Família homoafetiva: albergue de direitos humanos no âmbito da família contemporânea

- Familia homoafectiva: albergue de derechos humanos en el contexto de la familia contemporánea
- Homoaffective family: human rights hostel in the contemporary family context

João Batista de Carvalho Neto[1]

Resumo: O presente estudo tem o objetivo de demonstrar, a partir de uma análise de pressupostos sociais e constitucionais, que a união de pessoas do mesmo sexo, intitulada "homoafetiva" pela moderna doutrina civilista, desempenha a finalidade social de uma verdadeira entidade familiar. Apresentando a evolução das entidades familiares, durante o percurso da história humana, explicita que o avanço das interações sociais não encontra limites, sendo impelido pelas vicissitudes culturais. Nessa configuração, os paradigmas de constituição e a finalidade do círculo familiar modificaram-se em conformidade com as necessidades e anseios do ser humano. No atual estágio da sociedade, a afetividade (ou princípio da afetividade) desponta como o novo paradigma de formação das entidades familiares. Da afetividade decorre a homossexualidade, que na esfera psíquica inconsciente tão-somente corresponde a uma forma de atendimento ao desejo sexual; no âmbito racional, configura a chamada opção sexual de um indivíduo. A união homoafetiva significa a convivência de pessoas com tal orientação sexual, voltada à finalidade que respalda a família moderna: a constituição de um reduto para o desenvolvimento da personalidade de seus componentes. A Constituição Federal prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Brasileiro. Tal princípio, unido a uma gama de normas constitucionais, edifica o arcabouço normativo que constitui a união homoafetiva como modelo jurídico passível de proteção. Esse trabalho alicerçou-se nos pressupostos da pesquisa qualitativa, uti-

1 Assessor do Juízo da 3a. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal/RN. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-Graduando em Educação em Direito Educacional pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá, Rio de Janeiro/RJ.

lizando-se de fontes escritas (bibliográficas e documentais), fundamentando-se nos estudos de Silva (2006), Azevedo (2005), Bezerra (2006), Bonavides (1996), Comparato (2007), Dias (2006) e em textos legais.

Palavras-chave: Afetividade. Família Homoafetiva. Dignidade Humana.

Resumen: El presente estudio tiene el objetivo de demostrar, partiendo de una análisis de supuestos sociales y constitucionales, que la unión de personas de lo mismo sexo, llamada "homoafectiva", por la moderna doctrina civilista, juega el objetivo social de una verdadera entidad familiar. Presentando la evolución de las entidades familiares, durante el curso de la historia humana, explica que el avance de las interacciones sociales no encuentra limites, siendo repelido por las particularidades culturales. En esta configuración, los paradigmas de constituición y la finalidad del círculo familiar cambiaron conforme las necesidades y ansias del ser humano. En la actual fase de la sociedade, la afectividad (o principio de la afectividad) sigue como el nuevo paradigma de formación de las entidades familiares. De la afectividad, vine la homosexualidad, que en la esfera psíquica inconsciente es uma forma de contestar um deseo sexual; em el contexto racional, es la llamada opción sexual de un individuo. La unión afectiva significa la convivência de personas com tal orientación sexual volvida a la finalidad que basea la familia moderna: la constituición de un reduto para el desarrollo de la personalidad de sus componentes. La Constituición Federal prevê la dignidad de la persona humana como fundamento del Estado Brasileño. Tal principio, añadido a una carga de leyes constitucionales, edifica el marco normativo que constituye la unión homoafectiva como modelo jurídico pasible de protección. Este trabajo es basado em los supuestos de la pesquisa qualitativa, usando fuentes escritas (bibliográficas y documentales), com fundamentación em los estudios de Silva (2006), Azevedo (2005), Bezerra (2006), Bonavides (1996), Comparato (2007), Dias (2006) y em textos legales.

Palabras clave: Afectividad. Familia Homoafectiva. Dignidad Humana.

Abstract: This study objects to show, using the analysis of social and constitutional assumptions, that the same sex people union, named "homoaffective" by the civilist modern doctrine, makes the social goal of a true family entity. It presents the family entities evolution during the history human way and explicits that the social interections don't found limits, being impeled by the cultural particularities. In this way, the constitution paradigms and the goal of the family circle changed according with the human necessities and wishes. In the current social stage, the affectivity (or affectivity principle) follows as the new paradigm of family entities generation. From the affectivity comes the homosexuality, that is, in the unconscious psychic sphere, a form of answering the sexual wish; in the rational context, it is the named the individual sexual option. The homoaffective union means the people intimacy with that sexual guidance turned to the modern family goal: the redoubt formation for the development of its component personalities. The Federal Constitution provides the human person dignify as the Brazilian State fundament. This principle, joined to a constitutional rules group, builds the rule outline that forms the homoaffective union as a securable juridical model. This study is based in the qualitative search assumptions, using wrote sources (bibliographics and documentaries), basing in the studies of

Silva (2006), Azevedo (2005), Bezerra (2006), Bonavides (1996), Comparato (2007), Dias (2006) and legal texts.

Keywords: Affectivity. Homoaffective Family. Human Dignify.

Introdução

O propósito do texto é demonstrar que a união de pessoas do mesmo sexo, intitulada homoafetiva pela moderna doutrina civilista, desempenha a finalidade social de uma verdadeira entidade familiar. Para tanto, desenvolveu-se uma análise de pressupostos sociais e constitucionais, procurando compreender a evolução do paradigma de constituição da família, buscando em estudiosos que tratam da temática e no texto constitucional, o fundamento social e legal para a formação e proteção das famílias homoafetivas.

A evolução das entidades familiares, durante o percurso da história humana, explicita que o avanço das interações sociais não encontra limites e é impelido pelas vicissitudes da cultura. Nesse sentido, os paradigmas de constituição e a finalidade do círculo familiar modificaram-se em conformidade com as necessidades e anseios mais veementes do ser humano, durante o decorrer das eras. Saiu-se do paradigma relacionado à perpetuação e sobrevivência da espécie (família primitiva, na horda), para o paradigma procriador, patrimonialista e matrimonialista (resultado final dos seguintes modelos de família: do clã, da clássica, da medieval, da moderna e da contemporânea).

No atual estágio de nossa sociedade, a afetividade (ou princípio da afetividade) desponta como o novo paradigma de formação das entidades familiares. Ela é aspecto inerente ao ser humano, sendo impelida por razões de ordem psico-fisiológica, ligadas à satisfação do homem enquanto ser sexual.

O afeto seria uma das formas de manifestação, ou conformação, da energia sexual (libido) veiculada através das pulsões, cargas energéticas oriundas do inconsciente de cada ser humano. Conforme Jacques Lacan (apud BEZERRA, 2006, p. 95), "O inconsciente é a soma dos efeitos da fala, sobre um sujeito, nesse nível em que o sujeito se constitui pelos efeitos do significante.", sendo, portanto, uma instância de conformação variável do aparelho psíquico de cada indivíduo.

É no inconsciente onde se armazena a energia sexual do ser humano, a libido. Esta, quando voltada à consecução de determinado objetivo, torna-se o que Freud denominou, na obra Três Ensaios Sobre a Teoria da Sexualidade (1905), de "pulsão": uma carga energética oriunda da atividade motora e do inconsciente do indivíduo, impulsionada à supressão de um estado de tensão, reinante na fonte pulsional (o inconsciente). Mais especificamente, nas palavras de Marchesini (2007, p. 01):

> A *pulsão*, termo freudiano, é algo análogo ao instinto nos animais e, constitui o *núcleo do inconsciente*. Tanto a pulsão nos seres humanos quanto os instintos nos animais se manifestam no corpo vivo, biológico, com

> a diferença de que a *pulsão*, a excitação, a força constante que estimula o aparelho psíquico humano, prende-se à letra, à linguagem, formando uma síntese por intermédio de seus representantes simbólicos.

A pulsão tem natureza sexual e normalmente visa à satisfação de alguma necessidade ou desejo dessa categoria, sendo impelida de forma vulcânica sobre o indivíduo. Nesse diapasão, o afeto corresponde a um dos destinos da pulsão desvirtuada de sua meta ordinária, uma das variadas formas de conversão do desejo sexual insatisfeito.

Na materialização de suas formas, a afetividade consiste numa ação social voltada a satisfazer uma necessidade referente à ternura, ao gozo, à amizade, à felicidade contemplativa, à descarga de afetos em geral. Nas palavras de Max Weber (1991, p. 15),

> O comportamento estritamente afetivo está, do mesmo modo, no limite ou além daquilo que é ação conscientemente orientada "pelo sentido"; pode ser uma ação desenfreada a um estímulo não-cotidiano. Trata-se de sublimação, quando a ação afetivamente condicionada aparece como uma descarga consciente do estado emocional: nesse caso encontra-se geralmente (mas nem sempre) no caminho para a "racionalização" em termos valorativos ou para a ação referente a fins, ou para ambas.

Da afetividade decorre a homossexualidade, que na esfera psíquica inconsciente tão-somente correspondente a uma forma de atendimento ao desejo sexual; no âmbito racional, configura a chamada opção sexual de um indivíduo. A união homoafetiva significa a convivência de pessoas com tal orientação sexual, voltada à finalidade que respalda a família moderna: a constituição de um reduto para o desenvolvimento da personalidade de seus componentes.

A Constituição Federal prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Brasileiro. Tal princípio, unido à outra gama de normas constitucionais, edifica o arcabouço normativo que constitui a união homoafetiva como modelo jurídico passível de proteção. Este albergue completa-se na evidência desta união exercer a finalidade social de uma entidade familiar.

Tal circunstância não podia mais ser ignorada ou negada, posto que se insere, claramente, no novo ideal constitucional: a proteção da pessoa humana em todos os seus aspectos. Fazendo referência a estas ideias, Pereira (2004, p. 4) atesta que:

> Novo referencial se apresenta nos estudos do Direito Civil descaracterizando a excessiva preocupação pelas relações patrimoniais. Neste aspecto destaque-se a proposta de Gustavo Tepedino, ressaltando que ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e subordinar as relações jurídicas patrimoniais a valores existenciais, consegue assim despatrimonializá-las: os institutos do Direito Civil têm proteção condicionada ao atendimento de sua função social, cujo conteúdo é definido fora da órbita patrimonial.

Destarte, a finalidade social (ou função social) da nova família contemporânea consiste em favorecer o desenvolvimento integral da personalidade humana. Assim, o exercício dessa finalidade pela união homoafetiva suscita o dever do aplicador do direito de reconhecê-la como entidade familiar.

Finalidade social da união homoafetiva

Explicitado o debate acerca do panorama que envolve o novo paradigma de formação da família, cumpre, neste momento, abordar a questão referente à união homossexual, uma das atuais formas de relação intersubjetiva voltadas à constituição familiar que, pautada na afetividade, também merece o devido reconhecimento jurídico.

Para a análise do tema em foco, usaremos a terminologia "homoafetividade" ou "união homoafetiva", criada por Maria Berenice Dias, para, como esta autora mesmo asseverou, "não só afastar o uso de termos marcados pelo preconceito, mas muito mais para deixar evidenciado de que a origem do vínculo que une os pares – sejam do sexo que forem – é o afeto" (DIAS, 2006, p. 18).

Como dito anteriormente, certas fontes de relações familiares estão calcadas nas mudanças culturais da sociedade. As uniões homoafetivas fazem parte desse movimento cultural, impulsionadas também pela força dos direitos fundamentais humanos constitucionalizados que, rompendo as amarras da repressão, possibilitam a cada indivíduo desenvolver-se segundo sua livre consciência.

A liberdade é verificável, a norma constitucional é existente, a repressão é cadente, contudo, o preconceito é sempre constante. Por mais que uma nova cultura esteja em construção e que as garantias de direitos bradem fortemente seus ditames, a "poluição moral", que marca a discriminação, permanece. A Constituição Federal Brasileira de 1988 é conhecida pela alcunha de "A Cidadã", por ter albergado os diversos direitos necessários à proteção da dignidade do homem. Porém, esta tão festejada Carta Magna não estabelece expressamente a salvaguarda à família homoafetiva, fato que deu ensejo à atual celeuma envolvendo a regulamentação desta formação familiar.

A resistência ao reconhecimento jurídico da união homoafetiva, ou sua constitucionalização, advém do forte estigma imposto à figura do homossexual na sociedade, circunstância que, vergonhosamente, encontra eco no entendimento de alguns legisladores. Não há justificativa mais robusta para tal posicionamento, senão a do antigo preconceito que adoece a sociedade e faz perseguir socialmente os homossexuais. Ao referir-se ao tema, Foucault (1997, p. 43) assinala que:

> Esta nova caça às sexualidades periféricas provoca a *incorporação das perversões* e nova *especificação dos indivíduos*. A sodomia – a dos antigos direitos civil ou canônico – era um tipo de ato interdito e o autor não passava de seu sujeito jurídico. O homossexual do século XIX torna-se uma personagem: um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida; também é morfologia, com uma anatomia indiscreta e, tal-

> vez, uma fisiologia misteriosa. Nada daquilo que ele é, no fim das contas, escapa à sua sexualidade. Ela está presente nele todo: subjacente a todas as suas condutas, já que ela é o princípio do insidioso e infinitamente ativo das mesmas; inscrita sem pudor na sua face e no seu corpo já que é um segredo que se trai sempre. É-lhe consubstancial, não tanto como pecado habitual, porém como natureza singular.

A homossexualidade está presente na sociedade desde os tempos mais antigos, estando inserida em instituições militares e religiosas, sendo até mesmo considerada premissa em determinadas culturas, como a grega da antiguidade. Desta feita, a sociedade não pode, simplesmente, negá-la ou repudiá-la. Conforme já mencionado, qualquer ser humano, para satisfazer suas pulsões, pode manifestar um desejo afetivo por alguém, até do mesmo sexo, desde que a conformação de sua psique esteja pronta para aceitar tal manifestação.

Assim sendo, o ser humano, como ser desejante que é, é passível de pulsões e, dessa forma, passível de ter seu desejo focado num indivíduo de mesmo sexo. Para isso, basta apenas que o sujeito tenha seu inconsciente moldado nesse sentido, pois "o desejo homossexual não é desejo inato da sexualidade humana, sendo este formatado dentro de um meio cultural com as ressonâncias da própria civilização, podendo ser retratada conforme os estágios da cultura." (BEZERRA, 2006, p. 172).

Nesse contexto, também vale salientar que a Medicina já identificou o homossexualismo como enfermidade, tendo a Classificação Internacional de Doenças – CID, inicialmente, a ela se referido como desvio ou transtorno sexual. Em 1995, a CID-10 classificou-a como "Transtornos de Preferência Sexual" (F65). Quase vinte anos após, retiraram-lhe o sufixo "ismo", referente à designação de doenças e lhe acrescentaram o sufixo "dade", significante de modo de ser (DIAS, 2006, p. 37). A despeito dessas classificações, consoante Álvaro Villaça Azevedo, "[...] desde 1991, a Anistia Internacional considera violação dos direitos humanos a proibição da homossexualidade." (2005, p. 12).

Com o passar do tempo, contudo, a discussão em torno da sexualidade ganhou mais notoriedade. O impulso em prol da expressão sexual, oriundo das décadas de 60 e 70, favoreceu a uma abordagem em torno das outras possibilidades de relacionamento afetivo humano. Nas culturas mais avançadas, o preconceito e a segregação social ruíam diante de um entendimento mais humanitário e maduro acerca da homossexualidade. O termo "*gay*" passa a significar uma bandeira em prol da liberdade e do autoconhecimento. No cume dessa evolução sócio-cultural, resta instituído, em 28 de junho de 1969, o Dia do Orgulho Gay.

A luta, no entanto, não se findou. Como asseverado anteriormente, a raiz do preconceito é notoriamente forte e profunda, servindo de justificativa para continuar-se lutando pelo direito a uma existência digna. No dizer de Von Ihering, tal batalha "Constitui um dever do titular do direito para consigo mesmo, pois representa um imperativo de autodefesa moral; e representa um dever para com a comunidade, pois só por meio de tal defesa o direito pode realizar-se." (2002, p. 39).

Como é cediço, a homossexualidade ainda não é integralmente aceita, mesmo no ordenamento jurídico persistem lacunas no tocante a algumas situações que a respeitam.

Bem, assim ocorre na órbita da Carta Magna que, ao tratar da família, continuou ligada ao retrógrado paradigma matrimonialista e procriacionista, omitindo-se em reconhecer expressamente a união homoafetiva como relação familiar.

A despeito disso, conforme assinala o Ministro Humberto Gomes de Barros (2007, p. 02), "o homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana". A Constituição deve ser interpretada em seu conjunto, levando-se em conta suas bases e sua historicidade. Se a Lei Maior erigiu como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, significa, na forma mais simplória de interpretação, que os direitos atinentes ao desenvolvimento do homem enquanto ser humano haverão de receber proteção especial. Segundo refere Bobbio (2004, p. 25),

> [...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Assim sendo, a construção dos direitos do homem é contínua e não há de se esgotar enquanto existam restrições injustas à sua liberdade. Nesse sentido é que exsurge a nobreza do movimento doutrinário da repersonalização: ao pregar a retomada do direito como instrumento maior de proteção ao ser humano, ele edifica e dissemina uma linha de compreensão jurídica que impõe o máximo de eficácia à norma em prol da materialização das aspirações humanas.

Nessa linha, o próprio homem abandona sua passividade e passa a lutar pela eficaz materialização de seus direitos. A lei crua passa a ser insuficiente, o significado de seu arcabouço há de ser levado em conta para alcançar-se o ápice da proteção humana, posto que "[...] nem sempre fazer justiça consiste na simples aplicação da lei, uma vez que nem tudo que é legal é justo." (CAVALIERI FILHO, 1995, p. 162).

Por esta trilha, ressurge o ideal constitucional em prol do ser humano, edificador da supremacia dos princípios que admitem o reconhecimento da união homoafetiva como relação de família. Novamente, não se pode alegar a abertura de conteúdo de alguns desses preceitos, sob o argumento de não lhes dar a eficácia devida, pois, conforme aduz Medeiros Neto (1998, p. 264),

> [...] os princípios jurídicos albergados pela Constituição, de conteúdo aberto, só adquirem efetividade com a mediação dos seus aplicadores: ou se confere liberdade ao intérprete para concretizar aqueles princípios, ou se renuncia à pretensão de vivenciar a Constituição.

Desse modo, partindo da premissa que a defesa constitucional da dignidade do ser humano deve imperar sobre qualquer tipo de interesse mesquinho ou preconceituoso, de-

monstra-se a plausibilidade (e a aplicabilidade) do entendimento que define a finalidade social da união homoafetiva como relação familiar passível de proteção.

Busca-se, assim, trazer a lume um significado, constatar um norte para uma realidade inserida em normas que, tão-somente, necessitam de interpretação para encontrar albergue. Como preleciona Ferraz Jr., para tais normas "[...] deve haver uma interpretação (e, pois, um sentido) que prepondere e ponha um fim (prático) às múltiplas possibilidades interpretativas." (1998, p. 264).

No presente caso, a interpretação apontará para a inserção da união homoafetiva no âmbito das estruturas familiares, consoante passaremos a explanar.

As bases sociais de uma nova perspectiva familiar

Embora não seja aceita integralmente por toda a sociedade, apesar do reconhecimento legal, a união homoafetiva é um fato que já se encontra englobado pela cultura, posto que vem ocorrendo com regularidade e constância no meio social, constituindo-se um tipo de "comportamento reciprocamente referido quanto ao seu conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes e que se orienta por essa referência" (WEBER, 1991, p.16). É, portanto, uma relação social, cujo fundamento para inserção na órbita das fontes de relação familiar advém do seguinte aspecto: as uniões homoafetivas obedecem aos pressupostos fáticos de constituição da instituição familiar.

Adentrando-se o âmbito da conformação das uniões homoafetivas, é lícito asseverar que tais relações conservam aspectos estáveis e regulares pertinentes às atuais condições de fato da família, constituindo, assim, um tipo de conduta em consonância com tal instituição. Ora, uma vez que a união homoafetiva forma-se em conseqüência do afeto e volta-se às realizações humanas de seus componentes, restam atendidas as exigências axiológicas inerentes à família da atualidade.

Por terem tal estrutura e regularidade concreta, as uniões em comento são condutas aptas a ser representadas em norma própria ou, bem assim, assimiladas pela normatização da instituição da qual derivam. Em suma, deverão assumir o *status* de modelo jurídico (comportamento normatizado). Segundo refere Reale (1995, p. 186),

> [...] os modelos jurídicos, longe de serem concebidos de maneira abstrata, ou cerebrinamente, são antes "estruturas normativas" talhadas na concretude da experiência humana. São formas típicas modeladas em contato permanente com a vida humana, mudando ou desaparecendo em função dos fatos e valores que nela operam.

Os modelos jurídicos são expressos através de uma norma de direito específica, ou por um arcabouço de normas interligado, subsistindo em ambos os casos, contudo, uma unidade de fins (REALE, 1995). No caso específico da união homoafetiva, há de se verificar que seu modelo está consubstanciado em um conjunto de normas que identifica a proteção

de sua estrutura de conduta que o interliga à instituição familiar, conforme demonstra-se no tópico seguinte.

Tendo em vista que a normatização, segundo o renomado jurista supracitado, leva em consideração a experiência humana, há de se entender que o aparato, material ou espiritual, construído pelo homem visando o atendimento de suas necessidades estará inserido nesse âmbito. Referimo-nos à cultura, fonte interminável de inovações na realidade humana, com a qual a norma jurídica há de guardar a devida correspondência. Como bem expõe Ross (2003, p. 127),

> As normas jurídicas, tal como toda outra manifestação objetiva da cultura são incompreensíveis se as isolarmos do meio cultural que lhes deu origem. O direito está unido à linguagem como veículo de transmissão de significado e o significado atribuído aos termos jurídicos é condicionado de mil maneiras por tácitas pressuposições sob forma de credos e preconceitos, aspirações, padrões e valorações, que existem na tradição cultural que circunda igualmente o legislador e o juiz.

Nessa trilha, sendo o homem também movido por necessidades afetivas e sexuais, haverão de ser construídos meios para atendê-las. Nesse contexto em que se trata de interações intersubjetivas, novas relações sociais representarão a materialização desses meios, posto que "a afetividade é construção cultural, que se dá na convivência [...]" (LOBO, 2007, p. 3).

Dessa maneira, sendo também formado em razão da afetividade o novo paradigma de formação da família, a união homoafetiva encontra-se englobada pela cultura, havendo, portanto, de figurar no seio das normas referentes à mencionada instituição social. Quanto a esta problemática, Foucault (1997, p. 102) considera:

> Não se deve entender a família, em sua forma contemporânea, como uma estrutura social, econômica e política de aliança, que exclua a sexualidade ou pelo menos a refreie, atenue tanto quanto possível e só retenha dela as funções úteis. Seu papel, ao contrário, é o de fixá-la e constituir seu suporte permanente. Ela garante a produção de uma sexualidade não homogênea aos privilégios da aliança, permitindo, ao mesmo tempo, que os sistemas de aliança sejam atravessados por toda uma nova tática de poder que até então eles ignoravam. A família é o permutador da sexualidade com aliança: transporta a lei e a dimensão do jurídico para o dispositivo da sexualidade; e a economia do prazer e a intensidade das sensações para o regime da aliança.

Por tal circunstância, denotam-se os aspectos da evolução do Direito, os quais, baseados em novas necessidades e exigências da vida em comum, evidenciam que a união homoafetiva constitui relação social apta a uma normatização (específica ou pela interligação de normas) que lhe faça figurar entre as formas de entidade familiar, consagradas pelo ordenamento jurídico.

A noção quanto à consistência familiar da união homoafetiva é mais elevada no meio fático. Já no meio jurídico, tal noção é diminuta, em vistas de seu caráter inovador. Sua aceitação ainda não é unânime. Contudo, interpretando-se sistematicamente a Constituição, logo será constatado um arcabouço normativo protetor da união em alusão, no que respeita à sua definição como relação de família.

Noutro passo, sendo a Constituição a lei suprema ordenamento pátrio, para as leis infraconstitucionais "[...] deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais [...]" (MORAES, 2006, p. 11). Tal entendimento encontra fundamento na lição clássica de Kelsen, referente à busca do significado conferido por uma determinada norma a um comportamento. O significado "[...] se localiza sempre em alguma outra norma, da qual a primeira depende. O jurista deve, assim, caminhar de norma em norma, até chegar a uma última, que é a primeira de todas, a norma fundamental, fechando-se assim o circuito." (FERRAZ JR, 1998, p. 101).

A despeito da sua aceitação não unânime, se partimos do princípio de que a união homoafetiva é modelo jurídico de relação de família protegido por um conjunto de normas interligado, seremos capazes de vislumbrar sua notória eficácia. Tal atributo repousará na "[...] lei que provoca as consequências sociais almejadas por seu autor ao elaborá-la." (NADER, 1994, p. 72). No caso da união em apreço, a consequência social específica desejada reverte ao ideal constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, posto ser este o preceito que alicerça o conjunto de normas interligadas que edifica a relação humana da qual tratamos. Tanto isso é verdade que, sucessivamente, o Judiciário brasileiro vem concedendo direitos de base familiar aos componentes das uniões homoafetivas, como posteriormente expõe-se.

Negar tal entendimento seria restringir os horizontes da dignidade humana a uma realidade estática, condenando a nova relação social acima epigrafada à problemática da integração do direito, que se concretiza "[...] quando as necessidades de uma sociedade já em modificação começam a romper com uma espécie de admiração acrítica pelo jurista do direito positivo vigente." (FERRAZ JR, 1998, p. 81).

A comunidade homossexual não pode ser arbitrariamente excluída do âmbito de proteção constitucional e, bem assim, não pode ser abandonada a uma situação de antinomia que, em verdade, não existe. A oposição entre normas contraditórias, capaz de gerar no indivíduo uma "[...] posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída [...]" (FERRAZ JR, 1998, p. 211), existe apenas no discurso do antigo paradigma familiar. É virtual. Ou seja, abrindo-se os olhos ao horizonte da realidade social e da Constituição, encontraremos, por intermédio de uma hermenêutica livre de preconceitos ou tradições sem valor, já há muito edificado, o aparato de proteção à união homoafetiva. Para tanto, fazem-se pertinentes as palavras de Streck (2004, p. 303-304) que, referindo-se à problemática abordada, assinala que

> [...] o des-velar do novo (Estado Democrático de Direito, sua principiologia e a conseqüente força normativa e substancial do texto constitucional) *pressupõe a desconstrução/destruição da tradição jurídica inautênctica*,

> mergulhada na crise de paradigmas. Essa destruição é o acontecimento (*Ereignen*) que institui a abertura da clareira, essa região livre, esse espaço "desbastado", liberto dos obstáculos, que impede a vinda ao aparecer da presença. Ao desconstruir, a hermenêutica constrói, possibilitando o *manifestar-se de algo* (o ente "Constituição" em seu estado de des-coberto). O acontecimento da Constituição será a revelação dessa existência do jurídico (constitucional), que está aí, ainda por des-cobrir. *O acontecer será, assim, a des-ocultação do que estava aí velado.*

Isto posto, é verificável que a união homoafetiva goza de notoriedade e inserção no meio sociocultural, carecendo, no entanto de tolerância. Já na esfera jurídica, tal notoriedade e aceitabilidade foram consagradas pelo ordenamento pátrio, não subsistindo mais dúvidas ou obstáculos a respeito de sua consagração e do dever de efetivá-la. É necessário lembrar, no entanto, que antes mesmo do reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011, as normas constitucionais, interpretadas e consideradas em seu conjunto, reconheciam à comunidade homossexual o direito de formar uma família. Essa configuração legal constituiu-se em uma das formas de dar-se continuidade aos anseios e à luta pela igualdade, posto que "Todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por uma disposição ininterrupta para a luta." (VON IHERIND, 2002, p. 27).

Por tal perspectiva, será investigado o fundamento jurídico da união homoafetiva, já presente no seio da Carta Magna e anterior mesmo ao movimento da repersonalização, como se demonstra a seguir.

Os vetores constitucionais da união homoafetiva

Apontados os aspectos que constituem o alicerce social da união homoafetiva, cabe agora pôr à evidência o arcabouço normativo constitucional que justifica o dever do Estado em reconhecê-la (e protegê-la) como entidade familiar. Como a presente exposição deriva de uma análise interpretativa da Carta Magna, não se há de exaurir os dispositivos que permeiam ao objetivo acima destacado, posto que outras interpretações podem ampliar ou descobrir novos significados ao arcabouço de normas selecionado.

Ademais, o que deve prevalecer no presente estudo é que a análise sistemática da Lei Maior levará o intérprete a constatar a devida proteção da união homoafetiva como entidade familiar. É missão, portanto, denotar-se o fundamento normativo-constitucional que embasa a relação social em foco.

Essa análise há de iniciar-se pelo pórtico da Carta Magna, o Preâmbulo, no qual já se encontram prefixados aspectos de elevada importância à interpretação constitucional. Em seu corpo são expressos valores filosóficos, políticos e sociais, pelos quais se guia o Estado Brasileiro, bem como, os propósitos a que se destina.

A doutrina controverte-se acerca da finalidade do Preâmbulo, ora apontando-o como norma constitucional em vigor, ora classificando-o como orientação à interpretação

e aplicação das normas constitucionais. Esta última classificação é a majoritária na doutrina e coaduna com os objetivos da moderna interpretação da Constituição, a qual, no entendimento de Bonavides (1996, p. 434), redunda:

> [...] na busca do sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraprestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados.

O enunciado do texto preambular tem, "[...] pois, eficácia interpretativa e integrativa [...]" (SILVA, 2006, p. 22), destinando-se a conciliar a aplicação das normas constitucionais com os fins buscados pelo Estado brasileiro. Nesse sentido, ao expressar que o Estado Democrático destina-se a "[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]", o Preâmbulo está abstraindo desse enunciado a função meramente programática e prescrevendo ao Estado "[...] uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico [...]" (SILVA, 2006, p. 23).

Por tal azimute, as normas constitucionais que enunciam os valores acima destacados haverão de ser aplicadas na forma apta a prover a máxima eficácia ao sentido de seus ditames, adequando-os às vicissitudes do meio social.

Esse aprofundamento de sentido das normas constitucionais objetivando o máximo de sua aplicabilidade social será de suma importância à constatação dos princípios como aparato integrante do arcabouço normativo de proteção à união homoafetiva.

Destarte, em razão de ser o principal fator de norteamento à interpretação e integração das normas constitucionais, o Preâmbulo havia de constar nesta exposição, posto que com tais finalidades, conferirá ao conjunto normativo da união homoafetiva, sua devida eficácia.

Fixada a premissa acima apresentada, passa-se a apreciar o principal fundamento da República Federativa do Brasil, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana, constante no art. 1º, III, da Carta Magna. Embora haja referência ao mencionado preceito no decorrer dos capítulos anteriores, ainda é necessário tecer algumas considerações acerca do tema.

Os conceitos jurídicos são estruturas empregadas para a descrição de circunstâncias fáticas ou jurídicas (plano abstrato), para as quais o ordenamento reserva determinadas consequências. Tais repercussões tão-somente serão verificadas no momento em que a ação concreta de determinado agente (plano material) encontra perfeito respaldo no conceito abstrato descrito em norma.

A dignidade da pessoa humana pertence ao âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados, posto que sua significação é fluida, sendo necessário para sua integração, destarte, uma ponderação valorativa das concepções sócio-culturais vigentes. Assim sendo, o princípio em apreço não comporta uma determinação estanque e inalterável. Conforme assevera Garcia (2007, p. 04):

> A vagueza semântica da expressão exige que ela seja integrada consoante os influxos sociais e as circunstâncias do caso concreto, fazendo que o momento criativo termine por projetar-se no momento aplicativo e a ele integrar-se, implicando uma nítida superposição operativa.

Diante disto, há de se entender que os parâmetros que delineiam a dignidade da pessoa humana restam dispersos no seio de cada sociedade e serão determinados em concomitância com sua evolução cultural. Dessa maneira, "A dignidade humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana." (SILVA, 2006, p. 38).

A despeito de ser um conceito jurídico indeterminado, o preceito em foco encontra seu ponto de partida, seu critério mínimo, na figura do ser humano e, destarte, deve abarcar (ou preservar) os pressupostos mínimos deste. Segundo Comparato (2007, p. 30), a "[...] essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação."

Transformação pressupõe aperfeiçoamento e desenvolvimento. Por tal perspectiva, é possível asseverar que os aspectos referentes ao desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo haverão de ser, desse modo, albergados pela proteção conferida à dignidade humana.

Nessa esteira, encontra-se o princípio da dignidade humana inserto na família, porquanto seu atual escopo concentra-se na "[...] solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo *afeto*, como mola propulsora." (FARIAS, 2007, p. 5). É nesse sentido, que a família atende à essência humana.

Dessa maneira, sendo o afeto um dos aspectos inerentes a todo ser humano, seu desenvolvimento haverá de ser tutelado pelo princípio da dignidade humana. Conforme demonstrado anteriormente, a união homoafetiva é uma relação humana formada pelo afeto e voltada ao desenvolvimento humano, o que a insere na órbita das conformações familiares atuais, em conseqüência da supremacia da dignidade humana.

Por tal condição, o princípio em análise faz parte da teia normativa que erige a união homoafetiva como modelo jurídico albergado pela proteção legal.

Continuando esta análise do conjunto normativo referente à união homoafetiva, têm-se como integrantes dessa cadeia legal as previsões dos incisos I e IV, do art. 3º, da Carta Magna, condizentes aos objetivos da República Federativa do Brasil. O primeiro dispositivo compreende a finalidade de construir uma sociedade livre, justa e solidária; e o

segundo alude ao objetivo de promover o bem de todos, com repúdio a toda e qualquer forma de discriminação.

As normas supracitadas também servem de norte ao tratamento da família, posto que esta representa a base do Estado ao qual se atribuem os objetivos suso relatados. Segundo aponta Silva (2006, p. 107), alguns destes desideratos do Estado "[...] valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana."

Do inciso I, é relevante destacar a busca pelo primado da solidariedade. Ao objetivar construir uma sociedade guiada por tal atributo, o Estado brasileiro visa efetivar a disseminação da fraternidade professada no Preâmbulo constitucional, "[...] em que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a ideia de comunidade fundada no bem comum." (SILVA, 2006, p. 46).

Nessa órbita, as relações de família haverão de se guiar pelo sentido da solidariedade e da cooperação, não só no sentido patrimonial, mas também no sentido afetivo e psicológico, representado principalmente pela "[...] participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo." (PEREIRA, 2004, p. 20).

Nesta circunstância, também se impõe a aplicação do ditame do inciso IV, do art. 3º, da Constituição, no contexto das relações familiares. Quando tal dispositivo expressa a intenção de promover o bem de todos, afastadas todas as formas de discriminação, fica consubstanciado que a busca pela felicidade haverá de ser oportunizada pelo Estado, a todo homem que viva sob sua égide.

O desenvolvimento humano não pode ser considerado completo se a felicidade não faz parte de seu diapasão. Sendo a família o círculo ideal para tal desenvolvimento, nela também haverá de ser propagada a busca de qualquer indivíduo pela felicidade. Não se poderá restringir a qualquer indivíduo, sejam quais forem seus ideais, o direito de empreender esta luta, sob pena de negar-lhe sua condição humana. Conforme alerta Comparato (2007, p. 540):

> Para conjurarmos o risco de consolidação da barbárie precisamos construir urgentemente um mundo novo, uma civilização que assegure a todos os seres humanos, sem embargo das múltiplas diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, o direito elementar à busca da felicidade.

Com fundamento nesses pressupostos, a união homoafetiva novamente insere-se no âmbito das fontes de relação de família, visto que a orientação sexual dos indivíduos não pode constituir óbice ao seu desenvolvimento. Entender de forma diversa é reforçar as bases do preconceito sexual e converter o comando constitucional em falácia. Comentando acerca da vedação constitucional às formas de discriminação, Silva (2006, p. 48) assevera:

> A questão mais debatida feriu-se em relação à discriminação dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas

> não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida, que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas consistiu em conceder igualdade, sem discriminação de *orientação sexual*, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar discriminações de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores que têm servido de base para desequiparações e preconceitos.

Na mesma linha, integrando o arcabouço normativo que se passa a apresentar, exsurge o comando do art. 5º, *caput*, da Lei Maior, que expressa *in verbis*: (BRASIL, 2006, p. 20):

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

No dispositivo em destaque, ganham primordial importância para o tema que se passa a analisar os direitos à liberdade e à igualdade. No que concerne ao primeiro direito, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar restará possibilitado, inicialmente, com fundamento no direito à orientação sexual.

Estribada no princípio da dignidade humana e na liberdade conferida ao indivíduo, a orientação sexual exsurge como direito personalíssimo e atributo inerente a cada pessoa humana. A orientação sexual (ou sexualidade) é impulsionada pelo desejo de cada indivíduo, refletindo assim sua conformação psíquica, como anteriormente exposto. "O direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado." (FACHIN, 1999, p. 95). Nesta senda, adverte Dias (2006, p. 20):

> [...] é imperioso reconhecer que a sexualidade é um direito de primeira geração, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade. A liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se, portanto, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, e, como todos os direitos do primeiro grupo, é inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.

Necessariamente derivada de tal liberdade, advém a liberdade de afeto, condizente à possibilidade do ser humano procurar completude em outro e junto dele buscar a felicidade, direito também albergado pela Constituição, conforme demonstramos supra.

No que concerne ao direito de igualdade, temos consagrada na Constituição Federal a premissa, que confere a todos os indivíduos – sob a égide do Estado Brasileiro – a identidade de tratamento perante a lei. Ou seja, o comando legal, ao regrar determinada situação, irá tomar em consideração determinados aspectos, e, com base nos mesmos, os sujeitos inseridos na situação regrada não poderão ser tratados diferentemente.

Nestes termos, a igualdade aqui explanada "[...] se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em consideração a distinção de grupos." (SILVA, 2006, p. 72). Ocorre, no entanto, que esse tipo de isonomia não é suficiente à implementação do tratamento igualitário entre as pessoas. A discriminação, em diversas oportunidades, prevalece por falta de meios materiais ou normativos que confiram aos componentes do grupo discriminado a igualdade de consideração, aptidão ou oportunidade. Na realidade, conforme salienta Hart (2001, p. 176), "se tais discriminações são atacadas, são muitas vezes defendidas pela afirmação de que a categoria objeto de discriminação carece de certos atributos essenciais, ou não os desenvolveu ainda".

Nessa configuração, para atender aos fins a que foi instituída, a igualdade deve enveredar pelo sentido da isonomia material, dentro da qual vigora a concretização dos meios necessários ao alcance da efetiva igualdade entre os indivíduos. A isonomia material, segundo preleciona Bonavides (1996, p. 343),

> Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. Noutro lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez o mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo.

Destarte, sendo a família uma instituição social normatizada, cuja finalidade reverte à evolução pessoal do ser humano, seu acesso e sua formação haverão de ser possíveis a qualquer pessoa. Forte nessa premissa, a união homoafetiva exsurge como a forma de entidade familiar apta (o meio apto) a concretizar e estender a igualdade de acesso à família, para a comunidade homossexual. Negada essa básica premissa, "[...] a igualdade passa a ser uma farsa da elite dirigente, ao invés de ser um princípio de toda a sociedade.". (SARAIVA, 1995, p. 44).

Esta é a forma pela qual o direito à igualdade está incluso no arcabouço normativo que constitui a união homoafetiva como modelo jurídico. É, portanto, uma forma de insurreição contra a discriminação dos homossexuais, no que concerne à formação familiar.

Por derradeiro, finalizando a cadeia normativa que aqui se expõe, exsurge o art. 226, da Lei Maior, que trata em específico da instituição familiar. Este estudo incidirá sobre o entendimento que lhe confere uma interpretação excludente da hierarquização entre as entidades familiares e da sua limitação em *numerus clausus*.

O novo tratamento conferido à família pelo art. 226, da Constituição de 1988, afastou o que se denomina de norma de exclusão, que tão-somente considerava legítima a família constituída pelo casamento, ampliando assim o âmbito das entidades familiares reconhecidas pela lei.

As entidades familiares contempladas no §3º e no §4º, do dispositivo supracitado, somente ratificam a conformação do *caput* como norma de inclusão geral de outras entidades familiares na proteção constitucional. Segundo ressalta Lôbo (2007, p. 2):

> No *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-1969), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que restituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos". A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

Diante desse ideário, resta consignado que a norma em comento, ao explicitar em seus parágrafos determinadas entidades familiares, pretende tão-somente destacar a proteção aos tipos mais comuns de entidades familiares encontradas na realidade social. O rol destas entidades, portanto, é meramente exemplificativo, estando implicitamente garantida a proteção às demais formas de família.

A proteção conferida pela norma não se reverte à família considerada de *per se*, mas às pessoas que a compõem. Um entendimento diverso levaria ao prestígio de determinadas formações familiares e à exclusão de outras, o que "[...] refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana." (2007, p. 03).

Assim sendo, a ausência de expresso amparo à união homoafetiva, no dispositivo legal em análise, é circunstância incapaz de excluí-la da proteção constitucional, posto que a "Constituição deve ser interpretada pela sua globalidade, procurando o intérprete harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas." (DIAS, 2006, p. 79). Da harmonia do art. 226 e parágrafos, com o arcabouço normativo aqui exposto, com primazia ao art. 1º, III, é que deve exsurgir o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Noutro pórtico, vale destacar que o Supremo Tribunal Federal já manifestou-se acerca da inclusão da união homoafetiva no âmbito da união estável, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300 MC/DF – Distrito Federal, no qual as entidades autoras alegaram que a Lei nº 9.278/96, que regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal, no seu

art. 1º, em flagrante tratamento discriminatório, deixou de albergar a união homoafetiva em seu rol protetivo, pelo que deveria ser considerada inconstitucional. Tendo a lei em comento sido revogada pela superveniência do Código Civil de 2002, a demanda perdeu seu objeto e, destarte, foi julgada extinta.

Na mesma linha de entendimento dos requerentes da ação supracitada, posiciona-se Dias (2006, p. 69), que expõe o seguinte:

> A constituição federal consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana. Na infinita gama das relações humanas situam-se as relações afetivas, e nestas encontram-se heterossexualidade e homossexualidade. O legislador constituinte, ao considerar a família como fato natural, só a concebeu como uma estrutura em torno da diferença entre os sexos, acabando por reconhecer unicamente a união heterossexual. Ora, se o convívio homoafetivo gera família e se esta não pode ter a forma de casamento, necessariamente é de ser reconhecida como união estável. Não há outra opção. Trata-se de uma alternativa entre duas hipóteses somente. Daí forçoso reconhecer que a união estável é um gênero que admite duas espécies: a heteroafetiva e a homoafetiva.

A despeito de como for considerada para efeitos de sua proteção, conforme demonstrado, a união homoafetiva já possui arcabouço normativo apto para sua definição como modelo jurídico. Sendo de origem constitucional a base de tal conjunto normativo, há perfeita possibilidade da união em comento ser reconhecida como entidade familiar, devendo ser assimilada e imposta ao aparato legal infraconstitucional pertinente ao âmbito das relações familiares.

A finalidade social

Expõe-se, no desenvolver deste trabalho, que a união homoafetiva alicerça-se em bases sociais e jurídicas. Sua existência concreta origina-se da evolução das relações socioculturais humanas e é fundamentada em laços de afetividade. Seu arrimo legal é de fonte constitucional, sendo composto por um conjunto de normas interligado e sustentado primordialmente pelo macroprincípio da dignidade humana, que a constitui como modelo jurídico protegido de forma implícita e dispersa na Carta Magna.

As premissas explicitadas no decorrer deste estudo convergem no sentido de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. Entretanto, para que este reconhecimento tenha total fundamento, cumpre demonstrar que a união em foco insere-se na órbita da finalidade social da família. A união homoafetiva deve ser apta a realizar o objetivo comum a todo tipo de entidade familiar posto na sociedade.

Mas, então, o que seria finalidade social? Dallari (1995, p. 19) entende que a finalidade social constitui-se de um objetivo (ou valor) capaz de atender, de forma comum, aos anseios de toda a sociedade, considerando-se que cada ser humano é completamente dife-

rente do outro e, destarte, atribui valores diversos às coisas que o cercam. Dessa maneira, o referido jurista conclui que a finalidade social haverá de ser representada pelo bem comum, o qual consiste,

> [...] no *conjunto de condições*, incluindo a ordem jurídica e a garantia de possibilidades, *que consistem e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana*. Nesta ideia de integral desenvolvimento da personalidade está compreendido tudo, inclusive os valores materiais e espirituais, que cada homem julgue necessário para a expansão de sua personalidade. (DALLARI, 1995, p. 19-20).

Destarte, conforme explicitado nos capítulos anteriores, a família atual rompeu com o seu retardatário modelo matrimonialista, procriacionista e patrimonialista, assumindo a função referente à "[...] realização da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade [...]" (LOBO, 2007, p. 12), isto é, o aperfeiçoamento do ser humano.

Diante de tal azimute, é possível vislumbrar que a união homoafetiva cumpre a função social de uma verdadeira entidade familiar, posto que também se apresenta como reduto para o desenvolvimento da personalidade humana. Ademais, estando "[...] presentes os requisitos de vida comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características." (DIAS, 2006, p.97), como no caso dos modelos familiares hoje reconhecidos pela Constituição.

Tal constatação nos remete ao macroprincípio da dignidade humana, o qual justifica a necessidade de se priorizar a proteção da pessoa em todos os seus aspectos, que se refletem no desenvolvimento da personalidade e constituem o fundamento da finalidade social. Não haveria de ser diferente, pois, consoante ilustram Nery Júnior; Nery (2006, p. 118):

> Esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis das normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar todo sistema jurídico.

Isto posto, seguindo os moldes constitucionais, a união homoafetiva possui finalidade social de entidade familiar, servindo de "núcleo fecundo para o desenvolvimento dos aspectos mais positivos do ser humano, como a solidariedade, a ajuda recíproca, a troca enriquecedora e os laços afetivos. Um verdadeiro LAR: um Lugar de Afeto e Respeito" (FARIAS, 2007, p. 15).

O entendimento supra aludido, concludentemente, é o que melhor concretiza o ideal de se viver a Constituição, bem como, o que melhor se aproxima da Justiça, enquanto "[...] tentativa renovada e incessante de harmonia entre as experiências axiológicas necessariamente plurais, distintas e complementares [...]" (REALE, 1995, p. 371).

No sentido de tais razões, é que a união homoafetiva exerce finalidade social de entidade familiar, devendo ser assim considerada para todos os efeitos sociais e jurídicos.

Repercussão legal e judicial

Com fundamento no aparato sociológico e legal-constitucional exposto, as normas infraconstitucionais referentes à família deverão ser interpretadas conforme a Lei Maior, de modo a conferir à união homoafetiva o caráter de entidade familiar reconhecida. Assim sendo, na circunstância em que os componentes das referidas relações sociais pleitearem a proteção judicial com arrimo em normas infraconstitucionais de base familiar, o Poder Judiciário haverá de impor sua aplicação da forma mencionada, sob pena de instaurar-se flagrante inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade ventilada, no entender de Silva (2006, p. 223), consiste em "[...] se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis." O grupo discriminado seria o dos componentes da união homoafetiva, indivíduos buscando a constituição de seu círculo familiar e, destarte, de seu direito ao desenvolvimento pessoal.

Nesse sentido, é que leis referentes à instituição familiar também devem ser aplicadas nos casos concretos que envolvam as uniões homoafetivas. A título de exemplo, tais uniões também seriam objeto de aplicação do dispositivo do art. 28, da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que se refere à colocação em família substituta; e da aplicação da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, que coíbe a violência doméstica contra a mulher.

Incidindo desta maneira, as leis infraconstitucionais estariam harmonizadas com os comandos da Carta Magna e com a realidade social, resguardando, por fim, a cidadania da comunidade homossexual, integrando-a à proteção do ordenamento jurídico. Nessa linha de raciocínio, conclui Mendonça (2000, p. 14), que:

> [...] o Direito deve, necessariamente estar associado ao conhecimento científico-empírico. Na observação controlada dos fatos. De maneira a possibilitar o máximo de certeza nas normas em geral, bem como, uma aproximação do indivíduo devido à semelhança com a sua idéia de dever ser, gerando um sentimento crescente de agradabilidade que, se partilhado pelos demais membros do grupo, possibilitará o encaminhamento deste para um relacionamento de paz e desenvolvimento.

Neste sentido, existindo arcabouço normativo constitucional protetor da união homoafetiva, a falta de lei expressa que a discipline não constitui óbice ao seu reconhecimento como entidade familiar.

A principal tentativa de legislar acerca do tema em análise deu-se em 1995, quando a ex-deputada Marta Suplicy apresentou o Projeto de Lei nº 1.151/95, que visava disciplinar

a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Posteriormente, o Deputado Roberto Jefferson, relator do Projeto, alterou sua denominação para "parceria civil registrada". Ocorre que, em virtude da constante resistência conservadora, o referido Projeto, mesmo estando em plenário, ainda não foi submetido à votação (DIAS, 2006, p. 101-102).

A estagnação do Projeto de Lei em alusão, no entanto, não impediu que a repercussão do tema chegasse às portas do Judiciário. Inicialmente, as demandas envolvendo as uniões homoafetivas eram resolvidas na ênfase ao caráter patrimonial da relação, conferindo-lhes o mesmo tratamento das sociedades de fato, em razão da "ausência" de amparo legal específico. Contudo, atualmente renovada a prevalência do ideal de valorização do ser humano, com fundamento no macroprincípio constitucional da dignidade humana, a jurisprudência de vanguarda, em especial no âmbito dos Estados, já vinha reconhecendo os efeitos jurídicos resultantes das uniões homoafetivas[2].

Essa tendência para o tratamento judicial do tema em questão continuava a se disseminar, pois conforme atesta lucidamente o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis (2001, p. 2):

> Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária.

Destaque-se, nessa linha, que, no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, colocou termo à celeuma, reconhecendo a união estável homoafetiva. As ações em apreço tiveram como relator o ministro Ayres Britto, cujo voto conduziu-se no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Acompanharam este posicionamento os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem assim as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie.

A linha de entendimento ora epigrafada evoca a função mais nobre do Direito: a de instrumento de proteção da sociedade. Somente com um Judiciário em sintonia com a realidade, é que se poderá obter a efetiva proteção visada pela lei.

2 Tão crescente era a relevância do tema, que as demandas que o envolviam logo alcançaram a análise do STJ. Confira os seguintes arestos: Recurso Especial nº 238715-RS, Recurso Especial nº 395904-RS e Recurso Especial nº 974574-RS (matéria previdenciária); e Agravo de Instrumento nº 511096-RS (fixando a competência das Varas de Famílias no julgamento da dissolução da sociedade de fato, baseada na união homossexual).

Considerações finais

Como observado, a união homoafetiva configurada ao longo da história encontra arrimo sociocultural, constituindo assim uma forma de conduta humana, que representa, com fundamento no princípio da afetividade, uma forma de entidade familiar.

Seu modelo jurídico está consubstanciado em um conjunto interligado de normas de índole constitucional alicerçado, sobretudo, no princípio da dignidade humana, que identifica sua proteção como relação social de configuração familiar.

Diante disto, a união homoafetiva, por prover condições ao desenvolvimento da personalidade humana, estabelecendo-se como um reduto à subsistência do amor e respeito entre seus componentes, constitui-se como uma verdadeira entidade familiar, implícita e explicitamente protegida e reconhecida em normas constitucionais interligadas e legislação infraconstitucional.

Desta feita, sendo o Judiciário um dos campos onde deságuam as aspirações sociais, ele teve que assegurar mais esse brado da sociedade, atribuindo à união homoafetiva, seu reconhecimento como entidade familiar.

O julgador, nesta nobre tarefa, como todo cientista, deve afastar análises moralísticas ou preconceituosas acerca da vida dos jurisdicionados, havendo de ater-se à efetivação das normas. Somente dessa maneira será realmente consagrado o valor da dignidade humana e vivenciada a Constituição; somente dessa maneira existirá uma sociedade justa; e somente dessa maneira será protegido o maior objetivo da humanidade: a busca pela felicidade.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Dignidade: homossexualidade e finalidade social. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, RS, v.1, n. 1, p. 09-12, jan./fev. 2005.

BARROS, Humberto Gomes. *Recurso Especial Nº 238.715 - RS (1999/0104282-8).* Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7141764/recurso-especial-resp-238715-rs-1999-0104282-8-stj/inteiro-teor>. Acesso em: 27 set. 2007.

BEZERRA, Luiz Gonzaga Medeiros. *Escrituras:* escrituras de direito, filosofia e psicanálise. Campinas: Komedi, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. *Constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Você conhece sociologia jurídica?* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual*: o preconceito & a justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves. *A família da pós-modernidade*: em busca da dignida deperdida. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_maio2003/corpodocente/3.doc>. Acesso em: 20 nov. 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

_____. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*: a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guihon Albuquerque. 12. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1997. v. 1.

GARCIA, Emerson. *Dignidade da pessoa humana:* referenciais metodológicos e regime jurídico. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 719, 24 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6910>. Acesso em: 01 dez. 2007.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Acórdão proferido na 7ª Câmara Cível, em Apelação Cível nº 70001388982, TJRS, julgado em: 14.03.2001*, RTDC 5/249. Porto Alegre, 2001.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº 307, 10 maio 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>. Acesso em: 19 nov. 2007.

_____. *Entidades familiares constitucionalizadas*: para além do *numerus clausus***.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=107>. Acesso em: 14 set. 2007.

MARCHESINI, Silvane Maria. *Afeto:* encontros e desencontros. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=235>. Acesso: em 14 set. 2007.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Reflexões sobre a ineficácia social da constituição. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Norte*, Natal: PRT, v. 1, n. 1, p. 27-36, mai. 1998.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Responsabilidade do estado por ato judicial violador da isonomia:* a igualdade perante o judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional atualizada até 10.04.06*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. 1ª ed. Bauru: Edipro, 2003.

SALOMÃO, Luís Felipe. Recurso Especial nº 820.475. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=88990>. Acesso em: 20 set. 2007.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUPREMO reconhece união homoafetiva. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 20 set. 2011.

VON IHERIND, Rudolf. *A luta pelo direito*. Tradução de Pietro Nassetti. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2002.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Eusabe Barbosa. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991. v. 1.