

DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À FAMÍLIA: A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR CONSTITUCIONALMENTE RECONHECIDA E PROTEGIDA

Claudio José Amaral Bahia

Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP;

Mestre em Direito Constitucional pela ITE/Bauru;

Professor do Programa *Stricto Sensu* em Direito (Mestrado), mantido pela ITE/Bauru;

Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Bauru/ITE;

Professor de Direito Constitucional da Faculdade Anhanguera de Bauru;

Advogado

RESUMO

Não obstante passados mais de vinte e dois anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda hoje é uma realidade se deparar com preocupantes situações envolvendo os chamados direitos humanos fundamentais, mais precisamente no que concerne a sua aplicação a segmentos sociais minoritários. Assim, e sempre com os olhos voltados para o fato de que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana permite ao indivíduo ser aquilo que ele realmente é, acrescido da obrigação estatal contida na Lei Maior em assegurar o bem a todos, deflui-se que as políticas públicas, no que tange ao tema, devem ser conduzidas com o fim de minorarem os fatores discriminatórios por meio da efetivação dos direitos fundamentais de quaisquer cidadãos, independentemente de qual seja sua orientação sexual. Na atual conjectura, o que se deduz, na maioria das vezes, não é a preocupação de veiculação de medidas que venham erradicar condutas preconceituosas e tampouco de inserir no contexto social pessoas que, por esta ou aquela razão, se apresentam marginalizadas. Pelo contrário, o que se verifica é a tentativa de imposição a todos os indivíduos de comportamentos tidos como aceitáveis para a maior parte da população, podendo-se citar, de acordo com a abrangência deste trabalho, uma velada

prevalência da postura heterossexual, tendo em vista que, até o presente momento, somente esta mereceu positivação específica por parte dos legisladores. Procurou-se, então, demonstrar que não existem razões lógico-jurídicas para a utilização da orientação sexual como fator de discrimen apto a legitimar posicionamentos tendentes a diferenciar o tratamento entre os cidadãos que compõem a sociedade brasileira, posto não se acreditar na legalidade e na possibilidade de criação de cidadãos de primeira e segunda categoria. Daí porque se entende que para a solução da controvérsia deverá ser utilizado o mesmo instrumento que amenizou ou corrigiu condutas discriminatórias outrora existentes, qual seja, a aplicação correta e imediata das normas e dos princípios constitucionais referentes a proteção dos direitos e garantias individuais, posto que tais, como é consabido, não deixam o menor espaço para a prática de atitudes que venham afetar a dignidade da pessoa humana, uma vez que o ser humano é reconhecidamente a base de qualquer Estado que se julga livre, justo e solidário.

SUMÁRIO: 1. A constitucionalização do direito privado. 2. Princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família. 3. Da homossexualidade e seu tratamento jurídico. 4. A família como direito fundamental. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1 A Constitucionalização do Direito Privado

Foi-se o tempo em que as normas constitucionais eram tidas como meros vetores, de caráter exortativo aos governantes e governados, cujo cumprimento ficava relegado a conceitos perigosos e duvidosos, como vontade política, oportunidade e conveniência, sem qualquer responsabilidade ou vinculação, nas hipóteses de descumprimento do agente que obteve a legitimidade popular para gerir a chamada *coisa pública* e os interesses de toda uma sociedade, visando ao atingimento do decantado *bem comum*.

Atualmente, o fenômeno de observância constitucional se entremostra tão intenso e indissociável da atuação do intérprete do direito, que o respeito

que deve ser devotado aos direitos fundamentais, *ad exemplum*, deixou de ser encarado apenas e tão-somente no aspecto vertical (Estado x particular), adentrando a seara horizontal, ou seja, a relação existente também no âmbito entre particulares,¹ o que, salvo equívoco, demonstra uma imperiosa necessidade de mudança de mentalidade daqueles que se propuseram a seguir a nobre e dificultosa trilha jurídica.

Fala-se muito, nos dias de hoje, sobre a ocorrência de um processo jurídico denominado *constitucionalização do direito civil* ou *civilização do direito constitucional*.²

Esse fenômeno teve maior incidência, em nosso País, com a promulgação da Constituição de 1988, tendo em vista ter alterado bruscamente todo o modo de interpretação e aplicação do corpo normativo de nosso ordenamento jurídico, mormente no que diz respeito ao Direito Civil, uma vez que trouxe ao plano positivo-constitucional a exigência de observância da função social da propriedade, do contrato e dos negócios jurídicos em geral; a igualdade entre homens e mulheres, o alargamento das hipóteses de reconhecimento de entidades familiares além daquela de índole matrimonial, o rechaço da distinção existente entre filhos de origens diferentes, dentre outros inúmeros casos.

E dentro do que já foi visto anteriormente, não se pode deslembrar que a existência de um sistema jurídico uno e não-completo está a demandar, necessariamente, sua complementação e construção no dia-a-dia, com especial respeito e integração principiológica da Constituição Federal, eis seu inegável e inquestionável valor supremo-hierárquico, o qual conforma e ordena

¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 254-255: “[...] transposição directa dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, para as relações particulares quando se trata de situações em que pessoas coletivas (ou excepcionalmente indivíduos) disponham de *poder especial* de carácter privado sobre (outros) indivíduos. Em tais casos, estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade”.

² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?. In: **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**, RT nº 254:13, 2006, p. 108-115.

todas as normas positivas que são emanadas abaixo de si, como é o caso do Direito Privado e, em especial para o presente estudo, do Direito Civil.³

Em verdade, depois da eclosão da Magna Carta de 1988, todo o ordenamento jurídico e toda atividade legislativa ficaram, de maneira irrefragável, condicionados à observação e ao cumprimento dos princípios fundamentais (Art. 1º, CF) e dos objetivos fundamentais (Art. 3º, CF) por ela traçados, não se perdendo de vista, nesse particular, a escorreita advertência traçada por Ana Maria D'Ávila Lopes:

[...] a importância dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais perante o poder legislativo é inquestionável, na medida em que permite a conservação do princípio da dignidade humana contido em cada direito fundamental, reafirmando-se, assim, que o centro e fim de toda atividade deve ser o ser humano.⁴

Não se pode olvidar, entretanto, que, depois de passados mais de vinte e dois da promulgação da Lei de Outubro, não obstante as vozes intensas e candentes que continuam a soçobrar a supremacia de tal corpo de lei em relação a todos os demais existentes, a verdade é que, no dia-a-dia, se percebe claramente a dificuldade que o *operador do direito* possui em emprestar *efetiva* eficácia aos dogmas basilares de natureza principiológica, em detrimento da suposta segurança jurídica externada pela existência de uma positivação infraconstitucional expressa e específica sobre um determinado tema.⁵

³ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 38: “[...] a noção de ordenamento como sistema é fundamental para o entendimento da chamada constitucionalização do Direito Civil. Não de qualquer sistema, mas daquele sistema unitário, não completo, porém, completável e aberto. Ter o ordenamento brasileiro como um sistema assim, significa que o Direito Civil pode e deve manter-se atual”.

⁴ LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 198.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, tomo II, p. 25: “Mostra-se de evidência intuitiva o equívoco de tal concepção, ainda hoje difusamente adotada no Brasil, que acaba por relegar a norma constitucional, situada no vértice do sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso da analogia e de regra consuetudinária. O entendimento mostra-se, no entanto, bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista, sendo indiscutível o papel

Entrementes, inegável se apresenta a assertiva de que, paulatinamente, como se fosse uma mudança no melhor estilo aluviônico, os caracteres que antes informavam o ordenamento jurídico pátrio, em razão da citada Constituição, foram consubstancial e profundamente alterados, não se vislumbrando mais uma exata e perceptível linha divisória conceitual entre aquilo que se convencionou chamar de *direitos privados ou particulares* e de *direitos públicos ou coletivos*, sendo ela sobrevivente apenas para fins e efeitos didáticos em nossos cursos de Bacharelado.

Essa alteração se deu, principalmente, em razão de o centro do sentido jurídico ter passado a ser, efetivamente, o ser humano e sua devida proteção, até porque não se pode negar a assertiva de que toda relação jurídica se estabelece entre pessoas, os chamados *sujeitos de direito* (ativo e passivo).⁶

Atualmente o significado utilizado para o vocábulo pessoa aponta para assentar o ser humano como o valor-fonte do qual emanam todos os outros valores objetivos, daí porque, sendo ele o destinatário final de toda e qualquer norma, juridicamente a expressão *pessoa* há de ser entendida como a entidade dotada de personalidade à qual o ordenamento jurídico confere direitos e obrigações.⁷

Conforme asseveram os juristas Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] volta-se o ordenamento não mais para o 'indivíduo', abstratamente considerado, mas para a tutela da pessoa humana nas concretas e diferenciadas relações jurídicas em que se insere, como forma de assegurar os princípios constitucionais da solidariedade social (Art. 3º, inc. III) e da igualdade substancial (Art. 3º, inc. IV). Nessa perspectiva merece proteção especial do ordenamento a criança e o

predominante que o Código Civil desempenhava como referência normativa exclusiva no âmbito das relações de direito privado”.

⁶ Ibidem, p. 27: “[...] o Direito das Coisas é ramo do Direito Civil que regula as relações jurídicas reais, entendidas estas como as que se estabelecem entre o titular de uma coisa e a sociedade em geral”.

⁷ Ibidem, mesma página.

adolescente (Lei nº 8.069/90), o consumidor (Lei nº 8.078/90) e assim por diante.⁸

E isso é tão verdadeiro e real que, hodiernamente, um Estado só pode ser reconhecido, de maneira efetiva, como Constitucional e Democrático, se a pessoa – enquanto indivíduo e coletividade – for considerada o fim último de sua atuação, ou seja, o alfa e ômega da proteção e da regulamentação conferida pelo respectivo ordenamento jurídico em questão.

Para Ana Luiza Maia Navares, com apoio nos ensinamentos do mestre italiano Vincenzo Sacalisi:

[...] a pessoa, que a Constituição eleva a valor de vértice do ordenamento, não é mais o sujeito de direito codificado, formalista e abstrato, apreciável somente em termos patrimoniais e mais

propriamente econômico-produtivos, mas sim o sujeito histórico-real, considerado na multiplicidade de suas explicações e manifestações ativas, como também em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas, posições sociais e, como tal, devendo ser considerado como portador de valores essenciais (dignidade, segurança, igualdade, liberdade) e fundamentais instâncias de promoção e desenvolvimento da pessoa (saúde, trabalho, educação).⁹

Assim, irrefragável a assertiva de que a Constituição de 1988, ao erigir a proteção da dignidade da pessoa humana como vetor fundamental da República Federativa do Brasil, acabou por extirpar do complexo jurídico que lhe é inferior hierarquicamente toda e qualquer norma que disponha em sentido contrário ou se mostre apta a produzir efeitos em sentido oposto ao do mandamento basilar.

Nesse ponto, tem-se que o antigo Código Civil sofreu bruscas mudanças na forma de interpretação de seus dispositivos até então vigentes,

⁸ BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. **Código civil interpretado conforme a Constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vol. I, p. 03.

⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 189.

bem como tantos outros foram tidos por não-recepcionados, tais como aqueles que sufragavam a superioridade do homem sobre a mulher e a possibilidade de discriminação quanto ao exercício de direitos no que se referia à origem da filiação ou prole.

Conclui Tepedino:

[...] reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da

República o ponto de referência antes localizado no Código Civil. Se o Código Civil mostra-se incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema.¹⁰

A história do constitucionalismo brasileiro, em regra, demonstra uma certa prevalência e preferência pela aplicação de textos normativos afetos aos Códigos àqueles concernentes e ínsitos à própria Lei Maior, no que se refere à solução dos conflitos de interesses eventualmente surgidos e colocados à apreciação do Poder Judiciário e da Administração Pública de um modo geral.

Isso, grosso modo, pode ser debitado em desfavor do regime militar que se instaurou a partir de 1964, pois um de seus escopos foi o de dismantelar, por completo, as chamadas *ciências humanas*, situação essa que, apesar de inúmeros esforços, perdura até os dias de hoje em nosso País, na exata medida em que se percebe que o próprio aluno, não raras vezes, acaba dando mais relevo a matérias outras, do que ao aprendizado do direito constitucional em si.

Mas, mesmo a par de tantas dificuldades, percebe-se, ainda que de modo paulatino, a ocorrência de uma tentativa de mudança em relação a esse

¹⁰ BARBOZA; MORAES; TEPEDINO, 2004, vol. I, p. 13.

panorama de desprezo constitucional, apresentando-se, assim, uma reviravolta dentro da mentalidade jurídica pátria, fenômeno concretizado e catapultado pelas novas e firmes diretrizes apresentadas pela Constituição de 1988, que, como é sabido, espriam seus basilares efeitos em todos os ramos da Ciência Positiva do Direito, não havendo como dissociar sua imbricação das situações relacionais do dia-a-dia, seja em qual área ou matéria tais se apresentarem.

No que concerne à importância de explicar a preponderância das normas constitucionais sobre as demais, é preciso acentuar, também, e nos precisos dizeres de André Ramos Tavares:

[...] a disposição hierárquica cumpre a importante função de conferir coerência e coesão ao ordenamento estatal. A Constituição é o patamar último de determinado ordenamento positivo, com o que a importância em seu cumprimento se exige com mais intensidade do que aquela normalmente exigida para os demais textos normativos.¹¹

Está mais do que na hora de o aplicador do Direito fazer valer, no plano concreto, a inegável superioridade hierárquica da Constituição,¹² de modo que seus atos, condutas e interpretações estejam, o mais próximo possível, das diretrizes encampadas pela República a partir de 05 de outubro de 1988.¹³

Valendo-se do quanto exposto nos parágrafos antecedentes e transportando a temática para o objeto de estudo deste trabalho, não se pode

¹¹ TAVARES, 2001, p. 72.

¹² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas:** normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 76: “[...] as normas constitucionais limitam os poderes públicos, que só podem agir como e quando elas determinam, e mais, disciplinam como e por quem vão ser elaboradas as demais normas. Esses limites que restringem a ação dos poderes estatais garantem o Estado de Direito, atuando, principalmente, no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais. Assim, qualquer norma, seja de direito público, seja de direito privado, deve estar adequada às normas constitucionais e isto no sentido de não poder contrariá-las, sob pena de ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário”.

¹³ ZOLLINGER, Márcia. **Proteção processual aos direitos fundamentais.** Salvador: Podivm, 2006, p. 47: “Ressalte-se, por fim, que também na seara procedimental e organizatória da dimensão jurídico-objetiva apresenta-se o problema acerca da possibilidade de inferir-se direitos subjetivos individuais a partir dos deveres do Estado de estruturar organizações e procedimentos para a proteção de direitos fundamentais. No que diz respeito ao dever do juiz de promover uma interpretação e aplicação das normas procedimentais de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais, não há dificuldades em afirmar uma correspondente subjetivação que pode ser enfeixada na forma geral de um direito à proteção jurídica efetiva”.

afastar a assertiva de que é preciso repensar o Direito Civil à luz inexorável e indelével dos ditames basilares impostos pelo constituinte de 1988, sob pena de, em assim não agindo, estar-se, injustamente, divorciando-se dos novos valores sociais e relegando o ser humano, a pessoa, a um segundo e desprezível plano, o que se cumpre a todo custo evitar.¹⁴⁻¹⁵

Nesse sentido, como conclusão exposta em palestra realizada no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional realizado em Curitiba no ano de 2004, Fachin salienta com o brilhantismo de sempre:

[...] da morte por asfixia se salvou o Direito Civil contemporâneo ao abrir-se para além do neo-exegese. Do Direito formal chegou-se à legalidade constitucional. Nada obstante, de modo diferente dos civilistas tradicionais, o Direito Civil brasileiro contemporâneo tomou como norma vinculante os princípios constitucionais. Foi à fonte do novo constitucionalismo. O inverso também impende ser verdadeiro, para evitar que o Código Civil seja citado como sinônimo de Direito Civil, ou para os menos avisados que tomam o

pretérito como presente, e ao fazerem caricatura do passado estão se projetando no objeto do que perdeu sentido. É preciso ir mais longe. Navegar outros mares e captar o 'direito vivente', evitando construir o futuro com a sombra do que passou.¹⁶

Em resumo, escoreita a lição propagada por Paulo Luiz Netto Lobo:

¹⁴ Ibidem, p. 46: “Dada a supremacia da Constituição, deve-se dizer, desde logo, que o novo Código Civil há de ser aplicado à luz das regras e princípios da lei maior, rejeitando-se o que nele se mostrar incompatível com as normas constitucionais ou não comportar leituras de adequação, no amplo espectro do que, modernamente, tem sido entendido como interpretação conformadora. Noutras palavras, atentos às velhas regras de bom aviso – preceitos que traduzem o senso comum dos juristas no âmbito do controle de constitucionalidade – devem os nossos operadores jurídicos partir da idéia de que esse Código, no todo, como em suas partes, não agride nem pretendeu agredir a Constituição; em caso de dúvida, decidir pela constitucionalidade de seus preceitos; e, afinal, tendo de escolher entre distintas interpretações, optar por aquela que além de se mostrar compatível com a Constituição, realize melhor ou mais intensamente as decisões do legislador constitucional”.

¹⁵ Ibidem, p. 54: “[...] não se pode, pois, entender o Direito Civil – em suas vigas fundamentais: o contrato, a propriedade e a família – sem o necessário suporte lógico do Direito Constitucional. Um se prende ao outro como corpo e alma [...]”.

¹⁶ Palestra de Luiz Edson Fachin no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional. O texto reproduz em síntese as idéias expostas no 9ª Conferência do VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 04 à 07/10/2004. Foi mantida a estrutura da exposição oral, sem adaptação às fontes e a outros recursos mais afetos à sistematização escrita, conforme explica nota de rodapé inserta no site <http://200.160.20.172/revista_on_line/artigo%2022.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2007.

[...] na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).¹⁷

Esse inexorável processo de constitucionalização do direito privado obviamente atingiu as normas concernentes à regulamentação jurídica da família, apresentando os vetores basilares que passaram a informá-la e integrá-la, servindo de esteio para sua aplicação do ponto de vista prático, ou seja, na solução dos problemas e conflitos que lhe são inerentes.

Feitas tais constatações e, diante da inegável importância de referido acervo jurídico-protetivo aos cidadãos, passar-se-á a demonstrar que, diante das diretrizes constitucionais encampadas em 1988, a família goza de inegável fundamentalidade na vida dos cidadãos brasileiros, de modo que, o direito em pauta, sempre que possível, deve ser vivificado, fomentado e concretizado, independentemente da orientação sexual assumida pelos membros que a compõem, sob pena de, em assim não agindo, permitir-se-á a busca pela responsabilização estatal, por tão grave e nefasta omissão em seu mister de atuação.

De fato, uma questão que vem atormentando incessantemente os operadores do direito no Brasil, sem sombra de dúvidas, é a problemática relativa ao reconhecimento e ao exercício da cidadania plena por parte das pessoas que possuem orientação sexual diferente daquela tida como “normal”.

Irrefragável mostra-se a assertiva de que a homossexualidade é um fato concreto, real e existente nos mais diversos meios da sociedade. Entretanto, quando se indaga se tais pessoas (cidadãos brasileiros) possuem, efetivamente, os mesmos direitos dos chamados heterossexuais é que o

¹⁷ Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 19 fev. 2007.

problema surge. Será, realmente, que o só fato de um indivíduo ser homossexual lhe impede o pleno exercício da cidadania?

Depreende-se que a Carta de Outubro elevou a proteção da dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental, ou seja, pedra basilar da República Federativa do Brasil. Mas o que vem a ser, afinal, a dignidade da pessoa humana?

Na verdade, proteger a dignidade da pessoa humana nada mais é do que deferir ao cidadão o direito de ser o que lhe dita sua vontade própria, conferindo-lhe, ainda, em que pesem quaisquer diferenças, a garantia de uma vida completa, com acesso à saúde, à educação, ao trabalho, à constituição de família, e também à orientação sexual. Nas escorreitas palavras proferidas pelo insigne jurista Rizzatto Nunes, *é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais*¹⁸.

Denota-se, com solar clareza, que o cidadão brasileiro possui plena liberdade para adotar a orientação sexual que desejar, qual seja aquela que melhor lhe oferecer situações de harmonia consigo mesmo, não podendo o ordenamento jurídico pátrio obliterar direitos, deveres, o pleno exercício de cidadania.

Aliás, tal entendimento arduamente despontou no Estado do Rio Grande do Sul, onde casos envolvendo a dissolução de uniões homossexuais são tratados pelas Varas da Família. Isso nada mais é do que o reconhecimento de que a vida em comum havida entre pessoas do mesmo sexo extrapola o conceito de uma sociedade civil, para ser tratada como uma verdadeira entidade familiar, decorrendo daí todos os direitos inerentes em situações que tais.

¹⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*, p. 45.

Infelizmente, esses corajosos e constitucionais posicionamentos não estão sendo adotados nas demais unidades federativas do País, onde, sob o escudo de um abominável formalismo “legal”, perpetram-se os mais odiosos vilipêndios a estas pessoas, que continuam sendo tolhidas em sua preferência à individualidade. A cidadania delas está sendo completamente cindida, atacada, uma vez que não desfrutam das mesmas prerrogativas inerentes aos demais cidadãos brasileiros, o que é profundamente lamentável. Em verdade, fica subentendido que os princípios sociais e humanitários encartados na Constituição Federal não lhes são aplicáveis, não lhes pertencem!

No dia a dia, é possível deparar-se com situações no mínimo curiosas, como, *ad exemplum*, manchetes jornalísticas que estampam “HOMOSSEXUAL MATA FULANO”. Mais curioso ainda é que o reverso da moeda não é verdadeiro, haja vista que nunca se encontram reportagens intituladas “HETEROSSEXUAL MATA SICRANO”. Será mesmo que a circunstância de o criminoso ser homossexual foi o fato preponderante para a efetivação do ato ilícito? Será mesmo que o fato de o criminoso ser homossexual torna seu ato mais escabroso que aquele cometido por um heterossexual?

É preciso quebrar as correntes do preconceito que vem sendo imposto veladamente à sociedade contra tudo aquilo que é desconhecido, é preciso romper as amarras ligadas a conceitos ultrapassados e dissonantes do quanto positivado na Constituição. A libertação necessária que ora se prega é a mesma que desde o século passado tem buscado garantir a dignidade aos negros, “desquitados”, às relações concubinárias, aos filhos adotivos, às mães solteiras, tantos marginalizados. Posturas contrárias a esses objetivos reportam-se aos longínquos tempos romanos e ressuscitam as abomináveis “párias da sociedade”. Teria sido a segregação o intuito dos constituintes quando da promulgação da Lei Maior? Será mesmo possível acreditar que uma pessoa homossexual não pode sentir afeto, constituir família, adotar e criar uma criança, exercer de forma competente o seu trabalho?

Assim, dentro de suas inegáveis limitações, o presente trabalho tem a finalidade de trazer à discussão a difícil reflexão envolvendo questões concernentes à homossexualidade sob a luz do texto constitucional vigente, a fim de que seja verificado se as pessoas que seguem tal orientação sexual têm o mesmo direito fundamental à convivência comunitária e familiar que seus semelhantes.

2 Princípios Constitucionais Aplicáveis ao Direito de Família

Princípios constitucionais são os valores da sociedade em um determinado momento e contexto, transpostos para o texto maior, revelando, por conseguinte, as decisões políticas fundamentais com forte carga ideológica.

Nesse particular, é inconcebível a existência de princípios neutros.

Em outras palavras, a ideologia deve espelhar a realidade social vivenciada pela população que, como adrede mencionado, irá caracterizar e enriquecer os princípios.

Incontroverso se apresenta que os princípios constitucionais funcionam como verdadeiras e indispensáveis diretrizes do sistema jurídico, conferindo-lhe, portanto, estrutura e coesão, até porque, como bem deixou assentado de há muito Vicente Ráo, sua ignorância "[...] quando não induz a erro, leva à criação de rábulas em lugar de juristas"¹⁹.

Pela importância que lhe cabe, vale rememorar, nesta oportunidade, a profícua lição propagada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

¹⁹ "O Direito e a Vida dos Direitos", 5ª ed. Anotada e atualizada por OVÍDIO ROCHA BARROS SANDOVAL, São Paulo, RT, 1999, p. 48.

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada.²⁰

Antes de propriamente iniciar o estudo dos princípios constitucionais afetos ao Direito de Família, é preciso que seja sucintamente demonstrado o árduo caminho evolutivo decorrido desde seus primórdios como meros axiomas jurídicos até serem considerados elementos que: “[...] encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica em novos conceitos de sua relevância”.²¹

A primeira teoria sobre a existência ou não de juridicidade em relação aos princípios foi formulada pelos chamados jusnaturalistas, segundo a qual aqueles seriam simples ideais inspiradores de justiça, servindo mais como conselhos do que como normas imperativas e eficazes. Não se pode olvidar, ainda, que tal relutância se baseou, para alguns, na questão relativa à amplitude de seu conteúdo e na ausência de sanção.

Em outras palavras, “[...] eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito”.²²

Em um segundo momento, na fase juspositivista, os princípios passaram à condição de fonte normativa subsidiária da lei, somente sendo utilizados em casos de omissão ou lacuna, num verdadeiro papel de elemento

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 772.

²¹ BONAVIDES, 2001, p. 263.

²² ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª tirag. (com acréscimo) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 13.

integrador do sistema jurídico e tendo presença constante na legislação codificada.

Entretanto, considerar o princípio apenas como um derivado e subsidiário da lei – situação esta registrada de maneira expressa no Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual trata da questão relativa à integração das normas jurídicas – acabou tornando precária sua força normativa, pois, como já dito, sua vazão somente ocorria diante da ausência de outro meio legal para o deslinde de uma determinada controvérsia, ou, nos dizeres de Paulo Bonavides, “[...] o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”.²³

A terceira e última fase, conhecida como pós-positivismo e inaugurada nas últimas décadas do século passado, operou o passamento dos princípios da alçada *jusprivativa* (códigos) para a seara *juspública*, os quais tomaram assento nos mais diversos textos constitucionais e foram reconhecidos como espécie do gênero norma, situação esta que lhes conferiu o papel de vigamestra necessária e responsável pela formação e pelo atingimento da finalidade do próprio ordenamento.

De fato:

[...] é na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural com a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.²⁴

²³ BONAVIDES, 2001, p. 236.

²⁴ *Ibidem*, p. 237.

Nessa esteira de silogismo, os princípios constitucionais são aqueles fundamentais do Estado de Direito,²⁵ agora alçapremados à categoria superior do ordenamento jurídico, merecendo especial destaque em decorrência da presença cada vez maior de constituições rígidas.

Noutro giro verbal, temos que: “[...] as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.²⁶

Por derradeiro, também deve-se deitar especial atenção à escorreita orientação expendida pelo festejado constitucionalista Eros Roberto Grau, segundo:

[...] a importância dos princípios ‘positivados’ ou positivos – abandono, como se vê, o uso da expressão ‘princípios jurídicos que constituem regras jurídicas’ – e dos princípios gerais do direito é extrema. Tãmanha que, da inserção deles no nível constitucional resulta, nitidamente, a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada. Isso, no sentido de que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios.²⁷

Nesse mesmo diapasão, sintetiza, por sua vez, o não menos ilustre Celso Bastos: “[...] os princípios constitucionais são metas que podem e devem entrar a qualquer momento no discurso legitimador do Direito”.²⁸

Conforme destacado anteriormente, os princípios possuem, assim como as regras, inegável força normativa, diferenciando-se destas últimas, dentre outros, pelo alto grau de generalidade, pela natureza, pela formalidade,

²⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 28.

²⁶ BONAVIDES, 2001, p. 237.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 80.

²⁸ BASTOS, Celso. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 136.

pela incidência, pela função e pela diferenciação global. Nesse sentido, importante, também, conferir o pensamento de Willis Santiago Guerra Filho.²⁹

Realmente:

[...] tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.³⁰

Para o mestre luso Canotilho,³¹ a classificação dos princípios se espalha nas seguintes espécies ou categorias, a saber: *princípios jurídicos fundamentais*, aqueles que antes de serem princípios específicos do Direito Constitucional, princípios gerais de Direito; *princípios constitucionais impositivos*, aqueles que, como a própria nomenclatura explícita, impõem ao Estado, em destaque ao legislador, a efetivação de fins e a consecução de tarefas; e, *princípios-garantia*, aqueles mais específicos e com maior poder normativo, situação essa que chega a aproximá-los das regras, exemplo: o da inocência, o do juiz natural, etc.³²

²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 55: “Uma constatação que se faz absolutamente necessária, no que toca a natureza diversa de regras e princípios, dá-se quando ocorre um choque entre suas disposições. Assim, caso sejam duas regras que dispõem diferentemente sobre uma mesma situação ocorre um excesso normativo, uma antinomia jurídica, que deve ser afastada com base em critérios que, em geral, são fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico, para que se mantenha sua unidade e coerência. Essa, aliás, são exigências que se pode fazer decorrer da própria isonomia, com seu imperativo de que se regule igualmente situações idênticas. Já com os princípios tudo se passa de modo diferente, pois eles, na medida em que não disciplinam nenhuma situação jurídica específica, considerados da forma abstrata como se apresentam para nós, no texto constitucional, não entram em choque diretamente, são compatíveis (ou ‘compatibilizáveis’) uns com os outros. Contudo, ao procurarmos solucionar um caso, logo se percebe que esses princípios se acham em um estado de tensão conflitiva, ou mesmo, em rota de colisão. A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro (s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos circunstancial e pontualmente, em sua eficácia”.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 525.

³¹ CANOTILHO, 1999, p. 1.122.

³² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, passim. Luís Roberto Barroso, atentando-se para o grau de importância e sua respectiva abrangência,

Os princípios possuem, assim como as regras, inegável força normativa, diferenciando-se destas últimas, dentre outros, pelo alto grau de generalidade, pela natureza, pela formalidade, pela incidência, pela função e pela diferenciação global.³³ Nesse sentido, importante, também, conferir o pensamento de Willis Santiago Guerra Filho.³⁴

Os princípios constitucionais devem ser interpretados conforme a concepção sistêmica do ordenamento jurídico em que inseridos, de maneira concatenada, enquanto mandamentos nucleares, ordenando-se sistematicamente, a fim de que sejam devidamente estabelecidas as operações de concordância prática entre eles.

Essas breves considerações são de suma importância para a conclusão a que se pretende chegar com a elaboração do presente trabalho.

diferenciou os princípios constitucionais da seguinte maneira: *princípios fundamentais*, são aqueles atinentes a estrutura do Estado, ex.: o princípio republicano, o do Estado democrático de direito, o presidencialista etc; *princípios constitucionais gerais*, são aqueles onde denota-se equivalência com os princípios-garantia tratados por Canotilho, ex.: o da legalidade, o da isonomia, o do juiz natural etc; *princípios setoriais ou especiais*, são aqueles que formam um conjunto determinado e restrito a certo tema, capítulo ou título da Constituição, podendo ser um delineamento dos princípios gerais – ex.: legalidade tributária ou legalidade penal –, ou, são autônomos, relativos à Administração pública (exemplo: o da legalidade administrativa, o da moralidade etc), relativos à organização dos Poderes (ex.: o da publicidade e da motivação das decisões judiciais e administrativas, o da subordinação das Forças Armadas ao poder civil etc), dentre outros.

³³ ALEXY, 1993, p. 525: “[...] tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas”.

³⁴ GUERRA FILHO, 2001, p. 55: “Uma constatação que se faz absolutamente necessária, no que toca a natureza diversa de regras e princípios, dá-se quando ocorre um choque entre suas disposições. Assim, caso sejam duas regras que dispõem diferentemente sobre uma mesma situação ocorre um excesso normativo, uma antinomia jurídica, que deve ser afastada com base em critérios que, em geral, são fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico, para que se mantenha sua unidade e coerência. Essa, aliás, são exigências que se pode fazer decorrer da própria isonomia, com seu imperativo de que se regule igualmente situações idênticas. Já com os princípios tudo se passa de modo diferente, pois eles, na medida em que não disciplinam nenhuma situação jurídica específica, considerados da forma abstrata como se apresentam para nós, no texto constitucional, não entram em choque diretamente, são compatíveis (ou ‘compatibilizáveis’) uns com os outros. Contudo, ao procurarmos solucionar um caso, logo se percebe que esses princípios se acham em um estado de tensão conflitiva, ou mesmo, em rota de colisão. A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro (s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos circunstancial e pontualmente, em sua eficácia”.

3.1 Princípio da proteção da dignidade humana

Neste momento, a fim de se dar início à abordagem do tema a ser desenvolvido neste subitem, mister se faz volver à origem histórica do princípio constitucional que diz respeito à dignidade humana, e, para tanto, passa-se a discorrer acerca dos conceitos de dignidade e de pessoa.

O primeiro termo tem seu nascedouro no antigo vocábulo latino *dignitas*, significando, dentre outros, respeitabilidade, consideração, estima. Já aqueloutro, também de origem latina, advém da expressão *per-sonare*, referente às máscaras teatrais utilizadas para a difusão da voz dos atores, passando, ao depois, a servir a designação da própria personagem representada.³⁵

Assim, e mantendo nosso pensamento no tempo pretérito, tem-se que a conceituação de dignidade e de pessoa, tais como aquelas conhecidas hodiernamente, não se faziam presentes, sendo certo que para a filosofia grega o homem não passava de um animal político ou social, tendo sua vida vinculada à própria vida do Estado.

Os conceitos *sub studio* somente começaram a galgar paragens mais férteis com o advento do Cristianismo, cujo pensamento baseado na fraternidade compeliu a humanidade a uma mudança de mentalidade e de valores, objetivando o atingimento da igualdade entre todos os homens e a abolição da escravatura – empreitada esta iniciada ainda no final do Império Romano, com a proibição de crueldades aos escravos imposta pelo Imperador Constantino, referendada, tempos depois, pelo triunfo dos movimentos abolicionistas do século XIX e do principiar do século XX.

³⁵ ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 109-111.

Naquela ocasião, o conceito de pessoa sofreu uma profunda transformação e passou a designar um ente humano capaz de adquirir direitos e contrair obrigações, focado em si mesmo, e não mais na vida do Estado, ressaltando, dessa maneira, a própria dignidade da pessoa através da afirmação de direitos específicos do indivíduo diante do Estado.

Nestes tempos modernos, a tendência traçada nos ordenamentos jurídicos está alicerçada no reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Esse posicionamento, impulsionado após as Grandes Guerras que assolaram a Europa no século passado, em especial no tocante à barbárie nazi-fascista, repousa na eleição da dignidade da pessoa humana como o valor básico, central e precípua do Estado Democrático de Direito, haja vista que de nada adiantaria falar-se em democracia³⁶ e em direito diante da ausência de instrumentos que viessem proteger e consagrar a célula *mater* da sociedade.

O postulado da dignidade humana, em virtude da forte carga de abstração que encerra, não tem alcançado, quanto ao campo de sua atuação objetiva, unanimidade entre os autores, muito embora se deva, de logo, ressaltar que as múltiplas opiniões se apresentam harmônicas e complementares.

Para o jurista espanhol Jesús González Pérez, “[...] *la dignidad de la persona es, pues, el rango de la persona como tal*”,³⁷ reconhecendo na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.

³⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **A subjetividade do tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 106: “A democracia como vir-a-ser cotidiano precisa estabelecer vínculos fortes com a vida; é um estado de compromisso daqueles que participam deste processo. Presupõe a concentração, num mesmo plano, de uma comunidade normativamente regulada, estabelecida, a partir de um modelo de ação comunicativa onde nenhum dos seus membros esteja à mercê de um processo de violência institucionalizado nacisticamente, sequer de uma racionalidade onipotente, dominada por alguns”.

³⁷ PÉREZ, Jesús González. **La dignidad de la persona**. Madri: Civitas, 1986, p. 24.

Convém apresentar, também, a escuridão ilação formulada por Luiz Antônio Rizzatto Nunes, para quem:

[...] está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.³⁸

A interferência constitucional do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana acaba irradiando dentro da ordem jurídica brasileira efeitos nos seguintes pontos: a) reverência à igualdade entre os homens (Art. 5º, inc. I, CF); b) impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar na observância de prerrogativas de direito e processo penal, na limitação da autonomia da vontade e no respeito aos direitos da personalidade, entre os quais estão inseridas as restrições à manipulação genética do homem; c) garantia de um patamar existencial mínimo; e, d) impossibilidade de a orientação sexual do indivíduo ser vista como critério de discriminação.

Parece ser incontroversa a assertiva de que o Direito, enquanto meio regulamentador do comportamento humano, deve sempre, sob pena da completa e irrestrita perda de sua eficácia, acompanhar a evolução do meio social em que inserido, possuindo, assim, um caráter manifestamente dinâmico, pois, dinâmica, frise-se, é a modificação dos conceitos, dogmas, condutas, posturas e anseios adotados pelos mais diversos tipos de sociedades existentes.

Nesta quadra, e como já salientado anteriormente, tem-se que hodiernamente a pessoa humana foi elevada a elemento indispensável e inseparável da concepção e da fomentação de um verdadeiro Estado Constitucional Democrático, na medida em que se percebeu que de nada

³⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50-51.

adiantaria a consagração pelo ente estatal de direitos e garantias, de isonomia, de liberdade, etc., se não conseguir ele prover a existência digna do indivíduo que o forma, e tanto isso é verdade que a quase totalidade dos textos basilares proclamados pelos demais países observa, de maneira positiva, a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, não se olvidando, ainda, que o ordenamento jurídico pátrio elevou a questão a princípio fundamental da República, disso resultando que a mesma foi corretamente alçapremada à condição de “[...] primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”.³⁹

Em assim sendo, tudo o que mais existe em nível de direitos e garantias fundamentais se entremostra como real e secundário desdobramento da efetivação, no mundo concreto, do princípio fundamental da dignidade humana, valendo salientar, por oportuno, que:

[...] toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, tendo em vista se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.⁴⁰

Ao que parece, então, atualmente tem-se que todos aqueles que se debruçam sobre o Direito não podem mais nortear seus pensamentos e caminhos sem antes analisar se a proposição em questão está de acordo com o postulado da dignidade da pessoa humana, o qual que se transformou na pedra de toque de todo o sistema jurídico-constitucional brasileiro, não podendo, assim, ser desrespeitado por quem quer que seja, mormente pelo Poder Público que tem a obrigação precípua de zelar e fazer cumprir os ditames da Constituição Federal em vigência.

³⁹ Ibidem, p. 45.

⁴⁰ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999, p. 92.

Isso vale, inequívoca e especialmente, também para o Direito de Família.

3.2 Princípio da igualdade entre homens e mulheres na condução da entidade familiar

A confirmação e a ratificação da dignidade da pessoa humana, como demonstrado, impende em observar-se o homem como o centro do universo jurídico, de modo que a irradiação de seus efeitos pela ordem jurídica não há de se verificar, a princípio, de modo diverso a quem quer que seja, independente de sua condição social, sexual, racional, racial, familiar, etc.

Nessa trilha de silogismo, denotam-se duas importantes conseqüências: a de que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne à elaboração da regra de direito (igualdade na lei) quanto – e principalmente – em relação à sua aplicação (igualdade perante a lei), devendo-se ressaltar que o reclamo de tratamento isonômico não exclui a possibilidade de discriminação, mas sim, a de que esta se processe de maneira injustificada e desarrazoada, como bem alinhavou Celso Antônio Bandeira de Mello,⁴¹ em excelente monografia, corroborado pelos doutos ensinamentos proferidos por Carmem Lúcia Antunes Rocha.⁴²

Em segundo lugar, emerge a consideração da pessoa humana como um conceito dotado de universalidade, não se podendo admitir, então, qualquer diferenciação de direitos entre nacionais e estrangeiros, salvo quanto àqueles vinculados ao exercício da cidadania, devendo-se entender o *caput* do Art. 5º da Lei Maior, de sorte que a titularidade dos direitos que apresenta se volte a todos aqueles que se encontrem vinculados à ordem jurídica brasileira, deles

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 49.

⁴² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Ler, 1990, p. 39-40.

não se podendo privar o alienígena só pelo fato de não residir em terras nacionais.

Aliás, nesse ponto, merece transcrição a opinião abalizada dos juristas Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, para os quais:

[...] os direitos fundamentais têm um forte sentido de proteção do ser humano, e mesmo o próprio *caput* do Art. 5º faz advertência de que essa proteção realiza-se 'sem distinção de qualquer natureza'. Logo, a interpretação sistemática e finalística do texto constitucional não deixa dúvidas de que os direitos fundamentais destinam-se a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou situação no Brasil. Assim, um turista (estrangeiro não residente) que seja vítima de uma arbitrariedade policial, por evidente, poderá utilizar-se do *habeas corpus* para proteger o seu direito de locomoção.⁴³

Ainda, sobre o mesmo aspecto, deve ser posta em destaque a ressalva de que os direitos incutidos no Art. 5º da *Lex Mater* que demandam a característica de ser cidadão, *verbi gratia*, a propositura de ação popular, somente poderão ser exercidos pelos brasileiros.

No tocante à falta de diferenciação de direitos entre nacionais e estrangeiros, observada a ressalva lançada, está a merecer destaque a decisão prolatada em 30 de setembro de 1995 pelo Tribunal Constitucional Espanhol, em que o referido órgão judicial entendeu que os direitos pertencentes à pessoa, enquanto tal, não abrangem somente os espanhóis, mas, igualmente, os estrangeiros e que tais direitos, como frisado na anterior deliberação de 23 de novembro de 1984, são aqueles imprescindíveis à garantia da dignidade da pessoa humana.

O princípio em tela, por óbvio, acabou produzindo seus efeitos no campo do Direito de Família, haja vista ter revogado toda a regulamentação que norteava referida instituição quando da promulgação e vigência do Código Civil de 1916, ao estabelecer a igualdade entre os cônjuges e companheiros, a igualdade de direitos e qualificações dos filhos independentemente da natureza da filiação (Art. 227, § 6º, CF/88), dentre outras novidades, sendo certo, aliás,

⁴³ ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 87.

que, para muitos doutrinadores de escol, esta última é considerada a principal e radical modificação havida.

Dessa forma, não mais se permite a interpretação de normas relativas à filiação que possam revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais que outrora infelizmente existiram.

É preciso que se diga que a isonomia em discussão, a par da ampliação do rol de entidades familiares contemplado pelo texto constitucional, está a determinar, não obstante as diferenciações de origem e formação de cada uma delas, que a proteção conferida pelo Estado seja deferida de modo exatamente idêntico.

Com isso, está a se dizer que não existe, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, qualquer possibilidade de hierarquização entre as espécies de entidades familiares exemplificativamente existentes, ou seja, não é defeso interpretar-se o Art. 226 da Constituição Federal e seus respectivos parágrafos no sentido de se concretizar a existência de famílias de várias classes ou castas, sobrepujantes umas às outras.

Porém, necessário se faz o alerta proferido por Rosana Amara Girardi Fachin:

[...] esta realidade revela uma radical alteração de percurso diante do padrão estabelecido pelo legislador de 1916, que tomou como modelo os casamentos formalizados, muito embora as raízes históricas do Brasil Colônia indicassem, já naquela época, a presença de uma pluralidade de uniões fáticas. O reconhecimento dos novos papéis e funções dentro da família, ora marcado, ao menos no texto constitucional, pelo princípio da igualdade, requer mecanismo de atuação para sua efetiva implementação, especialmente do Poder Judiciário.⁴⁴

⁴⁴ FACHIN, 2001, p. 138.

A igualdade trouxe para dentro do seio familiar uma reafirmação e uma reformulação da necessidade do respeito e da assistência mútua entre homens e mulheres enquanto membros de suas respectivas entidades familiares, haja vista não existir a preponderância do pensamento de um sobre outro tanto no que se refere à administração da célula em si, dos bens patrimoniais que a compõem, quanto ao exercício do poder familiar (poder parental) quando da existência de prole comum.

Assim, sem sombra de dúvidas, tem-se que tanto no pormenor referente à condução dos destinos da família quanto na particularidade representada pela condição de filho, o princípio da igualdade traz a regra segundo a qual não mais se admitem discriminações, de maneira que o casal é quem decidirá em conjunto pelos caminhos a serem trilhados pela família, e a condição de filho, por si só, impede o tratamento diferenciado com justificativa na sua origem.

No que tange ao tema específico de estudo, afirma a advogada gaúcha Mônica Guazzelli Estrougo:

[...] deve-se reconhecer que a consolidação da igualdade como direito fundamental constitui verdadeira conquista do Direito [...]. Na família, o advento da igualdade foi causa determinante para o avanço das relações familiares, tanto entre os cônjuges ou companheiros, quanto entre pais e filhos.⁴⁵

Aliás, não se pode deslembrar que a concretização da igualdade é preponderante para o correto desenvolvimento de qualquer organização social, quanto mais para a célula base dela própria.

3.3 Princípio da afetividade

⁴⁵ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: MADALENO, Rolf Hassen; WELTER, Belmiro Pedro (coords.). **Direitos fundamentais do direito de família**. São Paulo: Renovar, 2002, p. 321.

O princípio da afetividade diz respeito à demonstração de que a constituição de toda e qualquer entidade familiar tem como razão única e precípua a afeição havida entre os indivíduos, de forma que a inexistência de tal sentimento sempre habilita e conduz ao encerramento da união, pois, evidentemente, sem comunhão de vida representada por respeito e carinho mútuos não há família.

Em suma, a *affectio* é a *ratio* única de todas as entidades familiares e também das relações de filiação.

De acordo com Silvana Maria Carbonera:

[...] a partir do momento em que o sujeito passou a ocupar uma posição central, era esperado que novos elementos ingressassem na esfera jurídica. E foi o que se observou em relação ao afeto. A vontade de estar e permanecer junto a outra pessoa revelou-se um elemento de grande importância tanto na constituição de uma família, assim como em sua dissolução. As pessoas passaram a se preocupar mais com o que sentiam do que com adequação de seus atos ao modelo jurídico.⁴⁶

Chegou-se à conclusão, de maneira inexorável, de que a união entre pessoas, com o escopo de formar uma entidade familiar (qualquer que seja sua denominação) e de conquistar objetivos em comum, está intrinsecamente ligada à questão do sentimento de afeição, de amor que liga tais agentes, merecendo ele ser, então, jurisdicizado.

Aliás, é através do importante papel do afeto que se chegou à conclusão de que o casamento, *ad exemplum*, não poderia manter-se indissolúvel e inquebrantável, haja vista que, do ponto de vista da aplicação da razoabilidade jurídica, não mais se verificava espaço para a existência de uma imposição de índole constitucional que estava a exigir a manutenção de uma sociedade familiar cujo amor e afeto ruíram há tempos, impingindo

⁴⁶ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações familiares. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2000, p. 297.

eternamente àqueles agentes a pecha do fracasso e a impossibilidade de lhes permitir um novo recomeço, oxalá mais feliz que o anterior.⁴⁷

Não se pode perder de vista, como bem lembra Diogo Leite de Campos, que “[...] a lei quer que os cônjuges estejam sempre em condições de pôr termo a uma relação conjugal inviável”.⁴⁸

Nesse sentido, a precisa lição de Luiz Edson Fachin:

[...] uma história construída a quatro mãos tende ao sentido da permanência. Todavia a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado. Chega-se, assim, por diversas vias, ao fim da sociedade conjugal. Dissolve-se o casamento. A sentença executa os efeitos da dissolução. Término do projeto parental. Um pouso, não raro, marcado pelos solavancos da turbulência.⁴⁹

Embora, inafastável seja a alteração no sentido de que a lei não tenha, por óbvio, força suficiente para criar um sentimento, pode elegê-lo como amálgama, como alicerce para determinado instituto, ainda mais dentro do Direito de Família, no qual as relações são extremamente permeadas por feixes emocionais, afetivos e amorosos, enfim, passionais, normatizando, então, seus fundamentos.⁵⁰

Nessa esteira de pensamento, Sérgio Gischkow Pereira pondera, com a perspicácia de sempre, que não será:

[...] logo no direito de família que deixará o valor jurídico do amor de merecer especial apreço. O significado, o sentido, a razão de ser, o valor de uma união entre duas ou mais pessoas

⁴⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 239: “A efetividade é instrumento ou de manutenção da união familiar ou de seu esfacelamento diante da constatação, pelos membros da família, de que entres eles já não mais existe força suficiente para manter unidos os laços da união”.

⁴⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 285.

⁴⁹ FACHIN, 1999, p. 169.

⁵⁰ BARROS, Sérgio Resende. A tutela constitucional do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2005, p. 889: “Em suma: a realização da personalidade humana segundo os padrões da dignidade já alcançados na atualidade histórica da civilização é o princípio e o fim da tutela constitucional do afeto”.

é posto e subsiste em função da afeição que as vincula. Corolários desta asserção consistem em repelir o despotismo masculino; em vislumbrar na família um grupo fundado na mútua afeição, mais do que pela autoridade marital ou de quem quer que seja; em reduzir os fatores organizacionais e hierárquicos na estrutura familiar; em fomentar a liberdade e a igualdade nas interações familiares.⁵¹

Os fundamentos da afetividade estão assegurados em vários dispositivos do texto constitucional, podendo-se citar, a título exemplificativo, os Arts. 226, § 4º (a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida), 227, *caput* (o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente), § 5º (a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos), § 6º (todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem), dentre outros.

José Sebastião de Oliveira sintetiza a questão, aduzindo:

[...] a afetividade não foi esquecida pelo constituinte. Ao mesmo tempo em que estabeleceu como princípio constitucional do direito de família a obrigação de os pais assistirem, criarem e educarem os filhos menores, determinou, com a mesma intensidade e obrigação de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (Art. 229, CF). Foi mais longe: demonstrando os valores humanitários de nossos dias, estabeleceu como dever de todas as espécies de família o amparo aos idosos (não só aos parentes, mas a qualquer idoso), assegurando sua integração na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito a uma vida sadia (Art. 230, *caput*, CF).⁵²

Assim, e respeitando os caracteres subjetivos que são ínsitos a família, houve por bem o legislador, acertadamente, em transformá-los em diretrizes legislativas para sua melhor proteção.

⁵¹ PEREIRA, Sérgio Gisckow. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 26.

⁵² OLIVEIRA, 2002, p. 238.

3.4 Princípio da liberdade e do livre planejamento familiar

A liberdade é um eterno conquistar, ampliada na mesma medida em que cresce o domínio do homem sobre a natureza e as relações sociais desenvolvidas com outros homens, almejando, por fim, a própria expansão da personalidade do indivíduo.⁵³

Na Declaração de 1789, conceituou-se o termo como:

[...] poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar, aditando que A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade.

Entretanto, a conceituação apresentada pelo jurista José Afonso da Silva mostra-se mais consentânea com os objetivos deste compilado, ao deixar expresso que a “[...] liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.⁵⁴

Em prosseguimento e pela propriedade da lição, útil transcrever o conceito proposto pelo citado constitucionalista:

Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à idéia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. E aqui, aquele sentido histórico da liberdade se insere na sua acepção jurídico-política. Assim, por exemplo, deixar o povo na ignorância, na falta de escola, é negar-lhe a possibilidade de coordenação consciente daqueles meios; oprimir o homem, o povo, é retirar-lhe aquela possibilidade etc.

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 234.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 236.

Desse modo, também, na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo, mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades de coordenação de meios necessários à expansão da personalidade de cada um.⁵⁵

Em epítome, a liberdade, na medida em que se amplia, é um autêntico estado de propiciar ao homem completa efetivação da sua personalidade, necessariamente transpondo os mais diversos obstáculos que se interpõem em seu caminho.

Inegavelmente, a liberdade é um dos parâmetros principiológicos do direito de família, na exata medida em que existe uma considerável margem de discricionariade no que se refere à formação da referida entidade, mormente no que diz respeito à escolha dos parceiros, da forma de constituição da prole, do regime patrimonial, etc.

O direito de liberdade também espraia efeitos no campo protetivo do direito à privacidade e à intimidade, pertencentes e inerentes ao indivíduo, sendo decorrência lógica da implementação do princípio constitucional da proteção da dignidade humana, eis que tanto a vida privada por envolver todos os relacionamentos da pessoa, inclusive seus objetivos, suas aspirações e seus desejos, quanto à intimidade em razão de circundar as relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, fazem parte de sua estrutura.⁵⁶

⁵⁵ Ibidem, mesma página.

⁵⁶ ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 103-104: “[...] a vida social do indivíduo se divide em duas esferas: a pública e a privada. Por privacidade, de conseguinte, deve-se entender os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e o segredo dos negócios. Assim, dentro dessa esfera teríamos demarcado o território próprio da privacidade. Entretanto, como se disse, no território da privacidade é que se desenvolvem, por exemplo, as relações conjugais, as relações entre pai e filho, irmãos, namorados etc., que são peculiarizadas exatamente pela interpessoalidade. Assim, havendo mais de uma pessoa envolvida, existe, por evidente, espaço para a violação de direitos, e é nessa porção dos relacionamentos sociais – a chamada ‘tirania da vida privada’ – que ganha importância o conceito de intimidade. A privacidade resguarda o indivíduo da publicidade. Entretanto, qual seria a proteção jurídica individual em face de abusos cometidos dentro da esfera privada? Exatamente o direito de intimidade. Em resumo, a conclusão que se extrai do texto constitucional é que a vida social dos indivíduos não possui somente dois espaços, o público e o privado, pois neste se opera nova subdivisão, entre a intimidade e a privacidade propriamente dita. Poderíamos ilustrar a vida social como um grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, em cujo

Sob esse aspecto e tendo ligação com a temática ora desenvolvida, interessante o caso concreto narrado por Amitai Etzioni.⁵⁷

Nos Estados Unidos, por volta de 1990 – tendo em vista o crime sexual a que fora submetida a criança Megan Kanka, de New Jersey – o clamor popular levou diversos Estados a promulgarem leis, nominadas *Megan's Laws*, que obrigavam as pessoas que haviam cometido abusos sexuais e, frise-se, já cumprido suas penas, a se registrarem perante as autoridades locais.

Posteriormente, em 1994, o Congresso encorajou o restante dos Estados a promulgarem leis no mesmo sentido.

Assim, em algumas localidades a polícia notifica a comunidade de que o novo vizinho já cometeu alguma espécie de abuso, em outras é tornado público o endereço do ofensor sexual e, ainda, outras requerem amostras de sangue, cabelo ou saliva para criar um banco de dados de DNA, para ser utilizado em futuras investigações de casos dessa jaez.

Poucos crimes aterrorizam mais os pais do que o abuso sexual de seus filhos, contudo, vozes foram levantadas no sentido de defenderem os direitos básicos dos ofensores sexuais, clamando que, sob o prisma constitucional, a obrigação delineada em tais diplomas legais acarreta uma dupla punição pelo mesmo delito: eis que o registro e a notificação à comunidade constituem ambas formas de punição, em especial para aqueles criminosos que estavam cumprindo sua pena ou que já a haviam cumprido; ofendem o devido processo legal: não oportunizando ao acusado a possibilidade sequer de ser ouvido quando deixa de se registrar e tampouco existe uma notificação prévia; e, por fim, os críticos argumentam que tais leis impõem uma pena cruel e desumana.

interior seria apostroado ainda mais constricto e impenetrável, o da intimidade. Assim, o conceito de intimidade tem valor exatamente quando oposto ao da privacidade, pois, se se cogita da tirania da vida privada, aduz-se exatamente à tirania da violação da intimidade, como, por exemplo, o pai que devassa o diário da filha adolescente ou viola o sigilo das suas comunicações”.

⁵⁷ ETZIONI, Amitai. *The limits of privacy*. S.l.: s.e., 2000, p. 43-74.

Para as Cortes americanas, o fim precípua das *Megan's Laws* é proteger a comunidade ao invés de constituir punição adicional ou desproporcional ao crime praticado, embora tenham aceitado que no caso de descumprimento dos ditames da legislação específica os acusados deveriam ser previamente notificados e ouvidos judicialmente.

Aqui, à evidência, a balança do Direito deverá sopesar sobre um de seus pratos o bem comum da coletividade e a proteção de suas crianças e, de outro, os direitos inalienáveis à privacidade e à dignidade dos ofensores sexuais que já adimpliram seu débito para com a sociedade que, ao que nos parece, necessitam mais de ajuda do que uma punição adicional.

Em continuidade, como corolário e desdobramento do princípio da liberdade, encontra-se o vetor referente ao livre planejamento familiar.

De acordo com a norma insculpida no § 6º do Art. 226 da Constituição Federal, tem-se que 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.

No plano infraconstitucional, foi editada e promulgada a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, prevendo e reafirmando o planejamento familiar como sendo um direito de todo cidadão, e não apenas do casal.

Assim, pode-se definir planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem, ou pelo casal,⁵⁸ não

⁵⁸ PAGNAN, Rogério. Justiça de SP aceita feto como autor de ação: O Órgão Especial do TJ (Tribunal de Justiça) de São Paulo reconheceu o direito de um feto de entrar com uma ação judicial para garantir o atendimento médico da mãe. Nem o TJ-SP nem o STJ (Superior Tribunal de Justiça) têm conhecimento de casos semelhantes. A decisão pioneira ocorreu em três agravos de instrumento movidos pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de presas grávidas da Cadeia Pública de São Bernardo do Campo que necessitavam de exames de pré-natal adequados. Outros cinco aguardam julgamento. A defensoria recorreu ao TJ após o juiz de primeira instância de São Bernardo negar o recebimento da ação com o feto figurando como autor, o chamado pólo ativo. A ação, segundo o magistrado, deveria ser apresentada no nome dos pais. 'Eleito o nascituro para integrar o pólo ativo da ação, não

se perdendo de vista que ao Estado cabe a promoção de ações preventivas e educativas para esse planejamento, e a garantia do acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Para Lydia Neves Bastos Telles Nunes:

[...] com tranquilidade, pode-se afirmar que o planejamento familiar, como previsto, por primeiro no texto constitucional e repetido agora na nova Lei Civil, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, deve ser exercido, conscientemente, objetivando melhorar a qualidade de vida do cidadão brasileiro, buscando o bem-estar e educação para os filhos. Portanto, as medidas a serem tomadas são as destinadas a evitar a gravidez indesejada, ou 'fora de época', e estabelecer o 'tamanho' da família de acordo com as possibilidades financeiras do casal.⁵⁹

Todavia, não se pode perder de vista que o planejamento familiar e a paternidade somente terão condições de serem exercidas de forma

poderia o juiz determinar a emenda da inicial por entender impossível a figuração do feto como autor em qualquer espécie de demanda. Isso porque, segunda a jurisprudência, pode o feto, devidamente representado, desde o momento da concepção, ainda que desprovido de personalidade jurídica, pleitear judicialmente seus direitos', diz trecho do acórdão relatado pelo desembargador José Cardinale, em que também participaram os desembargadores Canguçu de Almeida (presidente) e Sidnei Beneti. A decisão, segundo especialistas ouvidos pela Folha, abre um precedente importante, pois estende ao feto os mesmos direitos de uma criança. 'O que o desembargador fez foi criar um mecanismo que estende ao titular de direito, o nascituro, devidamente representado pela mãe, seus direitos garantidos judicialmente', disse o presidente da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) de São Paulo, Luiz Flávio Borges D'Urso. Ainda conforme os especialistas, essa decisão burla o entendimento da área cível, que considera a pessoa como personalidade jurídica após o nascimento com vida, usando a própria Constituição. Para o responsável pelas ações, o defensor Marcelo Carneiro Novaes, a precedência criada com a decisão do tribunal é o fato mais comemorado neste momento, já que os autores da ação já nasceram e não puderam se beneficiar do entendimento do TJ. Novaes utilizou os fetos nas ações porque preferiu usar o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), no Juizado da Criança e do Adolescente, já que ele tem definições claras de proteção à criança, a principal beneficiada com o pré-natal bem-feito. Ele disse que poderia tentar o atendimento às presas pelo âmbito administrativo ou na área cível, mas as chances seriam menores. 'As chances de vitórias com o ECA seriam melhores porque existe o princípio da proteção legal'. Segundo Novaes, em pesquisa feita pela Defensoria foi encontrado no Brasil apenas um caso anterior em que a Justiça considerou o feto como pólo ativo, mas em uma ação de verificação de paternidade. O caso também foi julgado pelo TJ. Fonte: **Folha Online**. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/PORTAL.www_media.show?p_id=1184506&p_settingss_etid=11257&p_s_ettngssiteid=0&p_siteid=118&p_type=basetext&p_textid=1184507>. Acesso em: 12 nov. 2005.

⁵⁹ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Regimes matrimoniais de bens**. Leme: J. H. Mizuno, 2005, p. 33.

efetivamente responsável, quando o Estado compreender, realmente, a extensão e a importância da convivência familiar e comunitária apresentado no bojo dos direitos constitucionais fundamentais.

3.5 Princípio da pluralidade familiar

O chamado princípio da pluralidade familiar se encontra devidamente encartado nos §§ 3º e 4º do Art. 226 da Constituição Federal, na exata medida em que referidos dispositivos basilares quebraram a primazia e o monopólio de que sempre desfrutou o casamento como única forma de formação de família, surgindo, assim, entidades familiares derivadas da união estável e da monoparentalidade.

Foi justamente em razão dessa quebra de *exclusividade familiar* que hoje se reconhece a possibilidade de formação de entidades da mesma natureza formadas por pessoas do mesmo sexo, as chamadas *uniões homoafetivas*, mesmo não havendo normatização específica que regulamente tal assunto.

Ocorre, porém, que o operador do direito não se pode furtar à análise de caso concreto pelo simples fato de não-existência de uma lei que regulamente uma situação específica, uma vez que o sistema jurídico lhe outorga totais e irrestritas condições para que a omissão legislativa não venha a prejudicar o cidadão, o jurisdicionado.

Deve ele, então, interpretar e integrar as normas constitucionais e infraconstitucionais já existentes, a fim apresentar à problemática uma solução justa e adequada, mesmo porque, como bem salienta Rui Geraldo Camargo Viana:

[...] o devenir jurídico da família parece caminhar para a disciplina dos fatos correntes; questiona-se o direito familiar

moralista, com regras orientadoras e pedagógicas, devendo tender o legislador, em matéria de relações privadas, para uma absoluta neutralidade, limitando-se o Direito a conformar-se aos fatos revelados pelos costumes, daí que não pode fechar seus olhos, o legislador, à realidade que se mostra e clama pelo acesso à legalidade.⁶⁰

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, toda a atividade estatal, seja ela legislativa, administrativa ou judiciária está adstrita e vinculada à obediência máxima e irrestrita ao já por vezes mencionado princípio basilar da proteção da dignidade da pessoa humana,⁶¹ sendo certo que, nesse diapasão, difícil se sustenta a defesa de que um homossexual não estaria juridicamente apto a constituir uma família ou a receber a proteção estatal sobre seu envolvimento afetivo com outrem, pois o rol apresentado pelo Art. 226 da *Lex Major* jamais poderá ser considerado taxativo, mas sim, exemplificativo, não nos sendo possível, *permissa venia*, concordar com a afirmação levada a cabo, nesse particular, por Débora Vanessa Caús Brandão, para quem “[...] acredita-se carecer de fundamento jurídico a afirmação que diz que se pode considerar as parcerias homossexuais como uma entidade familiar”.⁶²

Com todo o respeito que deve ser devotado ao entendimento esposado pela nobre jurista, a verdade é que, ao se seguir o delineamento traçado pelo princípio fundamental da dignidade humana, não há como conceber a ausência ou a carência de fundamento jurídico para o legítimo amparo das denominadas parcerias homoafetivas enquanto reais entidades familiares, na medida em que o suporte jurídico para tanto se encontra positivado no próprio Texto Constitucional vigente – norma de inegável supremacia hierárquica, ponto de partida e de obediência para todos os demais regramentos jurídicos existentes e por existirem.

⁶⁰ VIANA, Rui Geraldo Camargo (org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38.

⁶¹ ZOLLINGER, 2006, p. 61: “Os direitos fundamentais acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, positivadas na Constituição, retiram-se da esfera de livre disponibilidade dos poderes públicos, vinculando-os positiva e negativamente”.

⁶² *Ibidem*, p. 87.

Ademais, não se pode olvidar que, pela importância que lhe cabe em decorrência da dignidade humana, o tão propagado princípio da isonomia (direito fundamental, e, portanto, norma constitucional de eficácia plena) também empresta suporte de constitucionalidade, legitimidade e legalidade ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, tendo em vista que, conforme já declinado, a orientação sexual, por si só, não pode e jamais poderá ser considerada e utilizada como fator de descrimen entre cidadãos heterossexuais e homossexuais.

Valendo-se da moderna roupagem que deve ser emprestada à *família*, considerando esta como um legítimo espaço de preservação e tutela da dignidade da pessoa humana, não parece ser possível o não-reconhecimento da parceria homossexual formada pela junção de valores, pensamentos e afetividade como entidade familiar, pois seria aceitar a nefasta idéia da existência de cidadãos brasileiros de primeira e de segunda escala, o que se cumpre a todo custo evitar.

Imperativo salientar também:

*El derecho, como és lógico, no puede cerrar los ojos a la existencia de determinados hechos sociales que reclaman una tutela jurídica, bien porque responden a una legítima demanda, producto de un cambio de mentalidad que há consolidado determinados comportamientos; bien porque su no regulación contribuye a la persistência de situaciones que aparecen como injustas em la percepción de la sociedad. Pero en ambos os casos, el Legislador debe ser muy cuidadoso a la hora de tomar posiciones cuando hay debates doctrinales abiertos, evitando que la positivación normativa esté demasiado condicionada por presupuestos ideológicos o políticos.*⁶³

A título de confirmação da importância do princípio da pluralidade familiar, pode-se citar a existência das famílias *anaparental* e *eudemonista*, defendidas por Maria Berenice Dias⁶⁴ e as chamadas *famílias simultâneas*, cujo

⁶³ FERNÁNDEZ, Pedro A. Talavera. **Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales: propuestas de regulación en España**. Madri: SPEd, 1999, p. 18.

⁶⁴ DIAS; PEREIRA, 2002, p. 37-49.

fenômeno e conseqüências jurídicas foram brillantemente explanadas por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.⁶⁵

Aliás, sobre a questão da proteção jurídica das famílias simultâneas, interessante trazer à colação recente julgamento proferido no âmbito da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na exata medida em que restou ali assentado e reconhecido pelo Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, a possibilidade de se manter uma união estável paralela ao casamento e daí se extraírem conseqüências jurídico-protetivas.⁶⁶

Importante, também, transcrever texto da lavra de Luiz Edson Fachin,⁶⁷ constante do acervo de artigos do *site* do Instituto Brasileiro de Direito de Família, na medida em que ali se apresenta a discussão do reconhecimento do vínculo familiar fundado na amizade, demonstrando-se, uma vez mais, a impossibilidade de se considerar referido fenômeno como conceito fechado ou *numerus clausus*.

Vejamos:

A família constitui um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade. É uma arena na qual tudo está sempre para ser dito, o que reconstrói, no presente, os limites do passado sob as vestes da modernidade, e projeta para o futuro as interrogações próprias do destino que se quer ver prometido. Eles foram felizes para sempre era o dístico que encimava o brasão dos enlaces. Mais tarde apreende-se que seja infinito enquanto dure. E nos dias correntes assume-se que viveram felizes por um certo tempo. Sustenta-se uma concepção plural e aberta de família que, de algum modo, conforte, agasalhe e dê abrigo durante o trânsito da jornada de cada um e de todos coletivamente. Nela se ambiciona todo o desfrute possível sem perder a percepção poética da própria existência. Anda-se, pois, no equilíbrio da corda bamba do impossível. A esperança é a alavanca que nos sustenta contra as adversidades. Não

⁶⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, passim.

⁶⁶ Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/versao_impresao.html>. Acesso em: 11 jan. 2007.

⁶⁷ Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=59>>. Acesso em: 13 jan. 2007.

será precisamente de códigos que esse porvir reclama e sim da superação dos algoritmos que querem, preventivamente, explicar e conter a vida. Superar uma percepção fundamentalista da família na estrutura que simplifica o bem e o mal. A família é mais que essa dualidade, é ambivalente, é complexa e sem polarizações. Uma das propostas é edificar a família da amizade como vínculo. Propomos a família cidadã pela ternura e pelo afeto. Abrir espaço para o reconhecimento da inclusão na cidadania da amizade, que é, quem sabe, o que mais nos resta no tempo da intolerância. Quiçá na família se veja o que Cícero viu na amizade: Quem olha para um amigo verdadeiro vê nele, por assim dizer, uma imagem (exempla) de si mesmo. É por isso que os amigos, ainda que ausentes, estão presentes; ainda que pobres, têm abundância, ainda que fracos, são fortes e, o que é mais difícil de dizer, ainda que mortos, estão vivos.

Em Portugal, atentando-se para os fenômenos que envolvem o chamado *contrato de gestão* e sua dificuldade de aceitação nos dias atuais, Guilherme Freire Falcão de Oliveira afirma:

Não sigo a máxima extrema de que 'só não é natural o que não se pode fazer', e não espero que a gestação para outrem se venha a tornar um sucesso generalizado. Mas não será muito surpreendente que a razão humana vá reconhecendo, aqui ou acolá, algumas vantagens na utilização do processo, para depois uma tolerância insuspeitada acabar por admiti-lo, num ou noutro caso. Para já, a gestação para outrem é considerada um fenômeno perturbante demais para ser bem aceite. Assim – e por enquanto – não é legítimo emendar esse velho emblema da nossa cultura afectiva – 'Mãe há só uma!'.⁶⁸

Em resumo, o que fica claro em relação ao tema ora em discussão, diz respeito ao fato de que, em face da natureza, da essência da própria família, impossível se mostra, validamente, que referido grupo social venha a ser enclausurado por definições estatais limitadoras, taxativas e estáticas, valendo destacar, uma vez mais, que não foi esse, por óvio, o objetivo do legislador constituinte quando da confecção da atual Carta Política.

3.6 Privacidade e intimidade

⁶⁸ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe só há duas**: o contrato de gestação. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 98-99.

Inafastável conclusão diante da amplitude da temática ora posta em discussão é a aceitação de que o direito à privacidade e à intimidade, pertencentes e inerentes ao indivíduo e a célula familiar, é decorrência lógica da implementação do princípio constitucional da proteção da dignidade humana como instrumento fundamental, eis que tanto a vida privada – por envolver todos os relacionamentos da pessoa, inclusive seus objetivos, suas aspirações e seus desejos – quanto a intimidade – em razão de circundar as relações subjetivas e de trato íntimo, fazem parte de sua estrutura.

Nesse particular, e pelo brilhantismo que lhes é peculiar, necessário trazer à lume o pensamento dos constitucionalistas pátrios Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Júnior, segundo os quais:

...a vida social do indivíduo se divide em duas esferas: a pública e a privada. Por privacidade, de conseguinte, deve-se entender os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e o segredo dos negócios. Assim, dentro dessa esfera teríamos demarcado o território próprio da privacidade. Entretanto, como se disse, no território da privacidade é que se desenvolvem, por exemplo, as relações conjugais, as relações entre pai e filho, irmãos, namorados etc., que são peculiarizadas exatamente pela interpessoalidade. Assim, havendo mais de uma pessoa envolvida, existe, por evidente, espaço para a violação de direitos, e é nessa porção dos relacionamentos sociais – a chamada ‘tirania da vida privada’ – que ganha importância o conceito de intimidade. A privacidade resguarda o indivíduo da publicidade. Entretanto, qual seria a proteção jurídica individual em face de abusos cometidos dentro da esfera privada? Exatamente o direito de intimidade. Em resumo, a conclusão que se extrai do texto constitucional é que a vida social dos indivíduos não possui somente dois espaços, o público e o privado, pois neste se opera nova subdivisão, entre a intimidade e a privacidade propriamente dita. Poderíamos ilustrar a vida social como um grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, em cujo interior seria aposto um ainda mais constricto e impenetrável, o da intimidade. Assim, o conceito de intimidade tem valor exatamente quando oposto ao da privacidade, pois, se se cogita da tirania da vida privada, aduz-se exatamente à tirania da violação da intimidade, como,

*por exemplo, o pai que devassa o diário da filha adolescente ou viola o sigilo das suas comunicações*⁶⁹.

Coadunando com tal posicionamento, Paulo José da Costa Júnior salienta que:

*...o direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade. Ou, mais precisamente, enquadra-se entre os direitos que constituem um atributo da personalidade, caracterizando-se por ser absoluto, indisponível e por não se revestir de natureza patrimonial. Os direitos da personalidade, por serem essenciais, são direitos inatos, inerentes a cada pessoa, que, como tal, nasce provida desse bem, o qual consiste em, querendo, subtrair-se à publicidade para recolher-se na própria reserva. Quer-nos parecer, entretanto, que, como o direito à intimidade provém da liberdade, é esta que é inata, enquanto direito da personalidade. O direito de alguém poder recolher-se à soledade, pois, nada mais é que um efeito do exercício da liberdade, consistente em fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Os direitos da personalidade, por estarem ligados ao desenvolvimento da pessoa humana, representam uma garantia à preservação de sua dignidade.*⁷⁰

Diante de tal quadro, irrefragável a pertinência de citar o fato de a Constituição dos Estados Unidos da América não ter positivado qualquer dispositivo basilar diretamente ligado ao direito à privacidade (aliás, tampouco se encontra presente o próprio vocábulo).

Essa condição está extremamente enraizada na mentalidade dos cidadãos norte-americanos, podendo-se citar, *ad exemplum*, o julgamento proferido no caso *Joan W. vs. City of Chicago*, no qual uma americana abordada por um policial em razão de conduzir seu veículo na contramão – após segui-lo com seu próprio veículo até o Departamento de Polícia – foi deixada sem comunicação e submetida a uma revista íntima das cavidades corporais.

⁶⁹ ARAUJO, Luiz Alberto e NUNES Júnior, Vidal Serrano. Op. cit., p. 103/104.

⁷⁰ COSTA Júnior, Paulo José da. *Agressões à intimidade: o episódio Lady Di*, p.41.

Tal precedente desencadeou a busca pelos direitos violados e escancarou a política de atuação da polícia de Chicago, que procedia a revista íntima até mesmo em mulheres que recebiam simples multas de trânsito ou que não estavam com os documentos do veículo em ordem. Em repúdio à atitude, a *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, asseverou que essa espécie de revista é uma das mais humilhantes formas de invasão de privacidade imagináveis, *in verbis*:

The Court also considered the nature of the search, declaring that a strip search is 'one of the more humiliating invasions of privacy imaginable ... dehumanizing, terrifying, repulsive ... signifying degradation and submission'. The court said: 'Balanced against the [women's] privacy interests, such searches cannot be considered reasonable'.⁷¹

Outro caso americano que merece atenção ocorreu em 30 de outubro de 1979, na cidade de Los Angeles, registrado como *Miller vs. NBC*. O processo conta que o Sr. Dave Miller, vítima de um ataque cardíaco, foi socorrido por para-médicos acompanhados de uma equipe local da rede de televisão NBC, a qual adentrou o apartamento da família e gravou todo o episódio.

Cerca de três semanas depois, a esposa e a filha de Miller, que não resistiu ao ataque, assistiam ao telejornal das seis horas da noite quando foram brindadas com as imagens do familiar agonizando e morrendo. A Corte de Apelações da Califórnia entendeu que a atitude da equipe de filmagem, com sua conduta altamente ofensiva, invadiu a privacidade daquela família⁷².

Ainda nos Estados Unidos, agora recontando história contida em obra do professor Amitai Etzioni, da Universidade George Washington, por volta de 1990, tendo em vista o crime sexual cometido contra a criança Megan Kanka, de New Jersey, o clamor popular levou diversos Estados a promulgar leis, nominadas *Megan's Laws*, que obrigavam autores de abusos sexuais – depois de já terem cumprido suas penas – a se registrarem perante as

⁷¹ ALDERMAN, Ellen e KENNEDY, Caroline. *The right to privacy*, p. 16.

⁷² *Ib.*, *ibid.*, p. 187.

autoridades locais. Posteriormente, em 1994, o Congresso encorajou o restante dos estados a promulgarem leis no mesmo sentido. Assim, em algumas localidades a polícia notifica a comunidade de que o novo vizinho já cometeu alguma espécie de abuso; em outras, é tornado público o endereço do ofensor sexual e, outras ainda, requerem amostras de sangue, cabelo ou saliva para alimentar um banco de dados de DNA utilizado em eventuais investigações de casos dessa natureza.

Poucos crimes aterrorizam mais os pais do que o abuso sexual de seus filhos. Contudo, vozes foram levantadas no sentido de defender os direitos básicos dos ofensores sexuais, clamando que, sob o prisma constitucional, a obrigação delineada nesses disseminados diplomas legais estava acarretando uma dupla punição pelo mesmo delito, vez que o registro e a notificação à comunidade também constituem formas de punição, em especial para aqueles criminosos que estavam cumprindo a pena ou já a haviam cumprido. A pena dupla ofendia o devido processo legal, não oportunizando ao acusado sequer a possibilidade de ser ouvido nem tampouco concedendo direito a uma notificação prévia. Por fim, os críticos argumentam que tais leis impõem uma pena cruel e desumana.

Para as Cortes americanas, o fim precípua das *Megan's Laws* é proteger a comunidade ao invés de constituir punição adicional ou desproporcional ao crime praticado, embora tenham aceitado que, no caso de descumprimento dos ditames da legislação específica, os acusados deveriam ser previamente notificados e ouvidos judicialmente.

É certo que o direito à privacidade e à intimidade, tanto lá quanto aqui, não é absoluto nem pode suplantar outros direitos fundamentais e o próprio bem comum da coletividade. Merecem atenção novamente as palavras do professor Amitai Etzioni, *ipsis verbis*: *It should be noted, though, that privacy is not an absolute value and does not trump all other rights or concerns for the common good.*⁷³

⁷³ ETZIONI, Amitai. Op. cit., p. 38.

Neste episódio, à evidência, a balança do Direito deverá sopesar sobre um de seus pratos o bem comum da coletividade e a proteção de suas crianças e, sobre o outro, os direitos inalienáveis à privacidade e à dignidade dos ofensores sexuais que já adimpliram seu débito para com a sociedade e, ao que parece, necessitam mais de ajuda do que de uma punição adicional.

Nesse panorama, discorda-se aqui do posicionamento adotado pelas *Megan's Laws* e das próprias Cortes norte-americanas, tendo em vista que tal sistemática fere de morte a dignidade da pessoa humana.

Explica-se.

Ao adotar o posicionamento firmado nos EE. UU., imputando-se ao agente que cumpriu pena pela prática de determinado delito e que quitou seu débito com a sociedade eterna mácula, atingindo inexoravelmente sua intimidade, eis que para todo o sempre estará ele sujeito à execração da sociedade, o que, salvo melhor juízo, vem de encontro com o anseio mundial de proteção aos direitos humanos.

Ora, pode-se citar como corolário do exposto, a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, comumente denominada de *Pacto de San José da Costa Rica*, o qual, mais precisamente em seu artigo 5.º, consagra o direito à integridade pessoal. Senão vejamos.

Art. 5.º Direito à integridade pessoal.

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (g.n.).

Se contra o preso não é permitida a perpetração de qualquer ato que atente em desfavor de sua dignidade, será que poderia sê-lo em relação àquele que já se encontra totalmente reabilitado? Evidente que não! Em verdade, merece aplausos o ordenamento jurídico pátrio, pois, trata a temática em apreço com respeito à dignidade que é inerente a todo e qualquer ser humano, indistintamente. Não parecem, assim, adequados a visão e o posicionamento norte-americanos sobre o assunto, ainda mais ao se levar em consideração que a posição lá adotada se apresenta em total antagonismo em relação ao tratado internacional noticiado linhas atrás, o qual, frise-se, foi também subscrito pelo país.

3 Da homossexualidade e seu tratamento jurídico

A real finalidade do presente trabalho é discutir se há necessidade de uma maior efetividade das normas constitucionais, mormente aquelas afetas aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, para que estas produzam seus efeitos perante todos os cidadãos, ou, se apenas uma parcela “privilegiada” possui e desfruta de tal prerrogativa. Dentro desse panorama escolheu-se como objeto de cotejo analítico a problemática discriminatória envolvendo pessoas cuja orientação sexual se inclinou à homossexualidade.

Entrementes, e no afã de atingir o propósito perseguido, indispensável se verifica a demonstração conceitual do vocábulo “homossexualidade”, cuja expressão surgiu, primeiramente, no longínquo ano de 1869, por intermédio do médico húngaro Karoly Benkert. Em verdade, a palavra “homossexual” deriva do grego, no que tange ao prefixo *hómos* (*o mesmo/semelhante*), e do latim, no que pertine ao sufixo *sexu* (*relativo ou pertencente ao sexo*), de onde se depreende que o termo pode ser definido como caracterizador de pessoas que possuem preferência e satisfação em manter relacionamentos afetivos e sexuais com indivíduos de idêntico sexo.

Não há dúvida de que as questões permanentes à homossexualidade são por demais intrincadas, tanto que existem diversas concepções a seu respeito e outras inúmeras óticas de avaliação do tema. Para o vertente trabalho, buscou-se seguir a diferenciação estabelecida por Roger Raupp Rios⁷⁴, a saber: *a homossexualidade como pecado, a homossexualidade como doença, a homossexualidade como critério neutro de diferenciação, e a homossexualidade como construção social.*

Nesse contexto, tem-se que a visão da homossexualidade como pecado, por óbvio, encontra guarida nas doutrinas religiosas de um modo geral, e, no Brasil, com maior incidência, dentro das pregações proferidas por representantes da Igreja Católica, que costuma sentenciá-la como algo pecaminoso e imoral, pois faria contradição à idéia da multiplicação, da concepção dos seres humanos, a qual é correlata ao instituto do matrimônio (união entre homem e mulher).

Todavia, é preciso que, *ab initio*, se faça um questionamento em relação à aludida concepção religiosa. Primeiro, no sentido de que as proteções jurídicas em nada guardam (ou, pelo menos, não deviam guardar) sua condição de eficácia com a apreciação de dogmas ou mandamentos religiosos; segundo, mesmo sob o prisma religioso, a visão de que a homossexualidade se constituiria em abominável fomentação de pecado parece não galgar paragens mais férteis se for lembrado lembrarmos que o próprio Jesus Cristo deixou como legado a necessidade precípua de que os cristãos amassem a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a si mesmo, daí emergindo que quem ama alguém, antes de qualquer coisa, entende e aceita as diferenças existentes entre si e os demais conviventes.

Outros estratos vêm a homossexualidade de uma verdadeira doença, um desvio de personalidade, uma mera perversão de cunho sexual, reduzindo, então, a pessoa homossexual a um indivíduo que sofreu uma *degeneração na formação pré-natal...*, pela qual no conflito entre os elementos

⁷⁴ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*, p. 25/62.

*sexuais masculino e feminino resultava uma inconsistência entre o sexo anatômico e o instinto sexual*⁷⁵. Entretanto, a ciência já afastou a tese da homossexualidade como mal físico ou orgânico, tendo, inclusive, a excluído do catálogo oficial de doenças da Organização Mundial de Saúde.

Já no que se refere à denominada concepção da homossexualidade como critério de neutro de diferenciação, tem-se que ela *decorre das mudanças sociais e econômicas que possibilitam a formação de uma consciência coletiva por parte dos homossexuais enquanto específico grupo social*⁷⁶, e, por seu intermédio tenta-se demonstrar que o fato de a pessoa ser “homossexual” dispensa qualquer tipo de importância para a verificação de tratamentos diferenciados, não sendo, assim, suporte válido para supedanear as desigualdades perpetradas cotidianamente.

Por fim, denota-se que:

*...conceber a homossexualidade como construção social significa postular que a identificação de alguém ou a qualificação de seus atos sob uma ou outra orientação sexual só tem sentido na medida em que, num certo contexto histórico cultural, houver a institucionalização de papéis e de práticas próprias para cada um dos sexos, onde a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo seja considerada um elemento relevante, capaz inclusive de impor diferenças de tratamento entre os indivíduos*⁷⁷.

A homossexualidade, sem sombra de dúvidas, sofreu e ainda sofre forte influência dos pensamentos religiosos, sendo certo que, na Idade Média, as ciências médicas acabaram considerando a condição uma enfermidade capaz de acarretar a redução das faculdades mentais do indivíduo, enfim, um problema contagioso derivado de um suposto defeito em

⁷⁵ Id., *ibid.*, p. 42.

⁷⁶ Id., *ibid.*, p. 49.

⁷⁷ Id. *ibid.*, p. 54.

seu sistema genético. Tanto isso é verdade que, como bem nos demonstra Maria Berenice Dias:

Durante anos a Medicina pesquisou o sistema nervoso central, os hormônios, o funcionamento do aparelho genital, e nada encontrou de diferente entre homo e heterossexuais. Tentou mudar o comportamento humano tido como desviante usando os mais diversos métodos, mas todos os resultados foram nulos. Abandonada a idéia de ver a homossexualidade como doença, passou a ser encarada como uma forma de ser diferente da maioria, que se diferencia apenas no relacionamento amoroso e sexual⁷⁸.

Com o passar do tempo, percebeu-se que o sofrimento experimentado pelos homossexuais tinha ligação precípua e pontual com a problemática da discriminação, do preconceito e da rejeição que eram e continuam lhes sendo impostas pela sociedade, e não com qualquer comparativo de quadro clínico patológico. Este ‘avanço’ consolidou-se em 1995, quando o Código Internacional de Doenças (CID) retirou a homossexualidade do quadro de doenças, embora desde 1991 a Anistia Internacional já considerasse como violação aos direitos humanos a proibição de o indivíduo seguir referida orientação sexual.

No campo da psicologia, a homossexualidade foi vista, em um primeiro momento, como uma perturbação mental para, depois, nas obras de Sigmund Freud, ser encarada como obra do acaso, sem que existisse um planejamento ou que fosse uma opção a ser eleita, razão pela qual a postura freudiana ganhou relevância por externar uma tolerância ao tema.

Numa concepção atual, reafirma-se que a homossexualidade não se trata de um mal físico nem de uma opção, até porque um processo de tentativa de alterar a atração de um indivíduo por outro do mesmo sexo não se mostra possível de ser atendido, ou seja, não há como curar alguém que não está doente. O tratamento psicológico moderno busca reduzir a angústia vivida

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*, p.35.

pela pessoa diante do trinômio discriminação – preconceito – rejeição, visando melhorar sua qualidade de vida sem modificar sua orientação sexual⁷⁹.

Na preciosa lição propagada por Gonzalo Higuera, tem-se que:

(...) como não poderia deixar de ser, as conclusões do psicólogo sobre o homossexual recordam ao jurista tratar-se de um ser humano, uma pessoa (homem ou mulher) com todos os valores e direitos fundamentais que competem a qualquer indivíduo⁸⁰.

Fato incontroverso sobre a temática em estudo, incontestavelmente remonta à questão relativa à origem da homossexualidade, pois, esta sempre esteve presente na história da humanidade. Dentre as civilizações antigas, a que deu maior ênfase e destaque para os relacionamentos homossexuais foi a sociedade grega, a qual não via nesse tipo de encontro qualquer conotação pejorativa ou discriminatória. Muito pelo contrário, tais parcerias gozavam de um grau de nobreza superior ao emprestado às relações heterossexuais.

Salienta-se, no particular, as esclarecedoras palavras proferidas por Débora Vanessa Caús Brandão, que se reportando à homossexualidade vivenciada pelos gregos de outrora, assim se manifestou:

As Olimpíadas celebradas em Atenas são o maior exemplo popular desse culto grego ao belo. É sabido que apenas atletas do sexo masculino dela participavam, com seus corpos nus. As mulheres eram proibidas de comparecer ao evento, uma vez consideradas incapazes para contemplar o belo⁸¹.

⁷⁹ STUBRIN, Jaime P. *A psicanálise e as homossexualidades*, in *Homossexualidade: formulações psicanalíticas atuais*, p. 74, apud DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 41.

⁸⁰ HIGUERA, Gonzalo. *Homossexualidade: ciência e consciência*, p. 142.

⁸¹ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús Brandão. *Parcerias homossexuais*, p. 32.

Já no Império Romano a questão era tratada de maneira bastante diversa, podendo-se afirmar que até era tolerada, ainda que os indivíduos que mantinham relacionamento sexual com outros do mesmo sexo eram equiparados aos escravos, o que lhes impingia uma irrelevância dentro do seio social.

Na Idade Média, a disseminação da homossexualidade se deu no interior de abadias e de organizações militares, devendo ser ressaltado, por oportuno, que a maior perseguição acabou sendo perpetrada pela Igreja Católica, por meio da conhecida e maquiada *Santa Inquisição*. A orientação, indiscutível, diga-se de passagem, impunha que o sexo fosse utilizado apenas para fins de reprodução e que tudo que destoasse desse conceito configurava abominável e pecaminoso.

Superadas concepções anteriores que enxergavam a homossexualidade como pecado e como doença, passou a firmar-se o entendimento que tal fator de distinção não mereceria qualquer relevo. Essa evolução conceitual está intimamente vinculada às transformações sociais e econômicas ocorridas no final do século XIX, as quais fizeram brotar grupos homossexuais organizados na defesa de seus direitos, gerando a formação de uma consciência coletiva com importante impulso na década de 60 e a revisão de paradigmas médicos e psicológicos.

Nos dias recentes, mesmo diante de marchas e contramarchas e de um ritmo ainda tímido, começam a surgir decisões jurisprudenciais e políticas governamentais que visam, ao menos, amenizar a situação de discriminação e marginalização que paira sobre as pessoas homossexuais. Ressalte-se, porém, que para atingir um patamar condizente com o Texto Constitucional Brasileiro, muitas lutas deverão ser travadas pelo operador do direito, de modo que seja definitivamente afastada a possibilidade de existência de cidadãos de primeira e de segunda escala no seio da sociedade, que tem por direito fundamental ser livre, justa e solidária, nos precisos moldes consignados no artigo 3.º da *Lex Fundamentalis*.

O empenho do operador do direito será árduo em face da sobrevivência de posicionamentos que subjugam a condição de pessoa humana revestida de dignidade em relação àquele que possui orientação sexual diferente daquele tida hipocritamente como sendo “normal”, como bem ilustra a decisão judicial transcrita pela RT 463/329, onde, infelizmente, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Weiss de Andrade, ao proferir comentários acerca das circunstâncias agravantes estabelecidas pelo artigo 61 do Código Penal, deixou assentado que:

Não existe a menor dúvida de que o homossexual é um psicopata, ou seja, indivíduo que, em virtude de mórbida condição mental, tem modificada a juridicidade de seus atos e de suas relações sociais. Não se pode vislumbrar, pois, na má atitude, tentando contra a vida daquele com quem vivia amancebado, assim agindo por ciúme, um delito cometido por motivo torpe⁸².

Uma questão de assaz importância para o reconhecimento do tema levantado no vertente trabalho, em absoluto, é a demonstração de que o Texto Constitucional Brasileiro, ainda que implicitamente, admite, permite e protege a questão relativa a homossexualidade, na medida em que veta qualquer tipo de distinção entre os cidadãos do País.

Na verdade, os que defendem a inexistência de possibilidade de amparo e de deferimento dos direitos afetos a qualquer cidadão às pessoas homossexuais acabam por se apegar, demasiadamente, na questão da falta de positivação explícita em relação ao tema, situação essa que deve ser resolvida e solucionada dentro da ótica jurídico-interpretativa.

Ressabido, também, que historicamente as transformações sociais antecipam-se aos acontecimentos jurídicos. A sociedade em seu contínuo metamorfosear não aguarda imóvel a edição de leis e nesta senda a atual situação experimentada pelos cidadãos

⁸² *Revista dos Tribunais* nº 463/329.

homossexuais clama por proteção estatal e solução justa dos conflitos que se apresentam nos Fóruns.

Aliás, a invocação de lacuna no ordenamento jurídico pátrio não tem o condão de relegar o tema ao abandono, bastando voltar os olhos para o disposto no artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e ao artigo 126 do Código de Processo Civil, que determinam em tais casos a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito com o fim precípua de assegurar uma interpretação útil dos diplomas legais vigentes, especialmente do ponto de vista social e humano.

Neste particular, a jurista Maria Helena Diniz traçou importantes considerações acerca da presença da lacuna no direito e da necessidade imperiosa de solução do litígio apresentado ao Poder Judiciário, preconizando que:

Quando, ao solucionar um caso, o magistrado não encontra norma que lhe seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhum preceito, porque há falta de conhecimento sobre um status jurídico de certo comportamento, devido a um defeito do sistema que pode consistir numa ausência de norma, na presença de disposição legal injusta ou em desuso, estamos diante do problema das lacunas. Imprescindível será um desenvolvimento aberto do direito dirigido metodicamente. É nesse desenvolvimento aberto que o aplicador adquire consciência da modificação que as normas experimentam, continuamente, ao serem aplicadas às mais diversas relações de vida, chegando a se apresentar, no sistema jurídico, omissões concernentes a uma nova exigência vital. Essa permissão de desenvolver o direito compete aos aplicadores sempre que se apresentar uma lacuna, pois devem integrá-la, criando uma norma individual, dentro dos limites estabelecidos pelo direito (LICC, arts. 4º e 5º)⁸³.

Apesar de uma parcela da sociedade utilizar-se da falta de positivação explícita para apoiar tese diametralmente diversa daquela defendida neste trabalho, o fato é que a ordem constitucional vigente fulmina

⁸³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, p. 89/90.

por completo tal posicionamento. Ora, o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no inciso III do artigo 1.º da Lei Maior e eleito como fundamento do Estado Democrático de Direito, aliado ao *caput* do seu artigo 5.º, não permite a conclusão, em nenhum momento, de qualquer espécie de distinção de um indivíduo para outro fundamentada em sua orientação sexual, razão pela qual a lacuna no plano infraconstitucional não deve ser interpretada como uma impossibilidade jurídica do tema, mas sim como autêntico permissivo outorgado pelo legislador constituinte de 1988.

Assim é que, após o quanto fora explanado e centrando a análise do tema sob a ótica constitucional, resta forçoso o reconhecimento de que o ser humano não se depara com limitações ou óbices de qualquer espécie para exercitar sua orientação sexual, qualquer que seja ela; ao reverso, pode-se chegar até mesmo à afirmação da existência do direito constitucional de ser homossexual, ainda mais quando se leva em consideração que, no recém-lançado plano governamental denominado “Programa Nacional de Direitos Humanos” (PNDH), afirmou-se textualmente que:

*(...) direitos humanos são os direitos fundamentais de todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros, homossexuais, índios, idosos, pessoas portadoras de deficiências, populações de fronteiras, estrangeiros e emigrantes, refugiados, portadores de HIV positivo, crianças e adolescentes, policiais, presos, despossuídos e os que têm acesso à riqueza. Todos, enquanto pessoas, devem ser respeitados e sua integridade física protegida e assegurada*⁸⁴.

Mesmo diante do raciocínio exposto linhas atrás, a verdade é que ainda ecoam vozes veementes em sentido contrário, ou seja, defendendo amplamente a exclusão desse segmento social da proteção de direitos fundamentais albergada no texto constitucional, podendo-se citar, a título de exemplo, posicionamento firmado pelo então Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados Brasileira, Severino Cavalcanti, que deixou consignado:

⁸⁴ Consulex 131.

*Não posso aceitar uma aberração como esta, de homem com homem, de mulher com mulher, isso é contra as leis de Deus, contra os princípios éticos e morais. Não concordarei. Estarei na linha de frente para combater, como sempre fiz aqui na Câmara dos Deputados*⁸⁵.

Por fim, e sempre se voltando para a perspectiva de que pessoas com orientação sexual dissonante daquela levada a efeito pela maioria da sociedade são cidadãos como outras quais, passíveis, assim, de direitos e deveres, cumpre fazer eclodir o pensamento esposado por Luiz Carlos de Barros Figueirêdo, que, ao analisar o tema enfocado no vertente trabalho, assim ponderou:

*Existe a homossexualidade. Existem preconceitos fortíssimos. Existem pais e mães homossexuais com filhos biológicos ou adotivos. Não se trata de seres de outros planetas ou de um problema distante e sim, de algo presente em cada cidade, em cada esquina, em cada família. É uma crueldade contra a espécie humana tentar retirar o tema da agenda de discussão e deixar de se buscar soluções que atendam a todas as partes envolvidas. Não se trata de 'lixo', e muito menos de se varrer para debaixo do tapete, mas de vidas humanas que merecem respeito e dignidade*⁸⁶.

Diante das preleções expostas nos tópicos imediatamente anteriores, parece se entremostrear inafastável a assertiva de que a orientação sexual seguida por alguém não pode nem poderia ser considerada fator determinante para a manutenção de tratamentos discriminatórios e desiguais, pois, se é verdade que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana hoje se apresenta como o alicerce das demais normas e princípios vigentes, agindo como verdadeiro esteio para a atuação dos órgãos públicos competentes e dos particulares, não é menos verdade

⁸⁵ *Boletim IBDFAM* n.º 13, ano 2, jan./fev. de 2002, p. 06.

⁸⁶ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para Homossexuais*, p. 25.

que, em sendo o homossexual, por óbvio, uma pessoa, deve ser, então, aceito e respeitado pelo ordenamento jurídico como ele é e não como a sociedade gostaria que fosse.

Ou a Constituição Federal reflete seus efeitos para todas as pessoas que compõem a sociedade em que promulgada, ou estar-se-ia diante de um mero e ineficaz ‘calhamaço de papel’ sem qualquer valor efetivo que possa tutelar seus jurisdicionados. Em outras palavras, se todas as pessoas são iguais perante a lei, resguardadas de quaisquer tipos de distinção ou discriminação, a não-tutela dos direitos afetos ao cidadão homossexual representaria a inaceitável criação de “castas sociais”, remontando aos primórdios da civilização, o que, *permissa venia*, não se mostra mais plausível.

Assim, e sempre pautando pela observância do princípio da dignidade da pessoa humana, não há como desvincular do homossexual a sua qualidade de cidadão brasileiro por inteiro e não pela metade como hoje, infelizmente, se observa. Em verdade, a discussão ao redor dos direitos e deveres relativos aos homossexuais quase sempre vem revestida de um colorido preconceituoso e pelo medo do diferente e do desconhecido, não sendo apresentadas, muitas das vezes, razões jurídicas plausíveis para a sua parcial exclusão do meio social em que vive, estuda, trabalha e produz. Tanto isso é verdade que os maiores choques em relação à plenitude de direitos afetos aos homossexuais se espraia no campo do Direito de Família, mais precisamente nas questões relativas à legalização das parcerias ou uniões homoafetivas e na adoção de crianças, enquanto no campo eleitoral não se vislumbram opiniões sérias no sentido de que o homossexual não possa exercer o seu direito de voto.

Não há possibilidade dentro do ordenamento jurídico de que uma pessoa plenamente capaz possa ter sua cidadania simplesmente cindida em razão da orientação sexual assumida, pois, como bem leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

... o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz do que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como ratio fundamentadora de descrímen. O art. 5.º, caput, ao exemplificar as hipóteses referidas, apenas pretendeu encarecê-las como insuscetíveis de gerarem, só por só, uma discriminação. Vale dizer: recolheu na realidade social elementos que reputou serem possíveis fontes de desequiparações odiosas e explicitou a impossibilidade de virem a ser destarte utilizados⁸⁷.

Entretanto, como bem pondera Marilene Silveira Guimarães, infelizmente se vive:

Numa sociedade que estigmatiza e ridiculariza as pessoas que exercem uma orientação sexual diferente. Não é desconhecendo o problema que vamos resolvê-lo. Não é negando Direitos à união homossexual que vamos fazer desaparecer o homossexualismo. Os fundamentos destas uniões são assemelhados aos do casamento ou da união estável. O vínculo que os une, à semelhança dos demais casais, é o afeto, que gera efeitos jurídicos⁸⁸.

Feitas tais considerações preliminares, o que se busca demonstrar nesse particular é que a pessoa homossexual, exercendo normal e integralmente suas qualidades de cidadão brasileiro, tem o pleno (e idêntico) direito a constituir um círculo afetivo que seja efetivamente reconhecido como entidade familiar, pouco importando qual nomenclatura que venha a ser ofertada ao novel instituto, como, aliás, ocorreu nas hipóteses já consagradas da união estável e da família monoparental, devendo ser ressaltado, na feliz lição de Rodrigo da Cunha Pereira, que:

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 18.

⁸⁸ GUIMARÃES, Marilene Silveira. *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*, p. 150.

A partir do princípio irrefutável, ou seja, da lei natural de que a família é a célula básica de toda e qualquer sociedade, desde as mais primitivas, torna-se necessário revistar alguns conceitos que, especialmente em Direito, poderão ser retrabalhados, para que possamos entender melhor a regulação jurídica, e para onde ela aponta no final deste século e limiar do terceiro milênio⁸⁹.

E assim o é, tendo em vista que, se considerada que a pessoa homossexual um cidadão como outro qualquer, possuidor e merecedor de proteção em relação a sua dignidade, não podendo, em hipótese alguma, ser discriminado ou diferenciado em razão da orientação sexual diferenciada dos demais, acabar-se-á chegando à conclusão de que não existem elementos jurídico-constitucionais capazes de excluir ou obnubilar-lhe seu direito intrínseco e irrenunciável à felicidade e, dentre um de seus elementos, à ampla e legítima possibilidade de se unir afetivamente e constituir uma verdadeira família, a qual também deve ser respeitada e protegida pelo Estado Brasileiro e pela própria sociedade.

Entretantes, não se pode negar que a grande dificuldade encontrada pelos homossexuais em ter reconhecidas as entidades familiares que constituem reside não fato de que, até o presente momento, o ordenamento jurídico brasileiro não disciplinou, de maneira específica e particularizada, a questão atinente à regulamentação das referidas parcerias.

Ocorre, porém, que o operador do direito não se pode furtrar, como visto alhures, à análise do caso concreto pelo simples fato da não-existência de uma lei que regule uma situação específica, pois o sistema jurídico lhe outorga totais e irrestritas condições para que a omissão legislativa não venha a prejudicar o cidadão, o jurisdicionado. Deve ele, então, interpretar e integrar as normas constitucionais e infraconstitucionais já existentes, a fim apresentar à problemática uma solução justa e adequada, mesmo porque, como bem salienta Rui Geraldo Camargo Viana:

⁸⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, p. 29.

...o devenir jurídico da família parece caminhar para a disciplina dos fatos correntes; questiona-se o direito familiar moralista, com regras orientadoras e pedagógicas, devendo tender o legislador, em matéria de relações privadas, para uma absoluta neutralidade, limitando-se o Direito a conformar-se aos fatos revelados pelos costumes, daí que não pode fechar seus olhos, o legislador, à realidade que se mostra e clama pelo acesso à legalidade⁹⁰.

Como bem delineado no capítulo 3, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, toda a atividade estatal, seja ela legislativa, administrativa, ou judiciária está adstrita e vinculada à obediência máxima e irrestrita ao já por vezes mencionado princípio basilar da proteção da dignidade da pessoa humana, sendo certo que, nesse diapasão, difícil se sustenta a defesa de que um homossexual não estaria juridicamente apto a constituir uma família ou a receber a proteção estatal sobre seu envolvimento afetivo com outrem, pois o rol apresentado pelo §3.º do artigo 226 da *Lex Major* jamais poderá ser considerado taxativo, mas sim, exemplificativo, não nos sendo possível, *permissa venia*, concordar com a afirmação levada a cabo, nesse particular, por Débora Vanessa Caús Brandão, para quem *...acredita-se carecer de fundamento jurídico a afirmação que diz que se pode considerar as parcerias homossexuais como uma entidade familiar*⁹¹.

Com todo o respeito que deve ser devotado ao entendimento esposado pela nobre jurista, a verdade é que, ao se seguir o delineamento traçado pelo princípio fundamental da dignidade humana, não há como conceber a ausência ou a carência de fundamento jurídico para o legítimo amparo das denominadas parcerias homoafetivas enquanto reais entidades familiares, na medida em que, o suporte jurídico para tanto se encontra positivado no próprio Texto Constitucional vigente – norma de inegável supremacia hierárquica, ponto de partida e de obediência para todos os demais regramentos jurídicos existentes e por existir. Ademais, não se pode olvidar pela importância que lhe cabe que, em decorrência da dignidade

⁹⁰ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*, p. 38.

⁹¹ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*, p. 87.

humana, tem-se que o tão propagado princípio da isonomia (direito fundamental, e, portanto, norma constitucional de eficácia plena) também empresta suporte de constitucionalidade, legitimidade e legalidade ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, tendo em vista que, conforme já declinado, a orientação sexual, por si só, não pode e jamais poderá ser considerada e utilizada como fator de descrímen entre cidadãos heterossexuais e homossexuais.

A partir do momento que se aceita o fato de a orientação sexual divergente da maioria ser elemento preponderante e eficaz de retirar ou de cindir os direitos fundamentais e o completo exercício da cidadania da pessoa que trilhou tal caminho, fatalmente estar-se-á abrindo uma porta perigosa para que, no futuro, outro motivo de diferença e preconceito seja eleito pela sociedade como fator de exclusão social de um determinado grupo, pois, insista-se, mais uma vez, que a dificuldade de reconhecimento dos direitos constitucionais dos homossexuais não paira sobre o campo jurídico, mas sim sobre a abominável esfera do preconceito, da discriminação e do medo daquilo que não se conhece suficientemente bem a ponto de aceitar como normal e corriqueiro, pois, como bem ilustra Maria Berenice Dias, *as regras sociais vigentes em cada tempo autorizam e estimulam determinados tipos de relações e condenam à clandestinidade tudo o mais que escapa ao modelo convencional*⁹².

Caem muito a propósito os escorritos ensinamentos proferidos por Roger Raupp Rios, para quem:

...na ausência de proibição expressa ou de previsão positiva, postula a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da 'unidade da Constituição', segundo o qual uma interpretação adequada do texto constitucional exige a consideração das demais normas constitucionais, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias. Nesta linha, conclui o eminente Procurador da República Paulo Gilberto Cogo Leivas, em brilhante peça processual, que, 'sob o ponto

⁹² DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*, p. 55/56.

*de vista de direito de família, a norma do §3º do art. 226 da CF/88 não exclui a união estável entre homossexuais*⁹³.

Nessa linha de pensamento e diante dos modernos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional brasileiro, mas a grande maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo contemporâneo, tem-se que, salvo melhor juízo de interpretação, não há como se negar a consistência de família para uniões entre pessoas de mesmo sexo que têm por base o afeto, o carinho, o respeito, a cooperação e a assistência mútua, sob pena de, em assim não agindo, estar-se comungando com a atividade discriminatória verdadeiramente odiosa e abominável que injustamente ataca a dignidade da pessoa e a impossibilita de exercer em pé de igualdade com os demais a sua condição irrenunciável de cidadão brasileiro e do mundo.

Nesse particular, são muito oportunos a propósito os comentários proferidos por Glauber Moreno Talavera:

Em verdade tem-se que o sofrimento dos homossexuais, quando a causa é o seu comportamento homossexual, deve ser considerado como produto do vertiginoso processo de discriminação, do fatídico preconceito e da repressão social que, se por um lado, deterioram os lindes da liberdade e igualdade preconizadas pelo art. 5.º da Constituição, por outro, estabelecem categorias de sujeitos de direitos, com mais ou menos direitos, ou de cidadãos de primeira ou segunda classe, em conformidade com o grau de engajamento aos valores dominantes, deflagrando um hermetismo social em torno de descrímens injustificáveis. Os homossexuais, sendo uma minoria social, vivem combalidos devido a terem que conviver com uma faceta oculta de suas vidas, que é a que compreende o relacionamento amoroso, pois ocultam dos amigos heterossexuais, dos colegas de trabalho e, sobretudo, da família que, quando sabem, tudo fazem para que a sociedade não se aperceba que entre os vitrais da imponente Notre Dame habita um rechaçado corcunda.

⁹³ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*, p. 122.

Esse medo à visibilidade social, esse pânico de que se desvende essa face intocada de suas existências é o que lhes traz um desgaste emocional que mais parece um martírio. A igualdade, vaidosamente cunhada pela forja da Justiça, parece a estes quantos, inoperante, o que, apocalipticamente, lhes faz pensar que para eles não há igualdade, pois, são realmente diferentes, e o menoscabo social é a paga do que não se escolheu.

É com apoio nesses descalabros, onde desdobra-se o princípio da igualdade em substancial e formal, que pasquineiros valentões seguem, de forma indolente, como idólatras que cultuam os poderosos, enfundando o peito e encarniçando-se levemente contra essas minorias, a fim de legitimar suas credenciais moralistas⁹⁴.

Valendo-se da moderna roupagem que deve ser emprestada à “família”, considerando esta como um legítimo espaço de preservação e tutela da dignidade da pessoa humana, não parece ser possível o não-reconhecimento da parceria homossexual formada pela junção de valores, pensamentos e afetividade como entidade familiar, pois seria aceitar a nefasta idéia da existência de cidadãos brasileiros de primeira e de segunda escala, o que se cumpre a todo custo evitar. Imperativo salientar também que:

El derecho, como és lógico, no puede cerrar los ojos a la existencia de determinados hechos sociales que reclaman una tutela jurídica, bien porque responden a una legítima demanda, producto de un cambio de mentalidad que há consolidado determinados comportamientos; bien porque su no regulación contribuye a la persistência de situaciones que aparecen como injustas em la percepción de la sociedad. Pero en ambos os casos, el Legislador debe ser muy cuidadoso a la hora de tomar posiciones cuando hay debates doctrinales abiertos, evitando que la positivación normativa esté

⁹⁴ TAVALERA, Glauber Moreno. *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*, p. 185/186.

*demasiado condicionada por presupuestos ideológicos o políticos*⁹⁵.

No Brasil, como já evidenciado em alguns exemplos já colacionados, a questão relativa à homossexualidade ainda se mostra um tanto quanto problemática, tendo em vista que não são raros os pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais que optam por repelir direitos constitucionalmente garantidos aos homossexuais (cidadãos como outros quaisquer), embasando-se, para tanto, em exacerbado formalismo, na medida em que sustentam tal entendimento no simples fato de inexistência de lei específica que regulamente o assunto.

Ocorre que, como demonstrado em outras oportunidades, a ausência de texto normativo específico não é capaz de obnubilar o livre exercício da cidadania por parte dos homossexuais, pois, a escolha da orientação sexual é elemento intrínseco da dignidade da pessoa humana, a qual é protegida constitucionalmente, não havendo, então, argumentos convincentes que possam efetivamente solapar a real e concreta aplicação dos direitos fundamentais (cuja eficácia é plena e imediata) encartados na *Lex Fundamentalis* brasileira, daí porque medidas devem ser levadas a efeito para que, na prática, a proibição discriminatória e a obediência isonômica sejam regularmente respeitadas.

É bem verdade que já ecoam decisões e posicionamentos referendando a imediata extensão e aplicação dos direitos fundamentais às pessoas homossexuais, no esteio de que estas nada mais são do que cidadãos, podendo-se citar, nesse particular, o valioso exemplo ofertado pelo Estado-membro do Rio Grande do Sul que prevê em seu texto constitucional estadual a expressa proibição de discriminação em razão da orientação sexual adotada. Vale salientar também as luzeiras decisões emitidas pelo Tribunal de Justiça respectivo, que acertadamente considerar a

⁹⁵ FERNÁNDEZ, Pedro A. Talavera. *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, p. 18.

Vara da Família como foro competente para dirimir questões relativas e concernentes às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, pelo simples (e importante) fato de enxergá-las como verdadeiras entidades familiares protegidas pela Constituição Federal.

No campo legislativo, os avanços ainda se apresentam tímidos, não obstante o hercúleo esforço de alguns parlamentares que tentam conscientizar os demais pares da ampla e inequívoca necessidade de serem aprovadas as propostas de emenda à Constituição e os projetos de lei tendentes a abolir, de maneira definitiva e explícita, todo o terrível e temível preconceito que envolve a *vexata quaestio* em discussão no vertente trabalho. Este tema, por sinal, parece somente vir à tona com um pouco mais de exatidão e clareza às vésperas dos pleitos eleitorais, pois, como já mencionado alhures, os homossexuais, para muitos, somente passam a ter um mínimo de valor e respeito no momento em que seus votos estão em disputa. Encerradas a necessidade e a volúpia do sufrágio popular são eles nova e impiedosamente esquecidos.

Para que se tenha, no plano concreto, a real efetivação do princípio constitucional da igualdade parece necessário lançar mão das chamadas “ações afirmativas”, derivadas estas da notável experiência norte-americana, tendo em vista que, inicialmente, elas foram criadas para expurgar a neutralidade estatal vigente no particular afeto à prática de racismo, como bem pondera Joaquim B. Barbosa Gomes, ao asseverar que:

*(...) as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vista ao combate à discriminação racial, de gênero e origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade e acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego*⁹⁶.

⁹⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*, p. 40.

De fato, não obstante a origem histórica das ações afirmativas (combate aos malefícios ocasionados pela prática do racismo), e em razão de sua finalidade de efetivação da concretização do princípio da isonomia, tem-se que o referido instituto pode e deve ser utilizado em toda e qualquer situação que apresente disparidade e discriminação no tratamento de determinados seguimentos sociais, como, aliás, a própria Constituição Federal optou em fazer com relação às pessoas portadoras de deficiência, pois, no inciso VIII de seu artigo 37, dogmatizou que *a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão*, não se podendo, então, falar em incompatibilidade das denominadas *affirmative action* com o sistema constitucional brasileiro vigente.

Corroborando o pensamento exposto, o jurista Paulo Lucena de Menezes afirma que:

No caso particular do ordenamento jurídico pátrio, o texto constitucional, como visto, é pródigo em previsões que favorecem a adoção de tratamentos jurídicos diferenciados para grupos sociais, inclusive para corrigir os efeitos decorrentes de ações racistas e discriminatórias, tornando viável a implementação de políticas de ação afirmativa. Da mesma forma, os princípios jurídicos que foram incorporados à Carta de 1988 permitem uma interpretação mais ampla do princípio da igualdade jurídica, afastando-o significativamente da mera igualdade formal perante a lei, apesar de o caput do art. 5.º, se analisado isoladamente, sugere uma orientação restritiva⁹⁷.

Evidente que não se poderá criar a ilusão de que somente com a adoção das chamadas ações afirmativas resolverá a problemática envolvendo a discriminação e o preconceito das uniões homossexuais, pois o cerne da questão encontra-se principalmente na necessidade de conscientização do operador do direito que, em razão do advento da Carta de 1988, toda e qualquer postura a ser eventualmente adotada por quem quer que seja deverá ser obrigatória e rigorosamente

⁹⁷ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*, p. 153.

analisada à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, eis que sem essa observância o inaceitável caminho da injustificada distinção entre cidadãos brasileiros tende, definitivamente, a se acentuar.

4 A família como direito fundamental

A família como *locus* especial de afeto, guarida e carinho, torna-se (e sempre foi) palco inegável, em condições ideais, para o desenvolvimento de todo e qualquer ser humano (independente de raça, credo, origem), fazendo parte, assim, de um atributo intrínseco do próprio homem, galgando fundamentalidade na sua existência.

Impertinente seria olvidar a evidência de que “[...] todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana [...]”, e bem assim que “[...] os direitos e garantias fundamentais podem, com efeito, ainda que de modo e intensidade variáveis, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana”.⁹⁸

Dignidade humana que, por ser o valor-fonte de nossa Constituição Federal,⁹⁹ um superprincípio constitucional,¹⁰⁰ ou um verdadeiro axioma da civilização ocidental,¹⁰¹ não poderia deixar de alcançar todos os setores da ordem jurídica, como quer Maria Celina Bodin de Moraes.

⁹⁸ SARLET, 2001, p. 83-84. Mister se atentar para a circunstância que reforça nossa separação entre individuais e fundamentais: o autor do texto ora utilizado, sem mencionar explicitamente a que direitos se refere, enaltece que – por conta do princípio da dignidade da pessoa humana – “pelo menos os direitos e garantias fundamentais diretamente fundados na dignidade da pessoa podem e devem ser reconhecidos a todos, independentemente de sua nacionalidade, excepcionando-se, à evidência, aqueles direitos cuja titularidade depende de circunstâncias específicas e que, de regra, nem mesmo todos os nacionais de um determinado Estado podem exercer, como ocorre especialmente com os direitos políticos ou mesmo com os direitos dos trabalhadores” (SARLET, 2001, p. 98). É de se ver, assim, que o autor parece aderir, nesse ponto, à primazia da proteção aos direitos individuais, separando-os dos políticos e sociais.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 82.

¹⁰⁰ ROCHA, 1990, p. 10.

¹⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103-104.

Objetiva-se com isso, enfatizar que a dignidade humana, antes de se espriar por todas as demais normas constitucionais – e mesmo pelas demais normas do ordenamento jurídico, alcança os direitos fundamentais, dentre os quais, os direitos individuais, ora especificamente estudados.

Nesse contexto, inegável, também, sua importância no que diz respeito ao fomento, ao fortalecimento e à concretização da personalidade dos indivíduos que a constituem, mormente das crianças e dos adolescentes que dela fazem parte, emergindo daí a opção de o legislador constituinte outorgar-lhes, com *status* jusfundamental, o direito de convivência familiar e comunitária.

A fundamentalidade da família passa, assim, pela consecução e pelo desenvolvimento dos direitos da personalidade de seus membros.

Nesse compasso, é possível se fazer a separação dos diversos direitos subjetivos pertencentes ao homem em duas grandes matizes, a saber: aqueles que são destacáveis da pessoa de seu titular (propriedade, crédito, etc.) e aqueles que não podem ser separados do ser humano, estando a ele ligados de maneira perpétua e permanente (vida, liberdade física e intelectual, nome, corpo, imagem, honra), sendo estes últimos chamados direitos da personalidade.¹⁰²

Desta maneira, indissociável se mostra o direito fundamental à família como o desenvolvimento dos não menos fundamentais direitos da personalidade.

¹⁰² CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: s.e., 2006, vol. I, tomo I, p. 183: “Em suma: continuamos a pensar que os direitos da personalidade são a manifestação privatística de direitos fundamentais, e que estes não são apenas a sua versão publicística, mas, ao invés, de entre todos, os Direitos fundamentais, em geral – independentemente de atenções aparentemente mais publicísticas ou privatísticas. O facto de vincularem entidades públicas e privadas (Art. 18º, nº 01 da Constituição da República Portuguesa) parece-nos cabalmente esclarecer que não se limitam ao direito público, ou às relações em que um dos sujeitos seja público. Também valem nas relações totalmente *inter pares*, *inter cives*. Além disso, há direitos fundamentais de pessoas colectivas e organizações”.

Obtempera, com muita propriedade, Pietro Perlingieri, destacando seu caráter manifestamente fundamental e indissociável da condição humana:

[...] a família como formação social, como 'sociedade natural', é garantida pela Constituição (Art. 29, § 1º) não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa (Art. 2º, Const.). A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e a promoção daqueles que a ela pertencem.¹⁰³

Embora comentando diretrizes positivadas na Constituição da Itália, a verdade é que as afirmações lançadas no parágrafo anterior se amoldam como luva aos princípios basilares estampados na Lei de Outubro, até porque, de um modo geral, tais assertivas se mostram irretocáveis em qualquer parte do mundo.

De fato, não há como se negar que é por intermédio da família que o ser humano busca e atinge a satisfação de suas necessidades básicas, mormente aquelas afetas à própria sobrevivência e à formação de seu caráter, que o legislador constituinte, em 1988, lhe reservou especial atenção constitucional.¹⁰⁴

É preciso que se diga, também, que os comentários em destaque, diante da importância do tema *família* ultrapassam, em muito, a questão jurídica, haja vista que dizem respeito à própria essência de criação e de desenvolvimento do ser humano.

¹⁰³ PIERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito do civil**: introdução ao direito civil constitucional. São Paulo: Renovar, 2005, p. 243-244.

¹⁰⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 182: "Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o lócus onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde para os laços sociais".

A família, dentro de seus padrões normais de amor e respeito, é fonte eterna de elementos indispensáveis à criação e desenvolvimento do ser que nasce, tais como, carinho, segurança, amparo, aconselhamento.

Dentro do contexto atual, não se pode negar que a família ostenta a importantíssima e inafastável função de servir de esteio à promoção da dignidade da pessoa humana,¹⁰⁵ emergindo daí que a necessidade de se tutelar constitucionalmente referido grupamento social consiste no fato de que serve ela de instrumento, como dito anteriormente, de desenvolvimento, estruturação e sustento dos personagens que a formam.¹⁰⁶

Assim, é a própria Constituição Federal quem determina e concebe a família como sendo um direito fundamental¹⁰⁷ inerente e afeto a todo e qualquer ser humano, haja vista ter consagrado, expressamente, ser ela a base da sociedade, galgando especial proteção do Estado.

Isso é tão verdadeiro e real, conforme já havia apontado Rui Carvalho Piva¹⁰⁸ e além do quanto positivado em seu Capítulo VII, que o tema

¹⁰⁵ GARCIA, Maria. O direito à família. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 463: “O direito à família não somente adentra ao rol dos direitos humanos, senão que se revela instrumento da realização de todos os direitos enumerados no Art. 227 da Constituição e os demais deles decorrentes circundantes da dignidade da pessoa, princípio fundamental do Estado (Art. 1º, inc. III)”.

¹⁰⁶ PEREIRA, 2007, p. 523: “A exata compreensão da tutela constitucional da família e a justificativa da intervenção do Estado na comunidade familiar não podem se satisfazer tão-somente com a afirmação da necessidade de tutela da pessoa sem que se enfrente o problema de delinear qual o papel global da pessoa na família, isto é, o problema de definir de que forma a pessoa se apresenta na família sendo titular de direitos – principalmente do direito à sua própria realização pessoal – e simultaneamente co-responsável (solidariamente) pela construção de um ‘lugar-comunidade’ onde também se respeite o desenvolvimento da personalidade dos outros integrantes da mesma comunidade, tornando efetivamente possível a vontade espontânea de plena comunhão de sentimentos, de vida e de história”.

¹⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 156: “O Direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico das exclusões, é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cujas bases e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de Cidadania”.

¹⁰⁸ PIVA, Rui Carvalho. **A legitimidade ativa da família na tutela de interesses difusos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 142 e ss.

envolvendo o vocábulo *família* aparece inúmeras vezes durante o bojo do texto constitucional, mais especificamente em 24 (vinte e quatro) oportunidades.

A fundamentalidade do direito de ser ter uma família ganha espaço nas três dimensões mais consagradas e utilizadas em estudos que tais.¹⁰⁹

Isso porque, no que diz respeito aos direitos fundamentais de primeira dimensão, tem-se sua caracterização pela não intervenção estatal em determinados aspectos do indivíduo e da sociedade que ele compõem, ficando caracterizado pela palavra *liberdade*.

Nesse eito, pode-se citar, como exemplo, a liberdade que é conferida às pessoas de escolherem aquelas para a formação de uma determinada entidade familiar, a liberdade de planejar o número de membros que referida entidade terá, dentre outras situações.

No que se refere aos direitos fundamentais de segunda dimensão, caracterizados estes pela palavra igualdade, em seu sentido substancial, tem-se que a concessão de direitos sociais interligados, umbilicalmente, à família, são: saúde, educação, moradia, etc.

A terceira dimensão está lastreada na tutela de interesses coletivos¹¹⁰ (supraindividuais, transindividuais ou metaindividuais),¹¹¹ cuja atuação se

¹⁰⁹ Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?textID=85>>. Acesso em: 12 mar. 2007: “Quando se pensa em direitos humanos fundamentais, o que primeiro vem à mente é o direito à vida. Mas não se pode pensar a vida humana sem pensar a família. Uma implica a outra, necessariamente, e por isso que o direito à vida implica o direito à família, fundando-o como o mais fundamental dos direitos familiares. Outros direitos humanos fundamentais também se ligam à família. A liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação e, enfim, a própria felicidade humana e tantos outros valores que são objeto de direitos humanos fundamentais e operacionais, todos eles se ligam ao direito à família e se realizam mais efetivamente no lar [...]. Por fim, não há esquecer que, por ser direito da humanidade, o direito à família e com ele os direitos humanos da família são verdadeiros direitos difusos, que não podem ser negados a nenhum sujeito humano. Não comportam, nem suportam discriminação”.

¹¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65: Para o autor são aqueles que “[...] deparam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva”.

¹¹¹ Existem, atualmente, 04 propostas de codificação da tutela coletiva: uma da Professora Ada, Código Modelo para Ibero-América, Projeto da UERJ e da Estácio de Sá, e um de

desdobra em três espécies, a saber: (i) interesses difusos; (ii) interesses coletivos *strictu sensu*; e, (iii) interesses individuais homogêneos.

A propósito de tão importante ligação com os direitos humanos de terceira dimensão, tem-se a firme proposta defendida por Rui Carvalho Piva, em tese de doutoramento, no sentido de que a entidade familiar possui, pela relevância e característica que lhe são peculiares, legitimidade para propor ação civil pública, defendendo-se, assim, de atos, comissivos ou omissivos, que entenda contrários aos seus direitos e interesses difusos.¹¹²

A evidência mostra ser a família quem oferece o melhor quadro emocional e moral para uma criança ou jovem adquirir um padrão de referência, uma forma de agir e interpretar os acontecimentos que lhes cercam, tomando, assim, decisões corretas e pertinentes com o seu normal desenvolvimento e com o atingimento de uma qualidade de vida digna.¹¹³

Embora a família, sozinha, não tenha como garantir o resultado mencionado no parágrafo anterior, sem sombra de dúvidas, serve de esteio e conforto para o encaminhamento das escolhas que a vida impõe a toda e qualquer pessoa, principalmente em relação àquelas que se encontram em estágio de formação ou, em outras palavras, confere a pessoa a chance de optar, com qualidade, por aquilo que entenda ser mais pertinente à sua vida.

Se é verdade que a família por si só e dependente de suas características não está apta a garantir, integralmente, qualidade de vida aos elementos que lhe integram, não menos verdade é o fato de que o indivíduo

Antônio Gidi. Nos quatro projetos já há consagração do controle jurisdicional (embora projetos, são fontes de estudo do direito coletivo).

¹¹² PIVA, 2001, p. 249: “[...] a legitimidade da família para a defesa de interesses difusos representará uma nova aliança familiar, uma aproximação solidária capaz de identificar naquela que tomar a iniciativa, por exemplo, de propor uma ação civil pública, uma aliada que não compartilha da vergonhosa pouca efetividade de direitos difusos constitucionalmente assegurados”.

¹¹³ LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002, p. 144: “A qualidade de vida é uma categoria suficientemente ampla para abranger todos os direitos fundamentais da terceira geração já identificados e, quiçá, muito dos que nem sequer ainda foram plenamente caracterizados”.

suprimido de tal convivência, por mais que seja escoreito, não a atingirá, em hipótese alguma.¹¹⁴

De acordo com João Baptista Herkenhoff:

Vemos a família como a depositária da vida. A família serve à vida, quando gera e educa, numa atmosfera de segurança e amor. A família serve à vida, quando gera na alma, trazendo ao convívio do amor o filho adotivo. A família serve à vida, quando se amplia no acolhimento de pais, avós, parentes, agregados. A família serve à vida, mas, mesmo assim, há partilha e comunhão, na doação recíproca entre os cônjuges e na abertura para o mundo. Não é o vínculo formalmente legal ou sacramental que estabelece a família. A família é estabelecida pelo amor.¹¹⁵

Solapar-se de quem quer que seja seu direito fundamental de convivência familiar e comunitária, sem que lhe seja estabelecido um contraponto para mitigação da referida problemática, acarreta, como dito, a perda de uma chance, a qual é passível de ser tutelada e, ao menos, mitigada no campo jurisdicional.

Isso porque, como direito fundamental que é, devem ser outorgadas, pelo Estado, todas as condições mínimas para que os cidadãos tenham plenas condições de vivificar referido grupamento social, devendo ser ele responsabilizado em caso de omissão ou deficiência de atuação, como será mais bem detalhado no último capítulo deste trabalho.

A proteção efetiva do direito fundamental material exige determinado procedimento que o garanta e o concretize, sob pena de se tornar letra morta dentro do ordenamento jurídico vigente, o que se cumpre a todo custo evitar.

¹¹⁴ FACHIN, 2001, p. 144: “Aí se evidenciam os desafios que reclamam um novo olhar para o Direito de Família, voltado para a efetividade material dos direitos fundamentais, assentados na dimensão pessoal, superando a conotação patrimonializada das relações familiares”.

¹¹⁵ HERKENHOFF, João Baptista. **Justiça, direito do povo**. Rio de Janeiro: Thex, 2000, p. 80.

Deveras, de nada adiantaria o texto constitucional garantir a todo cidadão brasileiro o direito de ir e vir dentro do território nacional, senão tivesse disponibilizado, com o mesmo *status* jurídico-fundamental, uma garantia à sua concretização, qual seja, o *habeas corpus*.¹¹⁶

Trazendo a discussão acima para o campo da família, tem-se de que nada adiantaria resguardar o livre planejamento familiar, senão fosse garantida, aos membros de uma determinada entidade familiar que optaram por ter filhos, assistência pré e pós-natal gratuitos, na rede pública hospitalar.

É o que Sergio Rezende de Barros denomina de direitos fundamentais propriamente ditos e direitos fundamentais operacionais.¹¹⁷

Fica claro, assim, que, para cada direito fundamental material, deve existir um correspondente direito fundamental procedimental, isto é, o cidadão que é lesado ou se encontra na iminência de ser lesado num direito fundamental que lhe é ínsito, tem direito a procedimentos judiciais que venham a concretizar, efetivamente, a reparação da referida lesão ou a sustação imediata daquela, afastando-se, por via de conseqüência, eventual e inconstitucional déficit de proteção.

¹¹⁶ CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Liberdade individual nos países do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 122: “[...] o sistema brasileiro estabeleceu, clara e indubitavelmente, o controle jurisdicional da prisão, assegurando plena garantia ao indivíduo, como, aliás, recomendam os Organismos Internacionais, que defendem o respeito aos direitos humanos para todos, indistintamente”.

¹¹⁷ Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?textID=85>>. Acesso em: 03 fev. 2007: “Há quem separe direitos humanos de direitos fundamentais. Mas não é de ser aceito esse entendimento de que os direitos humanos e os direitos fundamentais constituem dois institutos jurídicos distintos. Essa separação retira humanidade do fundamental e fundamentalidade do humano, ao passo que na realidade do mundo jurídico o que se verifica é que, contrariando essa dissociação doutrinária, os direitos humanos se associam, ora como direitos mais fundamentais, ora como direitos mais operacionais, colocando em ação um só e mesmo instituto para atender a uma só e mesma finalidade: realizar o ser humano em todos os indivíduos humanos, nas condições de dignidade próprias de cada época da história da sua civilização. Em verdade, não só realizar, mas também garantir a humanidade assim realizada. Para essa finalidade maior se faz presente nos diversos ramos do Direito – e, também, no direito de família – o desdobramento dos direitos humanos em fundamentais e operacionais. O que leva a perguntar qual é no direito de família o direito humano fundamental de todos os outros. A resposta é uma só: é o próprio **direito à família**”.

Em outras palavras, tem o jurisdicionado, direito fundamental à proteção jurídica efetiva, cuja proteção deverá ser balizada diante da observação de dois inafastáveis parâmetros, a saber: (i) proibição da insuficiência; e, (ii) proibição do excesso.

Nesse passo, e fazendo coro a Sumaya Saady Morthy Pereira, tem-se que:

[...] diante da realidade sócio-econômica da esmagadora maioria da população brasileira é inconcebível qualquer interpretação das normas constitucionais de proteção à família que exima o Estado de seus deveres de garantia e promoção dos direitos fundamentais, afastando-o de seus objetivos fundamentais, enunciados no Art. 3º da Constituição Federal, dentre eles o de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.¹¹⁸

Concluindo, em sendo a família um direito fundamental do indivíduo, caso os princípios, regras e situações que dela derivam acabem, ainda que por via reflexa, atingindo, também, um grau (variante) de fundamentalidade, devem assim mesmo ser tratados, protegidos e efetivados.

Noutro giro verbal, se a família tem *status* jusfundamental, tem-se que, em desdobramento, o direito à convivência familiar afeto aos homossexuais ostenta a mesma natureza jusfundante, sob pena de, em assim não se compreendendo, descaracterizar, por completo, a referida fundamentalidade do grupo social em estudo, o que, nem de longe, foi a motivação que norteou a positivação do Capítulo VII da Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988.

5 Conclusão

Depois de realizada análise, não tão profunda quanto se gostaria, da temática envolvendo a intrincada questão relativa à

¹¹⁸ PEREIRA, 2007, p. 542.

homossexualidade, o que se almejou foi propiciar uma maior abertura com relação à discussão afeta à necessidade de efetivação da proteção constitucional destinada a todos os cidadãos, de maneira indistinta e não discriminatória, tendo em vista que, inegavelmente, diversos segmentos sociais não desfrutam, ainda, de tais benefícios e conquistas.

Nesse passo, o que se procurou demonstrar neste arrazoado, num primeiro momento, foi a força hierárquica superior que possuem as normas constitucionais e, no âmbito destas, a importância e a amplitude daqueles regramentos basilares destinados à garantia dos chamados “direitos humanos fundamentais”, verificando-se, em tal particular, que estes, com o advento da Carta Magna de 1988, passaram a ter eficácia plena e aplicação imediata, sempre no sentido de valorização humana e na busca incansável do pleno desenvolvimento da cidadania.

Nessa linha de pensamento, também surge como viga-mestra do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana encartado no inciso III do artigo 1.º da *Lex Major*, elevando a pessoa, o ser humano, independentemente de qualquer característica individual, à condição de elemento imprescindível e indispensável à fomentação de um verdadeiro Estado Constitucional Democrático, derramando, ainda, seus efeitos perante princípios outros de assaz importância na preservação e no atingimento de tal desiderato, como, por exemplo, o princípio da isonomia cravado no *caput* do artigo 5.º do referido compêndio basilar.

A teor do princípio da igualdade, denota-se, como solar clareza, que nenhum ser humano, que nenhum cidadão, poderá ser discriminado ou receber tratamento diferenciado apenas e tão-somente em razão de seu credo, de sua origem, de sua etnia, de sua ideologia, de seu sexo, de seu pensamento e, acredita-se aqui, em razão de sua orientação sexual, seja ela qual for.

Desta feita, e agregando-se os valores constitucionais declinados linhas atrás, o que se tentou foi argumentar que em relação às parcelas minoritárias da sociedade, *in casu* os homossexuais, existe, hodiernamente, a precípua necessidade de uma maior efetivação no que tange às garantias e proteções constitucionais. Muitas vezes, seja por preconceito, medo ou desconhecimento da maioria, as pessoas inseridas neste estrato social acabam passando ao largo do manto indelével das liberdades e garantias constitucionais, tendo, então, direitos individuais intrínsecos atingidos e obliterados sem qualquer tipo de justificativa lógica ou jurídica, situação essa, inclusive, já vivenciada por índios, negros, imigrantes, mães solteiras, filhos adotivos, portadores de deficiências etc.

Repita-se, por necessário, que o presente trabalho não tem e nunca teve por escopo a defesa desta ou daquela corrente ideológica, desta ou daquela orientação sexual, nem nunca se pretendeu fazer apologia à homossexualidade. Apenas se tentou demonstrar que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, inspirado pela fomentação de uma sociedade livre, justa e solidária, não permite tratamento diferenciado entre seus componentes, ou seja, não permite a existência de cidadãos de primeira e de segunda escala.

Em verdade, se quis deixar claro que toda pessoa, todo cidadão, independentemente da orientação sexual adotada, tem o direito constitucional de ser feliz, de ser ele mesmo, não tendo qualquer obrigatoriedade em seguir os padrões sexuais tido como “normais” pela maioria da sociedade. E mais, que o fato de a pessoa ser homossexual não a transforma num ser apátrida ou de outro planeta, não perdendo, assim, seu característico de ser humano protegido e amparado pela legislação aqui existente.

Não se pugna, de outro vértice, que a homossexualidade seja vista apenas como sendo um segmento social marginalizado e vitimizado que necessita de proteções e cuidados especiais do Estado. Pelo contrário! A comunidade homossexual somente carece daquilo que todos os cidadãos necessitam: o indeclinável respeito aos direitos concedidos pelo texto

constitucional, enfim, o mesmo tratamento isonômico dispensado e verificado aos demais. Sem mais nem menos.

É bem verdade que para atingir o pretendido tratamento isonômico, será necessário retirar o Estado de sua habitual neutralidade, pugnando por medidas práticas que venham a fomentar a concretização e a materialização da igualdade constitucional no dia-a-dia, quiçá por intermédio das denominadas ações afirmativas ou por qualquer outro meio que tenha por escopo erradicar a nefasta presença da discriminação e do preconceito até hoje presentes em casos que tais.

6 Referências Bibliográficas

ALDERMAN, Ellen e KENNEDY, Caroline. **The right to privacy**. New York: Vintage Books, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BAHIA, Claudio José Amaral. **A proteção constitucional à homossexualidade**. Leme: Mizuno, 2006.

BARBOZA, Heloísa Helena; FACHIN, Luiz Edson; GEDIEL, José Antonio Peres *et al* (orgs.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús Brandão. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 1997.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Liberdade individual nos países do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

COSTA Júnior, Paulo José da. **Agressões à intimidade: o episódio Lady Di**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

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

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 2ª ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996.

ETZIONI, Amitai. **The limits of privacy**. New York: Basic Books, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **O impacto das mudanças sociais no direito de família**. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNÁNDEZ, Pedro A. Talavera. **Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales: propuestas de regulación en España**. Madri: SPed, 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. **Estudos em direito público:** em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e psicanálise:** rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito constitucional:** estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas.** Curitiba: Juruá, 2001.

HERKENHOFF, João Baptista. **Justiça, direito do povo.** Rio de Janeiro: Thex, 2000.

HIGUERA, Gonzalo. *Homossexualidade: ciência e consciência.* Tradução de Roberto Peres de Queiroz e Silva e Marcos Marcionilo. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MADALENO, Rolf Hanssen; WELTER, Belmiro; (coords.). **Direitos fundamentais do direito de família**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Regimes matrimoniais de bens**. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe só há duas**: o contrato de gestação. Coimbra: Coimbra, 1992.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Campinas: Russell, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____ (coord.). **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **A sexualidade vista pelos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Concubinato e união estável**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____ (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. **A ética da convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PÉREZ, Jesús González. **La dignidad de la persona**. Madri: Civitas, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIVA, Rui Carvalho. **A legitimidade ativa da família na tutela de interesses difusos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

_____. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Ler, 1990.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª tirag. (com acréscimo) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovcki. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____ (coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____ (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. tomo II.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIANA, Rui Geraldo Camargo (org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZOLLINGER, Márcia. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Podivm, 2006.