das uniões homoafetivas – aquelas realizadas entre casais homossexuais – como família, tendo em vista que o afeto existente nas uniões homossexuais não difere daquele que promove a união entre heterossexuais.

4 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES (UNIÕES) HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR E A CARACTERIZAÇÃO DE SEUS ENTES (COMPONENTES) COMO NOVOS SUJEITOS DE DIREITOS

Após as devidas explanações, realizadas ao longo do presente trabalho, passa-se a esboçar todo o raciocínio jurídico acerca da temática que envolve a homoafetividade junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, antes de dar-se início a realização de qualquer análise sobre a referida temática – a união homoafetiva e suas perspectivas frente ao ordenamento jurídico brasileiro – necessário se faz remeter o presente estudo ao entendimento esboçado ao longo dos tópicos anteriores (I – Introdução; II – A homossexualidade sob uma análise sociológica, III – A homoafetividade a entidade familiar, não necessariamente nesta ordem).

Assim, como anteriormente relatado, pode-se abstrair que a família (enquanto entidade) evoluiu ao longo do tempo e, com isso, passou a sofrer certas alterações em sua composição estrutural, bem como comportamental.

Segundo entendimento abstraído dos ensinamentos de Elisabeth Roudinesco³, a família evoluiu, em três estágios, ao longo do tempo, frente à sociedade.

Firmando-se em tal entendimento, observa-se que o primeiro estágio da evolução familiar perante a sociedade é marcado pelo momento em que a família possuía uma função, um tanto quanto retrógrada, de promover certa transação patrimonial, tendo em vista que os casamentos eram realizados visando a acumulação de patrimônio entre as famílias.

Posteriormente, em meados dos anos sessenta, verifica-se que a estrutura da família passa a se sustentar no amor, impulsionada pelo romantismo, tendo como ênfase o sentimento de amor que um cônjuge sentia pelo o outro, caracterizando-se como uma família denominada de moderna.

Continuando em evolução, a família passou a se estabelecer em um estágio mais evoluído, denominado de pós-moderno. Em tal patamar, a entidade familiar é caracterizada pela valorização dos sentimentos individuais, de cada componente que a compõe, pautada pela realização sexual e satisfação interna do ser.

3 Psicanalista francesa que desenvolveu estudo de grande expressão no estudo da família.

Com isso, a partir do momento em que a família atinge tal estágio, promove-se a desfiguração da estrutura familiar enquanto entidade, criando-se, assim, em nossa sociedade, um campo bastante fecundo para o nascimento de outras relações afetivas que, em um momento futuro, possam se tornar uma forma de entidade familiar, inclusive àquela oriunda de uma relação homoafetiva.

Desta forma, caracteriza-se como bastante claro o entendimento de que, a união homoafetiva passou a ter forte expressão na seara social (*brasileira e mundial*) a partir do momento em que a figura do casamento passa a se desvirtuar – *em função da nova roupagem adquirida pela instituição familiar frente à sociedade como toda* – do conceito de constituição da família, não sendo, portanto, a única forma de se fundar uma família.

Entretanto, observa-se que, mesmo com todas essas alterações em sua estrutura, a família continua a ser considerada a célula “mater” de toda a sociedade- querida e desejada por todos os indivíduos independentemente de qualquer natureza pessoal, inclusive pelos homossexuais – como bem esboça Roudinesco em sua obra, *“A família em desordem”*, assim vejamos: “[...] reivindicada como único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres, e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições” (ROUDINESCO, 2003, p. 179, 198).

Sendo assim, diante desta nova circunstância instaurada no atual ordenamento social brasileiro – *a existência, em forte expressão, das relações homoafetivas em nossa sociedade* –se faz necessária a tutela jurisdicional do Estado frente a esses novos sujeitos de direitos, oriundos de tal fenômeno social, e os efeitos jurídicos provenientes das relações sócio-afetivas existentes entre tais indivíduos, os homossexuais.

Isto posto, a partir da existência de tal fenômeno sócio jurídico (a existência, em forte expressão, das relações homoafetivas em nossa sociedade) verifica-se a necessidade, por parte dos poderes estatais (em especial o legislativo e judiciário), de se reconhecer os efeitos (circunstâncias) gerados a partir da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, o que, segundo entendimento do presente trabalho, é algo totalmente aceitável no atual cenário jurídico-social brasileiro, encontrando, assim, total respaldo em nosso ordenamento jurídico, a partir de uma nova ideologia jurídica

proposta pela vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme se passará a fundamentar.

Diante de tais afirmações, observa-se que, e decorrência das variações existentes na sociedade e no direito – pois este último é fruto da sociedade – alguns fundamentos jurídicos sofreram alterações, ocorrendo igual fenômeno com o Direito de Família – “braço” do Direito Civil responsável por tutelar as relações de caráter familiar entre os indivíduos.

Logo assim, algo que era tratado, em épocas anteriores, como ilegal ou imoral poderá ter sofrido, no atual cenário jurídico nacional, alguma mudança em sua forma de análise (caracterização), com, por exemplo, as perspectivas sobre a união homoafetiva.

Pois, em épocas passadas – como é do conhecimento de todos –, sob a égide de ordenamentos jurídicos ultrapassados, a união entre pessoas do mesmo sexo era encarada como algo inadmissível, tanto em aspectos jurídicos como morais (ligados a sociedade).

Contudo, analisando as atuais circunstâncias jurídicas impostas sobre a sociedade brasileira, observa-se que o reconhecimento da união homoafetiva, perante o sistema jurídico nacional, é perfeitamente possível – bastante nítido.

Tal afirmação, anteriormente realizada, possui respaldo a partir de uma constatação feita em observância ao novo cenário jurídico-social instaurado no Brasil na atualidade.

Diante de tal constatação, observa-se em nosso ordenamento jurídico, em especial no que tange ao Direito de Família, a existência da valorização do afeto como fator predominante na caracterização da entidade familiar; desaparecendo, portanto, o modelo patriarcal, heterossexual e hierarquizado de família; resultando, tal fenômeno, na decadência de um modelo único de família – fundado no casamento.

Com isso, entende-se que, para o Direito Civil constitucionalizado – fruto dos preceitos ideológicos do neo-constitucionalismo –, se faz necessário reconhecer outros tipos de manifestações familiares que têm o afeto como fonte sustentadora da relação familiar, não estando a descrita característica (o afeto como fonte sustentadora da relação familiar) ligada exclusivamente à família oriunda de uma relação afetiva heterossexual – nem tão pouco aquela fundada tão somente no matrimônio –, devendo-se

incluir, também, neste grupo familiar as relações – de caráter familiar – entre pessoas no mesmo sexo.

Consoante ao entendimento supracitado manifesta-se a jurista Maria Claudia Crespo Brauner, assim vejamos:

A partir do entendimento de que o afeto é a base da relação familiar, sustenta-se que é necessário reconhecer efeitos jurídicos a outras uniões, inclusive aquelas entre pessoas do mesmo sexo, pois estas consolidam, muitas vezes, relações duradoras, construindo um patrimônio comum por esforço mútuo, criando laços de responsabilidade e assistência que devem ser tutelados pelo direito (BRAUNER, 2001).

Corroborando com o mesmo entendimento, Paulo Luiz Lôbo Neto manifesta-se na intenção de reafirmar a importância do afeto na constituição estrutural da família contemporânea encarando o tal fator, o afeto, como elemento primário na composição da entidade familiar na atualidade (a família pós-moderna), assim vejamos: “a restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da expressão da afetividade, é a condição primária de adequação do Direito à realidade” (LÔBO NETO, 2004).

Assim, a partir do raciocínio exposto, inicia-se a compreender, portanto, o real sentido pelo qual o atual Direito de Família passa a dar uma maior valorização ao afeto, considerando-o como fator predominante no processo de formação da entidade familiar.

Como dito anteriormente, esse processo de valorização do afeto como forma constituinte da relação familiar, desligando-se de qualquer outro valor anteriormente instituído – como, por exemplo, o biológico – teve início a partir da instauração de uma nova ordem jurídica instituída no meio social brasileiro, aplicada pela Constituição Federal de 1988, a qual passou a ser capitaneada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante de tal feito jurídico (a vigência de uma nova ordem jurídica esboçada pela Constituição Federal de 1988) passou-se a ter, no cenário jurídico nacional, a valorização primária do ser humano enquanto indivíduo.

Com isso, instituiu-se – na seara jurídica brasileira – o entendimento que, a pessoa humana deve ser protegida juridicamente em detrimento de qualquer formalidade existente em determinado instituto normativo.

Em suma, pretende a nova ordem jurídica brasileira, instituída pela Constituição de 1988, elevar a pessoa, enquanto indivíduo humano, ao status de objeto jurídico de maior valor do sistema normativo nacional – um valor jurídico supremo, expressado pela super-tutela jurídica, provida pelo Estado Brasileiro, a qual recai sobre o ser humano.

Prontamente, partindo da certeza de que o afeto é algo que emana do ser humano (e este, o ser humano, por sua vez, possui total resguarda em nosso sistema jurídico, em função do princípio da dignidade da pessoa humana – princípio primário do Direito Brasileiro), verifica-se que o afeto, enquanto fruto de uma manifestação oriunda do homem (em sentido genérico), deve ser algo totalmente resguardado pelo Direito brasileiro, em especial o Direito de Família.

Assim, pode-se constatar que, toda relação social fundada no afeto (fruto proveniente do ser humano), como é a família, a qual resulte em alguma perspectiva de efeito jurídico – como no caso da união homoafetiva – deve ser tutelada pelo direito brasileiro, tendo em vista que a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 – caracterizando-se como um dos fundamentos de um Estado democrático de direito – está tão somente atrelada ao fato do ser humano (em sentido amplo, relacionando-se exclusivamente a condição biológica de humano) ser titular de direitos que devem ser reconhecidos por todos os seus pares e o Estado.

Logo, baseando-se em todos os argumentos anteriormente efetuados, abstrai-se que, a união homoafetiva possui total reconhecimento no âmbito do Direito brasileiro, baseando-se tal reconhecimento em uma interpretação sistemática do sistema normativo brasileiro, capitaneado pela Constituição Federal de 1988, conforme fundamentação exposta no decorrer do presente tópico.

Em assim sendo, no que tange ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar junto ao sistema jurídico brasileiro, deve-se promover uma análise inicial sobre os preceitos constitucionais estabelecidos no artigo 1º do texto normativo da Magna Carta de 1988⁴.

4 "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]" (BRASIL. Constituição, 1988).

Deste modo, debruçando-se sobre o referido texto normativo, observar-se-á que a dignidade da pessoa humana se constitui como um fundamento do Estado democrático de direito instituído na República Federativa do Brasil por artifício da Constituição de 1988.

Assim, baseando-se em tal constatação, entende-se que, é dever do Estado brasileiro, na sua condição de Estado democrático de direito, promover a defesa da dignidade da pessoa humana a todos os seus cidadãos, ou seja, constitui dever do Estado brasileiro elevar a pessoa humana ao patamar de maior valor jurídico a ser tutelado perante o ordenamento jurídico-normativo brasileiro, não sendo cabível, portanto, a exclusão dos homossexuais, pois a dignidade da pessoa humana é um instituto jurídico inerente a qualquer ser humano (não devendo ser levada em consideração qualquer forma de discriminação ao ser humano, inclusive em relação a sua orientação sexual).

Em seguida, ainda em análise ao texto normativo da que compõe a Constituição Federal de 1988, verifica-se que o conteúdo do artigo 3º do mencionado diploma normativo, ao estipular os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, afirma, em seu inciso IV, que deve o Estado brasileiro “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação” (BRASIL. Constituição, 1988).

Portanto, conforme explícito no conteúdo do referido artigo da Constituição Federal de 1988, é inaceitável qualquer ação do Estado, seja comissiva ou omissiva, que promova algum tipo de discriminação, seja qual for a sua natureza, inclusive a discriminação pro orientação sexual.

Dando continuidade à análise do texto constitucional vigente, amparando-se em tal instituto jurídico como forma de fundamentar o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar detentora de direitos, a partir da leitura do artigo 4º, II do aludido texto legislativo (BRASIL. Constituição, 1988), observa-se que constitui dever do Brasil, enquanto Estado, em suas relações internacionais, promover a prevalência dos direitos humanos (obrigação esta fundada no princípio da dignidade da pessoa humana), o que não exclui de tal conceito os direitos dos homossexuais (visto que estes, os homossexuais, também são humanos) e, por conseqüência, as relações jurídicas provenientes de tais sujeitos de direitos.

Não bastasse os argumentos anteriormente expostos, ainda em análise a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observa-se

que o artigo 5º caput do texto constitucional – situado no título II (dos direitos e garantias fundamentais), capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos) da Lei Maior – institui que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, zelando, assim, pela total inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade”⁵.

Partindo de tal observação, verifica-se que, no momento em que o texto normativo da Carta Política de 1988 faz menção à expressão “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, a intenção do legislador constituinte originário foi de promover a inserção de todo e qualquer cidadão, independentemente de natureza individual, junto ao manto do ordenamento jurídico da Constituição de 1988, o qual promove a manutenção do Estado democrático de direito.

Assim, quando se interpretar a aludida expressão (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”), deve-se incluir os homossexuais no rol de cidadãos tutelados pelo Estado brasileiro, pois todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza – incluindo-se, em tal conceito, a distinção oriunda do preconceito por orientação sexual.

Ainda em análise ao texto normativo do artigo 5º da Constituição de 1988, observar-se-á que em dois dos incisos que compõe o corpo normativo do mencionado artigo existem, ainda, alguns aspectos que promovem a fundamentação do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. O primeiro fundamento baseia-se no preceito normativo-constitucional intitulado no inciso I do artigo 5º da Constituição de 1988⁶, o qual propõe a igualdade entre homens e mulheres no que tange a direitos e obrigações, nos termos da Constituição vigente, não promovendo, portanto, nenhuma menção no que diz respeito à orientação sexual dos indivíduos, estabelecendo, tão somente, a igualdade entre homem e mulher (gênero biológico) e, por consequência, a igualdade entre os homossexuais e os demais cidadãos, os quais possuem diversidade quanto à orientação sexual.

Ademais, por derradeiro – em se tratando da análise dos preceitos constitucionais inerentes aos direitos e deveres individuais e coletivos –,

5 “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL. Constituição, 1988).

6 Art. 5º – “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL. Constituição, 1988).

observa-se que o preceito normativo descrito no inciso II⁷ do artigo anteriormente mencionado (artigo 5º da CF/88) estabelece mais um respaldo para a fundamentação do reconhecimento da união homoafetiva junto ao Direito brasileiro, pois, ao afirmar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, interpreta-se – *em tal caso* – que, inexistindo lei que proíba, expressamente, o reconhecimento da união homoafetiva, será totalmente válido o entendimento que – baseado na interpretação de todos os preceitos constitucionais anteriormente citados (Arts. 1º, III; 3º, IV; 4º, II e 5º, caput, I e II), conforme fundamentação exposta – reconhece que houve, por parte do legislador constituinte, a aceitação tácita das manifestações homoafetivas perante o ordenamento jurídico brasileiro, face à ausência de proibição clara e expressa feita por lei, seja constitucional ou infraconstitucional.

Promovidas as respectivas ponderações, entendendo-se pela total viabilidade do reconhecimento dos indivíduos componentes de uma união homoafetiva como entes sujeitos de direito, analisar-se-á, neste momento, os preceitos constitucionais estabelecidos no corpo normativo do artigo 226⁸ da Constituição Federal de 1988.

Verifica-se que, em tal artigo, o legislador constituinte preceituou que a família é à base da sociedade e que, por tal motivo, tem especial proteção do Estado brasileiro.

Observa-se que, não houve, no texto normativo, qualquer discriminação ou restrição no que tange ao conceito de família, tornando tal expressão, “família”, algo extremamente genérico, não existindo, portanto, no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 (posto no capítulo VII – Da família, da criança, do adolescente e do idoso – da mencionada legislação) qualquer menção negativa (que promova a proibição) quanto à existência da família proveniente de

7 Art. 5º - “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL. Constituição, 1988).
8 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º -- 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. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL. Constituição, 1988).

uma relação homoafetiva, entendimento promovido mediante interpretação do artigo 226 cumulado ao artigo 5º, II, ambos da Constituição de 1988.

Adiante, analisando os escritos normativos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 226 (da Constituição Federal de 1988), entende-se que, ambos os conceitos normativos retratam o reconhecimento, por parte do legislador constituinte, de outras formas de constituição familiar, sem a necessidade da existência do casamento (como ocorre na família constituída por união estável e a família monoparental), o que, de certa forma, reforça, ainda mais, o entendimento de que é cabível, junto ao Direito brasileiro, o reconhecimento da família oriunda de uma relação homoafetiva.

Pois, como é sabido por boa parte dos operadores do Direito (em especial os jurista empenhados na militância do Direito de Família), há tempos que a entidade familiar tem o seu reconhecimento fundado no afeto, que, por sua vez, está presente em toda e qualquer família, independentemente da orientação sexual dos indivíduos que a compõe.

Desta forma, baseando-se nos fundamentos supracitados, entende-se que, constitucionalmente falando, o reconhecimento da unidade familiar decorrente de uma união homoafetiva é algo facilmente visualizado, atualmente, junto ao cenário jurídico brasileiro – conforme interpretação sistemática promovida frente aos preceitos constitucionais da Carta Política de 1988, ora vigente.

Feita a devida análise frente ao texto normativo constitucional, encontrando-se total respaldo para a fundamentação do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (a partir da interpretação sistemática dos artigos constitucionais anteriormente destacados) perante o Direito brasileiro, faz-se necessária a análise interpretativa do Código Civil de 2002, lei infraconstitucional que rege as relações familiares junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

Destaca-se, antes de adentrar-se na análise do conteúdo do Código Civil vigente, que a interpretação do diploma normativo civilista tem a necessidade de ser promovida de acordo com os preceitos constitucionais – tendo a Constituição como ferramenta primária no auxílio da interpretação dos demais textos normativos infraconstitucionais.

Pois bem, inicialmente deve-se destacar que, com auxílio dos preceitos normativos constitucionais intitulados no inciso II do Art. 5º da Carta

Magna de 1988, verifica-se que não há, perante o ordenamento jurídico civilista brasileiro (analisa-se a seara do direito civil, pois, como dito anteriormente, em regra, é o Código Civil que versa sobre as relações familiares – e seus possíveis fenômenos jurídicos – existente no meio jurídico-social brasileiro), nenhum obstáculo ao reconhecimento da união homoafetiva frente ao Direito Civil brasileiro, pois, conforme interpretação do preceito constitucional anteriormente citado (Art. 5º, II), inexistindo lei que proíba a constituição da união homoafetiva, a qual enseje na formação de uma entidade familiar, reconhecida – ainda que tacitamente – está tal manifestação de afeto.

Indo mais além, verifica-se que a todo o momento, no decorrer do texto normativo inerente ao Código Civil de 2002, o legislador ordinário faz referência exclusiva, em se tratando da união afetiva, ao relacionamento entre homem e mulher – seja em relação ao casamento, ou em relação à união estável – levando, na maioria dos casos, ao intérprete a entender pelo cabimento privativo, junto ao sistema jurídico brasileiro, da união realizada entre homem e mulher.

Ocorre que, tal interpretação é feita de forma bastante errônea, pois, conforme interpretação sistemática promovida sobre os textos legislativos da Constituição Federal e do Código Civil de 2002 (baseando-se no artigo 5º, II e nos demais artigos do Código Civil de 2002 que versam sobre a família, o casamento e a união estável), observa-se que, o que há em nosso Código Civil é o reconhecimento expresso da união heterossexual, realizada entre pessoas de sexos distintos, e, em contrapartida, o acolhimento tácito das uniões homoafetivas (realizada entre pessoas do mesmo sexo), por não existir proibição expressa de tais relacionamentos (homoafetivos), conforme se porá a baila em momento posterior.

Com isso, debruçando-se sobre os textos normativos que versam acerca do casamento, da constituição da união estável, bem como da família, contidos no Código Civil brasileiro de 2002, observa-se que inexistem formas alguma de vedação expressa ao reconhecimento de manifestações homoafetivas que deem origem as descritas figuras – família, união homoafetiva e casamento –, conforme bem se abstrai a partir da leitura do conteúdo dos artigos do referido diploma normativo.

Isto posto, em conformidade com a fundamentação elucidada, entende-se, baseando-se na interpretação do texto normativo constitucional

e dos dizeres legislativos do Código Civil ora vigente, que o fato jurídico-social que enseja na configuração de uma união homoafetiva como entidade familiar possui o direito e a necessidade de ser reconhecido como um objeto da ciência de direito, devendo, portanto, ter a total tutela do Estado democrático de direito que constitui a República Federativa do Brasil.

Diante de tal afirmação, faz-se necessário, frente à omissão do legislador em promover a real tutela da situação jurídica em estudo (o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar), que o jurista – como operador do direito – faça uso de algumas “ferramentas” que o auxiliem na sua interpretação de cada caso concreto, como, por exemplo, a analogia – conforme preceitua o artigo 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como o artigo 126 do CPC, a seguir expostos:

Lei de Introdução ao Código Civil:

Artigo 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Artigo 5º – Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (BRASIL, 2002).

Código de Processo Civil

Art. 126 – O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (BRASIL, 1973).

Pois, conforme entendimento expresso por Dias (2009), o fato de inexistir legislação que contemple as uniões de pessoas do mesmo sexo não impede a busca da tutela jurídica, visto que, estar à margem da lei não significa ser desprovido da proteção do Direito.

Com isso, conclui-se que, a existência de lacuna na lei, que acarreta a não regulamentação das uniões homoafetivas – e, por conseqüência o não reconhecimento de tais manifestações afetivas como entidades familiares –, necessita ser preenchida por intermédio da legislação que rege as relações afetivas de características semelhantes, ou seja, os institutos normativos que versam sobre as relações familiares e afetivas heterossexuais, visto que a união

homoafetiva possui fortes identificações com o casamento e a união estável, tendo em vista que, conforme entendimento esboçado pela autora anteriormente mencionada, abstraindo-se o sexo dos conviventes, nenhuma diferença há entre as relações homossexuais e heterossexuais, posto que o afeto, em regra, está presente em ambas as manifestações de relacionamento.

5 NOTAS CONCLUSIVAS

Face ao raciocínio exposto, entende-se que a homossexualidade é marcada pela cicatriz do preconceito e, em decorrência de tal circunstância, os homossexuais – pelo tão só fato de não estarem em conformidade com os referenciais sociais de sexualidade estabelecidos pela parcela maior da sociedade – são levados às margens da estrutura social, sendo reconhecidos, portanto, como cidadãos marginais, pautados de imoralidade.

A discriminação que recai sobre a categoria dos homossexuais é um fato bastante notório no cenário social brasileiro, a partir de tal constatação, abstrai-se que, o Brasil e nenhum outro Estado democrático de direito pode “fechar os olhos” frente à descrita realidade – a discriminação que recai sobre os homossexuais –, devendo sempre buscar promover, como dever, o respeito às manifestações homossexuais e as demais relações sociais oriundas da homossexualidade, como, por exemplo, a homoafetividade.

Felizmente, a sociedade, com o passar do tempo, vem se tornando mais tolerante e passou a alterar – ainda que lentamente – a sua forma de encarar as relações afetivas constituídas por pessoas do mesmo sexo.

Entretanto, infelizmente, os avanços sociais não vêm propiciando qualquer influência junto ao âmbito legislativo – com a exceção da lei Maria da Penha, a qual promove certa menção à relação íntima de afeto sem colocar em questão a orientação sexual dos indivíduos – o que, de certa forma, afronta inúmeros direitos inerentes aos homossexuais, cerceando a liberdade de tais cidadãos e violando fortemente garantias constitucionais, como, por exemplo, a igualdade, a identidade pessoal e a maior de todas elas, a dignidade da pessoa humana. Pois, não é desconhecendo o problema que se conseguirá resolvê-lo, bem como não é negando direitos aos homossexuais e, em conseqüência, não reconhecendo a união homoafetiva que se promoverá a extinção da problemática envolvendo a homossexualidade.

Por tal motivo, o operador do direito não pode encara a omissão do legislador como um obstáculo, pois, ainda que a lei venha a ser omissa, deve, o jurista, fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direitos, buscando propiciar o bem comum de todos e o fim social da lei, conforme mencionado no presente texto.

Assim, diante do raciocínio construído ao longo do texto, deve-se reconhecer que, a união homoafetiva é mais do que mera sociedade de fato, é sociedade de afeto e amor, a mesma motivação e essência que enlaça os parceiros heterossexuais em suas relações. Afinal de contas, sociedade de fato possui relação com uma circunstância fático-jurídica de aspectos econômicos, ao passo que a relação afetiva, seja ela entre homossexuais ou não, tem em sua essência o fim de constituir uma família, fundada no amor e afeto.

Ademais, em conformidade com o pensamento da jurista Maria Benrice Dias (esboçado em obra de sua autoria), considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar não vai comprometer a estabilidade social, acabar com a família e nem desestimular casamentos, bem como não proporcionará o aumento da prática homossexual, pois, permitirá apenas que certas pessoas tenham uma vida digna, livre da clandestinidade (DIAS, 2009).

Em função do alegado, entende-se que, a união promovida entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade que ainda não obteve a atenção necessária pelo legislador brasileiro, fato que resulta da violação explícita de inúmeros preceitos constitucionais, algo bastante lesivo a condição de Estado Democrático de Direito ocupada pelo Brasil, visto que qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito à dignidade da pessoa humana, o que vai de encontro ao princípio maior da Constituição Federal de 1988.

Portanto, diante de tal problemática social, cabe ao operador do direito, a partir de uma interpretação sistemática do Direito brasileiro – entendendo o direito brasileiro como um sistema (organismo) no qual a Constituição Federal de 1988 é o objeto principal de tal organismo e as demais normas infraconstitucionais devem ser aplicadas em consonância com a lei maior –, utilizando-se de ferramentas como a analogia e a aplicação de princípios gerais de direitos, promover a resolução de conflitos, bem como o reconhecimento de direitos (*como é o caso da*

união homoafetiva), que se relacionem com os cidadãos homossexuais inseridos no ordenamento social brasileiro, pois, a inexistência de legislação que tutele expressamente tais sujeitos de direitos não justifica a atitude inerte e omissa do poder judiciário.

Corroborando com o entendimento anteriormente exposto, o qual afirma a necessidade de uma interpretação sistemática do Direito brasileiro, como forma de solucionar a problemática referente ao reconhecimento da união homoafetiva, está o ensinamento promovido pelo grande Constitucionalista Paulo Bonavides, ao lecionar sobre o método de interpretação conforme a Constituição, assim vejamos:

[...] não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte [...] Daqui resulta que o intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor (BONAVIDES, 2007).

Diante de todo o exposto, conclui-se que, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar perante o ordenamento jurídico brasileiro é algo possivelmente válido, pois, firmando-se em uma interpretação sistemática dos preceitos constitucionais, aplicando-a ao texto normativo do Código Civil de 2002, verificar-se-á, a partir de tal iniciativa, a validação dos argumentos que defendem o reconhecimento da manifestação homoafetiva como uma verdadeira entidade familiar; consoante o exposto ao longo da presente dissertação

6 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-norma-pl.html>>.

_____. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa.** 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. As novas orientações do direito de família. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo (Org.). **O direito de família: descobrindo novos caminhos.** São Leopoldo: [s. n.], 2001.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** São Paulo: Abril Cultural, 1978.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas.** Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1993.

LÔBO NETO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a constituição de 1988.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem.** Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

