

Direito de personalidade e liberdade de opção sexual

Érika Harumi Fugie*

1. PROÊMIO

O estudo questiona a validade da norma inserida no artigo 226, §3º, da Constituição Federal do Brasil (1), e enfrenta o tema das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Engaja aspectos polêmicos da homossexualidade, que a sociedade sistematicamente tende a estigmatizar e que se encontram ao desamparo em demandas judiciais: nas ações de separação judicial, de pedido de alimentos, de direitos sucessórios, de disputa de guarda de filhos, de filiação e adoção, de investigação de paternidade e num sem-número de situações que circundam o Direito de Família.

A projeção da sexualidade fora dos padrões teóricos do Direito de Família põe à margem relações e estados sexuais que a ela não se ajustam. Nem por isso deixam de merecer tratamento adequado: da sexualidade considerada distorcida surgem situações espontâneas de afeto, organizam-se núcleos afetivos, agregam-se patrimônios, estabelecem-se vínculos sanguíneos ou sociais, projetam-se expectativas de filiação, adoção e procriação. Isso porque o estado sexual é atributo intrínseco do ser humano. De início, projeta-se o eu, este se expande no núcleo familiar e se injeta, por consequência, nas relações sociais. E, ao alcançar o contexto social, as contradições e as “anormalidades”, por óbvio, acabam por denunciar a si mesmas, reclamando soluções do Direito.

É interessante investigar soluções, ou a matéria não merece apreço? Adota-se a primeira opção.

Discute-se a (in)constitucionalidade do artigo 226, §3º, da Lei Fundamental, e abre-se parêntese para valorar a homossexualidade na categoria liberdade de opção sexual, considerada direito de personalidade.

Por último, uma reflexão sobre o estudo do tema.

A matéria incita consideração atenta e discernimento de valores preconcebidos e, às vezes, aponta verdadeiras aporias.

Por derradeiro, advirta-se, esta abordagem não pretende ser definitiva, mas flexível e aberta, para que se possa dar continuidade ao debate - serve-nos para instigar a percepção

dessas questões contra as quais a sociedade lança infâmias sem ao menos travar conhecimento delas.

2. PERFIL CONSTITUCIONAL

Promulgada a Constituição Federal de 1988 no Brasil, o Direito de Família recebeu profunda transformação. Albergaram-se outras formas de vínculos afetivos como entidade familiar. Tanto a união estável entre homem e mulher como as relações entre ascendentes e sua filiação, chamadas de família monoparental, passaram a ser consideradas entidades familiares.

A noção de família não mais se restringe às relações derivadas de matrimônio. Não obstante, o artigo 226, §3º, da Constituição Federal reconheceu a união estável entre um homem e uma mulher, deixando à margem as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo.

Fez-se, pois, uma odiosa distinção, não guardando paridade com o preceito fundamental de dignidade humana, consagrado no rosto da Constituição.

3. MATRIMÔNIO E UNIÕES AFETIVAS

Dúvidas não sobrepassaram sobre o ingresso da união estável entre homem e mulher no Direito de Família, bem como das relações afetivas estabelecidas entre um genitor e seu descendente.

Essas modalidades de família dispensam qualquer regulamentação infraconstitucional para produzirem eficácia. Entretanto, o casamento permanece intato como ato jurídico solene formalizador da família. Do casamento, surge uma série de efeitos jurídicos, dada a certeza e a segurança que oferece. Ao revés, a união estável forma-se por uma sucessão de eventos que se cristalizam ao longo do tempo, e não tão-só por um único ato solene.

Daí a necessária diferenciação entre o casamento e a união estável. O primeiro nasce de ato jurídico certo. O segundo nasce da espontaneidade e reafirma-se ao longo da convivência.

4. UNIÃO ESTÁVEL E UNIÃO AFETIVA ENTRE HOMOSSEXUAIS

O matrimônio é uma das instituições mais antigas do mundo civilizado, e sua celebração tem as mesmas características há mais de dois mil anos (2). Os padrões conservadores, pela larga influência religiosa, concebem o exercício da sexualidade dentro do parâmetro sacro do laço matrimonial, com o nítido interesse na possibilidade procriativa. Na restrita visão do Código Civil brasileiro de 1916, a finalidade essencial da família era a continuidade. Emprestava-se juridicidade apenas ao relacionamento matrimonial, afastadas

quaisquer outras formas de relações afetivas. Expungia-se a filiação espúria e proibiam-se doações extraconjugais.

A doutrina ortodoxa apontava entre as finalidades do casamento a disciplina do relacionamento sexual entre os cônjuges, a proteção à prole e a mútua assistência. Percebe-se claramente o escopo do matrimônio na encíclica *Casti Connubii*, do Papa Pio XI: “*matrimonii finis primaris est procreatio atque educatio prolis; secundarius, mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae*”(3).

Ainda que se reconheça que a finalidade do casamento é a união entre o homem e a mulher para a prática de relações sexuais e a procriação, tais finalidades se esvaziam quando se trata do casamento *in extremis*. Nem por isso a ausência de relações sexuais desconfigura o casamento. Ademais, a impotência *coeundi* não gera anulação do casamento se não for interesse de um dos cônjuges. Tampouco a impotência *generandi*, eis que a prole deixou de ser finalidade do casamento.

Destarte, a trilogia de Santo Agostinho – *proles, fides e sacramentum* – não mais encontra junta na sociedade pós-moderna. Preconizam-se outros valores: a intenção de convivência mútua, o amor e o companheirismo.

Hoje a noção de família não se atrela exclusivamente à noção do matrimônio. É possível reprodução sem sexo, sexo sem matrimônio e também é comum matrimônio sem reprodução. Como se vê, outros são os enfoques da noção de família, alterando-se os paradigmas (4) e princípios estruturadores do Direito (5).

Sexo, casamento e reprodução desatrelaram-se, alternando as matizes da organização da família, antes constituída apenas pelo casamento (6).

Há muito a noção de família ligada aos conceitos de sexo e reprodução imergiu. O Direito se encrava às uniões associadas ao afeto e a interesses comuns (7), tornando crucial a proteção integral da família, independentemente da orientação sexual de seus componentes (8).

O centro de gravidade das relações de família situa-se, coetaneamente, na mútua assistência afetiva (*affectio maritalis*), sendo perfeitamente possível encontrar tal núcleo nos parceiros homossexuais. O que os difere dos casais senão a diversidade de sexos? Aquilo que as leis prescrevem ao casamento não poderia ser também aplicado como um critério de justiça e equidade às uniões de fato, cuja realidade é similar, quando não idêntica à realidade matrimonial?

A convivência consensual estabelecida fisicamente entre duas pessoas, consiste na chamada *affectio maritalis*. A *affectio* supõe algo mais que o sentimento de afeto recíproco entre os companheiros e menos que o vínculo conjugal na relação matrimonial. Consiste na vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, compartilhando as vidas e os bens. Pressupõe uma espontânea solidariedade dos companheiros em partilhar as responsabilidades que naturalmente derivam da vida em comum.

Há um consentimento autêntico dirigido para a convivência *more uxório*, mas não formal e

específico quanto ao do casamento, tal como prevê o Código Civil. O consentimento da *affectio* difere do consentimento constitutivo do casamento. Neste, o ato formal vincula definitivamente para o futuro. Na *affectio*, precisa de ser constantemente renovado, de tal modo que a sua não-reiteração implica a ruptura da relação de fato.

O fato de se estabelecer uma autêntica *affectio maritalis* entre pessoas do mesmo sexo não configura uma comunidade familiar? A união consensual dos companheiros homossexuais, com vistas à comunidade de vida e de interesses não merece o mesmo reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre pessoas de sexo oposto?

Não há, pois, obstáculo algum para que o conceito de união estável estenda-se tanto às relações homossexuais quanto às heterossexuais (9). A convivência diária, estável, sem impedimentos, livre, mediante comunhão de vida e de forma pública e notória na comunidade social independe da orientação sexual de cada qual.

Inexiste razão para não se outorgar reconhecimento jurídico às uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo.

5. MATRIMÔNIO E HETEROSSEXUALIDADE

A heterossexualidade, como requisito primordial de toda convivência matrimonial, é o argumento inescrupuloso de que a união entre pessoas do mesmo sexo não merece o reconhecimento jurídico no campo do Direito de Família.

Sobre esse requisito sistematiza-se a doutrina dirigida a eliminar toda a possibilidade de alcance do *status* familiar à união homossexual, a par do matrimônio e da união de fato.

Para a habilitação ao casamento, necessário o preenchimento de condições à existência jurídica: diversidade de sexo, consentimento dos nubentes e celebração por autoridade competente. A inobservância de um desses pressupostos gera a inexistência do casamento (10) e (11). Embora o Código Civil brasileiro de 1916 expressamente não denuncie a diversidade de sexos como pressuposto da existência do casamento, uma mera análise dos seus dispositivos denota que o legislador o elaborou com vistas ao modelo homem-mulher. Assim indicam os artigos 183, inciso XII (12), 233 (13), 240 (14), 380 (15) e 385 (16), do Código Civil de 1916.

Seguindo essa lógica, as uniões homossexuais não se caracterizariam como entidades familiares, por existir um obstáculo intransponível: duas pessoas do mesmo sexo não poderiam assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai e de mãe em face dos filhos. A dualidade de sexos é, pois, requisito de existência do casamento e da união estável (17).

Entretanto, não se pretende permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O casamento permanece intacto, reservado a pessoas de sexo distinto (18). Não se tenciona

arruinar o que durante séculos o sistema jurídico absorveu das estruturas sociorreligiosas (19), nem extirpar a união estável, que é senão menos que um espelho do casamento, tendo este emprestado àquela o status de entidade familiar.

Um das justificativas do repúdio ao reconhecimento jurídico das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo é o fato de que nessas relações os parceiros não são capazes de imitar a natureza. Isto é, por mais estável que seja, não se evidencia a entidade familiar, eis que parceiros do mesmo sexo *“jamais oferecem a conjugação de pai e mãe, em toda a complexidade psicológica que tais papéis distintos envolvem”*(20).

Como censura secundária, verbera-se que a união de pessoas do mesmo sexo não forma uma família porque é da essência do casamento a heterossexualidade. Ainda assim, mesmo as uniões livres estáveis, elevadas à categoria de entidades familiares, ao lado das famílias monoparentais, constituem-se necessariamente por um homem e uma mulher, conforme expressa restrição da Constituição Federal (21).

Assim, por força da própria natureza, as uniões homossexuais não conseguiriam imitar o que por séculos e culturas sustentou a noção de família: a figura do pai e da mãe (22).

Observe-se que a concepção de família até então sustentada circunscreve-se sob as figuras do pai e da mãe. Daí a noção de as relações afetivas de pessoas de mesmo sexo agredir a idéia de entidade familiar num dos elementos em que lhe é peculiar - a filiação.

Não obstante, a ausência de filhos não desconstitui o casamento, quicá a noção de família. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que o relacionamento de duas pessoas mereça a proteção legal, não se podendo deixar ao desabrigo do Direito de Família a convivência entre pessoas do mesmo sexo.

Surgem novas formas de relações familiares, à socapa, fora dos modelos estruturados pela organização estatal ou pela Igreja (23). Estruturam-se, pois, as chamadas famílias não fundadas no casamento, nascidas de convivências espontâneas.

6. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA DO ARTIGO 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL?

Põe-se em discussão: se a heterossexualidade não é pressuposto para a constituição da entidade familiar, a restrição imposta pela norma do artigo 226, §3º, da Constituição Federal brasileira não se mostra desajustada? Essa norma constitucional não fere princípios apontados pela própria Constituição Federal?

Poder-se-ia admitir que a norma do artigo 226, §3º, da Constituição Federal seja inconstitucional? A exigência de dualidade de sexos para a proteção estatal como entidade familiar não agride o postulado de igualdade, de proteção à personalidade e de respeito à dignidade humana, princípios constitucionais evidentes?

A norma, ao exigir a dualidade de sexo, não estaria por encobrir uma discriminação à

orientação sexual? O relacionamento afetivo dos casais de sexos opostos não se assemelha ao relacionamento afetivo dos casais do mesmo sexo? O caso não configura uma afronta ao princípio da igualdade jurídica?(24)

Preliminarmente, indaga-se: uma norma constitucional pode ser nula se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais de justiça?(25)

Segundo Otto Bachof, o problema da suscitação de inconstitucionalidade de norma constitucional é rara (26), pondo-se em períodos de mudança política radical. Senão política, pode-se aferir que a mudança, aqui, é ao menos axiológica.

À primeira vista, parece paradoxal a Constituição violar-se a si mesma. Atuando como lei-quadro, é a fonte de outras normas. É ela que dá força à ordem jurídica e situa-se no vértice da pirâmide normativa.

Contudo, pode suceder que uma norma inserida na Constituição - norma formalmente constitucional - tenha um significado secundário e vá de encontro a um preceito fundamental inserido na própria Constituição. Assim, suscita-se a invalidade de uma norma constitucional em decorrência de contradição com outra norma constitucional de grau superior. O legislador constituinte, ao editar certa disposição constitucional, coloca-se em contradição com as suas decisões de princípio, dando azo à incompatibilidade (27).

Essa concepção rejeita a suposição de que toda e cada uma das disposições da Constituição Federal é da mesma índole e do mesmo grau que qualquer outra disposição dessa mesma Constituição, assim como em toda e qualquer lei podem existir preceitos de importância maior ou menor ou que se chocam entre si.

Em outros casos, admite-se afirmar que normas singulares inseridas na Constituição acabem por se tornar automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em virtude de uma mudança real de situação, não podem mais cumprir a sua função integradora e, porventura, podem até assumir uma função desintegradora (28).

A essa nova situação denomina-se mutação constitucional (29). Assim, os preceitos constitucionais reclamam interpretação adequada à exigência da realidade. Essa interação com a realidade permite considerar a Constituição como uma ordem aberta (30).

Essa abertura da própria Lei Fundamental permite o evoluir constante da ordem constitucional, no compasso da evolução histórica. De modo que a Constituição impõe sua força normativa: *“a força normativa da Constituição implica, pois, a construção de uma via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade; mas ao mesmo tempo é, de certo modo, também por ela (pela realidade) conformada”*(31).

Aqui, a discussão que se trava quanto ao recrudescimento da união entre pessoas do mesmo sexo é, sem dúvida, circunstanciada aos meandros da moralidade, imoralidade ou amoralidade de tais uniões. Irremediavelmente, a realidade reclama um posicionamento do Direito sobre questões derivadas dessa convivência (32).

Faz-se, pois, necessário despir-se dos preconceitos e da cômoda formação dirigida a conservar o sistema consagrado - não por compreendê-lo justo ou devido, sem titubeios, pois aqui há apenas o ajuste à indolência -, mas para se embrenhar no exercício do pensar.

O que se põe em discussão é a norma estabelecida no artigo 226, §3º, da Constituição Federal, que exige a diversidade de sexos para o acolhimento estatal à categoria de entidade familiar. Se a Constituição Federal não permitiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, então não se poderia admiti-la como família(33)?

Essa norma não se encontra em dissonância com os postulados fundamentais inseridos na própria Constituição?

Há de se despertar para a viragem paradigmática dos direitos fundamentais: estes não mais se comportam de acordo com a ordem, mas é a ordem que se deve conformar com os direitos fundamentais. De sorte que há uma vinculação do Executivo, Legislativo e Judiciário aos direitos fundamentais, eis que não se postam mais como limites de atuação do Poder Público, mas consistem em tarefas a cumprir e exigem do Estado muito mais do que o dever de abstenção - exigem uma atividade prospectiva (34).

No entanto, essa norma violadora de um princípio fundamental encontra-se inserta na própria lei fundamental e o Direito brasileiro não admite a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, exceto no caso de emendas ou de revisão constitucional, sujeitas a controle de constitucionalidade, bem como de normas e de princípios da Constituição Estadual que violem a Constituição Federal. Ao contrário, o Direito tedesco aceita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, por compreender existirem diferenças de graus entre as normas inseridas na Constituição (35).

Entre nós, eventuais disparates encontráveis no texto constitucional devem ser sanados através de técnicas que não envolvam pronúncia de nulidade. Isso porque no Direito brasileiro vigora o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

O princípio da unidade da Constituição rejeita tese corrente na doutrina do Direito Constitucional: a de normas constitucionais inconstitucionais.

Pelo princípio da unidade, a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar confrontos entre as suas normas, as chamadas antinomias. A Constituição deve ser interpretada na sua globalidade, procurando o intérprete harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais. Cada norma constitucional não é considerada isolada ou dispersa, mas como um preceito integrado num sistema interno unitário de normas e princípios (36).

Há, pois, uma coerência no discurso narrativo do sistema jurídico (37).

Assim, se as normas constitucionais residem no mesmo patamar hierárquico, sem gradação de valores, as antinomias devem ser tratadas mediante a utilização do princípio de concordância prática.

Trata-se, pois, de um exercício de interpretação harmonizadora das normas em conflito, sem a declaração de nulidade.

As tensões entre as normas constitucionais não devem ser tratadas sob a lógica do “um exclui o outro”, mas sim através da ponderação e concordância entre elas, averiguando-se o peso de cada qual. Por exemplo, o princípio democrático, que se obtém através da decisão da maioria, não implica o desprezo e desproteção das minorias.

O que se pretende afirmar neste trabalho não é a inconstitucionalidade da norma do artigo 226, §3º, da Constituição Federal do Brasil. Já foi visto que a tese não é recepcionada pelo Direito pátrio. E também não se tenciona, a pretexto de invocar a mutabilidade constitucional, apontar a necessidade de mudança brusca de sentido da norma do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, a ponto de invocar uma crise de inversão da ordem jurídica até então estabelecida.

ostula-se, não a expunção da norma contradita, mas a leitura de outros preceitos inseridos na própria Constituição que permitem ampliar a sua eficácia. Assim, o postulado da dignidade da pessoa humana (38) tem força suficiente para não retirar a eficácia que a norma do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, à primeira vista, parece excluir. Não se declara sua nulidade, eis que o ordenamento constitucional só a permite em duas situações.

O que se requesta é a compreensão de que a valorização da pessoa humana é preceito postulado pela Constituição, cuja força normativa está evidenciada no preâmbulo (39) e no artigo 1º, inciso III (40), e no princípio da igualdade humana, consagrado nos artigos 3º, inciso IV (41) e 7º, inciso XXX (42).

Eis os fundamentos constitucionais para que as parcerias afetivas de pessoas do mesmo sexo mereçam o mesmo tratamento das parcerias heterossexuais: competência, alimentos, partilha de bens, direito de posse, usufruto vidual, habitação, direito sucessório, direito previdenciário e reparação por dano moral.

7. DIREITO DE PERSONALIDADE E LIBERDADE DE OPÇÃO SEXUAL

O princípio constitucional de igualdade, erigido pela Constituição Federal brasileira, outorga específica proteção à expressão da sexualidade. Preliminarmente, o preâmbulo da Constituição e seu artigo 1º, inciso III, estabelecem o princípio da liberdade e da igualdade. Especificamente os artigos 3º, inciso IV, e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal proíbem qualquer dessemelhança por motivo de sexo.

A orientação sexual é a afirmação da identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual voltam-se para alguém do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade), para ambos os sexos (bissexualidade) ou para ninguém (abstinência sexual) (43).

As relações sexuais se albergam entre os direitos de personalidade, sob o teto da liberdade de expressão, precipuamente no que diz respeito à identidade pessoal e à integridade física e psíquica.

onfere-se ao direito de liberdade natureza ubíqua, é público e privado, podendo ser oponível pelos indivíduos entre si ou pelo indivíduo contra o Estado. Consiste a liberdade na prerrogativa da pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo das relações. O direito à liberdade permite ao indivíduo reclamar acima de tudo os bens de viver e de viver incólume, imprimindo às suas energias o caminho que prefere, dentro dos limites prescritos. A ausência de obstáculos ao exercício da atividade pessoal nada mais é do que o modo de ser da pessoa (44).

O direito à liberdade do homem é o segundo direito fundamental assegurado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal (45), logo em seguida ao direito à vida. É na Constituição que se inserem dispositivos de proteção à personalidade, considerados agora como direitos fundamentais ou liberdades públicas: de consciência e de crença (artigo 5º, inciso VI), de expressão (artigo 5º, inciso IX), de exercício de trabalho (artigo 5º, inciso XIII), de locomoção (artigo 5º, inciso XV), de associação (artigo 5º, inciso XVII) e as ações constitucionais de habeas corpus (artigo 5º, inciso LXVIII) e mandado de segurança (artigo 5º, inciso LXIX).

De modo que a liberdade de expressão sexual, como direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objeto a própria pessoa. Assim, é dotado de uma especificidade e se insere no minimum necessário e imprescindível ao conteúdo do indivíduo. De maneira que o aniquilamento de um direito de personalidade ofusca a pessoa como tal. A esses direitos mais preciosos relativos à pessoa se atribui a denominação de medula da personalidade (46).

Assim, o direito à orientação sexual, em sendo um direito de personalidade, é atributo inerente à pessoa humana.

A identificação da orientação sexual de um indivíduo está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida. Quando alguém dirige seu desejo sexual a outrem, ou seja, opta por outrem para manter um vínculo afetivo, elege o gênero da pessoa com quem quer se relacionar. O gênero da pessoa escolhida, se masculino ou feminino, é o dado revelador da orientação sexual de quem escolhe, opção que não pode merecer tratamento diferenciado.

O simples fato de a atenção ser voltada a alguém do mesmo ou de distinto sexo não pode ser alvo de tratamento desigualitário, pois tem por base o próprio sexo da pessoa que faz a escolha (47). O *discrímen* do relacionamento que tenha a mera coincidência de sexos parte de um preconceito social, por critério que não a efetiva conjunção de personalidades.

Todos têm o direito de optar. E a opção pela orientação sexual é demonstrada pela escolha de um companheiro de vida, seja heterossexual ou homossexual. Pode a pessoa abster-se sexualmente ou satisfazer seu desejo escolhendo pessoas do mesmo sexo ou de sexo diverso. Não importa o sexo da pessoa eleita, se idêntico ou diferente daquele que escolhe. Se aos olhos sociais o indivíduo nada sofre ao se unir a uma pessoa do sexo oposto, mas

recebe rechaça por direcionar seu desejo a alguém do mesmo sexo, há notório tratamento discriminatório em razão de sua orientação sexual.

É evidente que o tratamento diferenciado, pela inclinação a um ou a outro sexo, caracteriza uma discriminação à própria pessoa, em razão de sua identidade sexual. Como a orientação sexual só é passível de identificação perante o sexo da pessoa que faz a escolha, é direito que goza de proteção constitucional ante a vedação de discriminação por motivo de sexo. O gênero da pessoa eleita não pode gerar tratamento desigual em relação a quem faz a escolha, sob pena de se estar diferenciando alguém pelo seu sexo: se igual ou diferente do sexo da pessoa escolhida.

Permitir a orientação sexual por pessoa de sexo oposto e não oferecer o mesmo tratamento em relação aos que direcionam seu desejo sexual a pessoa de sexo idêntico não é senão deixar o indivíduo ao desamparo de um direito fundamental de intimidade e cercear o livre desenvolvimento de sua personalidade.

A orientação sexual é determinante, assim como são intrínsecas no ser humano a raça e a nacionalidade – todas estão condicionadas ao acontecimento natural do nascimento e a nada mais. Daí estarem inseridas na cláusula geral de proteção igualitária inserida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal e no princípio fundamental de tratamento digno ao ser humano.

Não há fundamento lógico para o tratamento desigual.

Pode-se concluir que a discriminação por motivo de orientação sexual é uma espécie do gênero que proíbe a discriminação por motivo de sexo, portanto merece agasalho em nosso ordenamento jurídico.

8. CONJECTURAS À GUIA DE CONCLUSÃO

O estudo buscou, mais do que a ostentação de soluções, a instigação a uma reflexão sobre as repercussões do estado sexual no âmbito do Direito de Família.

As posturas dos indivíduos variegam na sociedade conforme o sexo de cada qual. Se é assim, a sexualidade comporta variantes e a sociedade exige uma resposta nos moldes dos padrões estabelecidos. Ao se fugir desses padrões, emerge o embate. Aqui se encontra um olho d'água da atividade jurisdicional.

Nesse limiar do milênio, há de se pôr uma lupa sobre todas as transformações viscerais e profundas que o Direito de Família transpôs. O divórcio rompeu estruturas estratificadas na cultura judaico-cristã, até hoje por ela não aceita. Em ritmo progressivo, novas formas de entidades familiares foram se infiltrando, paralelamente à família tradicional, e isso não acarretou a derrocada do casamento. Ao contrário, destacaram-se dois modos de formação

de família: a) a originada pelo casamento; b) a derivada das vias afetivas, nascida e sobrevivida da espontaneidade. Deu-se relevância ao afeto entre os casais ou entre os seus componentes. A família, com a Constituição Federal, recebeu tutela destacada, dando realce à personalidade dos filhos e à promoção da dignidade de seus integrantes, independentemente do ato solene do casamento. A admissão das entidades familiares formadas pela união estável e por qualquer um dos pais e seus descendentes demonstra a mudança de ótica, fundada agora na realização da pessoa humana. Vale dizer: as entidades familiares percebem tratamento igualitário.

Leva-se em conta a comunhão espiritual dos dois parceiros, cercados de um sentimento de amor e solidariedade, com a intenção de partilha da vida em comum, sem nenhum feito econômico. Ausentes os impedimentos matrimoniais e com o reconhecimento social, desejam os parceiros comungar esforços e realizações, com estabilidade e continuidade, isto é, sem visar manter um projeto familiar esporádico.

E isso se construiu ao longo dos anos que antecederam a Constituição Federal, com o reconhecimento gradativo de direitos às relações derivadas do concubinato, até então repudiado pelo Código Civil.

De sorte que, pode-se alertar, as estruturas escritas, de caráter estático, nem sempre correspondem ou se mostram eficazes para responder às novas demandas que se fazem surgir, onde, em matéria de sexualidade, as relações interpessoais têm um valor sublime. Nesses doze anos que se sucederam à promulgação da Constituição, pouco se discutiu das situações difíceis da sexualidade.

Por certo, o contexto da sexualidade atravessa o mesmo percurso do divórcio. Pode-se suscitar uma crise no casamento como razão da legitimidade da união homossexual? Há de se trabalhar com os conceitos de família legítima e ilegítima? Qual o fundamento que dá azo à legitimidade da família? É o casamento? Se assim for, a união estável, por certo, é ilegítima. Ou é a afetividade entre os conviventes, a exemplo da união estável? Se assim for, a união estável entre homem e mulher ou aquela entre pessoas do mesmo sexo alcançam o mesmo pressuposto - o afeto -, divergindo apenas no tocante ao sexo.

É possível aceitar que, ao se fazer concessões próprias da família à união de pessoas do mesmo sexo, fazem-se tais concessões por motivo de condescendência social e pública? Haveria risco de aumento desmedido de uniões de pessoas do mesmo sexo? Qual o risco que pode sofrer a sociedade se eventualmente o número dessas uniões for maior do que o dos casais heterossexuais? Seria o extermínio dos seres humanos? As estruturas do Direito se alicerçam com probabilidades? O propósito de ambas as parcerias não é o mesmo da família “legitimada” no casamento: vida em comum, construção de patrimônio comum, empreendimento de esforços, reciprocidade nos projetos e desejo de prole, seja natural ou social?

Atente-se que a realidade se faz cada vez mais aparente e, no campo jurídico, há certa resistência à reflexão da matéria: as relações afetivas de pessoas do mesmo sexo afloram-se; o grau de recepção, tolerância ou rejeição varia conforme o desenvolvimento cultural da sociedade; por vezes, a convivência de pessoas do mesmo sexo é considerada insípida,

desmerecedora de atenção, outras vezes como sociedade mercantil. A princípio, foi considerada doença psicopatológica e refutada pela moralidade cristã; aos poucos, galgou espaço enfrentando a intolerância. Não se pretende, aqui, amparar os desejos sexuais homoeróticos. O que se pretende é focalizar a atenção às uniões afetivas de convívio comum, marcadas pela assistência mútua, pelo amor e respeito recíproco.

Ao restringir a união estável aos parceiros formados por homem e mulher, a norma do artigo 226, §3º, da Constituição Federal brasileira não deixou em desamparo a união entre pessoas do mesmo sexo. Já foi visto que a tese de inconstitucionalidade desse preceito fundamental não é aceita no Direito pátrio. Não se tenciona expungir a norma contradita, mas se pleiteia a leitura de outros postulados inseridos na própria Constituição que permitem ampliar a sua eficácia. Assim, o postulado da dignidade da pessoa humana tem força suficiente para não retirar a eficácia que a norma do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, à primeira vista, parece excluir.

Apesar das divergências em matéria de tamanha afeição íntima, tem-se por certo que se devem reconhecer o respeito e a proteção à dignidade humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a exigência do tratamento igualitário e equânime, eis que são todos postulados de justiça, de imediata evidência.

Dois pólos se embatem: o tradicional e o noviço, a segurança jurídica e a justiça, a legalidade e a equidade, o preconceito desmedido e a ponderação desacanhada.

É uma visão demasiado otimista ao homem do terceiro milênio? Os valores pós-modernos contristam com a resistência às concepções traspassadas pelas culturas seculares? Os postulados de justiça não têm força suficiente para quebrantar os postulados do direito positivado, reivindicando direitos considerados até então meramente aparentes? Não se põe uma nova situação aos juristas, cuja dimensão extrapola as colocações do passado?

A estratégia perseguida nesse discurso não se rende ao idealismo dos que tudo querem mudar - desmedidamente, sem o percurso da descoberta -, nem ao estereótipo pertinaz dos que em tudo acreditam - e se mantêm inertes em seu conservadorismo, eis que o novo desafia batalhas.

Se a autora procede com êxito, resta aos dias mostrar.

Fez-se preciso desencaixotar os preceitos postos e apresentar propostas de soluções. O tema trasborda o espaço íntimo e desafia o espaço jurídico. Sem dúvida, *“época triste é a nossa em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo”* (Albert Einstein).

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Ricardo. Já pode até casar: holandeses aprovam matrimônio homossexual, dando aos gays direitos de marido e mulher. **Veja**, p. 65, 20 set. 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União entre pessoas do mesmo sexo. Discussão dispensável ou prematura? Caderno Face a Face da **Revista Jurídica Consulex**, ano III, n. 28, p. 52-53, abr. 1999.

_____. Com a promulgação da Lei n. 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o estatuto dos concubinos. **Revista Literária de Direito**, p. 14-23, maio/jun. 1996.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2 ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade**, texto fornecido pelo autor nas aulas do Curso de Pós-Graduação – Mestrado em Direito Civil, na Universidade Estadual de Maringá, no 1º semestre de 1999, quando ainda no prelo a 2 ed. da obra, publicada posteriormente pela R. dos Tribunais.

CUNHA, Graciela Leães Alvares; MOREIRA, José Alberto Marques. **Os efeitos jurídicos da união homossexual**, Porto Alegre: Datacerta Editora, 1999.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis n. 8.871/94 e n. 9.278/96**, 2 ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1999.

DAS AGÊNCIAS INTERNACIONAIS. Holanda aprova casamento homossexual. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, Mundo, p. A15, 13 set. 2000.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução: Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais, 1961.

DIAS, Maria Berenice Dias. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **União homossexual: aspectos sociais e jurídicos**. Disponível em: . Acesso em: 10 set. 2000.

_____. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. **Repensando o Direito de Família**, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Título II - As uniões, mais que crônicas de uma viagem, in **Elementos críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 59-102.

_____. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, n. 732, p. 47-54, out. 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: R. dos Tribunais, 1998.

_____. Família não fundada no casamento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 771, ano 89, p. 51-76, jan. 2000.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. In **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**, v. 2, coordenada por Teresa Arruda Alvim, São Paulo : R. dos Tribunais, 1995, p. 197-206.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, abr./jun. 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Família**. 31 ed., São Paulo: Saraiva, 1994. v. 2.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. Sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo

- independente de qualquer inovação legal, **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 245, p. 1-3, mar. 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uniões de pessoas do mesmo sexo – reflexões éticas e jurídicas, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, ano 31, Coleção Acadêmica de Direito, v. 12, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 147-154.
- _____. **Direito de Família: a sexualidade vista pelos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- PEREIRA JÚNIOR, Mauro Bley. Adoção por homossexual, **Revista da Assessoria de Apoio aos Juizados da Infância e Juventude – AAJIJ**, n. 1, Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, Curitiba: Juruá, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 1 ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PINTO, Mônica Cristina Moreira. União clandestina, união homossexual – efeitos patrimoniais, **Rev. Minist. Público do Rio de Janeiro**, n. 9, Rio de Janeiro, p. 197-207, 1999.
- PROSPERO, Viviane Girardi. Uma abordagem da noção de sujeito sob o prisma da homossexualidade a partir da alteridade de Dussel, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 32, Coleção Acadêmica de Direito, v. 13, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 165-169.
- REIS, Dagma Paulino dos. O homossexualismo e a discriminação no Direito e na vida social e familiar, **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 269, p. 14-24, mar. 2000.
- RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade, **Revista CEJ**, Brasília, n. 6, p. 27-39, set./dez. 1998.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1993. v. 6.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: R. dos Tribunais, 1993.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. **Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España**. Madri: Dykinson, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55-71.
- TERRÉ, François; WEILL, Alex. **Droit Civil: les personnes, la famille et les incapacités**, 5 ed., Paris: Dalloz, 1983.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO. O Direito evolui com o mundo. **Jornal do TRF**, Notícias da 4ª Região, Porto Alegre, ano IV, n. 18, p. 6, jul. 2000.
- VARELLA, Luiz Salem. **Homoerotismo no Direito brasileiro e universal: parceria civil entre pessoas do mesmo sexo**. Campinas: Agá Juris, 2000.

NOTAS

(1) DIAS, Maria Berenice Dias. União homossexual: o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 50.

(2) Cf. Artigo 226, §3º, da Constituição Federal do Brasil: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”(grifo nosso).

(3) “O objetivo primário do casamento é a procriação e a educação da prole; ecundariamente, mútua assistência e remédio à concupiscência” (tradução livre).

(4) A respeito dos paradigmas, PROSPERO, Viviane Girardi. Uma abordagem da noção de sujeito sob o prisma da homossexualidade a partir da alteridade de Dussel, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 32, Coleção Acadêmica de Direito, v. 13, Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 165-169, denuncia: “Pois é dentro desta noção de sistema completo, que a dogmática jurídica se apresenta como paradigma do direito. Assim, o que está posto é o que vigora, o que não está posto, ainda que a realidade social mostre o contrário, não vigora, ou melhor, não existe para o direito”.

(5) Cf. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uniões de pessoas do mesmo sexo – reflexões éticas e jurídicas, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, ano 31, Coleção Acadêmica de Direito, v. 12, Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 147.

(6) Cf. PEREIRA, Uniões de pessoas do mesmo sexo..., p. 147.

(7) Com perspicácia, argumenta VILLELA, João Baptista. As novas relações da família. In Anais da XV Conferência Nacional da OAB em Foz do Iguaçu. São Paulo: JBA Comunicações, 1995, p. 642-643 apud PEREIRA, Uniões de pessoas do mesmo sexo..., p. 152-153: “No ambiente dessacralizado e pluralista das sociedades ocidentais contemporâneas, soa inaceitável o estabelecimento de restrições de direito em razão de preferências ou inclinações eróticas. Se a isso se ajuntar a circunstância de que o casamento deixou de ser instituto preordenado à reprodução, para se constituir essencialmente em espaço de companheirismo e camaradagem, era natural que se definisse a demanda pelo reconhecimento legal da união entre parceiros do mesmo sexo. Afinal, pode-se dizer, retomando um feliz achado de Alice Rossi, que o sexo recreativo se impôs sobre o reprodutivo. Ainda que não fosse assim, a procriação já não se dá exclusivamente na intimidade das alcovas. Dessacralizou-se ela própria, na medida em que se deixou controlar em laboratórios. Também aqui manifestou-se uma cesura fundamental: sexo e reprodução. Possível um sem a outra e vice-versa, os esquemas tradicionais tinham de ser repensados. [...] Não pode, contudo, parece-me, deixar de ser tomada em conta para uma consistente avaliação do problema. Por muito complexa que se apresente a questão, absolutamente nova tampouco é. Segundo relata Erle, a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo já tinha sido considerada pelo jusnaturalista Wolfgang Textor, um remoto ancestral de Goethe e que viveu entre 1638 e 1701”.

(8) Manifestou-se Álvaro Villaça Azevedo apud CUNHA, Graciela Leães Alvares; MOREIRA, José Alberto Marques. Os efeitos jurídicos da união homossexual, Porto Alegre: Datacerta Editora, 1999. p. 97, ao comentar o Projeto de Lei n. 1.151/95, da deputada Marta Suplicy, a respeito da parceria entre pessoas do mesmo sexo: “poderia ser mais avançado, tratando a união homossexual como família e admitindo a adoção de

criança, e que em matéria de patrimônio, o projeto representa ganho pequeno em relação ao reconhecimento que a Justiça já dá às sociedades de fato, quando pessoas não casadas adquirem bens com esforço comum”.

(9) GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O companheirismo: uma espécie de família. São Paulo: R. dos Tribunais, 1998, embora insira a união de pessoas do mesmo sexo nas chamadas uniões informais, entre elas a convivência entre parentes e amigos, observa que “da mesma forma que o companheirismo já foi totalmente desconsiderado no Direito, mormente no Código Civil brasileiro quando do seu advento, o mesmo tratamento vinha sendo dispensado às uniões homossexuais, em tempos mais próximos. Contudo, mais uma vez a realidade fática se impôs, exigindo uma reavaliação do tratamento social e jurídico sobre o tema, a ponto de ter sido introduzido em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros o casamento entre homossexuais, tal como ocorre atualmente na Suécia, Dinamarca e Noruega”. Em artigo posterior (Família não fundada no casamento. Revista dos Tribunais n. 771, ano 89, jan. 2000, p. 51-76), GAMA capitula a união entre pessoas do mesmo sexo entre as famílias não fundadas no casamento, apontando os modelos de família tratados por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Família e casamento em evolução. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 11, abr./jun. 1999): família matrimonial, família comportamental, família concubinária, família monoparental e família homossexual.

(10) A partir de Modestino (Digesto, Livro XXIII, Título II, Frag. 1º), apresentaram-se muitas outras definições de casamento, ressaltando a identidade de sexos como impedimento matrimonial implícito: “Nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae et consortium omnis vitae: divini et humani juris communicatio” (conjunção do homem e da mulher que se associam para toda a vida: a comunhão do direito divino e do direito humano) (grifo e tradução nossos). E a doutrina não é menos incisiva no afirmar o pressuposto da heterossexualidade. Confira: PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 413. v. 1: “Pode, ainda, a inexistência provir da falta de um pressuposto específico daquele ato, como se dá, por exemplo, com o casamento, que põe na diversidade de sexos um requisito fundamental. Nenhuma lei declara que o matrimônio de duas pessoas do mesmo sexo é ineficaz, mas, como a dualidade é da própria natureza da instituição, afirma a doutrina e aceitam os tribunais que, se vem a faltar, o ato é inexistente”. No mesmo sentido, MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Família. 31 ed., São Paulo: Saraiva, 1994. p. 74. v. 2; RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de Família. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1993. p. 35. v. 6; GOMES, Orlando. Direito de Família. 7 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 109. Não se pretende, pois, ascender a união entre pessoas do mesmo sexo como espécie de casamento, eis que foge às formalidades exigidas. Por outro lado, não se pode esperar do Direito de Família o abandono às margens, equiparando-as às sociedades de fato mercantis, com desprezo do liame de afeição.

(11) BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 Câ. Casamento. Ap. 71.597-1 (reexame – segredo de justiça), Relator: Des. Roque Komatsu. 21 ago. 1986. Revista dos Tribunais n. 615, p. 47, jan. 1987, julgou-se: “Inexistente é o casamento levado a efeito por pessoas do mesmo sexo, tendo sido utilizado falso registro de nascimento para a consumação do ato”.

(12) Artigo 183, inciso XII, do Código Civil de 1916: “Não podem casar (arts. 207 e 209): [...] as mulheres menores de 16 (dezesseis) anos e os homens menores de 18 (dezoito)”.

(13) Artigo 233 do Código Civil de 1916: “O marido é o chefe da sociedade conjugal,

função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251)”.

(14) Artigo 240 do Código Civil de 1916: “A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. Parágrafo único - A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido”.

(15) Artigo 380 do Código Civil de 1916: “Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade”.

(16) Artigo 385 do Código Civil de 1916: “O pai, e na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225”.

(17) Nesse sentido, CZAJKOWSKI, Rainer. União livre: à luz das Leis n. 8.871/94 e n. 9.278/96. 2 ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1999. p. 71, 217. Daí sua crítica veemente à consideração, como família, das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo: “União homossexual não é família. Por mais estável que seja, não forma uma entidade familiar. [...] relação homossexual não é família, e não deve ser tratada no direito de família”.

(18) A heterossexualidade é pressuposto do casamento. Assim, expressamente previu o Código Civil português: “Artigo 1628º - Casamentos inexistentes. É juridicamente inexistente: [...] e) o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo”. O Código Canônico prevê, em seu Cân. 1.012, que o casamento é um contrato legítimo entre um homem e uma mulher, em que cada qual entrega ao outro o direito perpétuo (o vínculo é indissolúvel) e exclusivo sobre seu corpo (apud VARELLA, Luiz Salem. Homoerotismo no direito brasileiro e universal: parceria civil entre pessoas do mesmo sexo. Campinas: Agá Juris, 2000. p. 27). O Código Civil francês não prevê expressamente, mas a diversidade de sexos é o primeiro pressuposto para o casamento. Segundo François Terré e Alex Weill (Droit civil: les personnes, la famille et les incapacités. 5 ed., Paris: Dalloz, 1983. p. 176, a lei não diz isso porque não se faz necessário dizer (do original: “La loi n’énonce pas cette condition, sans doute parce qu’elle va sans dire”). Entretanto, em 15.11.99, o Código Civil francês recebeu desdobramentos ao artigo 515, que autorizam os pactos civis de solidariedade entre pessoas do mesmo sexo, para organizar suas vidas em comum, bem como o concubinato entre pessoas do mesmo sexo. Na Holanda, em 12.09.00, o Parlamento aprovou lei que concede aos homossexuais a possibilidade de casamento, permitindo a adoção de crianças e a opção pelo divórcio legal para os casais do mesmo sexo. Uma única restrição foi imposta: a adoção só é possível se de crianças holandesas.

(19) “Às vezes, e de forma equivocada, procura-se conceituá-las como uma espécie de casamento, o que é tecnicamente indesejável” (CZAJKOWSKI, ob. cit., p. 217). No mesmo sentido, PEREIRA JÚNIOR, Mauro Bley. Adoção por homossexual, Revista da Assessoria de Apoio aos Juizados da Infância e Juventude – AAJIJ, n. 1, Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, Curitiba: Juruá, 1999, p. 21. Também CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de Direito de Família, 3 ed., Curitiba: Juruá, 1999. p. 215: “As uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas - não como modalidade de casamento”. De fato, é indesejável que se equipare a união homossexual à união matrimonial, mas não se pode da primeira afastar a proteção, eis que ambas têm um ponto convergente – o vínculo afetivo e a comunhão de interesses.

(20) Cf. CZAJKOWSKI, ob. cit., p. 223

(21) Observa Álvaro Villaça Azevedo (União entre pessoas do mesmo sexo. Discussão dispensável ou prematura? Caderno Face a Face da Revista Jurídica Consulex, ano III, n. 28, p. 52-53, abr. 1999) que, com esse enunciado, a Constituição de 1988 deixou claro que como entidade familiar só pode ser considerada a união estável entre homem e mulher. Para o autor, é prematura a aptidão da união homossexual à constituição de família, recomendando aos parceiros se assegurarem através de contratos por escrito ou testamentos.

(22) Cf. CZAJKOWSKI, ob. cit., p. 223.

(23) Cf. PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 1 ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 253.

(24) Cf. DIAS, ob. cit., p. 72.

(25) Reclama-se a leitura desta distinta obra pelos juristas: BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. Também: CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998, Capítulo 4 – Interpretação, aplicação e concretização do Direito Constitucional, p. 1.065-1.113. A inconstitucionalidade de normas constitucionais é adotada pelos alemães, por admitirem a existência de contradições transcendentais, ou seja, contradições do direito constitucional positivo com princípios, diretrizes e critérios suprapositivos, isto é, que informam o direito positivo (o direito natural, a idéia de direito, de justiça e de equidade, da justa medida). Conclui-se: a questão da (in)constitucionalidade da própria Constituição admite uma ordem de valores supraconstitucional. Mas há outra hipótese de inconstitucionalidade de norma constitucional: quando existir contradição de uma norma constitucional escrita com outra norma constitucional também escrita. É essa questão que o presente item do trabalho aborda.

(26) Nesse sentido, também CANOTILHO, ob. cit., p. 1.105.

(27) Cf. BACHOF, ob. cit., p. 58-59.

(28) Cf. BACHOF, ob. cit., p. 60.

(29) Tenho por certo que a mutação constitucional não implica a conformação da Constituição segundo as leis infraconstitucionais, eis que estas se adaptam à realidade com maior volatilidade. Se assim for, cai-se no erro de pressões econômicas ou sociais momentâneas interferirem na estrutura constitucional. A leitura da Constituição não pode ser feita de baixo para cima, mas isso não implica dizer que ela seja imutável ante a realidade.

(30) CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade, texto fornecido pelo autor nas aulas do Curso de Pós-Graduação – Mestrado em Direito Civil, na Universidade Estadual de Maringá, no 1º semestre de 1999, quando ainda no prelo a 2 ed. da obra, publicada posteriormente pela R. dos Tribunais, Capítulo I – A Constituição e a fiscalização abstrata da constitucionalidade: conceitos operacionais. Item I - Constituição como lei fundamental.

(31) CLÈVE, ob. cit., Capítulo I – Item I - Constituição como lei fundamental.

(32) Cf. PINTO, Mônica Cristina Moreira. União clandestina, união homossexual - efeitos patrimoniais, Rev. Minist. Público do Rio de Janeiro, n. 9, Rio de Janeiro, p. 198, 1999.

(33) Afirmou Miguel Reale, ao tratar do Projeto do Código Civil do Brasil na aula inaugural da Faculdade de Direito de Guarulhos, apud VARELLA, ob. cit., p. 34, que a união homossexual só pode ser discutida depois de alterada a Constituição: “a união estável de homossexuais só com mudança na Constituição. [...] Há quem diga que o Código é

atrasado por não tratar dos homossexuais. A culpa não é nossa. Não podemos mudar a Constituição. A união estável é entre um homem e uma mulher. Se querem estender esse direito aos homossexuais, que mudem primeiro a Constituição, com 3/5 dos votos do Congresso Nacional. Depois, o Código Civil poderá cuidar da matéria”.

(34) CLÈVE, ob. cit., Capítulo 3 – A fiscalização abstrata da constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade. Item 2.9 – A decisão e seus efeitos.

(35) Cf. BACHOF, ob. cit.

(36) Cf. CANOTILHO, ob. cit., p. 1.096-1.097.

(37) Segundo CANOTILHO, ob. cit., p. 1.057: “O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as ‘lerem’ e ‘compreenderem’, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (Dworkin). Neste sentido, embora a Constituição possa ser uma ‘unidade dividida’ (P. Badura) dada a diferente configuração e significado material das suas normas, isso em nada altera a igualdade hierárquica de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez”.

(38) Sobre a íntima correlação entre a orientação sexual e a dignidade humana, observa RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade, Revista CEJ, n. 6, Brasília, p. 34, set./dez. 1998, que “ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana”.

(39) Preâmbulo da Constituição Federal do Brasil: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (grifo nosso).

(40) Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana” (grifo nosso).

(41) Artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (grifo nosso).

(42) Artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...] proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (grifo nosso).

(43) Conforme definição de Roger Raupp Rios, juiz federal do Rio Grande do Sul, em memorável sentença proferida nos autos nº 96.0002030-2 e 96.0002364-6, da 10ª Vara Federal, Autores R.P.C. e I.S.R., julgado em 09.07.96, em que se admitiu o companheiro homossexual no plano de assistência médica, na condição de dependente. Em 20.08.98, a 3ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler, confirmou por

unanimidade a decisão singular. No STJ, o Min. Ari Pargendler manteve a decisão do TRF da 4ª Região, não apreciando o mérito do recurso, eis que não foi conhecido.

(44) Cf. DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Tradução: Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais, 1961. p. 96.

(45) Artigo 5º, caput, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

(46) Cf. DE CUPIS, ob. cit., p. 17-18.

(47) Observa RIOS, ob. cit., p. 29-30, que as objeções nessa matéria são no sentido de que a proteção constitucional contra a discriminação sexual não alcança a orientação sexual. Assim, quando alguém faz a escolha por um homem ou uma mulher, isso se trata de orientação sexual, que não teve acolhida no ordenamento constitucional. Ora, é com razão o desapontamento do autor: ao se fazer a escolha do sexo de outrem, segue-se o sexo daquele que faz a escolha – é ele que tem a atividade volitiva. O sexo da pessoa que faz a escolha é que é tomado como parâmetro - há, portanto, uma discriminação sexual, que é “expressamente” proibida constitucionalmente. É evidente que a discriminação por orientação sexual configura uma verdadeira discriminação sexual, não sendo necessário, como pretendeu a deputada Marta Suplicy, inserir sua proibição na Constituição por emenda constitucional. Quando um homem faz a escolha sexual por uma mulher e esse mesmo homem o faz por outro homem, e é discriminado em relação à segunda situação, isso quer dizer que, se ele fosse mulher, a segunda hipótese não seria discriminada – portanto, o sexo de quem faz a escolha é afetado. Argumentar que a diferença só ocorre com o sexo do escolhido e não afeta quem faz a escolha é ocultar genuinamente os fatos.

Mestra em Direito Civil na Universidade Estadual de Maringá (PR). Assessora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, autora de diversos livros e artigos. Professora universitária e conferencista. fugie@wnet.com.br

Disponível em:

http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina_Detalhar&did=20166

Acesso: 14 de junho de 2007