

PARA ALÉM DO ARCO-ÍRIS: A FAMÍLIA CONSTITUCIONAL E A UNIÃO HOMOSSEXUAL

BEYOND THE RAINBOW: A CONSTITUTIONAL FAMILY AND HOMOSEXUAL UNION

Paulo Ramon da Silva Solla¹
Aos queridos Aislan e Mel.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da família; 3. Novas famílias, novos princípios; 4. Homossexualismo: a nomenclatura; 5. Da união homoafetiva: breve histórico; 6. Do armário para o poder judiciário; 7. Da inconstitucionalidade material; 8. A interpretação excludente e o número *clausus*; 9. A súmula 380 do STF e a ilusão analógica; 10. Sobre os projetos de lei e emendas constitucionais a respeito do tema; 11 Conclusão – Para além do arco-íris.

RESUMO

Este ensaio tem por objetivo uma sucinta abordagem das uniões homossexuais sob o prisma da jurisdição civil-constitucional. Não somente apontando sua possibilidade, como mostrando a necessidade de seu reconhecimento para a promoção dos direitos humanos, bem como dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, do bem de todos e do respeito à diferença, alicerces do Estado Democrático de Direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE

HOMOSSEXUALIDADE, MATRIMÔNIO, UNIÃO HOMOAFETIVA, CONSTITUCIONALIZAÇÃO, DIREITO DE FAMÍLIA.

ABSTRACT

This essay aims to outline an approach to homosexual unions in the light of civil and constitutional jurisdiction. Not only showing his ability, as showing the need for its recognition to the promotion of human rights and the constitutional principles of equality, human dignity, the good of all and respect for difference, foundations of democratic state of law Brazil.

KEYWORDS

HOMOSEXUALITY, MARRIAGE, UNION HOMOSEXUAL, CONSTITUCIONALISATION, FAMILY LAW.

¹. Membro da Comissão de Trabalhos Estruturais do Centro de Cidadania – CeCi- da Universidade Salvador.

1. INTRODUÇÃO.

Da Antiguidade Clássica aos nossos dias, profundas alterações se fizeram sensíveis às maneiras de pensar, agir e enxergar a totalidade concreta. Essas metamorfoses não passaram despercebidas à família.

Ela mudou. Adaptou-se a cada novo ciclo do desenvolvimento social: inflou, contraiu-se, patrimonializou-se e, agora, repersonaliza-se.

Inarredável reduto do indivíduo, a família da modernidade se redesenha, se erige sobre novas bases. Seu princípio fundamental não é mais o da autoridade, sua tutela não mais é aquela patrimonialista à exaustão.

A nova entidade familiar é pluralista, democrática, repersonalizada e repersonalizante. Amolda-se ao Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, constrange-o a uma mudança paradigmática, à aceitação da diversidade entre os indivíduos e entre as próprias espécies familiares.

Livre de modelos, certidões, preconceitos e poderes soberanos, a família passa de célula privada e autocrática a *lócus* de transformação social. A nova entidade familiar se torna, enfim, o espaço para a repersonalização do direito, da sociedade e sua própria.

Nesta senda, buscaremos elucidar o conceito de família, utilizando-nos, para tal, de uma análise histórica da instituição, explicitando a configuração hodierna adquirida pela entidade familiar.

Para além da analítica conceitual, investigaremos as orientações principiológicas adotadas pelo legislador constituinte com o escopo de proteger, caracterizar e desenvolver a unidade familiar moderna para, então, observar se há neste juízo a prevalência patrimonial e patriarcal ou afetiva.

Preenchidos do real significado da família na Constituição Federal de 1988, perquiriremos o tema das relações homoafetivas, adentrando as noções conceituais e históricas e o entendimento interpretativo dado pelo judiciário com a prática da analogia aplicada a estas relações. Isso, com o escopo de elucidar às seguintes questões: As uniões homoafetivas constituem entidades familiares constitucionalmente albergadas? Qual a forma constitucionalmente mais adequada para o seu reconhecimento?

2. DA FAMÍLIA

Tão antiga quanto a própria existência humana, a família constitui o primeiro vínculo que a pessoa institui com o mundo da vida.

Semanticamente, é termo polissêmico, que evoluiu no tempo. Esta instituição conheceu vários sentidos, representando ora uma pilha de bens, outra um grupo de indivíduos ligados pelo liame do nascimento.

No Direito Romano, ela ora designava o conjunto de pessoas sob o jugo do *pater famílias*, ora o conjunto parental unido pelo vínculo cognativo, ou, ainda, um acervo patrimonial ou herança. A família na Antiguidade Clássica compreendia, assim, uma pluralidade de conteúdos e significações em que se destacam seu caráter eminentemente patrimonial, regulado pelo princípio da autoridade, sob a figura do *pater potestas*.

Para Fustel de Coulanges, inobstante constituir o poder um dos pilares de sustentação da família antiga, era no culto aos antepassados, na religião, no respeito aos princípios quirritários oriundos do *mores maiorum* que repousava o nexo interno desta entidade. Assim, continua o mesmo autor, *in verbis*:

“O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural. (...) Uma família era um grupo de pessoas às quais a religião permitia invocar os mesmos manes, e oferecer o banquete fúnebre aos mesmos antepassados.” (COULANGES, 1961, P. 58-59)

No medievo, a entidade familiar conhece uma expansão. Não mais se representa por uma pilha de bens, mas pelo grupo de pessoas unido pelas relações de fidelidade. A unidade familiar, todavia, era gerada somente pelo casamento religioso, compreendendo os cônjuges, seus descendentes e, por vezes, os ascendentes. A família era, então, constituída pelo casamento, que, de fato, significava o alívio de um fardo: as filhas.

De se notar a constituição meramente patrimonial da família, pois, em nome do interesse econômico, o afeto, a fidelidade, liames viscerais da entidade familiar, eram violados. Isso pode ser constatado com o direito de “pernada”, assim caracterizado por Zannoni, *in verbis*:

“‘Pernada’ deriva de poner la pierna sobre el lecho del vasallo y de su esposa, y de la facultad del señor de sostener relaciones con la mujer de aquél, quien a cambio de ello obtenía determinados beneficios o derechos, tales como cazar en los bosques y en los cotos del señor, caso en el cual, para dar publicidad a ese derecho, el vasallo colocaba cuernos de ciervo sobre la puerta de su vivienda.” (ZANONI, 2004, p. 4)

Com o advento da sociedade burguesa, a família passa, mais ainda, a se alicerçar sobre os princípios do individualismo, da não-intervenção estatal na seara privada, da autonomia da vontade e do patrimonialismo. Ela, então, é compreendida como o domínio particular do homem, do *pater*, soberano despótico.

Nesse sentido entendiam as codificações liberais. A exemplo, o Código Civil de 1916 considerava a família como o grupo parental limitado pela relação conjugal legítima. Isto é, aquela oriunda do casamento civil. No dizer de Clóvis Beviláqua:

“Família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designa-se, por família, somente os cônjuges e sua respectiva progênie.” (BEVILÁQUA, 1943, p. 16)

A unidade familiar moderna encontrava, assim como suas predecessoras, sua união na figura do pater. Era ele quem detinha o poder marital sobre a esposa e o pátrio-poder sobre sua prole. Somente família e filhos legítimos estavam sob a tutela da juridicidade. A companheira, concubina, os filhos ilegítimos, a universalidade de filhos sem a presença de pais, as uniões homoafetivas e tantas outras eram relegadas ao silêncio do legislador, ficando á deriva no mar dos direitos.

A crise do Estado Liberal e o advento do *welfare state*, o Estado provedor, ao favorecer o surgimento da “era dos direitos”², inicia com o processo de reformulação, de redesenho do sistema jurídico.

É nesse contexto que surge aquilo que o professor Natalino Irti chama de “Era da descodificação” (Apud. TEPEDINO, 2004, p. 11). A nosso ver, trata-se de fenômeno inicial do movimento neo-constitucionalista³, que abre espaço para a reinterpretação constitucional de todo o sistema jurídico, inclusive do Direito Civil.

Nesse contexto, diversos diplomas legais retiram, aos poucos, a centralidade do Código Civil enquanto constituição de particulares. A família não passa inerte nesse processo, modificando-se profundamente. A prole ilegítima tem estabelecido o direito ao reconhecimento e a outros direitos, até então negados, com a Lei 883 de 1949; a mulher é retirada da odiosa situação de relativamente incapaz pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62; o casamento, depois de dissolvido, pode agora ser novamente constituído com a Lei do Divórcio, Lei nº 6.515, de 1977 e, por fim, a Carta Constitucional de 1988, em seu art. 226 rompe com a primazia patrimonial, com a desconsideração da família fundada no

² Termo cunhado por Norberto Bobbio em seu livro que leva o mesmo nome (BOBBIO, 1992).

³ Nesta mesma posição é de se notar a posição do professor Gustavo Tepedino, referindo-se aos preconceitos da doutrina civilista que devem ser abandonados:

“o último preconceito que deve ser abandonado nessa tentativa de reunificação do Direito Civil à luz da Constituição relaciona-se à *summa divisio* do direito público e do direito privado. A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado (...).

A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado por outro lado, não significa um agigantamento do direito público em detrimento do direito civil, que, dessa forma, perderia espaço, como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de mol a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.” (TEPEDINO, 2004, P. 19-21).

casamento em detrimento das demais espécies familiares, com a desigualdade entre os filhos, sejam eles adulterinos, incestuosos ou adotivos. Tornando a família uma entidade pluralista, democrática, livre, repersonalizada, para a qual o afeto constitui elemento precípuo.

Tais avanços se fizeram sentir pela comunidade. A mulher, fora do jugo do poder marital, emancipada, sexualizada pela liberdade conferida pela pílula anticoncepcional e engajada no mercado de trabalho sai às ruas. A família perde, assim, seu caráter pró-genético, impulsionada pelas mudanças paradigmáticas ensejadas a partir da década de 60, como observa Foucault (1994, p. 320-325), em feliz análise da evolução da sexualidade e, também, da homossexualidade. Trata-se de um período de redescoberta dos prazeres, do corpo, de reinterpretação dos institutos de toda a sociedade. Isso se deu com a ação feminista e dos movimentos homossexuais, tendo as feministas maior expressividade no Brasil, com nomes como Nísia Floresta e Rachel de Queiróz (RAGO, 2000, p. 35-76).

Em consonância com estes sistemas de tutela integral, modestamente chamados de microssistemas jurídicos, é que Natalino Irti distingue a “era da descodificação”. Cabe salientar, é que esse processo de descentralização do Código Civil, apesar de retirar o referido diploma legal do centro do ordenamento jurídico privado, suplanta-o pela lei maior do Estado pós-moderno, a Constituição, que deixa de ser mera carta fundante do sistema político e passa a irradiar seus efeitos principiológicos por toda a seara jurídica, reunificando esses microssistemas em torno de si.

Ninguém mais que a família sentiu com tanta força esse processo. O Direito familiar, de preponderância patrimonial, vê-se paulatinamente despatrimonializado, repersonificado. Os princípios e a análise constitucional é que garantem essa mudança. Não se trata de simples troca de vestimenta. O Direito de famílias, mais que isso, rompe com a ideologia liberalista e se redesenha, causando uma redefinição de seus conceitos e da tutela jurídica que dispensa aos seus institutos, bem como uma mudança paradigmática nele próprio.

3. NOVAS FAMÍLIAS, NOVOS PRINCÍPIOS.

Em Face da repersonalização do Direito de Família, acompanhada do fenômeno da constitucionalização do Direito civil, a unidade familiar passa a ser compreendida de forma diferente: não se trata mais de “legitimar a produção da prole, envolvendo no véo do direito a relação physica dos dous sexos”(PEREIRA, 1930, p. 36), e sim de “fatores biológicos e psíquicos se vêm aliar outros de natureza sociológica”(BEVILÁQUA, 1943, p. 16), principalmente, trata-se do vínculo afetivo erigido pelas pessoas em comum existência, não se confundindo, portanto, com as instituições que lhe servem meramente de mecanismos de tutela.

A família do século XXI é diferente de todas aquelas que já foram tratadas aqui, mas mantêm-se em sua essência: a afetividade. Ela não se encaixa a modelos, ao vínculo da cognição, que é o parentesco por consangüinidade, ou ao princípio da autoridade; não se restringe à esfera privada, mas nem por isso se estatiza: equilibra-se entre ambos os planos. Trata-se mesmo do espaço da realização plena do indivíduo, uma sociedade afetiva onde nada mais importante que o cuidado e o amor. Enfim, uma instituição democrática, pluralista, constitucionalizada.

Neste sentido, o constituinte, do artigo 226 aos 230 da Constituição Federal, rompe definitivamente com a primazia patrimonial do Direito de família, que se via precariamente dividido em patrimonial e extra-patrimonial; reconhece a união estável, a família monoparental explicitamente como entidades familiares e, implicitamente, tantas outras quantas possam emergir do mundo da vida.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

“Agora, o que **identifica** a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença do sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um **vínculo afetivo** a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando um comprometimento mútuo.” (DIAS, 2007, p. 40)

A essa “família constitucionalizada” incorporam-se valores regentes fundamentais: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a igualdade, a liberdade, a afetividade. Apesar da amplitude de seu teor, podem eles demonstrar facilmente o verdadeiro sentido da família na Lei Fundamental.

A entidade familiar que emerge dessa nova seara é solidária, pois não se constitui mera obrigação ou encargo patrimonial. É, antes de tudo um múnus, baseado no apoio mútuo, no amparo à criança (CF art. 227 e 229) e ao idoso (CF art. 230), garantindo às primeiras um desenvolvimento sadio, educação, lazer e alimentação; e aos segundos uma senilidade tranqüila, digna, amparada e saudável. Funda-se na igualdade e na reciprocidade de direitos e deveres, não somente entre o homem e a mulher, mas aos companheiros homossexuais, pois o rol de entidades familiares explicitadas na Constituição é tão-somente ilustrativo, não havendo no texto constitucional nenhum impedimento para tal conclusão, que, ademais, tem perfeita consonância com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade, bem como ao direito à família, à proteção igualitária de todos contra quaisquer tipos de incitamento ou discriminação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (CF, art. 226 §5º e Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. I, II e VII); no cuidado recíproco entre pais e filhos (CF art. 229) e, extensivamente entre irmãos;

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, entendemos que seja ela a não-coisificação do ser humano. Dignidade deve ser entendida como representando as condições material, educacional e psicossociais mínimas que se deve se conceder ao sujeito humano para que possa ele gozar de uma existência plenamente realizada. Nas palavras de Kant:

“No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa *equivalente*; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade (...) o que constitui a só condição capaz de fazer que alguma coisa seja um fim em si, isso não tem apenas simples valor relativo, isto é, um preço, mas sim um valor intrínseco, uma dignidade.” (KANT, 1986, 434-435)

A dignidade da pessoa humana nos Direitos de família representaria, então, numa despreziosa tentativa conceitual, o espectro de condições fundamentais a serem oferecidas pela sociedade, Estado e pela própria família para o inteiro desenvolvimento dos indivíduos que a compõem; em última instância, representaria o próprio direito ao reconhecimento de toda e qualquer entidade familiar, o reconhecimento de seu valor intrínseco, diria Kant.

A noção de dignidade, todavia, não é exaustiva. Filosófica e juridicamente é tarefa difícil conceituar a dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet (2008, p. 63), tentando definir a dignidade humana do ponto de vista jurídico dispara:

“temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Podemos elencar essa “dignificação da família” com base na não-rotulação entre os filhos, com filiação legítima ou ilegítima (CF art. 227 §6º) e a não diferenciação entre os tipos de famílias (CF art. 226 §3º). Enfim, a dignidade não se amolda a um conceito distributivo, mas equitativo de apreciação.

Essa nova entidade é também livre, porquanto permite a livre dissolução com o fim do vínculo afetivo entre os cônjuges ou companheiros, possibilitando a constituição de nova união, sem que se venha a ferir direitos de nenhum de seus membros. Também reconhece a pluralidade de uniões, dentre elas a religiosa, independente de doutrina ou instituição religiosa a que se siga, tendo este os mesmos efeitos que o casamento civil (CF art. 226 §2º). Mais ainda: permite o planejamento familiar de livre decisão, devendo o Estado fornecer o substrato para que seja possível tal projeção (CF art. 226 §7º). Enfim, a família

moderna é livre para traçar os rumos mais adequados à realização individual de cada um de seus componentes.

É uma instituição igualitária, pois responsabiliza solidariamente os pais pela educação e bem-estar dos filhos (CF art. 229) e iguala as partes da sociedade afetivo-conjugal (CF art. 226 §5º). Mais ainda: por desigualar aos desiguais, garantindo a assistência à criança e ao adolescente, além do idoso (CF art. 229 e 230), por não rotular os filhos pelo tipo de relação de onde são havidos (CF art. 227 §6º) e, enfim, por garantir o direito à diferença, a liberdade de opção sexual, religiosa ou de qualquer outra natureza (CF art. 5º I).

É pluralista, pois não mais é mais gerada apenas pelo casamento, admitindo-se quantas entidades familiares possam emergir do mundo da vida; igualmente, permite a liberdade de escolha do parceiro e da filiação, seja ela biológica ou adotiva, ambas em paridade de direitos. O Pluralismo, define a doutrina:

“O indivíduo, como tal, não existe; coexiste, juntamente com os outros indivíduos, e porque sua relação com os semelhantes passou a ser avaliada como constitutiva de sua existência, uma condição fundadora, não pôde ele mais ser estimado, como havia feito o pensamento liberal-individualista, como uma pequena ‘totalidade’, uma micro-célula autônoma, auto-suficiente e auto-subsistente. Por outro lado, evidentemente, a noção não se esgota na espécie; cada ser humano é único, em sua completa individualidade. Único e plural a um só tempo, parte da comunidade humana, mas possuidor de um destino singular, esta é a lei da pluralidade humana, referida por H. Arendt: quem habita este planeta não é o homem, mas os homens. Pluralidade é a lei da terra.”(MORAES, 2001, p. 170).

Finalmente, é união fundamentalmente afetiva, pois baseia-se no dever de cuidado mútuo entre pais, filhos, cônjuges ou companheiros, independentemente do afeto psicológico ou anímico. Este é estado de consciência, aquele é presumido pela própria existência da relação, sendo sua força propulsora. Apesar de implícita, a *affectio* se mostra facilmente na análise constitucional através da convivência familiar como prioridade absoluta da criança, não sua origem biológica (CF art. 227), da adoção como escolha afetiva em situação de igualdade com a filiação biológica (CF art. 227 §§5º e 6º), do dever de assistência à criança e ao idoso.

A *affectio* é, portanto, o liame a unir todos os demais princípios constitucionais do Direito de família. Mais ainda. Ela revela o verdadeiro sentido da família por sob os escombros da autonomia privada, do princípio da autoridade e da supremacia patrimonial: o cuidado mútuo, o companheirismo na comunhão de objetivos de vida.

Essa é a verdadeira família: o *lócus* privilegiado do afeto, o berço do cuidado, da fraternidade, o espaço para a plena realização da existência da pessoa humana. O espaço para a realização do perfeito desenvolvimento da *paidéia*⁴.

4. HOMOSSEXUALISMO: A NOMENCLATURA

O nome é aquilo que designa uma pessoa. As palavras servem para nomear as coisas. Mas os conceitos, de forma diferente, servem para dar-lhe uma pré-noção, um aspecto genérico que se faça distinguir entre os diferentes indivíduos pertencentes a uma universalidade. Nesse sentido, construir conceitos é tarefa de caracterização, apresentação, reconstrução.

O mundo das palavras há muito se distanciou do mundo da vida. Segundo Foucault, a partir do século XVI, rompe-se o elo das similitudes a unir as palavras e as coisas. Estes entes, antes unos, não mais se identificam. A complexa cadeia de analogias, emulações, simpatias e conveniências que faziam do vocábulo a própria criatura, se vê substituída pela relação dualística de significado e significante (FOUCAULT, 1999, p. 20-69).

Porquanto objeto e palavra não mais são um só ser, estas agora apenas apresentam aqueles. E o fazem através de caracterizações expressas através de conceitos analisados semanticamente, não mais na relação hermenêutica e semiológica da Idade Média. Assim, aquela perfeita capacidade perceptiva entre o verbete e o objeto se perdeu.

Hoje, as palavras jamais esgotarão o sentido das coisas, da realidade mundana. Porém, é na tarefa incansável de construção e reconstrução conceitual que reside a purificação de nosso modelo lingüístico, que não busca mais identificar a palavra e a coisa, mas caracterizar a coisa, o ser com o vocábulo.

Com vistas a isso, fica clara a necessidade de uma reformulação conceitual no que diz respeito ao nosso tema. Tal empreitada, apesar de recheada por uma enorme parafernália conceitual, nos leva ao conhecimento daquilo que Maria Berenice Dias tão bem chamou homoafetividade⁵.

A diferenciação é notória: homossexual liga-nos diretamente ao aspecto físico de uma relação. Isso significa que sua fundamentação se dá estritamente pelo vínculo libidinoso e,

⁴ *Paidéia*, segundo os gregos, representava a completa formação do indivíduo. Compreende a formação cultural, religiosa, acadêmica, militar, sexual, emocional. Enfim, é a própria personalidade, o conjunto de elementos educacionais, sociais e diversos outros que se aderem no ser. (LOBO, 2008, P. 22).

⁵ Termo cunhado pela autora em sua obra: União homossexual: o preconceito e a Justiça! 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

mais ainda, em nossos tempos de “amor líquido”⁶, implica considerar efêmero tal relacionamento. Homoafetiva, ao contrário, se diz do enlace afetivo a unir indivíduos do mesmo sexo em comunhão de vida. Seu alicerce não é a pulsão sexual, mas o vínculo emocional estabelecido entre os partícipes. Isso nos faz constatar a intencionalidade diversa que se estabelece entre ambas, afinal, o sexo e a construção de uma vida em comum nem sempre se coadunam.

5. DA UNIÃO HOMOAFETIVA: BREVE HISTÓRICO

O enlace físico entre indivíduos do mesmo sexo é tão antigo quanto aquele que denominamos heterossexual. Ambos remontam à tempos remotos, anteriores ao Estado, à sociedade como a conhecemos e ao próprio indivíduo, que apenas há dois séculos se inventou.

Se nem sempre foi permitida, a prática da pederastia sempre foi aceita. Na Grécia e em Roma, as práticas sexuais entre homens eram consideradas atividades prestigiadas e desde cedo se faziam presentes. Os preceptores é que se incumbiam dessa tarefa, que visava retirar a feminilidade que o trato materno inveterava nos jovens. Assim, aos 14 anos, em média, os rapazes passavam dos braços das mães ao leito dos preceptores, continuando ao longo da vida, mesmo após suas uniões heterossexuais, a manter tais atos nas guerras, com escravos e entre os nobres (DIAS, 2006, P. 25-27).

Na idade média, com o advento do catolicismo e seus mandamentos, os relacionamentos entre homens visando satisfação sexual passam a ser condenados e ocultados. Curiosamente, nos mosteiros e nos chamados banhos⁷, comparados às atuais saunas, é que tais atos se davam com mais frequência.

Inobstante a secularização do Estado e a laicização das ciências e do Direito, nos séculos XVIII e XIX a moral católica ainda se mantinha pujante na sociedade. Daí que muitas das codificações liberais mantiveram-se impávidas frente a “caça aos pervertidos e excomungados”, que tem seu marco fundamental o III Concílio de Latrão, que criminalizou as práticas homossexuais. Estas, muitas vezes eram recebidas com pena de morte. Assim, a homoafetividade fora recebida como uma prática anti-jurídica, imoral, enfim, condenável.

⁶ Bauman caracteriza a afetividade em termos da modernidade líquida, tema sobre o qual se debruça em sua obra, discutindo as relações de afeto sob este prisma e mostrando o mercado do corpo que se instaura de forma cada vez mais forte nas sociedades modernas como um todo. O afeto se converte em consumo, as relações se fetichizam, tornam-se descartáveis, como produtos de consumo. Para mais: BAUMAN. Zigmunt. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.

⁷ Foucault noticia em uma entrevista que ao lado “desses prostíbulos, foram aparecendo banhos, onde os homens podiam se encontrar e ter entre eles relações sexuais. Os banhos tinham precisamente essa função. Ele era um lugar onde os heterossexuais se encontravam para o sexo”- tradução livre- FOUCAULT, Michel. Dits et Écrits. Paris: Gallimard, 1994, p. 55.

Durante os séculos que se seguiram às Revoluções Francesas, iniciadas em 1789, que romperam com o Direito Divino, promovendo a secularização das entidades estatais, o controle social foi, paulatinamente, passado para a autoridade humana. Os olhos de Deus cederam espaço à atuação do Estado-Juiz e novas concepções de Direito alargaram o fosso entre Estado e Igreja; teologia moral e Direito positivo passam a se ocupar de diferentes objetos: a este a conduta humana em sua liberdade vivente e àquela os pensamentos e emoções.

Embora o Estado se distanciasse cada vez mais de instituições religiosas, a família, o casamento e suas conseqüências jurídico-sociais se mantiveram sob a ideologia do Direito Canônico. Este processo descortinou-se até fins do século XX, período histórico mais recente, chamado por alguns de idade moderna ou pós-moderna.

Com o advento da chamada “pós-modernidade”, muita coisa mudou. O surgimento das liberdades individuais e as lutas pela igualdade e por direitos, iniciada com os movimentos *gay* na década de 60 do século passado, escancararam as “portas do armário”. Paulatinamente, um grande espectro de possibilidades se abriu; o preconceito diminuiu e a exclusão e a “peste *gay*”⁸ não se fazem mais tão presentes.

Para isso, mudanças econômicas, políticas e morais ocorridas na modernidade foram fundamentais. Foi com a liberdade de expressão e de associação que a “liquidez moderna”⁹ afastou a sociedade do porto sombrio do preconceito e da exclusão do medievo, levando-a rumo a novos paradigmas, à formação de uma nova consciência.

6. DO ARMÁRIO PARA O PODER JUDICIÁRIO.

Até a Constituição de 1988, no Brasil era inaceitável falar em famílias concubinárias, menos ainda sobre uniões homoafetivas. Nesse contexto, essas uniões se consideravam sociedades de fato, sendo julgadas nas varas cíveis, onde partilhavam-se os quinhões de cada um dos societários durante a vigência da sociedade.

⁸ A peste *gay* era o nome dado ao vírus HIV, que, devido às práticas casuais e inesperadas de sexo, sem os devidos cuidados, facilitavam a propagação da imunodeficiência nesse grupo, tendo ele o maior grau de incidência nesse grupo. Vale ressaltar que foi nesse setor que as campanhas contra o HIV surtiram maiores efeitos.

⁹ “Modernidade líquida” é o termo que Bauman usa para designar o modo de vida das sociedades pós-modernas, nas quais o afeto torna-se um produto de consumo, as relações humanas se fetichizam e os *shoppings centers* transformam-se em templos da prática de cidadania; a prática social é substituída pelo consumo e as crenças religiosas tornam-se válvulas de escape transcendentais. Para mais sobre o tema, ver: BAUMAN. Zigmunt. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.

Com a *Lex Fundamentalis* isso se modifica. E para a “proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, bem como “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Mas o que significa essa citação explícita da família monoparental e do companheirismo? Seria a exclusão das demais formas de entidade familiar? Obviamente que não. Ora, era na mulher, companheira ou concubina, que se depositavam as maiores discriminações. Muitas vezes, somente acompanhada de sua prole, ela ficava relegada dos cuidados do Direito Familiar apenas por não possuir um marido. Isso tornava imperativa a intervenção constitucional e a expressa equiparação entre os gêneros.

Veja-se, porém, que muito embora não se tenha expressa norma constitucional que venha a regulamentar as uniões homoafetivas especificamente ou aquelas de qualquer outra natureza, sua possibilidade jurídica pode ser constatada quando nos deparamos com uma análise do tema à luz dos princípios constitucionais. Afinal, um Estado que tem como seus principais objetivos “a cidadania; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo”, “e quaisquer outras formas de discriminação” bem como a prevalência dos direitos humanos, jamais poderia determinar em suas normas alguma medida que viesse a promover os mesmos preconceitos aos quais se propõe a erradicar sob pena de inconstitucionalidade da norma que o faça. Assim, é impossível acreditar que neste sistema jurídico o art. 226 tenha em seu elenco de entidades familiares uma restrição às demais espécies, pois estaria a violentar a dignidade da pessoa humana, cláusula pétrea constitucional, bem como o direito à família e à liberdade, previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ora, num Estado que se funda em tais orientações, que aliás, não só fundam mas devem permear todas as suas atividades, é verdadeira aberração a alegação de que a simples necessidade de alguns em legitimar seus preconceitos estejam a impedir a realização do fim maior ao qual se propõe o Estado brasileiro.

Dizer que o Artigo 226 §§ 2º e 3º é norma de eficácia limitada, portanto negando a sua efetividade, até mesmo no que diz respeito ao companheirismo, é, simultaneamente, negar a força normativa da Constituição Federal; é, mais ainda, se posicionar de maneira retrógrada, retirando a eficácia imediata dos princípios constitucionais.

Cabe ao judiciário o reconhecimento dessa realidade, não sua subversão por meros preconceitos pessoais. A dignidade humana, os direitos e garantias fundamentais, bem como os tratados internacionais dos quais o Brasil é partícipe não podem ser obstados por simples preconceitos de ordem pessoal; o Judiciário deve reconhecer esta realidade fática e

seu respaldo constitucional, promovendo o bem de todos numa sociedade pluralista e democrática, fim ao qual se propõe o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Quando desconsidera as uniões homoafetivas como sociedades de fato o aplicador do direito incorre em inconstitucionalidade material, pois sua decisão contraria princípios constitucionais, subvertendo a própria concepção de entidade familiar apregoada na Constituição de 1988.

7. DA INCOSTITUCIONALIDA MATERIAL.

Uma lei, ato administrativo ou sentença que venha a ferir princípios constitucionais é materialmente inconstitucional. Assim, ao negar a possibilidade do vínculo familiar ao casal de mesmo gênero, o julgador impede o direito à constituição de uma família, daquela família que se quer ter, não daquela que se impõe por uma folha de papel, distante do mundo da vida, da realidade social, família essa, essencial condição da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, preconceituando e coisificando as pessoas, retirando-as da própria condição humana.

Negar a existência de um núcleo familiar ao casal homossexual é o mesmo que lhe retirar de sua condição de sujeito de direito é afastá-los da sua qualidade de pessoa humana; é coisificar as singulares relações de afeto que só se conhece no seio familiar; é validar a marginalização e a perversão desses relacionamentos em meros Just in time sexuais.

A interpretação constitucional fornece um significado mínimo que não pode ser subvertido pelo intérprete. Quando este o faz, rompe com a própria norma da qual advém sua autoridade e, como corolário, pratica atos inválidos por inconstitucionalidade material. Por isso, antes de se debruçar contra uma alínea que seja, do mais simples ato, há de ter em mente os princípios sobre os quais se funda o Estado brasileiro.

A neutralidade, sabemos, é inalcançável, por conta que a conduta humana é, desde sua execução, uma ordem valorativa, planejada por base em pré-compreensões e preconceitos, mas isso não significa que o intérprete deva realizar seu papel por conta simplesmente de preconceitos pessoais inveterados. É preciso distinguir entre juízos de valor pessoais, da realização de uma justiça que se faz clamar pela sociedade.

8. A INTERPRETAÇÃO EXCLUDENTE E O NÚMERO CLAUSUS.

Não é pacífico na doutrina sobre o §3º do artigo 226 da Carta Política constituir número *clausus* ou *apertus*. Para alguns, como o ilustre mestre baiano Orlando Gomes (2001, p. 3-30), há ali uma cláusula excludente, referindo apenas à união estável entre o homem e a mulher, bem como a família monoparental como entidades familiares. Para outros, principalmente entre os membros da doutrina atual como Paulo Lobo e Maria Berenice Dias (2006, p. 40-45) há ali repertório apenas ilustrativo de tais entidades, sendo então um dispositivo de inclusão.

Ora, como já dissemos acima, o texto constitucional se faz em sua interpretação por um todo, devendo serem encarados e ponderados os princípios existentes, quando conflitantes, visando a busca da máxima realização de cada um deles, como bem mostra Humberto Ávila¹⁰ analisando o sistema de princípios constitucionais. Daí que ignorar a existência e a eficácia que se expande dos princípios, negligenciando sua influência para uma compreensão de cada um dos dispositivos da Carta Magna, é mesmo voltar a uma exegese primitiva, como fora a do positivismo primitivo francês.

A interpretação do texto constitucional não se faz por um dispositivo isolado, mas levando em conta todos os vetores de racionalidade que emanam deste mesmo. Para, com isso, chegar-se à realização de um direito legítimo, que se faz clamar pela sociedade e se expressa no texto constitucional. Interpretar não é construir verdades universais, estáticas e incontestáveis como parecem entender os defensores da cláusula de excludência. A atividade do intérprete é a de perceber o sentido que hora se apresenta, como diz Gadamer:

“Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”. (Gadamer, 2003. p. 356)

Como bem mostra Paulo Luiz Netto Lôbo, “a exclusão não está na constituição, mas na interpretação”(LÔBO, 2002, p. 50). Sendo a família que goza de especial proteção do Estado e, mais ainda, sendo a *affectio* sua força propulsora, percebemos que esta é o gênero do qual advém várias espécies, que não fazem desmerecer-lhe a tutela da juridicidade. Há de se ver que no texto constitucional não há mais a cláusula “constituída pelo casamento”, que não foi por nenhuma outra substituída.

¹⁰ Para mais sobre o tema ver: ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Outrossim, quando se invoca o §4º do mesmo artigo para, como fez Orlando Gomes, doutrinar que “embora a Constituição tenha colocado sob proteção especial do Estado tanto a família legítima como a natural, não teve a intenção de igualar por inteiro as duas figuras”(GOMES, 2001, p. 25), está-se mesmo reincluindo a cláusula de exclusão quando na interpretação.

Sabemos que o casamento é o ato solene que regula a união entre duas pessoas. Mas não significa que seja ele a única e preferencial forma de constituição do vínculo afetivo. De fato, sua solenidade isenta aos consortes da necessidade de comprovação da relação e tem seus aspectos normativos patrimoniais mais amplamente regulados. Daí que se deva facilitar, ou seja, não criar óbices à conversão da união estável em casamento.

Novamente é de Paulo Lôbo a lição:

“A regra do §4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo este o sentido do termo “também” nela contido. “também” tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares não explicitadas no texto” (LÔBO, 2002, p. 53)

Assim, concluímos que, de fato, não há nota de exclusão no parágrafo terceiro do artigo 226 e que as prescrições do §4º visam somente dar maior formalidade, preenchendo de forma mais precisa o critério de ostensibilidade na constituição da família, que é o seu reconhecimento público como tal.

9. DA SÚMULA 380 DO STF E DA ILUSÃO ANALÓGICA.

Despir o homem da história é o mesmo que retirá-lo de sua natureza. Pois, sem a história não haveria compreensão. A perspectiva histórica constrói o presente, que se refletirá no futuro, sendo ambos fruto do passado. Por isso, para compreender a historicidade dos fatos da vida é necessário compreender, como disse Clarice Lispector, que “as coisas acontecem antes de acontecer” (LISPECTOR, 1995. p. 15). Assim, mister se faz a análise da propulsão histórica da súmula 380 para mostrar que a função por ela desempenhada outrora já não mais existe, sendo portanto inadequado seu uso hodiernamente.

Quando enunciava que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”, a Súmula 380 buscava proteger as concubinas e as companheiras e coibir o enriquecimento ilícito, face ao já citado número *clausus* existente no texto constitucional,

para efeitos meramente patrimoniais. Daí que com a extinção da cláusula de exclusão do Diploma *Majoris* desapareceu a finalidade que então desempenhava a súmula 380 do STF.

Com a vigência da “Constituição Cidadã”, o dispositivo judiciário ao qual nos referimos não somente perdeu seu sentido como passou a se estabelecer como um desserviço ao direito, pois acaba por abrigar injustiças, transformando em sociedades de fato o berço do afeto, cuidado e respeito: a família.

Maior desacerto ainda se vê doutrinariamente, com as sugestões de aplicar analogicamente as normas atinentes às uniões estáveis, conforme a Lei 8.791/94 às homoafetivas.

Ora, se a Constituição considera tantas quantas entidades familiares possa emergir da realidade social, mister se faz aplicar a elas as normas do Direito familiar, adequando o texto ao contexto. A Constituição é que contém a primazia legal, por isso, não deve o legislador criar leis que venham a ferir os princípios constitucionais, valorando positiva ou negativamente esta ou aquela espécie de entidade familiar. Por isso, acreditamos que a analogia de fato não existe nesse caso, sendo mesmo redundância. É, no mínimo, inútil equiparar algo a ele mesmo, entidade familiar a outra entidade familiar.

Além disso, como observa Paulo Lôbo “as normas do artigo 226 são auto-aplicáveis independentemente de regulação” (LOBO, 2002. p 47). Não havendo, como observa o mesmo autor, necessidade de equiparação. Isto decorre do fato que todas as entidades familiares estão constitucionalmente protegidas. Como já dissemos acima, família, neste caso, é o gênero, o qual lhe dá o merecimento de tutela, não se chegando por ele a motivos para a discriminação entre elas.

10. SOBRE OS PROJETOS DE LEI E EMENDAS CONSTITUCIONAIS A RESPEITO DO TEMA.

Em nosso ordenamento jurídico, como já dissemos, existe substrato normativo para regular as diversas espécies de família. Obviamente, devido a especificidades podem ser tomadas algumas medidas legislativas no sentido de ampliar a tutela dispensada. Mas não de restringir ou discriminar qualitativamente uma em relação à outra.

Porém, ocorre que vê surgindo projetos de lei visando criar espécies de matrimônios camuflados por nomes como “união civil entre pessoas do mesmo sexo” e “parceria civil registrada”, o que, nosso ver, isso cria mais óbices que facilidades.

Ora, o que seria uma união civil se não um casamento ou união estável?

Realmente se faz necessária a promulgação de leis que repitam tudo aquilo que dizem sobre a família o Código Civil e a Constituição Federal? Acreditamos que não. Já dissemos que é a família que goza de especial proteção do Estado, não este ou aquele tipo. Por isso, entendemos que as matérias atinentes às entidades familiares, sejam de qual espécie for, podem e devem ser regulada pela jurisdição civil-constitucional. Reconstitucionalizando o Direito de Família, permitindo assim a ampla tutela da pessoa humana, que é o verdadeiro motivo da tutela familiar pelo Direito.

Essa perspectiva normativista do Direito, parece sustentada por um fetichismo legal a impulsionar uma verdadeira orgia legiferante. Nesse quadro, os atores jurídicos parecem presos à simples mediocridade da não-interpretação literal, da prática de repetição oral e escrita dos textos legais, da simples compilação e glosa normativa. Marcos Colares quando dispara: Creio que há algo de novo no Direito de Família: a vontade de vencer os limites ridículos da acomodação intelectual (COLARES, 1999, p. 46) parece estar correto por um lado. O problema é que, inobstante os esforços doutrinários, a jurisdição brasileira insiste em não reconhecer as mudanças há muito operadas na realidade social e tenta imputar às uniões homoafetivas o mesmo calvário percorrido pelas uniões estáveis sob o argumento da não regulamentação legal.

Projetos de lei como o 1.151-95 de autoria da então deputada Marta Suplicy não passam de contribuições a esse fetichismo legal, que só mostra aquilo que já se vê (e, assim, nada diz), somente repetindo um discurso anteriormente feito com palavras diversas das anteriores. Pois que, se o objetivo é criar um casamento mascarado, não seria melhor permitir o casamento homoafetivo? Pela sua complexidade não nos ateremos na questão da possibilidade do casamento em si, mas somente elucidar que a união homoafetiva não necessita de uma tutela específica por um novo diploma legal ou de nenhuma reforma do Código Civil, pois da interpretação dos dispositivos constitucionais aliados aos tratados internacionais de Direitos humanos já se mostra patente sua necessidade, devendo o judiciário reconhecer esta que há muito é uma realidade, não só no Estado Brasileiro, mas nas mais diversas sociedades.

Não parece digno, nem justo legitimar a exclusão de cerca de 17,9 milhões de pessoas¹¹ da oportunidade de constituição de uma entidade familiar juridicamente reconhecida. Sendo a família base da sociedade, núcleo precípua da formação e convivência da pessoa, negar a condição de família às uniões homoafetivas é mesmo negar a condição desses sujeitos como pessoas humanas.

¹¹ Parcela da população brasileira que se declara homossexual. Fonte: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/146844/relacoes-homoafetivas-podem-ser-reconhecidas-juridicamente>. Acesso: 10/03/2009. Vale ressaltar que o censo brasileiro, até a sua última realização, não pesquisava as questões referentes à homossexualidade.

Projetos de lei visando criar estatutos para estas uniões que têm como característica fundamental a própria informalidade (o que não a torna fluida) não nos parece a melhor solução, pois acabaria por sentenciar partes destas entidades que, por preconceito social, familiar ou profissional, não se expressam ostensivamente à ser ignoradas por do judiciário, relegando-as ao mesmo esquecimento que se imputou ao companheirismo no ordenamento brasileiro. E quando se visa um direito pluralista e democrático, torna-se inadmissível ceifar a extensão dos direitos fundamentais, como aquele à família, apenas a relações baseadas em critérios formais que nem sempre correspondem à realidade fática.

Assim, conclui-se que, antes da necessidade de um reconhecimento legislativo das uniões homoafetivas, criando uma espécie de casamento, que, ao que parece, constituiria maneira exclusiva de reconhecimento da família homoafetiva, demonstra-se pujante a necessidade de seu reconhecimento jurisprudencial pela interpretação das normas auto-aplicáveis do art. 226 da Constituição Federal. Asseverando-se, todavia, quando venham a conceder direitos à entidades familiares homoafetivas e de qualquer outra natureza, projetos de lei serão sempre apreciados e comemorados não só pelos setores homossexuais da população, mas por todo e qualquer cidadão que tenha um compromisso com a democracia, pois com a expansão destes direitos¹²

“Estamos ampliando las oportunidades de felicidad para nuestros vecinos, para nuestros compañeros de trabajo, para nuestros amigos y para nuestros familiares, y a la vez estamos construyendo un país más decente, porque una sociedad decente es aquella que no humilla a sus miembros”¹³

11. CONCLUSÃO - PARA ALÉM DO ARCO-ÍRIS.

Quando chega ao nosso título, o leitor pode não entendê-lo num primeiro momento, pode parecer confusa essa expressão que usamos. Mas achamos que seja ela a que melhor resume aquilo que significa para nós este trabalho.

¹² Tramitam atualmente na Câmara dos Deputados, dentre outros, os seguintes Projetos de Lei:

Projeto de Lei 3712/2008, de autoria do Deputado Maurício Rands do PT, que visa, dentre outras providências, alterar o inciso II do art. 35 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, incluindo na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física e o Projeto de Lei 3323/2008, de autoria do Deputado Walter Brito Neto do PRB/PB, que visa alterar a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, para vedar a adoção por casal do mesmo sexo. Não podemos deixar de observar a patente inconstitucionalidade do segundo projeto, por limitar o exercício de direito fundamental à constituição de família, bem como violar os direitos da criança, por limitar o direito da criança à família.

¹³ Discurso do primeiro-ministro espanhol no plenário do Congresso, no dia da aprovação da reforma do Código Civil, 30 de Junho de 2005. Uma versão preliminar deste texto foi apresentada no Fórum do Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo, CEAS/ISCTE e Associação ILGA-Portugal, ISCTE, 11 de Novembro de 2005; e na VI Reunião de Antropologia do Mercosul, Montevideu (Uruguai), 16-18 de Novembro de 2005.

Uma democracia presume um sistema pluralista de aceitação da diversidade e de relações de poder baseadas no consenso, no poder comunicativo, que é a característica fundamental da humanidade: a do entendimento. Se nesse sistema presumidamente pluralista e participativo chancelamos a exclusão e políticas fascistas de exclusão do outro, estamos a legitimar tudo aquilo que não é uma democracia, a apoiar uma demagogia que manipula as massas a seu favor, espolia-as e elide os discursos.

A igualdade – que pode também desigualar – do Direito democrático, presume um tratamento não discriminatório e incluyente dos indivíduos, fim capital da democracia. Nesse sentido, para além do arco-íris significa-nos a superação da necessidade desses movimentos sociais que levamos em nosso título. Eis que já não deveriam estar a disputar um direito à diferença e à possibilidade do reconhecimento de uma felicidade diferente daquela dos contos de fadas e princesas.

A quebra dos antigos paradigmas excludentes do medievo-modernidade é que devem levar a essa realidade. O Direito deve assumir sua função social e não somente admitir, como mostrar a possibilidade e a necessidade do reconhecimento das diferenças e da aceitação, indispensáveis à realização da dignidade da pessoa humana.

O direito deve ser compreendido como instrumento para a realização plena dos indivíduos em sociedade. É só isso que o justifica. Nas palavras de Ihering:

“O direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso, a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito. Ambas se completam e o verdadeiro estado de direito só existe onde a força, com a qual a justiça empunha a espada, usa a mesma destreza com que maneja a balança.” (IHERING, 2003, p. 27)

Nesse sentido, alguns desafios se mostram para o Direito pós-moderno, que encontram-se enumerados pela sensibilidade sempre notória de Luiz Edson Fachin:

“Compreender que o Código Civil (e por isso, o “novo Código Civil Brasileiro) é uma operação ideológica e cultural que deve passar por uma imprescindível releitura principiológica, RECONSTITUCIONALIZANDO o conjunto de regras que integre esse corpo de discurso normativo;
(...) Evitar o simplismo adotando, sem embargo, a clareza e a simplicidade para veicular as conquistas históricas numa hermenêutica emancipatória e numa principiológica axiológica de índole constitucional, sem reduzir o que é complexo, nem identificar o direito à lei;
(...) Descobrir o direito pela força criadora dos fatos – como escreveram na Itália Pietro Perlingieri e Vincenzo Franceschelle – captando a “revolta dos fatos contra o código” sem a irresignação que daí retirava Gastón Morin, apreendendo que o caráter ôntico do direito está na sociedade e na realidade social, econômica e política” (FACHIN, 2004, P. 2-3).

Assim, notamos que o mais adequado ao direito brasileiro não é aguardar por uma normatização que não resolverá o problema das uniões homoafetivas, mas aceitar e demonstrar jurisprudencialmente sua possibilidade por base nas normas auto-aplicáveis do art. 226 da Constituição Federal. Abandonando a mediocridade de uma fetichização das

normas jurídicas e de uma visão normativista de direito, já superada por uma visão hermenêutica. A fim de concretizar a dignidade da pessoa humana, alicerce e fim capital do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Miguel Vale de Almeida. *O casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sobre gentes remotas e estranhas numa sociedade decente*. Disponível em: <http://pwp.netcabo.pt/0170871001/MiguelValedeAlmeida.pdf>. Acesso em 10/02/2009.

BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1943.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *União homossexual: o preconceito e a Justiça!* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Dits et Écrits*. Paris: Gallimard, 1994.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: J. G. editor, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do Numerus Clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família, IBDFAM. Porto Alegre: Síntese, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

_____. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. "O princípio da solidariedade", in Manoel Messias Peixinho et al (org.), *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

PEREIRA, Lafayete Rodrigues. *Direito de Família*. Adaptado por José Bonifácio da Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Francisco Alves Livraria, 1930.

RAGO, Margareth. *Feminismo e Anarquismo no Brasil. A audácia de sonhar*. 01. ed. Rio de Janeiro: Achiamé, 2007. v. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed São Paulo: Malheiros, 2007.

ZANNONI, Eduardo. BOSSERT, Gustavo. *Manual de derecho de familia*. 6 ed.. Buenos Aires: Ástrea, 2004.