

Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, IGUALDADE E INCLUSÃO: A
CONSTITUCIONALIDADE DO CASAMENTO HOMOSSEXUAL**

Brasília

2007

Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito - FD

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, IGUALDADE E
INCLUSÃO: A CONSTITUCIONALIDADE DO CASAMENTO
HOMOSSEXUAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

Orientador: Alexandre Bernardino Costa

Orientando: Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros

Brasília, 2007.

A Paz, Medeiros, Ana e André, por tudo;
A Daniela, pelos anos de entidade familiar para além do numerus clausus;
Aos casais T.A.J. e W., Janaina F. e Cacá, e aos amigos Paulo P. e Marcelle
Figueira, por me mostrarem a concretude da violência cotidiana advinda da violação
de princípios constitucionais perpetrada pelo preconceito;
A Sofia, Priscila, Larissa e Alice, pela esperança no futuro que representam.

Agradecimentos

Usualmente essa parte dos textos é destinada a agradecer àqueles que tiveram importância e colaboraram ao longo da travessia da dissertação. Todavia, restringir os agradecimentos a um período de dois anos se revela exageradamente sectarista, na medida em que a pesquisa não se inicia com a aprovação no mestrado, mas é maturada em tempos anteriores.

Essa pesquisa é, antes de tudo, sobre a necessidade de respeito à diferença e à pluralidade. Essa percepção não pode ser apreendida simplesmente pela leitura de livros, mas tem de ser vivida. Agradeço, nesse sentido, para além dos agradecimentos tradicionais de incentivo e apoio, aos meus pais, pelo contato com a diferença, que dentre vários exemplos, pode se destacar nas mudanças de cidades (e culturas) por conta da profissão do meu pai, Medeiros, e pelos trabalhos de minha mãe, Paz, junto a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais, que acompanhei ainda criança em Amambaí, interior do Mato Grosso do Sul. Sem esses sentimentos e percepções sobre a diferença, não seria possível essa pesquisa.

Agradeço também aos meus irmãos Ana e André, por sempre terem significado a possibilidade da superação de desafios e ideais a se mirar.

Mas tudo isso teria ficado sem sentido jurídico se não fosse a relação iniciada com a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em 4 de janeiro de 2000. Dificilmente uma tentativa de abordagem não dogmática do direito de família teria êxito em um ambiente acadêmico que não tivesse inspiração nas idéias novas de Universidade, trazidas por Darcy Ribeiro, Anísio Teixeira, Vicente Nunes Leal e demais professores que viram seu sonho ser (parcialmente) abortado em 1968. Parcialmente abortado, pois a semente plantada com a concepção que norteou a criação da UnB conseguiu brotar na Faculdade de Direito nas décadas seguintes, por meio de

professores como Roberto Lyra Filho, José Geraldo de Sousa Junior, Alexandre Bernardino Costa e Cristiano Paixão, atuantes sempre com uma idéia voltada para uma efetiva integração entre ensino, pesquisa e extensão, integração essa que não se limitava aos muros simbólicos da Universidade, nem pretendiam se isolar em torres de marfim estéreis. Prova disso é o amadurecimento de ações de diálogo com a sociedade, iniciadas durante a graduação e concretizadas em resultados como o jornal Constituição e Democracia, que caminha agora para outras formas de mídia, como a televisão.

Seria injusto esquecer de professores que, apesar de uma atuação mais conservadora, sempre tiveram muito claro em sua conduta o respeito à diversidade universitária e a seriedade no ensino e que, exatamente por isso, como o professor Ronaldo Poletti, foram essenciais nesse meu trajeto de UnB iniciado aos 17 anos de idade, trajeto esse que encara agora o fim de um ciclo.

Ademais, a continuidade verificada entre minha graduação e meu mestrado permitiram conviver com outros professores que vieram a enriquecer o espírito universitário da UnB, como os professores Menelick de Carvalho Netto e Paulo Luiz Netto Lobo. A contribuição desses professores relaciona-se com um enorme grau de abertura para a vida; o professor Menelick, por demonstrar a importância da concretude do cotidiano, do direito do qual o pipoqueiro da esquina também faz parte, para se lidar com questões constitucionais; o professor Paulo Lobo, por permitir com suas aulas sérias, aprofundadas e dotadas de abordagem contemporânea, que eu conseguisse ler o Direito Civil de um novo jeito, a partir de um posicionamento que Lyra Filho adotava, segundo o qual “falar sério não é falar de cara feia e que uma piada às vezes atinge melhor o alvo do que muito discurso frouxo, solene e peidão”¹.

¹ LYRA FILHO (1982:132).

Por esses motivos, agradeço a esses professores que, direta ou indiretamente, influenciaram de maneira decisiva em minha formação acadêmica e humana.

Todavia, apesar dessa colaboração importante, a formação não seria completa se ficasse restringida à estreiteza da vida acadêmica. Agradeço, nesse sentido, a todos os amigos da turma que encerrou a graduação no segundo semestre de 2004, com especial ênfase àqueles que me acompanharam também no mestrado, Renato “Lagarta” Bigliazzi, Guilherme “Garrafa” Guimarães e Daniel “Maranhão” Augusto Vila-Nova Gomes, companheiros na amizade, nas festas e, para além disso, concretização de ideais de competência e talento que sempre fizeram com que eu procurasse melhorar cotidianamente.

Agradeço também a todos os amigos com quem pude compartilhar experiências no Centro Acadêmico, ao longo das gestões CAdir Aberto e CAdir Interativo, com ênfase àqueles que continuaram uma estrada construída com muito esforço e dedicação, Mateus Carvalho e Artur Coimbra. Sem a vivência de CAdir e sem as relações de amizade ali construídas, certamente a passagem pela UnB teria sido muito mais pobre.

Agradeço também, de uma maneira toda especial, dotada de afeto, publicidade e estabilidade, aos anos de companheirismo, amor e amadurecimento vividos com Daniela Diniz Tavares, desde o primeiro semestre de UnB até os dias de hoje, em diferentes formas de estruturação. Por conseqüência, agradeço à presença de Laura Diniz, a irmã mais nova que nunca tive e a Marcelo Tavares e Gláucia Diniz que, além do acolhimento parental que exerceram em momentos alegres e difíceis, desde o início, se posicionaram como espelhos de uma vida acadêmica séria, bem-sucedida e socialmente comprometida, a partir da vivência de ambos no Instituto de Psicologia da UnB.

Agradeço também a todo o crescimento vivenciado no grupo de pesquisa Sociedade, Tempo e Direito, aqui representado na figura da amiga Mariana Carvalho, que iniciado de maneira despretensiosa, se revelou um eixo essencial de encorajamento para tentar a entrada no mestrado e um estímulo para seguir em frente em momentos de cansaço acadêmico.

Agradeço também aos amigos Vitor Chaves, Bruno Duarte, Bruno Dias, Rafael Souza, Marcelo Galí, Daniel Augusto, Rodrigo Macias e Ramiro Sant’ana, do lendário “sexteto de nove”, amigos antigos, que consolidam de diferentes formas o impacto da UnB em nossas vidas.

Agradeço a todos os amigos da turma 2005 do mestrado, em especial a Paulo Blair, Fábio Portela e Suzana Viegas, pelo aporte teórico denso que trouxeram junto com a amizade.

Nesse particular, agradeço à “ala mineira” do mestrado, amizades sólidas que vieram de agradáveis surpresas, Janaína “Ram” Penalva (irmãzinha, co-sofredora na representação discente e que, fazendo uso de Vinícius de Moraes, posso dizer, é parceira e amiga querida, que já viajaste tantas canções comigo, e ainda há tantas por viajar), Guilherme Scotti (apresentador da importante obra de Van Morrison) e Damião Azevedo, companheiro de tarefas republicanas cotidianas fundamentais para a concretização da dissertação, que tiveram um início remoto ainda na época de Ministério da Justiça.

Em sentido semelhante, agradeço à “ala baiana” do mestrado, Adriana Miranda, Ariadne Barreto, Mariana Veras, Adilson Barbosa, Pedro Diamantino e Maurício Azevedo, que me fizeram lembrar que sorriso, musicalidade e seriedade podem andar juntos.

Agradecimentos também à “ala goiana”, de Eduardo Rocha e Márcio Silva, e à solitária “ala Sul-Matogrossense”, de Fábio Costa Morais de Sá e Silva, de quem parafraseando novamente Vinícius, posso dizer, parceiro cem por cento, que une a ação ao sentimento e ao pensamento, desde a época em que tentamos fazer do Brasil um país de todos, no Ministério da Justiça.

Agradeço, ainda, a todos os estudantes das disciplinas que lecionei, pois sempre contribuíram para o pensar sobre a dissertação, e a todo o apoio e compreensão das equipes com quem trabalhei no Ministério da Justiça e no Ministério do Desenvolvimento Social, em especial à Marcelle Figueira, Ana Paula Ávila, Letícia Bartholo (sem virtualidades) e Aline Amaral.

Por fim, um agradecimento especial a Helena, Lionete, Euzilene, Flavinha, Tereza, Carla, João, Carlinhos, Carlos, Diogo, James, Junio César, Sebastião e Chicão, funcionários da Secretaria da Faculdade de Direito, sem os quais dissertação alguma deixaria o plano das idéias.

Os Estatutos do Homem
(Ato Institucional Permanente)
Thiago de Mello

Artigo I

*Fica decretado que agora vale a verdade,
agora vale a vida,
e de mãos dadas,
marcharemos todos pela vida verdadeira.*

Artigo II

*Fica decretado que todos os dias da semana,
inclusive as terças-feiras mais cinzentas,
têm direito a converter-se em manhãs de domingo.*

Artigo III

*Fica decretado que, a partir deste instante,
haverá girassóis em todas as janelas,
que os girassóis terão direito
a abrir-se dentro da sombra;
e que as janelas devem permanecer, o dia inteiro,
abertas para o verde onde cresce a esperança.*

Artigo IV

*Fica decretado que o homem
não precisará nunca mais
duvidar do homem.
Que o homem confiará no homem
como a palmeira confia no vento,
como o vento confia no ar,
como o ar confia no campo azul do céu.*

Parágrafo único:

*O homem, confiará no homem
como um menino confia em outro menino.*

Artigo V

*Fica decretado que os homens
estão livres do jugo da mentira.
Nunca mais será preciso usar
a couraça do silêncio
nem a armadura de palavras.
O homem se sentará à mesa
com seu olhar limpo
porque a verdade passará a ser servida
antes da sobremesa.*

Artigo VI

*Fica estabelecida, durante dez séculos,
a prática sonhada pelo profeta Isaías,
e o lobo e o cordeiro pastarão juntos
e a comida de ambos terá o mesmo gosto de aurora.*

Artigo VII

*Por decreto irrevogável fica estabelecido
o reinado permanente da justiça e da claridade,
e a alegria será uma bandeira generosa
para sempre desfraldada na alma do povo.*

Artigo VIII

Fica decretado que a maior dor
sempre foi e será sempre
não poder dar-se amor a quem se ama
 e saber que é a água
 que dá à planta o milagre da flor.

Artigo IX

Fica permitido que o pão de cada dia
 tenha no homem o sinal de seu suor.
 Mas que sobretudo tenha
 sempre o quente sabor da ternura.

Artigo X

Fica permitido a qualquer pessoa,
 qualquer hora da vida,
 uso do traje branco.

Artigo XI

Fica decretado, por definição,
que o homem é um animal que ama
e que por isso é belo.
Muito mais belo que a estrela da manhã.

Artigo XII

Decreta-se que nada será obrigado
 nem proibido,
 tudo será permitido,
 inclusive brincar com os rinocerontes
 e caminhar pelas tardes
 com uma imensa begônia na lapela.

Parágrafo único:

Só uma coisa fica proibida:
amar sem amor.

Artigo XIII

Fica decretado que o dinheiro
 não poderá nunca mais comprar
 o sol das manhãs vindouras.
 Expulso do grande baú do medo,
 o dinheiro se transformará em uma espada fraternal
 para defender o direito de cantar
 e a festa do dia que chegou.

Artigo Final.

Fica proibido o uso da palavra liberdade,
 a qual será suprimida dos dicionários
 e do pântano enganoso das bocas.
A partir deste instante
a liberdade será algo vivo e transparente
como um fogo ou um rio.
e a sua morada será sempre
o coração do homem.

Resumo

Essa dissertação propõe a reconstrução do conceito de casamento de maneira adequada ao atual paradigma constitucional de Estado Democrático de Direito e seus princípios, de maneira a possibilitar reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Para isso, aborda os entendimentos construídos na literatura jurídica e na jurisprudência acerca das formas de proteção dos relacionamentos homossexuais. Essa abordagem, guiada pelos princípios de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana acaba por conduzir ao necessário reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Palavras chaves: 1 – Estado Democrático de Direito. 2. – Igualdade. 3. – Liberdade. 4. – Dignidade da Pessoa Humana. 5. Casamento Homossexual.

Abstract

This dissertation takes and exercises the reconstruction of marriage's concept, according to the Rule of Law and its principles, intending to make possible the recognition of same-sex marriage.

In this way, it develops the meanings built in the Law literature and courts decisions about the institutional ways of same-sex relationships protections. This approach, that is based on the principles equality, liberty and human being's dignity, lead to the necessary recognition of same-sex marriage in Brazilian contemporary Law.

Key Words: 1. – Rule of Law. 2. – Equality. 3. – Liberty. 4. - Human Being's Dignity. 5. – Same Sex Marriage.

Sumário

Introdução	14
1 – O sentimento aprisionado	31
2 – O sentimento guetificado	76
3 – O sentimento tímido	102
3.1 – O gueto e a obrigação	105
3.2 – O sentimento, a timidez e a família	111
3.3 – A afetividade e a rua	131
3.4 – O sentimento abre as portas	142
Considerações Finais – O sentimento sai do armário	149
Bibliografia	156

Introdução

Sentimentos não são dogmáticos.

Não é possível reduzir formas de sentir, relacionamentos sociais firmados e projetos de compartilhamento de vidas a um rol exaustivo, a fórmulas pré-estabelecidas e entendidas como dogma, consistente, na leitura de Roberto Lyra Filho, em “verdade absoluta, que se pretende erguer acima de qualquer debate, e, assim, captar a adesão, a pretexto de que não cabe contestá-la ou a ela propor qualquer alternativa.”²

No panorama jurídico brasileiro, as formas de proteção a relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, em especial o casamento, são usualmente interpretadas de maneira dogmática, sem que se apresente uma tematização adequada para fundamentar esse entendimento.

A visão de privação do acesso de casais compostos por pessoas do mesmo sexo ao casamento é repetida de uma maneira carente de discussão pelos autores que trabalham a temática, sem o questionamento do significado de casamento no direito contemporâneo e tomando dada uma suposta oposição entre casamento e homossexualidade.

Mesmo autores que promovem uma leitura crítica acerca de posições jurídicas tradicionais sobre a homossexualidade, promovem explicações lacônicas acerca do casamento homossexual, cf. RIOS³:

Uma vez descartada a compatibilidade das uniões homossexuais à comunidade familiar derivada do casamento – pois nesta espécie de união a distinção dos sexos é pressuposta de forma unânime pela doutrina e pela jurisprudência – resta analisar a pertinência das uniões de pessoas do mesmo sexo à chamada ‘união estável’.

² Esse é o conceito de dogma no Direito, conforme trabalhado por LYRA FILHO (1980:12).

³ RIOS (2004:121)

Observa-se um dogmatismo tautológico, na qual a suposta impossibilidade sustentada pela doutrina se baseia no próprio fato de a doutrina entender que é impossível o casamento homossexual.

A redução do Direito a uma leitura dogmática se revela inadequada para lidar com as crescentes complexidade e transformação vivenciadas no estágio contemporâneo de estruturação da sociedade, definido por Zygmunt Bauman⁴ como sendo de uma modernidade líquida.

O dogma carrega consigo a pretensão de congelar, solidificar entendimentos e práticas de vida que não são mais passíveis dessa forma de paralisação. Se a proposta inicial da modernidade era o derretimento de arcaicos sólidos do antigo regime para o surgimento de novos e aperfeiçoados sólidos, o seu próprio desenvolvimento conduziu a uma mudança de foco e alvo do derretimento, em que

os padrões e configurações não são mais dados, e menos ainda “auto-evidentes”; eles são muitos, chocando-se entre si e contradizendo-se em seus comandos conflitantes, de tal forma que todos e cada um foram desprovidos de boa parte de seus poderes de coercitivamente compelir e restringir⁵.

Tais características de mobilidade, complexidade e transformações permitem a utilização da metáfora da inserção em um contexto de modernidade líquida, nos dizeres de Bauman⁶:

Os fluidos se movem facilmente. Eles “fluem”, “escorrem”, “esvaem-se”, “respingam”, “transbordam”, “vazam”, “inundam”, “borrifam”, “pingam”; são “filtrados”, “destilados”; diferentemente dos sólidos não são facilmente contidos – contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho. Do encontro com sólidos emergem intactos, enquanto os sólidos que encontraram, se permanecem sólidos, são alterados – ficam molhados ou encharcados.

⁴ BAUMAN (2001).

⁵ Id. Ibid. (p. 14).

⁶ Id. Ibid (p. 8)

Na modernidade líquida, diferentes jeitos de sentir e diferentes estruturas do afeto, voltados para o compartilhamento de projetos de vida em comum, se apresentam e demandam reconhecimento pela sociedade e pelo direito.

Nesse panorama amplo que se apresenta (que perpassa por diferentes formas de estruturação dos laços humanos, para além, inclusive, de formações usualmente relacionadas ao Direito de Família), especial atenção vem obtendo as relações entre pessoas do mesmo sexo.

O amor que, nas palavras de Oscar Wilde, não ousava dizer seu nome, se apresenta agora abertamente, destacando-se a realização de diversos eventos no sentido de afirmação da identidade homossexual, conforme observável, por exemplo, na Parada do Orgulho Homossexual de São Paulo, organizada pela Associação do Orgulho de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo.

Nas edições de 2005 e 2006⁷ o evento focou-se no papel que o Direito pode exercer em um processo de reconhecimento público dessas relações. Como se observa, o mote da Parada em 2005, sob o slogan de “direitos iguais, nem mais nem menos” era a defesa do Projeto de Lei 1.151/1995, que visa a estabelecer o contrato de parceria civil de pessoas do mesmo sexo.

O slogan utilizado no evento de 2006 foi “Homofobia é crime – Direitos Sexuais são Direitos Humanos”, em referência ao Projeto de Lei 5/2003 (apensado ao PL 5003/2001) que objetiva criminalizar a prática de atos homofóbicos. Esse projeto de lei não será tratado na presente reflexão, em virtude da necessidade de uma adequada abordagem relacionada à criminologia para a análise da duvidosa proposta de utilização do Direito Penal como forma de promoção de inclusão e concretização de direitos, recorte ao qual essa dissertação não se propõe.

⁷ Uma cobertura mais aprofundada sobre as duas últimas edições do evento pode ser encontrada <http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2005/paradagay/> e <http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2006/paradagay/> respectivamente.

O que se pretende na pesquisa é analisar como o Direito pode lidar de maneira coerente com as novas formas de estruturação do afeto e de relacionamentos que demandam sua proteção. Para isso, parte-se os princípios de igualdade e liberdade, conforme compreendidos em um contexto de Estado Democrático de Direito, bem como o posicionamento que esses princípios conferem a elementos constitutivos da identidade individual de cada cidadão, a exemplo de sua orientação sexual (no caso, a orientação homossexual⁸, que diferentemente de interpretações anteriores, é entendida como uma construção social⁹).

Para esse debate é necessário considerar, ainda, a interação entre tais princípios e institutos e conceitos relacionados ao Direito de Família, ramo¹⁰ do Direito atinente, dentro da tradição jurídica, à proteção de relações de afeto, a partir do contexto que aponta movimentos de (i) constitucionalização do Direito Civil; e (ii) repersonalização do Direito de Família.

A constitucionalização do Direito Civil parte de uma leitura apta a dialogar com a complexidade da contemporaneidade e é entendida por Paulo Luiz Netto Lôbo¹¹ (2004) como

o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.

⁸ A orientação sexual é a “identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade)”, cf RIOS (2001:90).

⁹ “A qualificação de seus atos sob uma ou outra orientação sexual só tem sentido na medida em que, num certo contexto histórico cultural, houver a institucionalização de papéis e práticas próprias para cada um dos sexos, onde a atração pelo sexo oposto ou pelo mesmo sexo seja considerada um elemento relevante, capaz inclusive de impor diferenças [sociais] de tratamento entre os indivíduos” (RIOS, 2001:54). Essa concepção fundamentou a retirada pela Organização Mundial de Saúde de sua classificação de doenças, ocorrido de maneira semelhante com o Conselho Federal de Psicologia, se opondo às idéias de homossexualidade como depravação moral ou degeneração sexual, cf. RIOS (2001).

¹⁰ Observe-se que o conceito de “ramo do Direito” aqui utilizado não pretende carregar consigo uma visão epistemológica defasada, com a pretensão de dividir a construção de discursos e saberes acerca do direito em compartimentos isolados e estanques. A idéia de ramo aqui empregada pretende abarcar um conjunto de disposições normativas e práticas de saberes construídos na tradição jurídica.

¹¹Lobo, Paulo Luiz Netto. A Constitucionalização do Direito Civil, disponível em <http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=108>, último acesso em 24 de outubro de 2006.

Promove-se, dessa forma a superação de tentativas hermenêuticas “invertidas”, dotadas da pretensão de entender a Constituição e seus princípios a partir de regras presentes na legislação civil, ou seja, uma tentativa de ler e reduzir direitos e garantias fundamentais garantidos constitucionalmente a interpretações restritivas baseadas em dispositivos do Código Civil, ignorando, dessa forma, o papel dos princípios constitucionais no ordenamento.

A repersonalização do Direito de família objetiva superar a leitura essencialmente patrimonialista das relações familiares, com vistas a possibilitar a abertura para a pluralidade de formas conjugais e familiares existentes e o papel que exercitam na intimidade de cada sujeito, possuindo como base jurídica a consolidação de princípios constitucionais.

Verifica-se, assim, uma concepção eudemonista de família, na qual

não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas sim a família e o casamento é que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.¹²

Conforme observado por Luiz Edson Fachin¹³ (2003),

as relações familiares começam a renascer para dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história comum, na qual a realização das individualidades frutifica na paixão e amadurece no amor que une e rompe barreiras

Todavia, para que seja possível uma abordagem acerca do papel de princípios constitucionais e conseqüentemente sobre como pode o Direito na contemporaneidade, de forma coerente, lidar com as pretensões que se colocam pelos relacionamentos homossexuais, se faz necessária a explicitação do marco teórico, para se esclarecer

¹² FACHIN (1999), Luiz Edson. Da função pública ao espaço privado: aspectos da privatização da família no Projeto do Estado Mínimo. In.: Arché: ano VII, número 24. Rio de Janeiro: 1999.

¹³ FACHIN(2003:116-117).

conceitos que parecem tão óbvios e que são utilizados corriqueiramente, em uma repetição da obviedade das obviedades, que por serem óbvias costumam não ser esclarecidas, a exemplo das idéias de igualdade, liberdade, reconhecimento e autonomia.

Nesse sentido, necessário explicitar que a concepção de um diálogo entre a tradição e os princípios constitucionais contemporâneos, para a abordagem do tratamento jurídico aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, é reflexo da visão acerca do Direito adotada como marco teórico, o direito como integridade, conforme trabalhado por Ronald Dworkin¹⁴, em que o direito é entendido como iniciado

no presente e [que] só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios e suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado

O direito como integridade se revela afeito ao paradigma de Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição e entendido, em sua leitura discursiva, com base no procedimentalismo, no cerne da tomada de decisões em procedimentos institucionalizados. Centra-se na existência de um procedimento democrático que propicie o debate entre diferentes visões acerca do mundo, permitindo que diferentes co-associados sob o direito sejam, ao mesmo tempo, seus autores e destinatários.

São esses procedimentos e a possibilidade para a abertura à transformação e releitura de seus conteúdos que asseguram a legitimidade, por garantirem a participação no jogo democrático, ao possibilitar a transformação desse poder comunicativo, oriundo da esfera pública e da sociedade civil, em um poder administrativo, por meio da passagem por filtros institucionalizados.

¹⁴ DWORKIN, (2003:274).

Para que esses procedimentos possam ser desenvolvidos, deve-se promover uma abordagem equiprimordial da proteção à esfera privada e à possibilidade de atuação pública do cidadão, de modo a permitir a garantia de desenvolvimento suas convicções acerca do mundo e acerca do bem, permitindo assim uma livre formação da identidade individual desse cidadão, dentro da qual se inclui sua orientação sexual, ao mesmo tempo em que o reconhece como um igual agente moral apto a atuar publicamente¹⁵.

Nos dizeres de Jürgen Habermas¹⁶

Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas do direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um *medium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado

A equiprimordialidade de tais autonomias permite o livre exercício da pluralidade, inerente à idéia de constitucionalismo, conseqüentemente a integração¹⁷ da identidade homossexual. Para isso é necessária uma proteção dinâmica das diferentes concepções privadas existentes acerca do mundo, que perpassa pelo reconhecimento da proteção jurídica aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Isso porque a inclusão pela integração dessa visão de mundo não se limita a uma simples tolerância, ou seja, não se limita a uma “permissão guetificada”, que apenas

¹⁵ A garantia de uma livre atuação pública combinada a possibilidade de diferentes visões a atuações acerca do mundo (concretizadas em um contexto de vida privada) encontra base na obra de Ronald Dworkin no princípio da igual importância e no princípio da individualismo ético. Nas palavras do autor, à página XVII de “AVirtude Soberana”: “O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram.” Deve-se observar que o termo governo, conforme trabalhado por Dworkin, perpassa a atuação dos poderes constituídos e sua relação com a sociedade, considerando a tradição construída, não se restringindo ao enfoque, por exemplo, sobre o poder executivo.

¹⁶ HABERMAS, (2004: 301)

¹⁷ Observar a distinção promovida por HABERMAS(1998:108) entre integração e incorporação, que ressalta a necessidade de uma igualdade que considere a diferença existente, na medida em que a autodeterminação, baseada na equiprimordialidade da autonomia pública e privada, possui “o sentido inclusivo de uma autolegislação de todos os cidadãos uniformemente integrados. Inclusão significa que uma tal ordem política se mantém aberta para a equalização dos discriminados e para a integração dos marginalizados, sem incorporá-los na uniformidade de uma comunidade popular homogênea.”.

aceite visões de mundo distintas, mas não as entenda como participante do jogo democrático. A integração reconhece as visões de mundo distintas como visões desenvolvidas por cidadãos co-associados pelo direito, portadores dos mesmos direitos de participação pública. Não se trata, portanto, de uma permissão concedida pela visão de mundo majoritária, mas do direito de participação e reconhecimento das visões de mundo e formas de vida distintas, conforme ilustrado por Habermas¹⁸:

Esses direitos garantem a todos os cidadãos igual acesso a ambientes culturais, relações interpessoais e tradições – na medida em que constituem material para a formação ou manutenção de suas respectivas identidades pessoais.

O direito exerce, assim, importante papel na medida em que possibilita uma noção universalizante da idéia de portadores de direito, possível apenas quando se sabe que obrigações devem ser respeitadas em face do respectivo outro, conduzindo assim a um reconhecimento do ser humano como pessoa, sem a necessidade de estima por suas realizações ou caráter. Essa universalidade não é estanque e distante, mas aberta ao questionamento a partir da discussão sobre sua aplicação, ou seja, sobre quem é concretamente também portador daqueles direitos¹⁹ previsto de forma geral e abstrata.

Nessa perspectiva, o direito se constitui como um dos lugares de realização da luta por reconhecimento, ou seja, exatamente em virtude da possibilidade de alcance de validade social por meio da afirmação da pertinência de determinado direito a determinados sujeitos.

Desse modo, com o reconhecimento de direitos individuais, de proteção tem-se a geração de um auto-respeito, uma auto-noção do sujeito sobre poder colocar

¹⁸ HABERMAS (2003b).

¹⁹ Para um debate mais aprofundado sobre a distinção entre discursos de justificação e de aplicação do direito – suscitados de maneira lateral por Honneth às páginas 186 e 187 de sua obra de 2003 – observar GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

legitimamente suas pretensões, a permitir que constate assim o respeito de todos os demais, conforme Axel Honneth²⁰:

(...) Um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade; e a possibilidade de se referir positivamente a si mesmo desse modo é o que podemos chamar de “auto-respeito”.

Todavia, a observação das condições e das perspectivas de reconhecimento propiciadas pelo direito não é suficiente sem a constatação de suas formas de negação, sua ofensa, as atitudes que conduzem a formas de reconhecimento recusado, geradoras do impulso para a resistência social e para uma luta por reconhecimento.

No âmbito do direito, o desrespeito se manifesta pela privação do acesso a direitos, no caso homossexual, por exemplo, na vedação de acesso a institutos de direito de família que reconhecem a proteção a laços afetivos e a relações patrimoniais erguidas no âmbito de uma relação conjugal, que reflete a negação de ser portador concreto de direitos abstratos ou pela negação do reconhecimento jurídico a uma pretensão levantada.

Essa negação de direitos conduz à perda de auto-respeito, à capacidade de se referir a si mesmo como um igual dentro da interação social²¹, ferindo assim o exercício tanto de uma autonomia privada, na medida em que limita um campo de atuação particular do sujeito, como de autonomia pública, ao rotular o homossexual como inferior, como um parceiro de menor valor na interação existente dentro de uma sociedade de co-associados pelo direito²².

Nesse tocante, é interessante atentar para a distinção que Honneth²³ faz entre lutas sociais calcadas em interesses coletivos e aquelas baseadas em lesões a

²⁰ HONNETH (2003:197).

²¹ Id. Ibid. (p. 217).

²² Cf. HABERMAS (2003).

²³ HONNETH (2003:260)

experiências morais. As primeiras teriam como base aspectos de sobrevivência econômica de determinado grupo, as segundas relacionadas a situações de desrespeito, ligadas à própria integridade psíquica dos integrantes do grupo, afetada por sentimentos de injustiça que conduzem a uma auto-percepção reducionista.

Para isso é necessário um processo de inclusão, que considere a diferença e permita um tratamento contra-fático a essa diferença, ou seja, que respeite como iguais essas visões exatamente por elas serem diferentes.

Tal inclusão, dessa forma, passa pela idéia de um sujeito constitucional aberto, capaz de dialogar com as diferentes identidades existentes na sociedade sem, contudo, adotar uma delas como dominante. O sujeito constitucional é entendido em um processo de reconstrução, contínuo e incompleto, orientado para a obtenção de um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição de outras identidades relevantes na sociedade. Nesse sentido, Michel Rosenfeld afirma²⁴:

Para estabelecer uma auto-identidade constitucional viável, o real deve ser suplementado pelo ideal, ou, para colocar em outros termos, os fatos devem ser enriquecidos por uma imaginação contrafactual.

Esse processo de equilíbrio perpassa pela noção de igualdade constitucional, da consideração da identidade homossexual como uma identidade que, através da negação de sua característica pré-constitucional, aliada ao recurso de sua comparação com as diferenças e similitudes existentes em relação às identidades reconhecidas pela identidade constitucional plural, permite sua integração à identidade do sujeito constitucional, inacabada e aberta a diálogos com as demais identidades existentes na sociedade.

²⁴ ROSENFELD (1995).

A igualdade constitucional depende então de um abstracionismo normativo²⁵, ou seja, da análise das diferenças existentes na realidade a partir de uma idéia de tratamento igualitário advinda da proteção constitucional, ou seja, da assunção da igualdade na diferença, para que todas as pessoas tenham garantias dos mesmos direitos constitucionais e recebam igual proteção da lei²⁶.

A igualdade como diferença²⁷ vê sua promoção baseada no exercício de um pluralismo abrangente, no qual ocorre um primeiro momento negativo, onde há uma consideração igualitária de negação e rechaço a todas as diferentes concepções de bem para, em seguida, adotar um segundo momento positivo, em que essas concepções são readmitidas de acordo com a própria concepção de bem do pluralismo, ou seja, em uma readmissão que permita o convívio dessa concepção com as demais concepções, o que afasta a possibilidade de aceitação de uma visão que conduza a uma obrigatoriedade de orientação sexual heterossexual.

A análise parte da necessidade de concretização de uma igualdade permeável e respeitadora de diferentes configurações afetivas e a uma liberdade que permita auto-afirmação e atuação desimpedida tanto no âmbito privado (para a definição das formas

²⁵ A idéia de abstracionismo da igualdade, essencial para a necessária reconstrução contínua do sujeito constitucional (conforme trabalhado por Rosenfeld), também encontra eco na obra de Dworkin. O abstracionismo da igualdade, o seu não-fechamento em um conceito acabado, possibilita uma maior flexibilidade do direito para novas situações que se apresentem. A igualdade em constante reconstrução permite uma abertura contínua ao futuro. Tal idéia também é trabalhada na discussão da igualdade de recursos, possível de aplicação, em certa medida, à discussão sobre igualdade, diferença e direitos, conforme trabalhado em DWORKIN (2005:205): “Assim é o princípio da abstração. O princípio reconhece que o verdadeiro custo de oportunidade de qualquer recurso transferível é o preço que os outros pagariam por ele em um leilão cujos recursos fossem oferecidos da forma mais abstrata possível, isto é, na forma que permita a maior flexibilidade de adaptação a planos e preferências”. Nesse sentido, “a igualdade em questão não se vincula a nenhuma propriedade da pessoa, mas à importância de que sua vida tenha algum resultado, em vez de ser desperdiçada”. (DWORKIN, 2005:XV).

²⁶ (ROSENFELD, 2003:79).

²⁷ Rosenfeld (2003:73) observa a existência de três graus ou etapas de igualdade, consubstanciados na diferença entendida como desigualdade que, em um segundo grau, se transforma em uma igualdade baseada na identidade, na qual a igualdade só é obtida por quem alcança determinados critérios entendidos como necessários para a idéia de igualdade e, enfim, o terceiro grau, em que as diferenças existentes nas identidades dos grupos e, ainda, no cidadão individualmente considerado, possuem como correlato a igualdade, na medida em que qualquer pessoa deve ser tratada em proporção a suas necessidades e aspirações.

de condução da vida particular) quanto em um âmbito de participação e reconhecimento públicos.

Afasta-se assim, dessa forma, a existência de um falso antagonismo entre igualdade e liberdade. Não se verifica uma exclusão, a necessidade de uma ceder para que a outra possa se afirmar. O exercício da liberdade é dependente do exercício da igualdade em um grau abstrato, uma igualdade que reconhece todos os sujeitos sociais como merecedores de igual consideração, não procurando ignorar diferenças fáticas entre eles existentes, mas exatamente em virtude de tais diferenças²⁸. A liberdade depende da igual consideração como cidadão.

A partir dessas leituras que se promoverá o diálogo com a tradição.

Esse diálogo se inicia com **O Sentimento Aprisionado (Capítulo 1)**, representado pelo discurso de negação de reconhecimento e proteção jurídicos às relações entre pessoas do mesmo sexo, discurso esse consolidado por autores tradicionais da literatura jurídica nacional, como Pontes de Miranda e Caio Mário Pereira.

O sentimento presente naquela relação é aprisionado, e a diferença da orientação sexual é lida obrigatoriamente como tratamento desigual no acesso a direitos, notadamente no direito ao casamento.

Parte dessa literatura, que rejeita a possibilidade do casamento homossexual pelo fato de a própria literatura e a jurisprudência assim compreenderem, entende que seriam possíveis outras formas de proteção aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, mas que tal reconhecimento não estaria presente no atual ordenamento jurídico, dependendo de uma formalização por intermédio da legislação.

²⁸ Cf. Dworkin (2005:200): “O princípio da abstração [da igualdade] não endossa a liberdade como permissividade, mas tem poder suficiente para ser o núcleo de uma concepção adequada de liberdade”.

A idéia de formalização ressalta claramente o entendimento de que não haveria qualquer direito assegurado no atinente a relações entre pessoas do mesmo sexo, havendo a necessidade de um regramento específico para que tais relacionamentos adentrem o campo jurídico.

Esse entendimento não é adequado para o atual momento constitucional, na medida em que não leva em consideração o papel dos princípios (constitucionais) e das regras no ordenamento jurídico e, dessa forma, equivocadamente, exclui a força normativa dos princípios.

Nesse sentido, entender pela necessidade de regramento específico para que se possa configurar o acesso de relações homossexuais a direitos é equivocado; não há a necessidade de regras, mas de concretização de princípios constitucionais, notadamente igualdade e liberdade. A obra de Ronald Dworkin se encaixa nesse ponto da análise, em virtude de sua distinção entre regras e princípios e sua abordagem acerca do significado jurídico contemporâneo de liberdade e igualdade.

O debate sobre a igualdade perpassa o conceito de reconstrução da identidade do sujeito constitucional, da resignificação de quem é apto a ter acesso aos direitos previstos pela Constituição, sendo, portanto, proveitosa para o debate sua adoção.

Por fim, dialogando com esses conceitos na análise da impropriedade do aprisionamento do sentimento, demonstra-se a violação do exercício da cidadania que a interpretação tradicional traz, na medida em que viola a autonomia pública e privada do cidadão, reflexos da violação dos princípios de igualdade (autonomia pública e igual consideração como cidadão, na inter-relação entre Habermas e Dworkin) e liberdade (autonomia privada, na possibilidade de auto-definição de projetos de vida).

Após essa abordagem e a demonstração incoerência jurídica da sustentação de uma linha interpretativa excludente das relações homossexuais, é necessário abordar a

adequação a princípios constitucionais de outras formas jurídicas que estariam pretensamente a promover o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo.

A partir dos projetos internacionais de Parcerias Domésticas Registradas, mote do Projeto de Lei nº 1.151/1995, que visa a instituir parcerias entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, verifica-se a apresentação de formas de proteção centradas unicamente em aspectos materiais, negando o reconhecimento da possibilidade de igual proteção a diferentes formas de manifestação desse afeto, criando, dessa forma, **O sentimento guetificado (Capítulo 2)**, gerador de insuficiências em um plano de reconhecimento (na medida em que privilegia, nos termos de Honneth, uma luta por interesses, em detrimento de uma luta por reconhecimento de aspectos relacionados a lesões em experiências morais) e livre exercício das formas de estruturação dos projetos de vida compartilhados.

Lidar apenas com uma das dimensões desenvolvidas no relacionamento (a dimensão patrimonial), negando a possibilidade de proteção a outros âmbitos do relacionamento, a exemplo do afeto, acaba por criar o exercício de uma cidadania de segunda ordem. O problema aqui levantado é que a leitura “patrimonialista” não é capaz de gerar inclusão, não é capaz de promover uma efetiva igualdade, por criar um status inferiorizante para as relações homossexuais, haja vista não permitir a proteção aos diferentes aspectos envolvidos nos relacionamentos. Tem-se, a pretexto de garantir direitos em um âmbito patrimonial, a violação do próprio elemento fundamentador e fundante desse direito, ou seja, o princípio da igualdade.

Abordar apenas aspectos financeiros conduz a uma inclusão incorporadora, que se baseia em um delineamento, promovido por uma comunidade fechada, dos limites da diferença. É a inclusão guetificada, sem autonomias pública nem privada, que ao invés de incluir, integra a diferença em limites que a sufocam, não permitindo seu exercício e,

acima de tudo, não a reconhecendo, isolando-a, dessa forma, em guetos simbólicos, em espaços jurídicos excludentes.

A integração acaba por conduzir a uma diferença que só é tolerada²⁹, mas não é reconhecida, e só é tolerada quando da submissão a uma igualdade de visão de mundo que, paradoxalmente, a exclui.

O sentimento guetificado vai contra, ainda, toda a movimentação de repersonalização do Direito de Família, na medida em que, ao invés de considerar os potenciais de realização pessoal promovidos no âmbito familiar, centra-se apenas em relações patrimoniais, afastando toda a importância do estabelecimento de projetos de comuns de vida, bem como a importância para a mencionada realização pessoal o status de reconhecimento da relação como uma relação igual às demais, exatamente por ter suas diferenças.

Para além de uma leitura meramente patrimonial, desenvolvem-se novos entendimentos dentro da literatura jurídica no sentido de reconhecimento de outros aspectos envolvidos nas relações entre pessoas do mesmo sexo, superando a visão patrimonialista. A partir de uma leitura de abertura do conceito de família, adotando as hipóteses previstas no art. 226, § 3º, da Constituição como não exaustivas, percebe-se a possibilidade de outras estruturas familiares, aptas assim a proteger as relações homossexuais, desde que presentes as características de afetividade, a estabilidade e a apresentação pública da relação como uma relação familiar.

Verifica-se assim o **Sentimento Tímido (CAP 3)**, que a partir de uma leitura que privilegia a pluralidade através da proteção da dignidade da pessoa humana, avança para interpretações e decisões além do campo patrimonial, aplicando disposições

²⁹ Cf. HABERMAS (2003).

relacionadas a união estável e efeitos daí decorrentes, a exemplo da possibilidade de adoção.

O sentimento sai do gueto, mas permanece tímido, pois adentra apenas determinadas áreas do direito de família, sem tocar na necessária reinterpretação constitucionalmente adequada de um conceito caro para esse ramo: o casamento. Ao agir dessa forma, a timidez reduz a proteção jurídica ao acesso a um rol de direitos, ignorando a importância para exercício de autonomia pública e reconhecimento que o status do casamento possibilita aos relacionamentos homossexuais.

Conforme trabalha David Buckel³⁰, o casamento carrega consigo todo um status jurídico de reconhecimento, que não seria satisfeito com a simples concessão de direitos semelhantes sob um instituto distinto, tampouco pela interpretação analógica de determinados institutos:

(...) o casamento não pode ser visto meramente como certo conjunto de direitos, divisível por medidas em listas de benefícios e responsabilidades. Casamento é um status privilegiado, com um impacto maior do que soma de suas partes (direitos). Uma união civil é um status inferior, com um impacto que diminui a soma de suas partes.

Como se observa, o reconhecimento não trata apenas da concessão de um pacote de direitos, em que pese essa concessão ser importante e contribuir em parte com o objetivo de melhoria de vida dos indivíduos empenhados na busca por reconhecimento de suas pretensões morais. A concessão de um status jurídico que não conduza a redução também se demonstra essencial, segundo Honneth, para a geração de auto-respeito e exercício autônomo de pretensões.

Após restar demonstrada a insuficiência das opções anteriores para uma interpretação constitucionalmente adequada e coerente do tratamento jurídico

³⁰ BUCKEL (2005:79), tradução livre.

dispensado a relações entre pessoas do mesmo sexo, **o Sentimento sai do armário** nas considerações finais.

A partir da consolidação dos argumentos trabalhados ao longo dos capítulos anteriores, objetiva abordar a questão específica do casamento entre pessoas do mesmo sexo, demonstrando que seu reconhecimento independe de alteração legislativa ou constitucional, consubstanciando-se, em verdade, na consolidação de princípios constitucionais de igualdade e liberdade, conforme seu significado desenvolvido dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Capítulo I – O Sentimento Aprisionado

Soneto de fidelidade³¹

De tudo, ao meu amor serei atento
Antes, e com tal zelo, e sempre, e tanto
Que mesmo em face do maior encanto
Dele se encante mais meu pensamento.

Quero vive-lo em cada vão momento
E em louvor hei de espalhar meu canto
E rir meu riso e derramar meu pranto
Ao seu pesar ou seu contentamento.

E assim, quando mais tarde me procure
Quem sabe a morte, angústia de quem vive
Quem sabe a solidão, fim de quem ama

Eu possa me dizer do amor (que tive):
Que não seja imortal, posto é chama
Mas que seja infinito enquanto dure.

Camelô do amor³²

(...)

E como é bom ter seu amor junto ao corpo...
É a pausa que refresca...
Quem a casar se mete, repete!

O soneto e o trecho de crônica de Vinícius se demonstram adequados para o debate acerca do papel do direito perante projetos íntimos de compartilhamento de vida, notadamente no atinente às possibilidades de proteção e garantias às diferentes formas socialmente construídas de estruturação de tais projetos. Em especial daqueles projetos que envolvem homossexuais.

A função de regulação, a ponte estabelecida entre o direito e os relacionamentos sociais voltados para o compartilhamento de projetos de vida e suas conseqüências, é exercida pelo ramo do direito de família³³. Autores desse campo do direito, que serão

³¹ MORAES (2003:49)

³² Id. (1998:1058)

³³ O conceito de “ramo do Direito” aqui utilizado não pretende carregar consigo uma visão epistemológica defasada, com a pretensão de dividir a construção de discursos e significados acerca do direito em compartimentos isolados e estanques. A idéia de ramo aqui empregada pretende abarcar um conjunto de disposições normativas e práticas de saberes construídos na tradição jurídica. Nos dizeres de

aqui denominados autores tradicionalistas, concedem especial importância às conseqüências verificadas no âmbito de responsabilizações econômicas e patrimoniais, bem como no papel da família perante o Estado ou perante uma moralidade religiosa, não possuindo como foco principal a proteção ao livre desenvolvimento individual da afetividade motivadora do estabelecimento de laços familiares. Caio Mário Pereira, Pontes de Miranda, Sílvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro ilustram esse posicionamento dominante na literatura jurídica pátria:

No seu conjunto, as normas que compõem o direito de família, embora destinadas a regular as relações entre pessoas integradas no agrupamento familiar, costuma ser reunidas pela sua mais íntima proximidade, formando os institutos do casamento da filiação, do pátrio poder, da tutela, da curatela e da ausência.³⁴

(...)

Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais – são os três setores em que o direito de família atua, ou as três faixas por que as respectivas *regulae iuris* se distribuem.³⁵

O direito de família tem por objeto a exposição dos princípios jurídicos que regem as relações de família, quer quanto à influência dessas relações sobre as pessoas, quer sobre os bens³⁶.

A família se apresenta, portanto, como instituição que surge e se desenvolve do conúbio entre o homem e a mulher e que vai merecer a mais deliberada proteção do Estado, que nela vê a célula básica de sua organização social³⁷.

COSTA(*manuscrito*): “Uma das bases do conhecimento científico consiste na possibilidade de dividir o mundo real em *caixas* ou *gavetas*, para poder olhá-las isoladamente, sem que o observador interfira no objeto de sua elaboração discursiva. A estas *caixas* foi dado o nome de disciplinas. No passado a criação de disciplinas ou áreas do conhecimento científico era absolutamente fundamental, uma vez que a multiplicidade de formas de compreensão de um determinado objeto impossibilitavam a elaboração de um discurso rigoroso. Desde a criação de um ramo da ciência seria possível aprofundar e precisar os conceitos para que as verdades dali extraídas pudessem ser mais confiáveis. Porém, a especialização do conhecimento gerou graves conseqüências para a forma de racionalidade concebida, pois a fragmentação do saber, onde se sabe cada vez mais de cada vez menos, impossibilita uma percepção do todo. A visão de uma realidade compartimentada, e sobretudo a impossibilidade de comunicação dos campos de conhecimento, na qual, por exemplo, os juristas desconhecem o que fazem os sociólogos ou os cientistas políticos, faz com que o saber gerado torne-se cada vez mais verdadeiro na sua especialidade e cada vez mais falso na sua totalidade. Diante deste quadro, a interdisciplinariedade apresenta-se como um caminho a ser seguido.”

³⁴ PEREIRA (2004:31)

³⁵ Is. Ibid. (p.33)

³⁶ PONTES DE MIRANDA (2004: 75)

³⁷ RODRIGUES(2002:6)

Esse direito [direito de família], que tem por objetivo tutelar o grupo familiar no interesse do Estado, apresenta importantes características. (...) A parcela mais ponderável de sua estruturação recebe da moral e da religião as normas que lhe regulam a constituição, bem como as relações entre seus membros.³⁸

Todavia, não é esse o papel do Direito de Família adotado para o desenvolvimento da pesquisa. Procura-se destacar o caráter eudemonista da família e da interpretação que deve guiar o Direito de Família, consubstanciada na primordialidade da realização individual de cada um dos componentes da entidade familiar. Nas palavras de Luiz Edson Fachin³⁹ a atual concepção de família abarcada pelo Código Civil verifica o fortalecimento de :

(...) relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas sim a família e o casamento é que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.

Em sentido semelhante, ressalta que⁴⁰:

Fontes de exclusão, as relações familiares começam a renascer para dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história comum, na qual a realização das individualidades frutifica na paixão e amadurece no amor que une e rompe barreiras.

Para Paulo Luiz Netto Lobo⁴¹, a família e a conseqüente abordagem que o direito promove acerca dela se alterou, verificando-se que

Relativizou-se sua função procriacional. Desapareceram suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Sendo assim, é exigente de tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a auto-responsabilidade; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros; a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação; o forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de

³⁸ MONTEIRO (1973:p.3-7)

³⁹ FACHIN (1999a:27)

⁴⁰ Id. (2003:116-117)

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=108> Último acesso em 20.11.2006.

interesses patrimoniais. Em trabalho que dediquei ao assunto, denominei esse fenômeno de repersonalização das relações familiares. É o salto, à frente, da pessoa humana no âmbito familiar.

A adoção de tal visão, que privilegia o afeto e tem a realização pessoal em seu cerne, não ocorre por conta de modismos ou simples dissidências em relação a autores e teorias consolidados no passado, mas em nome da adequação das leituras de direito de família ao atual paradigma jurídico, às atuais realizações, entendimentos, crenças e valores que fornecem problemas, soluções e interpretações para determinada comunidade de praticantes de uma área do saber⁴², no caso, a comunidade jurídica. A repersonalização do Direito de Família dialoga com uma mudança maior ocorrida no âmbito jurídico, a constitucionalização do Direito Civil.

É importante ressaltar que a idéia de constitucionalização do direito civil também não ocorre por simples escolha, mas é fruto da adequação da interpretação jurídica ao paradigma do Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição da República, paradigma esse que concede importante dimensão aos princípios constitucionais dentro do ordenamento e na sua relação com os diversos ramos do direito, superando, dessa forma, leituras tradicionalistas que defendiam a idéia de desnecessidade de adequação do ramo civilista aos princípios presentes na Constituição.

É necessário delimitar alguns pontos que caracterizam a constitucionalização do Direito Civil e a substancial mudança de atitude que promove, segundo a qual “deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com freqüência (e ainda ocorre)”⁴³.

⁴² Cf. KUHN (2005:13).

⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=108> Último acesso em 20.11.2006.

A Constitucionalização estaria relacionada à submissão do direito positivo aos fundamentos de validade, aos princípios e disposições estabelecidos pela Constituição. Nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo⁴⁴:

Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.

Rompe-se, dessa forma, com a interpretação que procura isolar, fechar o Direito Civil à observância de determinações constitucionais, e o reflexo que ela carrega de uma percepção rígida da dicotomia público e privado, em que aquele é reduzido ao Estatal, enquanto esse se resume a um egoísmo, à centralização na individualidade. Esse posicionamento, não mais sustentável no atual paradigma, transparece ainda em manuais consagrados, a exemplo de Francisco Amaral⁴⁵:

A importância do Direito civil manifesta-se em diversos aspectos. Em primeiro lugar, constitui a base do ordenamento jurídico de todas as sociedades. (...) É no Direito Civil que a técnica jurídica, conjunto de processos que se utilizam na determinação do direito, mais se desenvolveu, continuando a ser a espinha dorsal da ciência jurídica. O próprio Estado, no exercício de sua atividade econômica, a ele se submete.

Em sentido semelhante, afirma Monteiro⁴⁶, transparecendo paradoxos e contradições gerados por uma leitura rígida da dicotomia, que conduz a interpretações que entendam haver uma hierarquização confusa ou uma preponderância entre público e privado:

O direito objetivo subdivide-se em direito público e direito privado, distinção já formulada pelos romanos. Toda regra de direito enquadra-se forçosamente num ou noutro ramo do direito. Direito Público é o destinado a disciplinar os interesses gerais da coletividade (*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat*). Diz respeito à comunidade, estruturando-lhe organização, serviços, tutela dos direitos individuais e repressão dos delitos.

⁴⁴ Id. *ibid.*

⁴⁵ AMARAL (2000:106)

⁴⁶ MONTEIRO(1994:8-10)

(...) Direito privado, por seu turno, é o conjunto de preceitos reguladores das relações dos indivíduos entre si (*privatum, quod ad singulorum utilitatem*). Subdivide-se em direito civil e direito comercial, disciplinando esta a atividade das pessoas comerciantes e aquele, a dos particulares em geral. (...) Sempre que houver dúvida sobre se determinada regra é ou não de ordem pública, deve considerar-se como sendo de interesse privado.

A compreensão da constitucionalização do direito civil passa pelo entendimento da reconstrução dos significados da dicotomia público e privado dentro dos paradigmas de Estado construídos ao longo da experiência constitucionalista. Conforme Michel Rosenfeld⁴⁷, a experiência constitucionalista moderna, em que pese eventuais peculiaridades adotadas por diferentes linhas teóricas, requer um governo limitado, a adesão ao *Rule of Law*⁴⁸ e a proteção de direitos fundamentais. Observe-se que essa definição não pode ser entendida como algo estanque, na medida em que o autor reconhece o caráter de contínua transformação do Constitucionalismo e a conseqüente impossibilidade de uma definição fechada, acabada do Constitucionalismo. Essa interpretação se dá a partir do conceito da abertura da identidade do sujeito constitucional, da constante transformação de quem é o sujeito protegido e reconhecido pela Constituição:

O olhar inicial sobre a identidade constitucional e o sujeito constitucional revela que é muito mais fácil determinar o que eles não são do que determinar o que são. A partir dessa percepção, eu exploro a tese que é preferível e mais acurada, de considerar o sujeito constitucional mais como uma ausência do que como uma presença. Em outras palavras, a questão principal relacionada ao sujeito constitucional é motivada por acharmos uma ausência no lugar onde procurarmos uma fonte última de legitimidade e autoridade para a ordem constitucional. Além disso, o sujeito constitucional

⁴⁷ ROSENFELD (1995:5).

⁴⁸ Cf. ROSENFELD(2001:1307), o *rule of law* “requer que o Estado sujeite os cidadãos apenas à leis promulgadas publicamente, que as funções estatais legislativas estejam separadas da função adjudicatória e que ninguém com o poder político esteja acima do direito”. CANOTILHO (2003:93-94) ao abordar as origens da idéia de *rule of law*, afirma em sentido semelhante, apontando as sementes de uma compreensão contemporânea de tal idéia: “*The Rule of Law* significa, em primeiro lugar, na seqüência da *Magna Charta* de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *Rule of Law* significa a proeminência das leis e costumes do país, perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos, a fim de estes aí defenderem seu direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poder público).

deve ser considerado como falta ou uma ausência ao menos em dois sentidos diferentes: Primeiro, a ausência do sujeito constitucional não nega sua indispensabilidade, necessitando, por isso, sua reconstrução; e, segundo, o sujeito constitucional sempre envolve uma falta porque é inerentemente incompleto, e por conta disso é sempre aberto a uma busca necessária, mas impossível, pela completude. **Conseqüentemente, o sujeito constitucional está em uma constante necessidade de reconstrução, mas tal reconstrução não pode tornar-se definitiva ou completa.** De acordo com essa tese, a identidade constitucional deve ser construída em oposição às outras identidades, na medida em que não pode essa não pode sobreviver, a não ser que se mantenha distinta daquelas. Por outro lado, não pode simplesmente abrir mão dessas outras identidades, e deve, conseqüentemente, empenhar-se para incorporar e transformar alguns elementos emprestados dessas outras identidades. Em resumo, **a identidade do sujeito constitucional é suscetível apenas de uma determinação parcial, através de um processo de reconstrução orientado para o alcance de um equilíbrio entre assimilação e rejeição das outras identidades** relevantes discutidas acima. (sem grifo no original)⁴⁹.

Sinteticamente, Rosenfeld propõe a interpretação da Constituição a partir de um processo contínuo de abertura e re-significação, conduzindo a partir de demandas surgidas nos diferentes grupos e identidades componentes da sociedade, precavido, todavia, para uma não-totalização, para que não haja um domínio que, ao consolidar uma identidade constitucional estanque, acabe por excluir todas as demais. Conseqüentemente, ao lidar com as diferentes identidades conviventes na sociedade, o processo de reconstrução da identidade constitucional acabar por abranger a reconstrução da idéia de cidadania e titularidade de direitos, possuindo reflexos em diversos ramos do Direito.

A reconstrução levantada e trabalhada por Rosenfeld se coaduna com a abordagem desenvolvida por Jurgen Habermas⁵⁰ e trabalhada na literatura nacional por Menelick de Carvalho Netto, da existência de três paradigmas constitucionais, a saber, Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

Os entendimentos desenvolvidos no âmbito do direito civil e do direito de família nos contextos de cada um desses paradigmas permitem o desenvolvimento de

⁴⁹ ROSENFELD (1995:3).

⁵⁰ HABERMAS (2003)

uma abordagem cidadã, contemporânea e constitucionalmente adequada para o tratamento jurídico dispensado a relações afetivas e projetos de compartilhamento de vida entre pessoas do mesmo sexo.

A idéia moderna de cidadania, em oposição a uma concepção de servidão oriunda da idéia de súdito, surge com o advento do Estado Liberal (Estado de Direito), que veio a romper com o paradigma antigo-medieval, trazendo consigo uma estruturação jurídica que possibilitava a organização da sociedade em meios distintos da escravidão e da servidão. A principal “inovação”, a fim de garantir essa ruptura, foi a positivação da noção de direitos a liberdade, igualdade e propriedade a todos os homens, consagrada por meio da idéia moderna de Constituição, definidora da própria produção do direito (e, nesse contexto, da atuação do governo), por meio de um código binário fundamentante direito/não-direito.

Niklas Luhman⁵¹ aborda essa transição e entende que no surgimento desse novo paradigma, a Constituição

deve ser compreendida como uma inovação de origem política no interior do próprio sistema do direito; no passado, havia, é certo, a idéia de leis particularmente importantes e fundamentais, mas não a idéia de que houvesse uma lei que servisse de medida da conformidade ou não-conformidade ao direito de todas as outras leis e atos jurídicos. Essa posição particular, no entanto, encontra a sua expressão no fato de que a Constituição, por sua vez, relaciona-se com o demais direito e contém uma regra de colisão para hipótese de uma contradição entre ela e o demais direito.

A leitura que o paradigma liberal procedia acerca dos mencionados direitos positivados resultou na idéia de cidadania baseada na negatividade, ou seja, em direitos individuais em face do Estado e em face dos demais cidadãos, o que garantiria um espaço externo de atuação livre de coerções, possibilitando uma autonomia desse cidadão quanto a assuntos que estivessem relacionados à sua esfera particular (privada).

⁵¹ LUHMAN (1996).

A liberdade, caracterizada pela possibilidade de fazer tudo que não seja proibido por lei (outra “inovação” do Estado Liberal), possui uma concepção individualista e centrada na propriedade, em que a idéia de justiça social parte da interpretação de que os membros da sociedade devam possuir a garantia de possibilidades de concretização privada de seus interesses, conforme afirma Menelick de Carvalho Netto⁵²:

Essa idéia de liberdade se assenta, obviamente, na propriedade, na idéia de igualdade de uma sociedade que afirma que todos os seus membros são proprietários, no mínimo de si próprios, pois mais ninguém pode ser propriedade de outrem e, assim, todos são sujeitos de Direito. Verifica-se o maravilhamento dessas pessoas pelo fato de que, pela primeira vez na história, é possível um ordenamento jurídico único constituído de leis gerais e abstratas, válidas para a sociedade como um todo, precisamente porque todos devem ser iguais diante da lei, todos são proprietários, todos são sujeitos de direito.

A concepção advinda da significação moderna do conceito de indivíduo, de uma visão individualista e até mesmo isolacionista, mas que rompe com privilégios de nascimento ao se fiar sobre uma idéia de liberdade formal garantida pela lei, reflete-se também sobre os direitos políticos, limitados a conferências de validação, por meio da votação, dos interesses particulares egoísticos de cada cidadão, a fim de permitir sua agregação a outros interesses privados.

Adjunto a essa concepção tem-se um Estado mínimo, necessário apenas para permitir que uma convivência entre esses egoísmos⁵³. Desse modo, a autonomia privada é hipertrofiada, marcando uma visão de cidadania com pontos em comum com a visão de mercado, em que o cidadão deveria atuar como um ator do mercado, em busca da satisfação de seus interesses particulares em um processo de competição com os demais atores, que também teriam a garantia de sua autonomia privada.

⁵² CARVALHO NETTO (2001).

⁵³ Deve-se observar que essa convivência não trabalha com uma idéia de intersubjetividade ou solidariedade, mas trata-se de uma convivência mínima necessária lida a partir de uma posição de rivalidade e competição.

Tal hipertrofia, em que a concepção de intersubjetividade entre os cidadãos para o exercício de sua autonomia pública é diminuída a uma monista leitura mercantilista de uma participação pública individualizada do cidadão, conduziu ao entendimento de que as autonomias pública e privada não seriam apenas diferentes, mas antagônicas⁵⁴, e que o acréscimo da autonomia pública (interpretada de maneira atrelada ao Estado) conduziria a uma redução da autonomia privada, tão privilegiada por esse paradigma. A influência desse modelo de Estado sobre o direito civil é percebida por LÔBO⁵⁵:

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimentos públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. (...) Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.

O foco em aspectos patrimoniais, a abordagem e tratamento das relações cíveis a partir de uma leitura predominantemente ligada à posse e propriedade de bens materiais acaba por também ecoar no direito de família aí construído e reproduzido na codificação civil de 1916, conforme demonstra LOBO⁵⁶:

Nas grandes codificações do século passado (e a concepção de nosso Código Civil é oitocentista), o filho é protegido sobretudo na medida de seus interesses patrimoniais, e o matrimônio revela muito mais uma união de bens do que de pessoas.

Todavia, com o aumento da complexidade das relações sociais e com o crescimento da desigualdade e a geração de estados conviventes de extrema miséria e acúmulo de riqueza, perceptíveis, por exemplo, na realidade das relações de trabalho, mal remuneradas e com cargas horárias excessivas, iniciou-se um processo de transformação acerca do papel do Estado e dos direitos do cidadão. O Estado mínimo e a atuação do mercado não foram suficientes para o exercício da cidadania; a igualdade

⁵⁴ Cf. CARVALHO NETTO, Op. Cit

⁵⁵ Op. Cit.

⁵⁶ Idem, Id.

formal e a liberdade jurídica perdiam sentido sem a liberdade fática, sem elementos materiais a fim de garantir o exercício dessa cidadania e suas possibilidades de escolha e autodeterminação, sem que fosse promovida uma igual consideração para cada cidadão, a partir de suas peculiaridades.

Resultou-se assim em um momento histórico de lutas sociais e de reação contra essa concepção de atuação estatal e, conseqüentemente, da própria significação jurídica de igualdade e liberdade, vindo a desaguar no surgimento de uma nova concepção, consagrada especialmente nas Constituições posteriores à Primeira Guerra Mundial (das quais constituem marcos as Constituições Mexicana e de Weimar), qual seja o Estado Social.

Esse novo paradigma traz consigo uma releitura dos direitos fundamentais do paradigma anterior, como liberdade e igualdade, que passam a ser interpretados de modo a considerar a diferença material existente, procurando estabelecer formas de proteções aptas e contrabalancear juridicamente as diferenças verificadas nas relações existentes na sociedade.

Esses direitos não são uma simples adição nem singela criação de novos ramos dentro da ciência jurídica, mas resultado de toda uma releitura, uma reconstrução da concepção acerca dos direitos fundamentais e do papel do direito e do Estado; a propriedade passa a ser dotada de uma função social, perdendo seu caráter absoluto e a liberdade é entendida como uma perspectiva de concretização de uma igualdade material a partir do reconhecimento na lei das diferenças materiais existentes e uma conseqüente proteção aos hipossuficientes⁵⁷.

Observa-se uma crescente intervenção do Estado por meio do Direito, que passa a regular relações contratuais (fenômeno verificado, notadamente, em face do

⁵⁷ Op. Cit.

surgimento de novas espécies contratuais, como o contrato de adesão) e relações trabalhistas, dentre outros ramos, com o intuito de permitir uma materialização do direito que considerasse a necessidade da criação de condições não discriminatórias para a percepção fática das liberdades⁵⁸. Conforme percebe Paulo Luiz Netto Lôbo⁵⁹, o Direito Civil, de uma maneira mais ampla, inexoravelmente, passou também por um processo de releitura no novo paradigma:

No período do Estado Liberal, a inevitável dimensão social do contrato era desconsiderada para que não prejudicasse a realização individual, em conformidade com a ideologia constitucionalmente estabelecida; o interesse individual era o valor supremo, apenas admitindo-se limites negativos gerais de ordem pública e de bons costumes, não cabendo ao Estado e ao Direito considerações de justiça social. A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado Social, caracterizado, sob o ponto de vista do Direito, como já vimos, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição.

Verifica-se assim um processo de crescente intervenção estatal por meio de legislação infra-constitucional; como consequência da redução do público ao estatal. Esse processo é intitulado publicização do Direito Civil, e vem a retirar do âmbito desse ramo do direito diversas matérias, a partir da argumentação da necessidade de uma regulamentação mais específica e, em certos casos, com determinado caráter “tutelar”, a exemplo de direito do trabalho e direito do consumidor, refletindo, nesse sentido, o entendimento paradigmático sobre a dicotomia público-privado na tradição jurídica. É interessante observar que esse processo em nada se confunde com a constitucionalização do Direito Civil, conforme expõe LÔBO⁶⁰:

Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.

⁵⁸ Cf. HABERMAS (2003 Vol II).

⁵⁹ LÔBO (2002:190-191)

⁶⁰ Op. Cit.

A “publicização” também se faz presente no âmbito do Direito de Família, que passa a ser regulado pelo texto constitucional, entendido, no contexto paradigmático, como terreno exclusivo do público-estatal. O que antes residia em um âmbito de regulamentação privada e egoística, passa agora a ser regulamentada a partir de uma visão estatal, refletindo a própria idéia de ampliação de um público que apenas se atém ao estatal, conforme inerente ao paradigma.

Dessa forma, há uma mudança de eixo, mas não da concepção basilar da família e do papel dos princípios. Se antes a família era limitada por regras e modelos fechados dentro da área de atuação privada individual, ela passa a ser vista como objeto igualmente limitado, pré-determinado e hermético, com esferas restritas de possibilidades de atuação e realização pessoal de cada um de seus membros, em nome do interesse estatal. Conforme aponta Luciana Faísca Nahas⁶¹:

A Constituição de 1934 possui traços do chamado Estado Social e foi fortemente influenciada pela Constituição de Weimar. Foi nessa Constituição que surgiram as primeiras menções de proteção à família até então inéditas no constitucionalismo pátrio. Foi dedicado um Título à Família, Educação e Cultura, no qual um capítulo inteiro se dedicava à família, nos seguintes termos:

Capítulo I

Da Família

Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, **está sob a proteção do Estado.**(sem grifo no original).

(...)

Da análise do texto constitucional, observa-se que a proteção do Estado à família limitava-se à união matrimonial indissolúvel. Nesse aspecto, importante destacar a reconciliação do texto constitucional com a religião: o casamento reconhecido como gerador da família não era tão-somente o civil, mas também o religioso. **Desta forma, manteve-se o modelo familiar adotado pelo Código Civil de 1916, com a elevação da proteção jurídica ao patamar constitucional.** A família, reconhecida e amparada pelo direito, era a entidade constituída através do casamento e os filhos oriundos deste. (sem grifo no original).

O Estado eleva o tema a um ambiente público (estatal) sem, contudo, promover uma alteração significativa sobre as possibilidades de pluralidade de entidades

⁶¹ NAHAS (2006:73-74)

familiares. A família vai à Constituição, mas não se altera o papel dos princípios no ordenamento, em que pese a alteração de sentido promovida nas leituras de liberdade e igualdade. A igualdade é reduzida a uma igualdade promovida e decidida pelo Estado, excluindo possibilidades de auto-determinações acerca da estruturação de relacionamentos afetivos e familiares.

A falsa oposição entre igualdade e liberdade e autonomia pública e autonomia privada é novamente ressaltada, haja vista que a intervenção estatal, a pretexto de promover igualdade, não promove liberdade, na medida em que se delimita estritamente as possibilidades de direitos e de dinâmicas de estruturas familiares. Ocorre que ao não promover liberdade, não promove também a própria igualdade pretendida pela atuação estatal, por não entender como iguais sujeitos dignos de proteção e reconhecimento aqueles envolvidos em relações com pretensões familiares, mas não previstas expressamente na regulamentação.

O sufocamento promovido pela atuação estatal hipertrofiada e pelo posicionamento secundário de princípios constitucionais se demonstra claro, por exemplo, na questão de proteção de dinâmicas familiares que se situam para além do casamento, como pode ser observado na indevida exclusão sofrida por determinados projetos de compartilhamento de vida, que veio a originar a Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal, conforme Luíza Faísca⁶²:

Indiferentes ao freio legislativo, os relacionamentos informais tornaram-se cada vez menos rejeitados socialmente. A problemática foi levada ao Poder Judiciário que não se furtou a examinar a questão, mesmo sem regulação específica. Através de uma manobra jurídica, a fim de não prejudicar as pessoas que conviveram em um relacionamento similar ao casamento, equiparou-se a uma sociedade de fato, já que havia impedimento constitucional para o reconhecimento como família. Após inúmeras decisões a respeito, foi editada a Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, publicada em 11.05.1964, com o seguinte teor: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. A solução foi

⁶² Id. Ibid. (p.p. 78-79).

satisfatória, ao menos para os problemas sociais existentes, e compatibilizou a questão com a previsão constitucional. Não supriu as necessidades dos integrantes do relacionamento, mas evidenciou a dissonância entre a legislação e o progresso da sociedade, que já não os via de forma espúria.

LÔBO⁶³ também discorre sobre o tema:

Sabe-se que a Súmula 380 foi uma engenhosa formulação construída pela doutrina e pela jurisprudência, durante a vigência da Constituição de 1946, consolidada no início da década de sessenta, para tangenciar a vedação de tutela legal das famílias constituídas sem casamento, de modo a encontrar-se alguma proteção patrimonial a, freqüentemente, mulheres abandonadas por seus companheiros, após anos de convivência afetiva. Como não era possível encontrar fundamento no direito de família, em virtude da vedação constitucional, socorreu-se do direito obrigacional, segundo o modelo das sociedades mercantis ou civis de constituição incompleta, ou seja, das “sociedades de fato”. Essa construção é típica do que determinada escola jurídica italiana denominou “uso alternativo do direito”. Os efeitos da Súmula limitam-se exclusivamente ao plano econômico ou patrimonial.

Não há nesse paradigma, ainda, a assunção de uma leitura plural e eudemonista da família. Permanece, dessa forma, um posicionamento excludente e limitador, mantendo-se, com a simples mudança do “peso na balança” entre público (aqui reduzido a estatal) e privado, o problema da leitura liberal. Tanto no Estado Liberal quanto no Estado Social verifica-se que, a pretexto de se consagrar, alternativamente, igualdade ou liberdade no âmbito do direito de família, não se consagra nenhuma delas.

O paradigma Liberal, a pretexto de uma leitura patrimonialista voltada a permitir uma atuação pretensamente livre no âmbito particular, violava uma igual consideração até mesmo no âmbito interno familiar, pela hierarquia e tratamento desiguais previstos entre os sexos, por exemplo, o que conduziu, dessa forma, a uma violação da própria liberdade de atuação dentro da estrutura familiar por cada um dos integrantes da família. Essa violação conjunta de liberdade e igualdade é também verificada no espaço público, de debate e tematização, na medida em que, por meio da redução da família a um

⁶³LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=107> Último acesso em 20.11.2006.

assunto particular (particular aqui como egoístico), acaba-se por negar a possibilidade de reconhecimento público de outras formas de entidades familiares, para além daquelas previstas pela legislação.

No paradigma Social, o Estado intervém a pretexto de ser ele o promotor da igualdade, ao regulamentar mais fortemente as relações familiares. Não promove nem igualdade, na medida em que também exclui formas de organização para além daquelas reguladas estritamente pelo Estado, que passam a ser vistas como inferiorizadas; nem liberdade, na medida em que essa postura acaba por limitar a atuação individual no panorama público para além do estatal.

Exatamente por essa característica do Estado Social, que passa a intervir de modo preventivo ou reativo⁶⁴ e, ao procurar gerar cidadania por meio de uma tentativa de concretização material ou controle amplo advinda de uma atuação fortemente intervencionista, tem-se a obstaculização da própria geração de cidadania. Isso porque as ações estatais que objetivam promover essa cidadania acabam por considerar os cidadãos apenas como sujeitos passivos da ação estatal, apenas como uma massa, ignorando as diferenças existentes em toda a pluralidade social e excluindo os cidadãos do próprio processo de construção de cidadania.

Em uma análise mais ampla desse pano de fundo, não apenas focada nas áreas do ramo civilista, mas em outras formas de atuação estatal, não se pode compreender que a materialização de direitos sociais que permitam superar disparidades fáticas obstaculizadoras da concretização de uma autonomia privada concreta conduza necessariamente a uma limitação de cidadania.

Essa limitação é verificada quando a materialização gera uma espécie de clientelismo estatal, onde o Estado define como agir, onde agir, porque agir e ao

⁶⁴ Cf. HABERMAS (2003 Vol II).

cidadão cabe apenas se sujeitar a essa pseudotutela estatal paternalista, em que pode exercer diversas ações, menos a sua cidadania, sua participação e capacidade de autodeterminação. O Estado Social mantém o antagonismo excludente entre autonomia privada e autonomia pública, ocorrendo uma diferença valorativa, em que o público, identificado com o estatal, passa a possuir um peso maior na balança, em comparação com a autonomia privada.

Essa valoração acaba por conduzir à mencionada hipertrofia da atuação estatal, sustentada às custas da autonomia pública dos cidadãos, reduzidos ao papel de clientes e seguidores das definições do Estado, definições essas das quais eles não tomaram parte na construção. Se no paradigma Liberal a cidadania sobrecarregava o mercado, com a pretensão de que esse geraria cidadania, o Estado Social sobrecarrega o Poder Administrativo. Para o primeiro, a liberdade era um bem a ser distribuído e obtido pelo mercado, e a igualdade uma proteção formal cega à faticidade; para o segundo, ambas são bens a serem concedidos paternalisticamente pelo Estado, ignorando a necessidade de participação dos envolvidos na própria criação e definição dos sentidos do que é ser livre e do que é ser igual. Em ambos os casos, houve a geração de diversas conseqüências, menos de cidadania⁶⁵, na medida em que se observa que

O erro do paradigma liberal consiste em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos. No entanto, os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos “gozá-los” exercitando-os. (...) O paradigma do direito liberal e o do Estado social cometem o mesmo erro, ou seja, entendem a constituição jurídica da liberdade como “distribuição” e a equiparam ao modelo da repartição igual de bens adquiridos ou recebidos.⁶⁶

A verificação da hipertrofia estatal, acompanhada de uma redução da esfera de autonomia privada e da conseqüente impossibilidade de geração de uma sociedade de

⁶⁵ CARVALHO NETO (2001)

⁶⁶ HABERMAS (2003, Vol II, p. 159).

iguais co-associados sob o direito, haja vista que o crescimento estatal conduziu a uma limitação da espontaneidade societária e, ainda, à possibilidade de auto-afirmação de diferenças, na medida em que cabia ao Estado determinar qual diferença poderia ser aceita, possibilita, ao fim da década de 1970, novas leituras críticas sobre os paradigmas anteriores, promovidas, dentre outros, por novos movimentos sociais emergentes, a exemplo do movimento ambientalista e feminista.

O tratamento dispensado pelos paradigmas Liberal e de Estado Social à questão feminista demonstram sua insuficiência para gerar cidadania. O primeiro paradigma promoveu uma equiparação formal a fim de garantir uma igualdade de chances na concorrência por postos de trabalho, posições sociais, que acabaram por evidenciar, em verdade, a desigualdade fática no tratamento destinado a mulheres⁶⁷. A fim de combater essa desigualdade, o Estado Social implementou programas estatais que ocasionaram situações ambivalentes, ocasionando, por exemplo, uma maior probabilidade de desemprego feminino, fruto da tentativa das empresas de não assumirem maiores encargos, como licença-maternidade, dentre outros. Tal política de compensação de danos resultou em uma nova discriminação, na qual

Nos campos jurídicos concernentes ao feminismo, o paternalismo socioestatal assume um sentido literal: o legislativo e a jurisdição orientam-se segundo modelos de interpretação tradicionais e contribuem com o fortalecimento dos estereótipos de identidade de gênero já vigentes.⁶⁸

Como se observa, os paradigmas anteriores interpretaram a necessidade de reconhecimento de direitos às mulheres como uma questão de distribuição de bens, que possibilitou mudanças, mas não permitiu cidadania, não permitiu o respeito à liberdade propiciadora de “um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas”⁶⁹, atrelada, conseqüentemente, a uma igual consideração enquanto agente dentro da

⁶⁷ HABERMAS (2004).

⁶⁸ Op. Cit., p. 304.

⁶⁹ Op. Cit., p. 305.

sociedade, em que as mudanças não podem ser alcançadas sem que os envolvidos participem do processo de definição e fundamentação do que consideram relevantes para um tratamento que é a eles dirigido.

A idéia de um Estado Democrático de Direito possui a pretensão de permitir a conciliação entre o respeito a garantias individuais e a possibilidade de participação pública do cidadão, e superar uma leitura de necessária oposição entre liberdade e igualdade. Nesse sentido, a concepção do público sofre alterações, o público não mais é reduzido ao estatal, mas concebido como um espaço de atuação e organização da sociedade, a partir da tomada de consciência de que a cidadania é possível somente com o seu exercício.

Dessa forma, a cidadania deixa de ser um bem a ser consumido pelas vias do mercado ou uma concessão estatal, para ser a garantia de uma prática de um processo de aprendizado, que só é concretizado por meio desse próprio exercício ativo da cidadania pelos cidadãos.

Ocorre uma releitura dos direitos fundamentais e o surgimento de novos direitos ressaltando a diferenciação entre público e estatal, direitos esses oponíveis contra o próprio Estado omissivo e privatizado, que vem exatamente a consolidar a superação da dicotomia público x privado em sua concepção clássica (pública como estatal) conforme leciona CARVALHO NETTO⁷⁰,

direitos esses que apresentam a natureza de proteção jurídica de interesses difusos, de interesses que refogem à dicotomia público x privado, que problematizam todo esse campo relacional e que novamente exigem a revisão de tudo.

A transformação do público, que deixa de ser compreendido como estatal, gera também uma transformação do privado, que deixa de ser o campo do individualismo, resultando em novas realidades processuais e jurídicas, como na atuação de

⁷⁰ Op. Cit.

organizações que anteriormente seriam consideradas privadas, atuando em nome de interesses coletivos da sociedade, em um contexto em que o público não apenas deixa de ser estatal, mas pode inclusive ser oposto ao estatal⁷¹.

A partir daí desenvolve-se uma outra concepção de cidadania, que interrompe com uma tradição de consideração do público como o estatal, passa a entender o público como uma esfera de atuação do indivíduo na coletividade, conduz a uma idéia de legitimidade baseada também na igual consideração da autonomia pública e privada, sem a hipertrofia ou privilégio de uma em detrimento da outra.

Isso porque o sujeito só adquire autonomia na medida em que pode compreender a si mesmo como autor dos direitos ao qual se submete e só é capaz de deliberar sobre esse direito quando possui a garantia de direitos individuais. Em conseqüência, a autonomia pública e a autonomia privada, apesar de distintas, não podem mais ser lidas como antagônicas, mas como interdependentes.

Semelhante ocorre com as concepções de igualdade e liberdade, que não mais podem ser lidas como excludentes, mas como inter-necessárias para seus respectivos exercícios. Para permitir liberdade, a igualdade deve ser entendida de uma maneira abstrata, a fim de permitir a inclusão de diferentes opções de vida auto-determinadas livremente. Conforme DWORKIN⁷²:

(...) a liberdade é necessária à igualdade, segundo essa concepção de igualdade, não na duvidosa e frágil hipótese de que as pessoas realmente dão mais valor às liberdades importantes do que aos outros recursos, mas porque a liberdade, quer as pessoas lhe dêem ou não mais valor do que a todo resto, é essencial a qualquer processo no qual a igualdade seja definida e garantida.

A possibilidade de livre auto-determinação reflete, em conseqüência, na abertura para diferentes formas de estruturação familiar, que não pode apenas ser entendida

⁷¹ Op. Cit.

⁷² DWORKIN (2005:160-161)

como ação de exclusivo exercício da liberdade ou de exclusivo exercício da igualdade, mas, necessariamente, do exercício de ambas, ao mesmo tempo.

Essa leitura da inter-relação entre igualdade e liberdade fica mais clara a partir de dois princípios a ela relacionados e abordados por Dworkin: o princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial, os quais permitem compreender como igualdade e liberdade, interagindo reciprocamente e voltadas para a abertura e a diferença, possibilitam uma livre auto-determinação, baseada no igual direito que cada cidadão possui para essa auto determinação. Nas palavras de Dworkin⁷³:

O primeiro é o princípio da igual importância: é importante, de um ponto de vista objetivo, que a vida humana seja bem-sucedida, em vez de desperdiçada, e isso é igualmente importante, daquele ponto de vista objetivo, para cada vida humana. O segundo é o princípio da responsabilidade especial: embora devamos todos reconhecer a igual importância objetiva do êxito na vida humana, uma pessoa tem responsabilidade especial e final por esse sucesso – a pessoa dona de tal vida.

Ao abordar mais detalhadamente esses princípios, bem como a postura necessária do Estado⁷⁴ para sua concretização, Dworkin⁷⁵ acaba por conceder subsídios mais claros que permitam conduzir à relação entre igualdade, liberdade e a livre possibilidade de estruturação familiar:

O princípio da igual importância não afirma que os seres humanos em nada são iguais: não que sejam igualmente racionais ou bons, ou que as vidas que geram sejam igualmente valiosas. A igualdade em questão não se vincula a nenhuma propriedade das pessoas, mas à importância de que sua vida tenha algum resultado, em vez de ser desperdiçada. (...) o princípio da responsabilidade especial não é metafísico nem sociológico. Não nega que a psicologia ou a biologia possam oferecer explicações causais convincentes sobre o motivo por que cada pessoa opta por viver como vive, nem que tais teorias recebam influência da cultura, da educação ou das circunstâncias materiais. O princípio é, pelo contrário, relacional: afirma enfaticamente que,

⁷³ DWORKIN (2005:XV)

⁷⁴ Na obra de Dworkin, usualmente, para se delimitar a atuação do Estado utilizado uma leitura institucional que considere a atuação dos três poderes, o termo “governo” é utilizado, a partir da tradução do termo anglo-saxão “government”. A fim de evitar potenciais confusões, como a redução indevida de tal interpretação a apenas um dos poderes ou unicamente aos seus atuais ocupantes, optou-se, na pesquisa, pela utilização do termo Estado. Nas citações da obra de Dworkin mantém-se o termo governo, a partir do sentido aqui explicitado.

⁷⁵ Op. Cit. (p.p. XV-XVII)

quando é preciso optar com relação ao tipo de vida que a pessoa viva, dentro de qualquer escala de opções que lhes sejam permitidas pelos recursos ou pela cultura, essa pessoa é responsável por suas próprias escolhas. O princípio não endossa nenhuma opção de valor ético. Não despreza que a vida que seja tradicional e enfadonha, nem a que seja inovadora e excêntrica, contanto que essa vida não tenha sido imposta a alguém pelo juízo alheio de que é a vida certa para essa pessoa viver.(...)

O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram.

É importante ressaltar que essa atuação estatal não pode ser lida como a entrega de bens consumíveis pelo Estado, mas como formas de exercício de direitos, a partir ativa participação dos potenciais afetados. Tais idéias de igualdade e liberdade, compatíveis com a abertura do sujeito constitucional, encontram-se em constante reconstrução, dialogando com as diferentes identidades existentes.

Essa reconstrução necessita de bases comunicativas e apoiadas em argumentos discursivos, na medida em que a validade do direito origina-se um poder comunicativo que se legitima por meio da institucionalização da liberdade pública, onde se defende a garantia de um processo inclusivo de formação de opinião e vontade com a participação de cidadãos livres e iguais, conforme trabalhado por Jürgen Habermas em sua Teoria Discursiva do Direito.

Essa comunicação é desenvolvida no âmbito da esfera pública, uma esfera pública que não se coaduna especificamente com o modelo iluminista⁷⁶, mas que compreende sua inserção em uma sociedade complexa, plural e descentralizada. Ela abarca uma rede informacional comunicativa de pontos de vista distintos, e exerce o papel de amplificar a pressão dos problemas e tematizá-los convincente e influentemente, a fim de, a partir de possíveis soluções alcançadas pelo debate não especializado, promover a absorção, a assunção e discussão desses temas pelos

⁷⁶ Cf. OUTHWAITE (1994).

complexos parlamentares e judiciais.⁷⁷ Deve-se ressaltar, contudo, que a esfera pública também promove a persuasão sobre esses complexos também sobre outras opiniões intersubjetivamente compartilhadas, caracterizando assim uma luta por influências que

não se aplica somente à influência política já adquirida (de funcionários comprovados, de partidos estabelecidos ou de grupos conhecidos, tais como o Greenpeace, a Anistia Internacional, etc.), mas também o prestígio de grupos de pessoas e de especialistas que conquistaram sua influência através de esferas públicas especiais (por exemplo, a autoridade de membros de igrejas, a notoriedade de literatos e artistas, a reputação de cientistas, o renome de astros do esporte, do showbusiness, etc.)⁷⁸

Conseqüentemente, ganha importância a concepção de uma sociedade civil autônoma, que possibilite ao mesmo tempo o eco (que seja influenciada pela esfera pública) e que seja agente estimulador por essa esfera, por meio de conexões baseadas não no mercado ou no Poder Administrativo, mas nas relações políticas horizontais livres existentes entre os cidadãos, gerando associações voluntárias, que fixam e institucionalizam discursos de resolução de problemas dentro dessas esferas públicas organizadas.

A relação entre essa participação pública, que só é possível quando se tem a garantia à autonomia privada dos cidadãos da sociedade, de seus direitos de liberdade e igualdade (direitos esses que se legitimam por haverem sido elaborados pelos seus destinatários), acabam por conduzir a uma configuração intersubjetiva do Direito, calcada na função de geração de integração social por meio de aquisições de entendimento mútuo entre os co-cidadãos livres e iguais e, também, na gestão contra-factual de expectativas generalizadas.⁷⁹

Isso ocasiona uma noção de formação democrática baseada na possibilidade de inserção comunicativa de opiniões e vontades políticas distintas, por meio de procedimentos institucionalizados para a tomada de decisões. A existência de um

⁷⁷ Cf. HABERMAS (2004).

⁷⁸ Cf. HABERMAS (2003, Vol II, p.p. 95-96).

⁷⁹ Op. Cit.

procedimento democrático que propicia o debate entre diferentes visões acerca do mundo e a obtenção de um entendimento (que se sabe precário, contingente e passível de futura modificação), que ocasione uma ação voltada ao entendimento mútuo, é o que permite que diferentes co-associados sob o direito sejam, ao mesmo tempo, seus autores e destinatários. São esses procedimentos e não seus conteúdos que asseguram a legitimidade, por garantirem a participação no jogo democrático, ao possibilitar a transformação desse poder comunicativo, oriundo da esfera pública e da sociedade civil, para um poder administrativo, por meio da passagem por filtros legislativos institucionalizados⁸⁰.

A partir dessa abertura e de uma igual consideração de autonomias pública e privada, bem como de liberdade e igualdade, permitiu-se a superação de uma visão meramente patrimonial, procriacionista, ou centrada no elemento estatal para a afirmação de entidades familiares. A Constituição de 1988, voltada para a consolidação do Estado Democrático de Direito e guiada pelos princípios de dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade possibilitou um retorno à pessoa humana, ao elemento afetivo na constituição familiar e a abertura para a diversidade de formações familiares.

É necessário observar que o sentido da construção desses direitos, que tomam como ponto de partida a consolidação de um entendimento a partir de princípios consagrados pela Constituição de 1988, são conduzidos, em grande parte, pela atuação de movimentos sociais e entidades envolvidas⁸¹ com a questão homossexual, possibilitando assim um processo mais democrático de afirmação de direitos.

⁸⁰ HABERMAS (2004).

⁸¹ Maiores detalhes sobre a agenda dessas entidades e grupos podem ser encontrados em <http://www.estruturacao.org.br/> (sítio do grupo homossexual estruturação), <http://www.abglt.org.br/port/index.php> (sítio da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, entidade que se consubstancia em uma rede nacional que agrega 109 grupos gays, lésbicos e transgêneros e 56 entidades relacionadas à prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e direitos humanos) e

No atinente à busca pela afirmação de entidades familiares destacam-se a realização de diversos eventos no sentido de afirmação da identidade homossexual, conforme observável, por exemplo, na Parada do Orgulho Homossexual de São Paulo, organizada pela Associação do Orgulho de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo.

Nas edições de 2005 e 2006⁸² o evento focou-se no papel que o Direito pode exercer em um processo de reconhecimento público dessas relações. Como se observa, o mote da Parada em 2005, sob o slogan de “direitos iguais, nem mais nem menos” era a defesa do Projeto de Lei 1.151/1995, que visa a estabelecer o contrato de parceria civil de pessoas do mesmo sexo⁸³.

O slogan utilizado no evento de 2006 foi “Homofobia é crime – Direitos Sexuais são Direitos Humanos”, em referência ao Projeto de Lei 5/2003 (apensado ao PL 5003/2001) que objetiva criminalizar a prática de atos homofóbicos. Esse projeto de lei não será tratado na presente reflexão, em virtude da necessidade de uma adequada abordagem relacionada à criminologia para a análise da duvidosa proposta de utilização do Direito Penal como forma de promoção de inclusão e concretização de direitos, recorte ao qual essa dissertação não se propõe. Todavia, reflete o sentido efetivamente público, para além do estatal, que a questão homossexual assume no Estado Democrático de Direito. Essa atuação dos movimentos sociais se coaduna com o entendimento de Ronald Dworkin sobre o papel dos direitos⁸⁴:

www.nuances.com (sítio do grupo homossexual de porto alegre, com forte atuação na região sul do país). É interessante observar que, apesar da existência de divergências entre esses grupos no atinente ao tratamento jurídico a ser dispensado à afirmação da homossexualidade, todos eles fundamentam seus discursos a partir de princípios constitucionais.

⁸² Uma cobertura mais aprofundada sobre as duas últimas edições do evento pode ser encontrada <http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2005/paradagay/> e <http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2006/paradagay/> respectivamente.

⁸³ A análise das características desse projeto de lei em face ao atual ordenamento é desenvolvido no segundo capítulo.

⁸⁴ DWORKIN (2002:XV)

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização do direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica metafísica especial.

Esse entendimento é coerente com o que foi reiteradamente dito, acerca da abertura e significação desses direitos propiciada por conta de princípios constitucionais. Mas o que são esses princípios e qual é seu papel dentro do atual paradigma? Para responder essa pergunta, a pesquisa adota a leitura de Ronald Dworkin acerca da significação dos princípios no atual ordenamento, sua abertura interpretativa e sua diferenciação em relação às regras que também compõem o ordenamento.

Para Dworkin, “‘princípio’ é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁸⁵. Deve-se observar que a significação desses princípios não é fechada nem temporalmente, nem socialmente. Não são apenas fruto de uma construção isolada conduzida por entidades estatais, mas são resultado dos entendimentos paradigmáticos compartilhados pela prática social. Não há donos, não há proprietários dos princípios, conforme atenta Dworkin⁸⁶

Em lugar disso, argumentamos em favor de um princípio e seu peso apelando para uma amálgama de práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade.

Essa construção coletiva ressalta a idéia de produção do direito por co-associados que são, ao mesmo tempo, seus produtores e destinatários, de forma coerente com o paradigma do Estado Democrático de Direito vigente. Não cabe ao Estado definir

⁸⁵ DWORKIN (2002:36)

⁸⁶ Id., Ibid. (p. 58).

o significado de princípios, de igualdade e liberdade, esses são construídos socialmente, apenas desembocando nas manifestações dos poderes estatais constituídos:

A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo.⁸⁷

Verifica-se, dessa forma, o paradoxo do vazio de significado dos princípios jurídicos, em especial dos princípios constitucionais. A afirmação de vazio de significado dos princípios não conduz a uma leitura que reduza sua importância, mas apenas promove uma compreensão de que tais princípios possuem significados precários, contingentes, abertos para uma constante re-significação, não sendo passíveis de estabelecimento atemporal ou descontextualizado. Conforme Dworkin⁸⁸:

Ainda assim, não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. E menos ainda de atribuir uma certa ordem de grandeza à sua importância. Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação.

A possibilidade de sua constante re-significação não é suficiente para distinguir princípios de regras. A distinção entre essas duas “espécies” normativas é mais ampla, conforme aponta Dworkin⁸⁹:

Eles são diferentes porque são princípios jurídicos e não regras jurídicas. A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Em adição, afirma ainda que:

⁸⁷ Id. Ibid. (p. 64).

⁸⁸ Id. Ibid. (p. 65).

⁸⁹ Id. Ibid. (p. 39).

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é⁹⁰.

Ao invés de pretender-se afastar a possibilidade de vinculação, de validade jurídica de princípios perante regras, demonstra-se a necessidade de adequação dessas regras aos princípios que fundamentam o próprio ordenamento jurídico. Conforme Dworkin⁹¹:

Se uma teoria do direito deve fornecer uma base para o dever judicial, então os princípios que ela apresenta de maneira ordenada devem tentar justificar as regras estabelecidas. Para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que, na opinião do jurista que defende tal teoria, sustentam efetivamente essas regras.

O autor reforça esse entendimento, ao afirmar que

Na verdade, uma das minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma – entre princípios concorrentes e como esse ponto pode perder-se ou submergir, quando falamos muito imprecisamente sobre como regras conflitam com princípios.⁹²

Novamente ressaltando a importância da contextualização na análise dos princípios, Dworkin⁹³ afirma a importância do caso concreto na verificação do significado possível na aplicação do princípio:

A distinção entre regras e princípios permanece intocada. Eu poderia resumir um conjunto de leis mediante a formulação de uma regra – como aquela segundo a qual a agressão é um crime – e a lista das exceções estabelecidas.

⁹⁰ Id, Ibid. (p.p. 42-43).

⁹¹ Id, Ibid. (p. 106).

⁹² Id, Ibid. (p.p. 120-121).

⁹³ Id, Ibid. (p. 120).

Se meu resumo estiver completo, qualquer um que praticar uma agressão será culpado de um crime, a menos que uma das exceções que formulei se aplique. Se ele não foi culpado, ou eu me enganei, ou o direito mudou. No caso de um princípio, as coisas se passam de outro modo. Suponhamos que eu diga que, em princípio, um indivíduo não pode beneficiar-se de seus próprios delitos, mas algum indivíduo se beneficia. Minha declaração não precisa ser corrigida nem mesmo atualizada, apenas porque alguém pode, de maneira adequada, beneficiar-se de seus delitos. Isso desde que esses termos sejam entendidos, não como aplicando-se apenas quando existir uma exceção reconhecida para o caso, mas também quando as características especiais do caso desse indivíduo invocarem outro princípio ou outra política recentemente reconhecidos, capazes de estabelecer uma diferença pertinente.

Essa abertura dos princípios para novas situações e significados, bem como para novas pretensões e releituras de pretensões que possibilita uma abertura jurídica para a inclusão da diversidade. Nos dizeres de Dworkin⁹⁴:

O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio.

É necessário ressaltar, todavia, que Dworkin não adota uma postura nefelibata de pensar que a adoção de uma comunidade de princípios geraria, por si só, o término de violações de direitos. O principal ponto que a abertura dos princípios possibilita é exatamente a inclusão advinda do debate público acerca do significado dos princípios que a fundamentam, a abertura para pretensões e tematizações a partir de grupos que tenham seus direitos violados. Nos dizeres do autor⁹⁵:

O modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos tão bem quanto qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista. Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios. Faz com que essas responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total.
(...)

⁹⁴ Id, Ibid. p. 129.

⁹⁵ DWORKIN (2003: 256-257)

Uma associação de princípio não é, automaticamente, uma comunidade justa; sua concepção de interesse equitativo pode ser falha ou violar direitos de seus cidadãos ou de cidadãos de outras nações, do mesmo modo que em qualquer comunidade associativa verdadeira, como vimos há pouco. **Mas o modelo de princípios satisfaz as condições da verdadeira comunidade melhor que qualquer outro modelo de comunidade possível para pessoas que divergem sobre a justiça e a equidade a serem adotadas.** (sem grifo no original)

A abertura principiológica, relacionada aos direitos fundamentais, permite uma proteção de minorias contra decisões da maioria que as afetem de maneira anti-jurídica, de modo ínsito à democracia constitucional⁹⁶:

A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupo de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum. (...) Mas outras restrições assumem a forma daquilo que frequentemente se chama de padrões “vagos”, como por exemplo o dispositivo que determina que o governo não poderá negar a nenhum indivíduo o processo legal justo ou a igual proteção perante a lei.

Atento à necessidade de diálogo dos entendimentos contemporâneos acerca dos princípios com a tradição jurídica construída acerca de determinados conceitos, bem como da necessidade de tematização das divergências acerca de tais conceitos, Dworkin utiliza-se da idéia de direito como integridade e da metáfora literária, adotando a idéia de “cadeia do direito”, partindo da concepção de um romance literário construído por diversos autores. Esse aporte teórico demonstra-se útil para uma melhor compreensão da idéia de casamento apta a dialogar com os princípios de igualdade e liberdade compartilhados no paradigma de Estado Democrático de Direito.

Isso porque tal proposta de abordagem dos princípios é desenvolvida a partir da crítica à interpretação convencionalista do direito, que remete à repetição e consolidação de decisões pretéritas e textos legislativos já existentes, o que geraria uma impossibilidade de solução de problemas presentes e, ainda, à crítica a uma visão

⁹⁶ DWORKIN (2002:208-209)

pragmatista do Direito, em que os juízes decidam sobre o que é bom para o futuro, ignorando muitas vezes a vigência de princípios presentes⁹⁷.

A proposta do direito como integridade, dialoga com as idéias de justiça e equidade⁹⁸, mas parte da pretensão de se permitir uma leitura do passado a partir do presente, a fim de possibilitar um futuro coerente e íntegro com a história jurídica desenvolvida:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.⁹⁹

O direito como integridade se baseia na idéia de coerência, que, nesse contexto, não pode ser entendida como um simples retorno ao passado, como repetição de decisões passadas, mas como uma coerência argumentativa horizontal, ou seja, uma

⁹⁷ Um maior detalhamento sobre as correntes convencionalista e pragmática, em especial na tradição estadunidense, podem ser observados nos capítulos “Convencionalismo” e “Pragmatismo e Personificação”, em DWORKIN (2003).

⁹⁸ Deve-se observar que a idéia de equidade, trabalhada nas traduções brasileiras da obra de Dworkin, advém do termo inglês *fairness*. Esse termo remete a uma concepção de respeito às regras do jogo, de respeito a procedimentos estabelecidos, que garantam uma imparcialidade aberta à pluralidade, enquanto a idéia de justiça refere-se a um conceito de igual consideração, de tratar cada caso e situação como igualmente relevantes de uma correta proteção e análise jurídicas, considerando as especificidades e diferenças de cada caso com igual seriedade. Os sentidos conferidos a esses dois termos, que são necessários, porém não suficiente para a idéia de direito como integridade, se faz presente mais fortemente ao longo do desenvolvimento das obras utilizadas na pesquisa e, conseqüentemente, é aqui adotado. Todavia, eventuais confusões entre esses termos, oriundos de traduções conduzidas por diferentes profissionais, podem ser verificados. Nesse sentido, elucidativa é a nota do tradutor de *Levando os Direitos a Sério*, à página IX da introdução dessa obra: “*Fair* – pode ser traduzido por ‘equânime’. Na filosofia e na teoria do direito de Dworkin, o adjetivo *fair* e o substantivo *fairness*, dele derivado, indicam tanto ‘imparcialidade’ como ‘equidade’. Por vezes o termo indica ‘justiça’, quando esta é definida como imparcialidade ou equidade dos processos de atribuição de direitos e obrigações, encargos e benefícios. Além disso, os termos *fair* e *fairness* estão ainda associados à honestidade, isenção, equilíbrio, ausência de preconceitos e equidistância na ponderação de interesses conflitantes. *Fair play*, por sua vez, refere-se àqueles juízos, decisões e ações que são considerados razoáveis, apropriados ou adequados, segundo o entendimento, sentimento e as crenças partilhados por um grupo social ou comunidade a respeito do que é correto e equânime. O emprego desses termos está claramente associado à idéia de uma justiça processual, cuja característica central é precisamente a ‘imparcialidade’. Contudo, em alguns contextos, *fair* e *fairness* possuem um valor substantivo e não puramente processual.”

⁹⁹ DWORKIN (2003, p. 274).

coerência fundamentada em argumentos oriundos da comunicação, que reconstruem o passado (a partir de decisões judiciais, textos legais e demais manifestações jurídicas) a partir do presente e a partir de uma necessidade de consideração de princípios que compõem, no presente, o ordenamento. Nesse sentido, Dworkin¹⁰⁰ afirma:

Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.

Para desenvolver essa proposta de interpretação, Dworkin utiliza-se da metáfora do juiz, em virtude da sua posição na prática jurídica e, nesse sentido, entende que:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa, segundo as mesmas normas.¹⁰¹

A metáfora centra-se na figura do Juiz Hércules, dotado de capacidade intelectual e disponibilidade temporal sobre-humanas, que não pretende ser uma estrutura apologética do juiz, tampouco possui a pretensão de explicação ou ordenação do agir do Poder Judiciário, mas consubstancia uma espécie de saída irônica (presente na própria denominação do juiz Hércules, perante a dificuldade de suas tarefas). Não se trata de um fechamento no judiciário, nos juízes, pois isso seria uma incongruência com a própria leitura de construção pública, compartilhada, do significado dos princípios. Hércules é uma alegoria para todos aqueles envolvidos com o direito que, como prática

¹⁰⁰ Op. Cit. (p. 264).

¹⁰¹ Op. Cit. (p. 291).

social (conforme já demonstrado nas pretensões e discursos adotados por movimentos sociais), não se limita à atuação de técnicos e profissionais.

Os atores sociais que atuam na construção do significado dos princípios são ao mesmo tempo autores e críticos do “romance jurídico” desenvolvido dentro do direito como integridade e da metáfora literária da cadeia do Direito. Eles recebem um material já escrito anteriormente (a tradição, o material de decisões e interpretações jurídicas anteriores) e, a partir de sua leitura crítica, continuam a obra de maneira que não sejam geradas incompreensões, como, por exemplo, a repentina transformação de um personagem que demonstrava determinadas características em um personagem com características completamente opostas, sem que haja uma explicação e uma fundamentação convincentes para isso.

Tal processo de re-significação e releitura da tradição permite superar a concepção de que existiriam significados de direitos fundamentais fechados em um rol enumerado no texto constitucional, o que se revela sensível na discussão acerca da possibilidade de proteção do direito de família a diferentes projetos de compartilhamento íntimo de vida, em especial aquele conduzido por casais do mesmo sexo.

Para uma melhor compreensão dessa visão no ordenamento nacional, é necessário atentar para as observações de Paulo Luiz Netto Lobo acerca da não exaustividade das entidades familiares nos modelos previstos no artigo 226 da Constituição da República¹⁰².

¹⁰² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Para isso, o autor parte da constatação da existência de diversas formas de estruturação de unidades de convivência na sociedade, conforme verificado em levantamento anual conduzido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e utilizado como subsídio para elaboração de políticas públicas, a Pesquisa Nacional de Domicílios por Amostragem (PNAD)¹⁰³. O autor¹⁰⁴ observa que:

Os dados do PNAD têm revelado um perfil das relações familiares distanciado dos modelos legais, como procurei demonstrar em trabalho pioneiro, logo após o advento da Constituição de 1988. São unidades de vivência encontradas na experiência brasileira atual, entre outras:

- a)par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos;
- b)par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade;
- c)par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d)par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável);
- e)pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental);
- f)pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental);
- g)união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;
- h)pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i)uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j)uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
- k)comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹⁰³ Maiores detalhes sobre a PNAD, seu caráter de estimativa e a natureza dos dados e procedimentos utilizados para a coleta podem ser encontrados no sítio eletrônico do IBGE, www.ibge.gov.br. Um exemplo da utilização da PNAD para o estabelecimento de programas de políticas públicas voltados para a concretização e acesso a direitos pode ser observada no seu emprego no estabelecimento de aspectos basilares do Cadastro Único dos Programas Sociais do Governo Federal e em recortes utilizados pelo Programa Bolsa Família. Maiores detalhes podem ser obtidos no sítio eletrônico do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, em www.mds.gov.br

¹⁰⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=107>. Último acesso em 20.11.2006.

Todas essas formas de compartilhamento de projetos de vida carregam consigo três características comuns, que são (i) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família; (ii) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; e (iii) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente¹⁰⁵.

A indagação que o autor coloca é se essa variedade estaria contemplada pela proteção constitucional à família ou se as formas de compartilhamento que estariam aptas a gozar de proteção jurídica seriam unicamente aquelas enumeradas no texto constitucional. Nesse sentido, argumenta¹⁰⁶ que

Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada. (...) C. Massimo Bianca, tendo em conta o sistema jurídico italiano, ressalta o princípio da liberdade, pois a “necessidade da família como interesse essencial da pessoa se especifica na liberdade e na solidariedade do núcleo familiar”. **A liberdade do núcleo familiar deve ser entendida como “liberdade do sujeito de constituir a família segundo a própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade”.** (sem grifo no original).

Observa-se aí a inter-relação entre liberdade e igualdade, na medida em que a liberdade de estruturação de entidades familiares só é possível, só é efetivado, se essas diferentes formas de estruturação fática familiar dotadas de afeto, estabilidade e ostensibilidade forem reconhecidas como igualmente merecedoras de proteção jurídica, possibilitando, dessa forma, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Essa premissa acaba por se fazer presente na interpretação que LÔBO promove do texto constitucional¹⁰⁷:

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

¹⁰⁵ Cf. LÔBO, Id. Ibid.

¹⁰⁶ Id, Ibid

¹⁰⁷ Id, Ibid

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 1967-69), 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 conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu 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. (...) Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

A superação da idéia de que seria necessária uma explicitação de formas de entidades familiares para que fossem dignas de tratamento jurídico, promovida por LÔBO, dialoga com a visão acerca dos princípios adotada na pesquisa.

Isso porque, para Dworkin, a idéia de uma distinção que opõe direitos enumerados, previstos expressamente, e direitos não-enumerados, não expressos de maneira clara e que teriam até mesmo um questionável caráter de juridicidade, é falsa.

Para uma melhor elucidação desse ponto, faz-se necessário, primeiramente, estabelecer do que se fala quando se diz acerca de direitos enumerados e direitos não enumerados. Conforme Dworkin¹⁰⁸:

A distinção que eu suponho estar discutindo, entre direitos enumerados e direitos não enumerados, é apenas outra simples questão de equívoco semântico. Constitucionalistas usam o termo “direitos não-enumerados” como um coletivo para um conjunto particular de direitos constitucionais reconhecidos ou controversos, incluindo o direito de viajar; o direito de associação; e o direito e privacidade do qual deriva o direito ao aborto, se é que esse direito existe. Eles consideram essa classificação como estabelecida de uma importante distinção estrutural, como os termos “enumerados” e “não-enumerados” obviamente sugerem. **[Para esses constitucionalistas] Se os direitos e garantias individuais [Bill of rights] enumeram apenas alguns dos direitos necessários para uma sociedade de igual consideração e liberdade básica, e deixa outros direitos sem**

¹⁰⁸ DWORKIN (1992: 386)

menção, então os juízes têm apenas o poder de afirmar os direitos realmente enumerados. (sem grifo no original)

Como se observa, essa distinção retoma a discussão sobre a necessidade ou desnecessidade de enumeração, de explicitação, em textos normativos para que haja o efetivo reconhecimento de direitos. Conforme afirmado anteriormente, Dworkin sustenta a improcedência da própria distinção. Em suas palavras¹⁰⁹:

Então a distinção entre direitos numerados e direitos não-enumerados é amplamente entendida como condutora a um importante tema constitucional: A questão de saber “se” e “quando” as cortes tem autoridade de afirmar direitos que não estejam efetivamente enumerados na Constituição como direitos constitucionais genuínos. Eu entendo que tal questão é ininteligível, como eu disse no começo, porque essa distinção que presumidamente existe, não faz sentido. A distinção entre algo que está em uma lista e algo que não está é certamente genuína e usualmente muito importante. Um ato regulatório [ordinance] deve declarar, por exemplo, que é proibido levar armas, facas ou explosivos na bagagem de mão em um avião. Suponhamos que as autoridades aeroportuárias interpretaram que o ato regulatório também veta a possibilidade de embarcar-se com caixas de gás de efeito moral, tomando como base a estrutura geral do ato regulatório e a óbvia intenção por detrás dele, que é proibir todas as armas que pudessem ser levadas a bordo e utilizadas em seqüestros ou terrorismo. Estaríamos certos em dizer que o gás não estava na lista do que foi banido, e que se tem então uma legítima indagação sobre se as autoridades poderiam adicionar armas “não enumeradas” à lista. **Mas a distinção entre autoridades vetando pistolas, canivetes e granadas de mão por um lado, e gás de efeito moral por outro, depende de uma assunção semântica: que o gás de efeito moral enquadra-se no que os filósofos chamam de referência, e não se se enquadra no termo “armas”, nem em “facas”, nem em “explosivos”. Nenhuma assunção comparável pode explicar a suposta distinção entre direitos constitucionais enumerados e direitos constitucionais não-enumerados.** (sem grifo no original).

O papel dos princípios no ordenamento afasta essa distinção entre direitos enumerados e direitos não-enumerados, na medida em que afastam a redução de seu significado a uma questão apenas semântica, haja vista se basearem em uma questão de interpretação de seu sentido. Dessa forma, não se pode confundir a questão da referência que um texto normativo faz a determinada previsão, com a interpretação e os sentidos construídos acerca desses direitos, conduzida, no objeto da pesquisa, a partir de

¹⁰⁹ Id, Ibid. p. 387.

princípios constitucionais. Para Dworkin¹¹⁰, “a questão chave na aplicação desses princípios abstratos para controvérsias particulares não é uma questão de referência, mas de interpretação, o que é muito diferente”.

A partir do papel da interpretação dos princípios constitucionais e da abertura para diferentes formas de estruturação familiar que eles possibilitam, LÔBO¹¹¹ aborda a validade de uma entidade familiar homossexual:

As uniões homossexuais seriam entidades familiares constitucionalmente protegidas? Sim, quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. A norma de inclusão do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de par andrógino (homem e mulher).

A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação. Por outro lado, não vejo necessidade de equipará-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta, somente admissível quando constituída por homem e mulher (§ 3º do art. 226). Os argumentos que têm sido utilizados no sentido da equiparação são dispensáveis, uma vez que as uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria.

Além da invocação das normas da Constituição que tutelam especificamente as relações familiares, preferidas nesta exposição, a doutrina tem encontrado fundamento para as uniões homossexuais no âmbito dos direitos fundamentais, sediados no art. 5º, notadamente os que garantem a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Tais normas assegurariam “a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente à pessoa humana”.

É importante atentar para o fato de que os reflexos da interpretação dos princípios constitucionais de liberdade e igualdade aplicados às relações homossexuais, estrutura e permeia o ordenamento jurídico também por meio de regras.

Isso se demonstrou claro com a recente promulgação da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha. O dispositivo legal em questão alcançou repercussão por estabelecer um importante marco na questão de gênero no

¹¹⁰ Id, Ibid (p. 387).

¹¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=107>. Último acesso em 20.11.2006.

direito brasileiro, ao estabelecer mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ocorre que essa lei, para além do significativo avanço na proteção à mulher, permitiu a consolidação em regra do princípio da pluralidade de entidades familiares, especialmente do reconhecimento de caráter familiar a relacionamentos homossexuais estáveis, ostensivos e baseados no afeto. O artigo 5º, em seus incisos e parágrafo único, assim dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (sem grifo no original)

O reconhecimento de novas entidades familiares e a liberdade de estruturação da família dentro dessas novas formas só foi possível em função de uma mudança interpretativa acerca da relação entre regras do direito civil e princípios constitucionais. Dentro desse contexto, a proteção a diversas formas de estruturação familiar, de diferentes entidades familiares se faz necessária. Dessa maneira, é interessante observar o papel que o acesso ao casamento pode exercer, levando-se em consideração sua posição privilegiada dentro do entendimento construído na literatura jurídica.

Não se pretende com isso, evidentemente, criar um pedestal ou uma hierarquização entre as diferentes entidades familiares atualmente reconhecidas pelo Direito, o que seria, inclusive, inadequado perante o ordenamento jurídico. O que se pretende, apenas, é analisar como elementos e respostas jurídicas consolidadas, no caso

específico do casamento, podem lidar com demandas que se apresentam, notadamente os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, de modo a não violar princípios constitucionais.

Mas o que é casamento?

A resposta usual para essa pergunta, ao menos para manuais de direito, costuma ser: Casamento é a união entre um homem e uma mulher.

Essa definição de casamento, que não possui previsão nem na Constituição da República nem no Código Civil¹¹², encontra-se enraizada na tradição jurídica nacional, sendo considerada conceito fechado, sem possibilidade de discussão. A literatura jurídica entende que o descumprimento da diversidade de sexos não estaria a acarretar “nulidade, nem anulação; foi [o casamento] pura materialidade de fato, sem nenhuma significação jurídica”¹¹³, sendo, dessa forma, inexistente.

Esse posicionamento se demonstra claro no entendimento de Pontes de Miranda acerca da definição de “casamento não-existente” se baseia na violação de requisitos que “são evidentes e tem valor absoluto, são consubstanciais ao contrato do matrimônio, de modo que os Códigos nem sequer o mencionam”¹¹⁴; esses requisitos são (i) diferença de sexo; (ii) celebração do ato, conforme se observa :

A união, ainda quando solenemente feita, entre duas pessoas do mesmo sexo, não constitui matrimônio, porque ele é, por definição, contrato do homem e da mulher, *virí et mulieris coniunctio*, com o fim de satisfação sexual e procriação.¹¹⁵

¹¹² A Constituição, no tocante ao casamento, faz referência apenas ao seu aspecto civil e à gratuidade de sua celebração, estabelecendo, ainda, os mesmos efeitos civis ao casamento religioso. Dentro da regulamentação disposta pelo Código Civil de 2002, destaca-se o artigo 1.514, que versa sobre o momento de celebração do casamento, que faz referências a homem e mulher. Todavia, como será explicitado ao longo do capítulo, uma interpretação desse dispositivo de acordo com princípios constitucionais não conduz à definição de exclusividade do casamento entre pessoas de diferentes sexos.

¹¹³ PONTES DE MIRANDA (2004: 314)

¹¹⁴ Id, Ibid. (p. 313).

¹¹⁵ Id, Ibid. (p.315).

A leitura que entende a inexistência do casamento entre pessoas do mesmo sexo é repetido por outros autores, a exemplo de RODRIGUES(2001), MONTEIRO (1972) RUGGIERO (1972). Para esses autores:

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.¹¹⁶

Em matéria de casamento, ocorrem também hipóteses em que se verifica a inexistência do ato. Assim, se porventura se unissem duas pessoas do mesmo sexo, como outrora sucedeu com Nero e Sporus, ter-se-ia ato inexistente, porque do matrimônio é condição vital a diversidade de sexo dos nubentes¹¹⁷.

A diversidade de sexos é um elemento exigido pela própria natureza, sobre o qual não é preciso insistir, visto que só casos teratológicos ou de hermafroditismo (aliás, bem raros) podem exigir a aplicação deste requisito, casos esses que serão resolvidos pelo sexo que prevaleça.¹¹⁸

Até mesmo autores que promovem uma leitura crítica da homossexualidade no direito promovem explicações lacônicas acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo:

Uma vez descartada a compatibilidade das uniões homossexuais à comunidade familiar derivada do casamento – pois nesta espécie de união a distinção dos sexos é pressuposta de forma unânime pela doutrina e pela jurisprudência – resta analisar a pertinência das uniões de pessoas do mesmo sexo à chamada ‘união estável’¹¹⁹.

Observa-se uma explicação tautológica, na qual a suposta impossibilidade sustentada pelos autores, possui como fundamento a construção de tal entendimento pela própria literatura, configurando-se, dessa forma, uma postura dogmática, que, nos dizeres de Lyra Filho, se pretende “verdade absoluta, que se pretende erguer acima de qualquer debate e, assim, captar a adesão, a pretexto de que não cabe contestá-la ou a ela propor qualquer alternativa”¹²⁰. A diversidade de sexos dos celebrantes do

¹¹⁶ RODRIGUES (2001:19)

¹¹⁷ MONTEIRO (1972:69)

¹¹⁸ RUGGIERO (1972:121)

¹¹⁹ RIOS(2004:121)

¹²⁰ LYRA FILHO (1980:12).

casamento se apresenta como um tabu, característica excluída das possibilidades de discussão e re-significação perante o ordenamento jurídico.

Há ainda obras tradicionais que, embora proponham uma abertura para a reconstrução do conceito de casamento, acabam por incorrer em uma visão dogmática. Isso é demonstrado nos escritos de Caio Mário Pereira, que entende ser

(...) óbvio que a noção conceitual do casamento não pode ser imutável. As idéias que convinhavam ao povo hebreu do velho testamento, que satisfaziam o grego, que agradavam aos romanos, que vigiam na Idade Média, e mesmo as que predominavam no século XX – já não atendem às exigências da nossa geração, que assiste a uma profunda transformação do social, do político e do econômico. E sendo a família um organismo em lenta, mas constante mutação, o casamento que a legitima há de afeiçoar-se às condições ambientes e contemporâneas.¹²¹

Paradoxalmente, em seguida, recorre a fundamentos “que agradavam aos romanos” e que “não atendem às exigências da nossa geração” para adotar uma definição que exclua a possibilidade de pessoas do mesmo sexo celebrarem casamento, por ser entendido como “união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração psicossíquica permanente”¹²². Dessa maneira, sustenta que

o ato nupcial não tem em vista a união de duas pessoas quaisquer, porém de duas pessoas de sexo oposto. Os conceitos clássicos romanos (Modestino e Justiniano) já o salientavam [*nuptia sunt coniunctio maris et feminal, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (Digesto, Livro 23, Título II, fr. I) – Modestino; *nuptia autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum vitae consuetudinem continens* – Institutas de Justiniano]; as nossas definições, consideradas igualmente clássicas (Lafayette e Beviláqua) consignaram-no. E todos os civilistas o repetem, assinalando às vezes que não está aí apenas um elemento jurídico, mas um elemento natural do matrimônio, tão relevante que não se qualifica somente como requisito, porém se erige em pressuposto fático de sua existência, cuja postergação vai fundamentar a teoria do ‘casamento inexistente’. A ordem jurídica não admite o matrimônio de pessoas do mesmo sexo.¹²³

¹²¹ PEREIRA (2004: 52-53)

¹²² Id, Ibid (p.53).

¹²³ Id, Ibid (p. 64-65).

É interessante observar que autores que objetivam a ampliação das possibilidades de proteção às relações entre pessoas do mesmo sexo (não necessariamente o casamento) incorrem nessas leituras dogmáticas, que assumem posicionamentos como verdades solidificadas, ignorando o papel desempenhado pela abertura de princípios constitucionais dentro do atual ordenamento, promovendo, inclusive, leituras retrógradas, que procuram negar até mesmo a possibilidade de aplicação de outras formas de entidade familiar aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, por meio de interpretações que assumem entendimentos já superados paradigmaticamente.

Daniela Cristina Alaniz Macedo e Eliane Sobrinho Alexandre¹²⁴, com o objetivo de defender proteções jurídicas aos relacionamentos homossexuais, acaba por contribuir para o aprisionamento do sentimento e das manifestações de afeto em função da orientação sexual das pessoas envolvidas, na medida em que nega sua proteção enquanto entidade familiar:

Entretanto, a Constituição Federal restringe o conceito de entidade familiar, onde a união homossexual jamais poderá sê-la, pois aquela consiste na união entre homem e mulher. Por mais estável que a união venha a ser, não se considera a realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas sim sua potencialidade para procriação e socialização de futuros cidadãos.

(...)

Portanto, pode-se concluir que a tentativa de equiparação da união homossexual ao casamento, pelo nosso ordenamento, não é juridicamente possível; uma vez que mais do que um simples contrato, o casamento carrega em sua essência noções de família com características institucionais do interesse do Estado, tendo como requisito a dualidade de sexos e a capacidade para reprodução como características fundamentais.

Caio Mário Pereira esboça entendimento semelhante sobre a convivência entre pessoas do mesmo sexo:

Mais ou menos assumida, suscita dificuldades para a vida social e, sobretudo, para a identificação de seus efeitos jurídicos. Embora os costumes já a tolerem com certa liberalidade, autorizando o reconhecimento de direitos patrimoniais aos parceiros, ainda não se operou o seu reconhecimento

¹²⁴ MACEDO. ALEXANDRE. (2003:14-15)

formal, como ‘família’, para admiti-lo, finalmente, como ‘entidade familiar’.¹²⁵

Essas passagens levam a alguns questionamentos relacionados aos princípios no atual paradigma. Faz sentido, no atual paradigma, a partir de seus princípios e de um processo de repersonalização do direito de família, entender o casamento como um instituto dotado de “características institucionais do interesse do Estado”, voltada para a “potencialidade para procriação e criação de futuros cidadãos”? Essa não seria uma visão presa a uma idéia de cidadania típica do Estado Social e atualmente insustentável? Ademais, é necessário indagar o sentido da formalização proposta por Caio Mário Pereira. Os princípios, conforme demonstrado, não seriam suficientes a embasar a possibilidade de acesso de casais compostos por pessoas do mesmo sexo ao casamento? Ou será que outras formas de proteção a esses relacionamentos seriam suficientes para a consagração desses princípios, sem a necessidade de uma re-significação para além do dogmatismo relacionado ao casamento?

Para a abordagem dessas questões, é necessário lembrar Luiz Edson Fachin, quando afirma que na análise jurídica deve-se “reconhecer, de saída, a inexistência de soluções *pret-a-porter*, da pureza conceitual e do ornato adestrador da mera exegese.”¹²⁶

Por essa razão, os questionamentos devem ser respondidos a partir das possibilidades que se apresentam para romper com a atual prisão do sentimento. Para que seja possível o retorno à abordagem do casamento, se faz necessário desenvolver, a partir de uma leitura principiológica, notadamente do princípio da igualdade, como outras formas de diálogo com relacionamentos homossexuais se posicionam no

¹²⁵ PEREIRA (2004: 65)

¹²⁶ FACHIN (2003:45)

ordenamento, possuindo como enfoque projetos de estabelecimento de regras nesse sentido na legislação brasileira.

A partir desse ponto que o segundo capítulo aborda a Parceria Doméstica Registrada e a idéia de regulamentação legislativa da adoção por casais homossexuais, como formas de proteção jurídica e reconhecimento às relações entre pessoas do mesmo sexo.

Capítulo II – O Sentimento Guetificado

“All animals are equal, but some are more equal than others.”¹²⁷

Nessa passagem do livro “A revolução dos bichos”, de George Orwell, o autor demonstra a redução dos princípios norteadores de um regime democrático que seria supostamente instalado pelos animais após a queda dos humanos na fazenda, a uma diretriz excludente, mas que ainda assim tenta se afirmar partindo de um dos princípios apresentados no período que se seguiu à ruptura com a antiga ordem.

O estabelecimento de um paralelo, uma metáfora, uma alegoria a partir da obra de ficção é útil para iniciar o diálogo acerca de formas de proteção jurídica de relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo alternativas ao casamento. É necessário indagar até que ponto as propostas de estabelecimento de tais regras permitem uma efetiva inclusão ou, apenas, a criação de novas possibilidades que podem acabar por gerar o estabelecimento jurídico de uma forma de discriminação, em que todos são iguais, mas alguns são mais iguais que os outros.

A abordagem se inicia a partir de uma das principais novas formas jurídicas de se encarar e proteger as relações homossexuais, desenvolvida a partir do fim da década de 1980: as Parcerias Domésticas Registradas – PDR (*Registered Domestic Partnerships – RDP*, também chamadas de união civil entre pessoas do mesmo sexo).

Usualmente parte da mídia e do senso comum confunde as PDR com institutos de direito de família, como casamento ou união estável. Esse equívoco ocorre por não levar em conta a inexistência da proteção ao afeto nas PDR, como será demonstrado ao longo do capítulo.

¹²⁷ ORWELL (1993:92)

Dessa forma, o desenvolvimento dessa questão mantém pertinência com os debates levantados no primeiro capítulo a partir de princípios jurídicos, em especial o princípio da igualdade. Ao longo dessa análise, são consideradas as experiências internacionais de PDR e, em especial, o Projeto de Lei nº. 1.151/1995, que objetiva instituir a união civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, confrontados com experiências de efetiva extensão do direito ao casamento a casais de pessoas do mesmo sexo.

É importante ressaltar que essa análise não possui a pretensão de promover um estudo de direito comparado, na medida em que um estudo dessa natureza dependeria de um aprofundamento nas tradições jurídicas construídas por cada um dos países. O que se pretende é abordar os pontos comuns gerais de cada uma dessas experiências e interpretar como cada uma dessas respostas jurídicas se revela apta a lidar com as demandas sociais e com os princípios constitucionais dentro da tradição jurídica brasileira.

As Parcerias Domésticas Registradas surgiram e se fortaleceram especialmente ao fim da década de 1980 e ao longo da década de 1990, em países do norte europeu, a exemplo de Dinamarca (1989); Noruega, Suécia e Islândia (todos em 1996) e, mais recentemente, na Suíça¹²⁸ (2005)¹²⁹. De maneira sintética, elas são definidas como contratos que reconhecem a existência de um pacto de união entre pessoas do mesmo sexo, pacto esse centrado na proteção de relações patrimoniais constituídas entre os

¹²⁸ O sítio eletrônico do Departamento Federal de Justiça e Polícia suíço contém versões em italiano, inglês, francês e alemão de uma pequena cartilha informativa das condições, direitos e vedações da PDR suíça. O acompanhamento, em italiano, de todo o andamento do projeto legislativo, bem como uma versão digital da lei aprovada (em alemão e francês), podem ser encontrados no seguinte endereço eletrônico:

http://www.ofj.admin.ch/bj/it/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte0/eingetragene_partnerschaft.html.

¹²⁹ Maiores detalhes sobre o atual panorama da aprovação de PDR e reconhecimento de casamentos homossexuais pelo mundo pode ser obtido em www.samesexmarriage.ca. O sítio canadense promove um acompanhamento sobre a questão de direitos homossexuais, possuindo destaque suas campanhas de apoio ao casamento homossexual em diversos países, obtendo relevante atuação no processo de aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Canadá, ocorrido ao início de 2005.

pactuantes, com reflexos em aspectos relacionados a direitos sucessórios. Não há o reconhecimento de uma relação afetiva ou familiar, mas apenas de uma relação contratual.

Um marco importante para a consolidação da idéia de PDR no Brasil pode ser observado no Projeto de Lei (PL) nº. 1.151/1995, apresentado à Câmara dos Deputados em 1995.

Tal projeto, conhecido como “Projeto da Marta”, em referência à autora do projeto, a então Deputada Marta Suplicy, foi aprovado em comissão especial constituída para sua apreciação em dezembro de 1996, sendo levado a plenário logo em seguida. Ao longo de cinco anos, teve sua apreciação em plenário adiada sessão após sessão, até sua efetiva retirada de pauta, em virtude de acordo de líderes partidários, em maio de 2001¹³⁰. Desde então grupos ligados à defesa de direitos de homossexuais, bissexuais e transgêneros (doravante denominados sob o termo genérico GLBT – gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros) vêm defendendo o retorno do projeto de lei à pauta para sua análise e aprovação, como forma de promoção de igualdade, tendo sido esse inclusive o mote das paradas de orgulho GLBT realizadas no país em 2005.

O PL 1.151/1995 pretende instituir, sob o nome de “união civil entre pessoas do mesmo sexo” as *Registered Domestic Partnerships* no Brasil, concentrando-se, portanto, em aspectos patrimoniais e de sucessão, conforme disposto em seu artigo 1º:

Art. 1º É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais regulados nessa Lei.

O aludido projeto de lei pretende regulamentar, ainda, a estruturação que cartórios deverão adotar para o registro da parceria civil (artigos 6º a 9º), pequenas

¹³⁰ A versão digital do projeto de lei, bem como detalhes sobre seu andamento no parlamento, inclusive discursos proferidos nas sessões, podem ser obtidos em <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>.

adaptações na legislação trabalhista, previdenciária, sucessória e relativa a estrangeiros, para permitir que os parceiros registrados possam gozar dos direitos típicos de cônjuges (artigos 11 a 16), sem, contudo, reconhecer o pactuante da PDR como tal, em que pese promover a equiparação a tais direitos.

O que se demonstra claro desde o início é que os integrantes do relacionamento não são entendidos como cônjuges (em que pese a equiparação), mas como pactuantes, com especial foco em aspectos de ordem patrimonial, desconsiderando-se, dessa forma, a efetiva proteção a aspectos afetivos e de projetos mais amplos de compartilhamento de vida envolvidos na relação dessas pessoas. Como bem observam MACEDO e ALEXANDRE¹³¹:

O Projeto de Lei não pretende instituir o casamento ou união estável para pessoas do mesmo sexo, nem mesmo disciplinar as obrigações sexuais entre os parceiros. Não cria nenhuma entidade familiar para efeitos de proteção do Estado, apenas busca regulamentar os efeitos dos atos jurídicos praticados em parceria por essas pessoas. Tanto é verdade, que não se cogita em nenhum momento a relação de parentesco entre os parceiros ou entre cada um deles e os parentes dos outros.

Até mesmo a proteção de impenhorabilidade do imóvel próprio e comum dos partícipes da relação não reconhece o caráter de bem de família, como previsto na Lei 8.009/1990. O Projeto de Lei propõe que a regulação dessa legislação seja estendida aos contratantes das PDR, sem, contudo, reconhece-los como integrantes de uma entidade familiar, conforme se verifica em seu artigo 10:

Art. 10 O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela lei 8009, de 29 de março de 1990.

A afetividade existente na relação fática, aspecto essencial para o reconhecimento da entidade familiar, é excluída da parceria doméstica registrada. Nesse

¹³¹ DINIZ e MACEDO (2003:54)

sentido, é necessário observar, de pronto, a diferença existente em relação à trajetória de reconhecimento de que o direito ao casamento civil independe da orientação sexual, sendo estendido, portanto a relacionamentos homossexuais.

Esse entendimento se fortaleceu notadamente no início da década de 2000, marcado pela afirmação da existência de relações homossexuais dotadas de estabilidade, publicidade e, especialmente, afetividade, possibilitando, conseqüentemente, o gozo, pelos cônjuges, dos mesmos direitos inerentes ao casamento heterossexual, a exemplo da adoção de crianças e utilização do sobrenome do outro cônjuge.

Nesse sentido, possuem destaque a pioneira Holanda¹³² (2001), Bélgica (2003), Espanha¹³³ (2005), Canadá¹³⁴ (2005) e África do Sul (2006)¹³⁵.

O Reino Unido¹³⁶ (2005) adotou uma espécie de sistema híbrido, com pequenas nuances que a distinguem da mudança ocorrida no Canadá e nos países europeus

¹³² Uma tradução para a língua inglesa da lei holandesa que instituiu que o casamento é uma união entre duas pessoas em exclusão às demais pode ser encontrado no sítio da Faculdade de Direito da Universidade de Leiden, no endereço eletrônico <http://athena.leidenuniv.nl/rechten/meijers/index.php3?c=86>. É interessante observar que a lei em comento ao invés de criar um novo dispositivo, uma espécie de “Estatuto do casamento homossexual”, promoveu uma alteração na legislação civil holandesa acerca do conceito de casamento, abordando ainda temas complexos relacionados à sexualidade, a exemplo da abolição da necessidade de não se estar casado para que seja promovida a alteração de sexo no registro civil de trans-sexuais.

¹³³ A *Ley 13/2005*, que instituiu a possibilidade de casamento homossexual na Espanha, pode ser acessada por meio do sítio eletrônico do Ministério da Justiça daquele país, no endereço http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?pagename=Portal_del_Derecho/Page/PD_CanalActividadLegislativa&menu_canalactividad=menu_activo&tipoActividad=A&paginacion=siguiente&pinicio=1&pfm=20&pagina=1&c=LiteralMJ&cid=ShM_InfJur_IniApro&menu_activo=actLeg&p=1057821035222.

¹³⁴ O processo de aprovação do casamento homossexual no Canadá se iniciou com a decisão da Suprema Corte Canadense em consulta feita pelo parlamento. Essa decisão, exarada com base em um diálogo com a tradição e a reconstrução dessa tradição a partir de princípios constitucionais, pode ser obtida no sítio eletrônico do tribunal, no endereço <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc79/2004scc79.html>.

¹³⁵ A aprovação do casamento homossexual na África do Sul se deu de modo muito semelhante ao ocorrido no Canadá. A discussão iniciou-se na Suprema Corte de Apelações da África do Sul, na decisão exarada no caso 232/2003, em que o tribunal entendeu, a partir da reconstrução do significado de casamento com base em princípios constitucionais, notadamente o princípio da igualdade, a constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e, além, a inconstitucionalidade da manutenção da exclusão da possibilidade do casamento homossexual. Na ocasião, determinou o prazo de um ano para que o parlamento aprovasse a regulamentação que disciplinava o casamento como sendo a união entre duas pessoas em exclusão de todas as outras, independentemente da orientação sexual envolvida, o que efetivamente ocorreu em 14 de novembro de 2006. Esse entendimento prevaleceu no julgamento, pela Corte Constitucional Sul Africana, do caso CCT 25/03, que pode ser obtido em <http://www.constitutionalcourt.org.za/uhbincgisirsi/8YafaG4AOn/0/57/518/0/J-CCT25-03>.

¹³⁶ Maiores detalhes sobre a *Bill of Civil Partnerships* podem ser obtidos em http://www.direct.gov.uk/en/RightsAndResponsibilities/DG_10026937 (sítio do governo eletrônico da

continentais. Os parceiros são vistos como uma família, em que ambos tem obrigações similares àquelas típicas de casais heterossexuais casados, tais como o cuidado com crianças que integrem a família e deveres de auxílio no sustento familiar.

A união civil homossexual britânica difere da Parceria Doméstica Registrada por conceder à relação homossexual um caráter familiar, sem, contudo, equipará-la efetivamente ao casamento. Alguns aspectos interessantes da união civil chamam a atenção, como a aplicação da mesma regulamentação de impostos à parceiros casados, e a ausência da necessidade de publicidade da cerimônia de registro nos conselhos de administração local, supostamente, segundo alguns comentaristas¹³⁷, em nome da proteção do sigilo de orientação sexual dos celebrantes.

Esse tratamento de estender direitos sem reconhecer um igual status jurídico pode acabar por gerar um rotulamento, uma diferenciação que reduz a igual consideração dos relacionamentos homossexuais pelo direito, conforme será desenvolvido nesse capítulo adiante.

A confrontação entre o casamento homossexual/união civil britânica e os modelos tradicionais de Parceria Doméstica Registrada demonstra como a negação do reconhecimento do caráter familiar às relações homossexuais parece carregar consigo uma indevida visão homogeneizante da homossexualidade, como uma orientação sexual necessariamente contrária à constituição familiar.

Paradoxalmente, quando se vive um momento de repersonalização do direito civil e do direito de família, a movimentação legislativa no sentido de proteção a direitos de relações homossexuais se concentram, no Brasil, no modelo de PDR, focado

Grã-Bretanha), e ainda em : <http://www.gro.gov.uk/gro/content/civilpartnerships/> (sítio do General Registration Office, órgão governamental responsável pelo registro de tais parcerias) e em http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/4497348.stm (matéria especial da BBC de Londres que aborda detalhes da parceria civil britânica.)

¹³⁷ Maiores detalhes sobre essas nuances podem ser encontradas em pesquisa realizada pela BBC de Londres, quando da aprovação da união gay britânica em 2005, intitulada “Gay marriage around the globe”, disponível em <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/americas/4081999.stm>

em aspectos materiais, tratando a afetividade construída na relação entre pessoas do mesmo sexo como um sentimento guetificado, um sentimento que acaba por ser juridicamente relevante apenas em manifestações patrimoniais, um sentimento que acaba por se negar como sentimento, devendo permanecer isolado.

A idéia de PDR e o PL 1.151/95 possuem como pretensão estabelecer uma nova forma de parceria; mas até que ponto essa nova forma promove um efetivo reconhecimento e um tratamento igualitário, pelo Direito, das relações homossexuais?

Para uma melhor compreensão dessa questão, é necessário delimitar o entendimento do papel que o direito pode exercer na efetivação do reconhecimento de integrantes de determinados grupos sociais. É necessário definir qual o significado de reconhecimento em um âmbito jurídico e de concretização de princípios constitucionais.

Nesse sentido, a abordagem proposta por Axel Honneth¹³⁸ demonstra-se apta a um diálogo com o peso do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito, na medida em que parte de uma visão intersubjetiva da consciência, em que só é possível perceber a si mesmo quando do aprendizado da percepção da própria ação a partir da perspectiva simbolicamente representada de um outro generalizado, o que acaba por conduzir a uma idéia de igual consideração para efetivação de uma postura de respeito.

A partir dessa leitura de uma visão intersubjetiva de formação da consciência individualizada, Honneth¹³⁹ centra sua teoria em três padrões de reconhecimento: o amor (baseado na dedicação emotiva e geradora de autoconfiança), o direito (por meio do reconhecimento jurídico, conduzindo ao auto-respeito) e a solidariedade (assentimento solidário, a permitir a auto-estima).

¹³⁸ Axel Honneth, sociólogo alemão, professor da Universidade de Frankfurt, possui como cerne de sua pesquisa a preocupação sobre os tratamentos dispensados à diferença e a grupos que recebem um tratamento social inferiorizante por participarem dessa diferença. Os pontos principais de sua abordagem e de sua visão podem ser encontrados em HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003. (tradução de Luiz Repa).

¹³⁹ HONNETH (2003)

Na presente análise, a fim de um melhor desenvolvimento do diálogo existente entre a abordagem desenvolvida no âmbito do Direito Constitucional e teorias sociológicas, privilegia-se o padrão de reconhecimento erigido pelo direito.

O direito exerce importante papel na medida em que possibilita uma noção universalizante da idéia de portadores de direito, possível apenas quando se sabe que obrigações devem ser respeitadas em face do respectivo outro, conduzindo assim a um reconhecimento do ser humano como pessoa, sem a necessidade de estima por suas realizações ou caráter, baseado, assim, na igual consideração e na possibilidade de atuação livre. Essa universalidade não é estanque e distante, mas aberta ao questionamento a partir da discussão sobre sua aplicação, ou seja, sobre quem é concretamente também portador daquele direito¹⁴⁰ previsto de forma geral e abstrata, numa dinâmica constante de inclusão e exclusão.

É nessa perspectiva que o direito se constitui como um dos lugares de realização da luta por reconhecimento, ou seja, exatamente em virtude da possibilidade de alcance da afirmação da pertinência de direitos a determinados sujeitos. Segundo Honneth¹⁴¹:

Nós estamos aqui lidando com a negativa de direitos e com a exclusão social, em que seres humanos sofrem em sua dignidade na medida em que a eles não são outorgados direitos fundamentais e as responsabilidades que caracterizam uma pessoa reconhecida pelo direito em sua própria comunidade. Consequentemente, esse tipo de desrespeito tem de ter, como sua relação correspondente, o reconhecimento recíproco pelo qual os indivíduos vêm a si próprios como iguais portadores de direitos a partir da perspectiva de seus pares.

(...)

Eles tornam-se aptos a considerar a si próprios como dividindo, com todos os outros membros de sua comunidade, os atributos de um ator moralmente competente. Relações legalmente baseadas, em contraste com as relações de reconhecimento baseada em relações primárias, permite a generalização desse característico meio de reconhecimento, nas duas direções das extensões material e social dos direitos. No primeiro caso, o conteúdo material amplia a ordem legal, então as diferenças nas oportunidades disponíveis aos indivíduos de perceber suas liberdades inter-subjetivamente

¹⁴⁰ Para um debate mais aprofundado sobre a distinção entre discursos de justificação e de aplicação do direito – suscitados de maneira lateral por Honneth às páginas 186 e 187 de sua obra de 2003 – observar GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

¹⁴¹ HONNETH (2001: 49)

garantidas, pode ser dada consideração legal. No segundo caso, relações legais são universalizadas, na medida em que são outorgados, a grupos que até aqui eram excluídos ou encontravam-se em situação de desvantagem em suas comunidades, os mesmos direitos que todos os outros membros da sociedade possuem.

Desse modo, com o reconhecimento de direitos individuais, tem-se a geração de um auto-respeito, uma auto-noção do sujeito sobre poder colocar legitimamente suas pretensões, a permitir que constate assim o respeito de todos os demais, conforme Honneth¹⁴²:

(...) Um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade; e a possibilidade de se referir positivamente a si mesmo desse modo é o que podemos chamar de “auto-respeito”.

Todavia, a observação das condições e das perspectivas de reconhecimento propiciadas pelo direito é reforçada pela constatação de suas formas de negação e ofensa, consubstanciadas nas atitudes que conduzem a formas de reconhecimento recusado, geradoras do impulso para a resistência social e para uma luta por reconhecimento.

No âmbito jurídico o desrespeito é caracterizado pela privação do acesso a direitos, o que se demonstra claro, no caso das relações homossexuais, na leitura dogmatizante que veda o acesso dos envolvidos a institutos de direito de família que reconheçam, igualmente, a proteção a laços afetivos, projetos de compartilhamento de vidas e suas conseqüências.

Essa negação de direitos conduz à perda de auto-respeito, à capacidade de se referir a si mesmo como um igual dentro da interação social¹⁴³, ferindo assim o exercício tanto de uma autonomia privada, na medida em que limita um campo de atuação particular do sujeito, como de autonomia pública, ao rotular o homossexual

¹⁴² Id, Ibid (p. 197).

¹⁴³ Id, Ibid (p. 217).

como inferior, como um parceiro de menor valor na interação existente dentro de uma sociedade de co-associados pelo direito¹⁴⁴.

A rotulação, a minoração de valor para com os homossexuais, reforçada pela negação de direitos, se consubstanciou como um dos elementos condutores da atuação do movimento GLBT¹⁴⁵ que passou a se organizar por diferentes formas de interpretação e tratamento jurídicos às relações homossexuais, com gestões públicas e junto ao judiciário¹⁴⁶ e legislativo, em prol de interesses do grupo e contra o desrespeito, objetivando desenvolvimentos e progressos na realidade social do grupo¹⁴⁷, especialmente por meio do reconhecimento da extensão de direitos usualmente entendidos como não pertinentes a homossexuais.

Nesse tocante, é interessante atentar para a distinção que Honneth¹⁴⁸ faz entre lutas sociais calcadas em interesses coletivos e aquelas baseadas em lesões a experiências morais, pertinente a um diálogo com um direito civil que, para além do patrimônio, pretende se centrar nas pessoas. As primeiras teriam como base aspectos de sobrevivência econômica de determinado grupo, as segundas relacionadas a situações de desrespeito, ligadas à própria integridade psíquica dos integrantes do grupo, afetada por sentimentos de injustiça que conduzem a uma auto-percepção reducionista. Nos dizeres de Honneth¹⁴⁹:

Interesses são orientações básicas dirigidas a fins, já aderidas à condição econômica e social dos indivíduos pelo fato de que estes precisam tentar conservar pelo menos as condições de sua reprodução; esses interesses vêm a ser atitudes coletivas, na medida em que os diversos sujeitos da comunidade se tornam conscientes de sua situação social e se vêm por isso

¹⁴⁴ Cf. HABERMAS (1997).

¹⁴⁵ O movimento GLBT (Gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros) é composto por diversas organizações não-governamentais que atuam em rede. Recentemente (novembro de 2005) foi realizado o XII Encontro Brasileiro Gay, Lésbico e Transgênero, que contou com o lançamento da revista *Memória EBGLT*, voltada para o resgate da atuação do movimento ao longo dos últimos 25 anos.

¹⁴⁶ As manifestações judiciais acerca desses temas serão abordadas no capítulo 3.

¹⁴⁷ HONNETH (2003:227).

¹⁴⁸ Id, Ibid (p. 260).

¹⁴⁹ Id, Ibid.

confrontados com o mesmo tipo de tarefas vinculadas à reprodução¹⁵⁰. Ao contrário, sentimentos de desrespeito formam o cerne de experiências morais, inseridas na estrutura das interações sociais porque os sujeitos humanos se deparam com expectativas de reconhecimento às quais se ligam as condições de sua integridade psíquica; esses sentimentos de injustiça podem levar a ações coletivas, na medida em que são experienciadas por um círculo inteiro de sujeitos como típicos da própria situação social. Os modelos de conflito que começam pelos interesses coletivos são aqueles que atribuem o surgimento e o curso das lutas sociais à tentativa de grupos sociais de conservar ou aumentar seu poder de dispor de determinadas possibilidades de reprodução; por isso, hoje se encontram na mesma linha todas as abordagens que querem ampliar o espectro dessas lutas dirigidas por interesses, incluindo bens culturais e simbólicos na definição das possibilidades de reprodução específicas dos grupos. **Pelo contrário, um modelo de conflito que começa pelos sentimentos coletivos de injustiça é aquele que atribui o surgimento e o curso das lutas sociais às experiências morais que os grupos sociais fazem perante a denegação do reconhecimento jurídico ou social.** Ali se trata da análise de uma concorrência por bens escassos, **aqui, porém, da análise de uma luta pelas condições intersubjetivas da integridade pessoal.** Mas esse segundo modelo de conflito, baseado na teoria do reconhecimento, não pode precisamente substituir o primeiro, o modelo utilitarista, mas somente complementá-lo: pois permanece sempre uma questão empírica de saber até que ponto um conflito social segue a lógica da persecução de interesses ou a lógica da formação da reação moral.

As PDR e, no caso brasileiro, o PL n.º. 1.151/95, são centrados em interesses econômicos e com pouca preocupação sobre uma efetiva afirmação da diferença e a possibilidade de geração de auto-respeito, aproximando-se muito mais de uma idéia de luta por interesses, diferentemente do casamento homossexual, mais relacionado a uma luta por reconhecimento, na medida em que propõem, a partir de uma interpretação do princípio da igualdade, um reconhecimento das diferentes formas de estruturação do afeto existentes.

Não se pode, contudo, dogmatizar a distinção entre interesses e combate ao desrespeito, ou encarar tal distinção com olhos ingênuos que pretendam hipertrofiar um dos lados. A distinção pode ser útil como um aporte na análise de como as diferentes formas de proteção jurídica aos relacionamentos homossexuais, PDR e casamento, dialogam com o princípio de igual consideração de cada ator social e jurídico, e sobre as

¹⁵⁰ Deve-se observar que o termo reprodução, aqui empregado, é utilizado no sentido de consolidação, perpetuação do grupo, sendo indevida sua interpretação em um sentido de reprodução biológica.

insuficiências que podem ser geradas um tratamento centrado no aspecto patrimonial, quando confrontado com uma realidade de retorno do direito civil à realização individual e à sua personalização.

Não se pretende com isso a incursão em um neo-conservadorismo que se baseia em jogos de distinções (interesses x reconhecimento) para a manutenção de um *status quo* que acaba por violar ambos, na medida em que não protege nem o afeto, nem a construção patrimonial erigida conjuntamente.

Deve-se observar que no debate por reconhecimento não se pretende excluir a possibilidade de criação de um instituto¹⁵¹ jurídico apto a regular a proteção apenas de aspectos financeiros de relacionamentos, sob pena de incorrer em padronização das diferenças.

As formas de estruturação de projetos de compartilhamento de vida são plurais, não sendo a idéia de entidade familiar limitada a um fechamento quanto à proteção jurídica às estruturas diversas constituídas. A idéia de casamento pode ser demasiada rígida para casais homossexuais, como também pode o ser para casais de pessoas de diferentes sexos, que podem vir a optar por formas mais “leves” de proteção jurídica a seus relacionamentos.

A discussão aqui não é se a PDR ou o casamento são mais apropriados para relacionamentos homossexuais, mas a igual consideração que o direito deve prestar aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, para que seus integrantes possam ter um pleno exercício de liberdade de escolha¹⁵² acerca da forma de proteção jurídica que desejem para o projeto de compartilhamento de vida que construíram.

¹⁵¹ Instituto, aqui, não pode ser entendido aqui a partir de uma leitura dogmática que o interprete como algo estanque e fechado, mas como um ponto de regulamentação do direito aberto a re-significações e reconstruções.

¹⁵² Quando se fala em liberdade de escolha não se pretende excluir os ritos e procedimentos obrigatórios relativos a institutos de direito de família, mas no sentido de se permitir aos cônjuges quais desses ritos e procedimentos atualmente ínsitos a cada instituto eles desejem seguir.

É nesse sentido que é interessante observar o posicionamento adotado pela Holanda; na medida em que reconheceu às relações homossexuais o direito ao casamento, permitiu também a utilização das PDR por qualquer par, independentemente de sexo ou orientação sexual, conduzindo assim a uma maior abertura à diferença e uma igual consideração quanto à orientação sexual, o que permitiu, ao mesmo tempo, um maior exercício de liberdade na escolha da proteção jurídica a ser adotada para a proteção de seus projetos conjuntos¹⁵³.

Não se pretende que todos os relacionamentos estáveis entre pessoas do mesmo sexo procurem o casamento e a formação da entidade familiar, excluindo a possibilidade de conformação de um relacionamento que pretenda unicamente se proteger patrimonialmente, até mesmo porque isso seria uma anti-jurídica tentativa de padronização da diferença, afetando qualquer possibilidade de exercício da liberdade. O que se pretende, a partir de princípios constitucionais, é não negar a possibilidade de constituição de uma entidade familiar, com suas tradicionais características de estabilidade, publicidade e afetividade, para aqueles casais homossexuais que assim o desejarem, em nome de um respeito à igual consideração dos diferentes cidadãos.

Reitera-se, portanto, que o cerne desse debate não é uma análise de ponderação entre interesses econômicos e luta contra desrespeito (em que pese a relevância de sua abordagem), mas as possibilidades de inclusão capazes de serem geradas pelo constitucionalismo, o que inclui igual acesso a diferentes formas de proteção jurídica de projetos de compartilhamento de vida.

Para isso é necessário, primeiramente, pensar sobre qual inclusão se tem em vista em um contexto de Estado Democrático de Direito, possuindo como base os princípios constitucionais de igualdade e liberdade. Essa inclusão certamente não pode

¹⁵³ Detalhes sobre a organização do direito de família holandês podem ser obtidos no sítio eletrônico do Ministério da Justiça daquele país, em www.justitie.nl.

se basear em um delineamento, promovido por uma comunidade fechada ao diálogo e participação dos potenciais afetados pelas limitações ao exercício da diferença.

Caso contrário estaria a ser gerada uma inclusão guetificada, sem autonomias pública nem privada, que ao invés de incluir de modo efetivo, reconhecendo os sujeitos como portadores de direitos e co-partícipes em sua elaboração, merecedores de igual consideração, exatamente por conta das suas diferenças.

A diferença não pode ser simplesmente integrada¹⁵⁴, colocada em limites que a sufocam, não permitindo seu exercício e, acima de tudo, não a reconhecendo. A integração acaba por conduzir a uma diferença que só é tolerada¹⁵⁵, mas não é reconhecida nem respeitada com igual consideração, sendo apenas tolerada quando da submissão a uma igualdade de visão de mundo que a exclui, na medida em que viola a possibilidade de livre atuação. Nesse sentido, Habermas observa os riscos de uma “tolerância incorporativa” voltada a abolir discriminações¹⁵⁶:

O comportamento tolerante em relação a mulheres, gays ou deficientes, com vistas a uma bem sucedida abolição da discriminação, apenas revelaria a persistência dissimulada de velhos preconceitos.

A incorporação da diferença, que objetiva limitá-la e padronizá-la, gera uma visibilidade míope sobre o grupo social que sofre com a dissimulação dos preconceitos. Para a superação desse ponto é necessária uma inclusão protagonizada pelos diversos atores que a pretendem, sem incorrer em uma visão homogeneizante ou que transforme os movimentos sociais em únicos portadores do discurso de inclusão.

O reconhecimento pelo direito que permita uma inclusão autônoma passa por

Direitos que assegurem a todos os cidadãos igual acesso a ambientes culturais, relações interpessoais e tradições – na medida em que esses são materiais para a formação ou manutenção de suas respectivas identidades pessoais.¹⁵⁷

¹⁵⁴ HABERMAS (1998)

¹⁵⁵ Cf. HABERMAS (2003).

¹⁵⁶ Id, Ibid (p.11)

¹⁵⁷ Id, Ibid (p. 10)

A partir dessa visão se constata que o PL 1.151/95 não é suficiente para permitir igual acesso dos homossexuais à possibilidade de reconhecimento pelo direito de suas relações afetivas e o conseqüente sentimento de auto-respeito por isso gerado. O projeto nega aos homossexuais a proteção de suas relações enquanto relações afetivas, delimitando-as apenas como relações econômicas, contratuais, restando assim rotuladas com um status inferior quando consideradas perante os relacionamentos heterossexuais.

Reitere-se que não se trata de uma condenação da idéia de Parceria Doméstica Registrada, mas sim de observar sua insuficiência perante o princípio da igualdade, caso mantido o desenvolvimento conduzido no âmbito do Projeto de Lei em questão.

Ademais, deve-se atentar para os riscos de sua utilização para denegação de autonomia e reconhecimento, em que pese satisfazerem interesses econômicos. Essa possibilidade de instrumentalização juridicamente indevida da pretensão homossexual ficou clara na aprovação do projeto suíço¹⁵⁸ de união civil entre pessoas do mesmo sexo. Ao mesmo tempo em que passou a permitir contratos entre casais homossexuais, com a finalidade de construção conjunta de patrimônio e utilização de benefícios previdenciários, proibiu expressamente a adoção de crianças por aqueles que assinarem tal contrato; além disso, proibiu que no caso de casais compostas por duas mulheres, sejam realizados tratamentos de inseminação artificial por qualquer das parceiras.

A lei suíça instituiu então que a diferença, nesse caso a diferença por orientação sexual, só pode existir dentro de limites determinados e só pode ser incorporada (de forma alguma incluída) se tiver sua autonomia violada. A diferença “amarrada” não condiz com a possibilidade de participação discursiva na formação da vontade em iguais bases, na medida em que afeta a autonomia privada, ao delimitar qual o grau de envolvimento e construção de uma vida em comum podem os homossexuais ter

¹⁵⁸ Op. Cit.

reconhecidos como direito, prejudicando, dessa maneira, o exercício da autonomia pública pelos homossexuais, na medida em que cria o risco da geração de “cidadãos de segunda classe” privados de direito, não portadores de igual consideração e, conseqüentemente, com seu auto-respeito violado. Ao se transformar diferença em desigualdade viola-se, ao mesmo tempo, os princípios de igualdade e liberdade.

É interessante observar que mesmo o acesso a semelhantes direitos pode ocorrer de forma excludente e desigual, conforme ocorre no caso britânico, por meio da criação de um instituto que dispensa aos casais homossexuais as mesmas conseqüências jurídicas dispensadas ao casamento, mas não o reconhece como tal.

A própria questão da denominação adquire importância no contexto jurídico atual, em virtude de não ser coerente entender o casamento como uma mera soma de direitos. Conforme trabalha David Buckel¹⁵⁹, o casamento carrega consigo todo um status jurídico de reconhecimento, que não seria satisfeito com a simples concessão de direitos semelhantes sob um instituto distinto:

(...) o casamento não pode ser visto meramente como certo conjunto de direitos, divisível por medidas em listas de benefícios e responsabilidades. Casamento é um status privilegiado, com um impacto maior do que soma de suas partes (direitos). Uma união civil é um status inferior, com um impacto que diminui a soma de suas partes.

Novamente, deve-se atentar para o fato que não está a se afirmar que outras formas de proteção aos relacionamentos homossexuais seriam, em si, inferiores ao casamento, haja vista que tal entendimento seria anti-jurídico e inconstitucional, por contrariar a idéia de pluralidade de entidades familiares. O que se afirma aqui é que, ao manter-se uma interpretação paradigmaticamente indevida de vedação do acesso de casais homossexuais, em nome de soluções paliativas ou que ignorem a transformação

¹⁵⁹ BUCKEL (2005:79).

contemporânea dos projetos de compartilhamento de vida, estará a se criar situações de inferioridade jurídica desses cidadãos.

Isso porque o reconhecimento não trata apenas da concessão de um pacote de direitos, em que pese essa concessão ser importante e contribuir em parte com o objetivo de melhoria de vida dos indivíduos empenhados na busca por reconhecimento de suas pretensões morais. A concessão de um status jurídico que não conduza a redução também se demonstra essencial, segundo Honneth¹⁶⁰, para a geração de auto-respeito e exercício autônomo de pretensões.

Demonstrada a importância do direito para a luta por reconhecimento, por meio de sua inclusão que permite a autonomia e a construção de auto-respeito, cabe indagar como o constitucionalismo moderno, com suas premissas de governo limitado, aderência ao Estado de Direito e proteção aos direitos fundamentais, pode lidar com tais pretensões.

Nesse sentido, Michel Rosenfeld apresenta uma proposta hábil para o estabelecimento de diálogo entre as diferentes concepções sobre o bom e identidades existentes na sociedade, sem que seja necessária a adoção de uma dessas como dominante. Baseia-se para isso na idéia de abertura do sujeito constitucional e no respeito à igualdade baseada na diferença.

A identidade do sujeito constitucional é entendida como aberta, incompleta, em um processo contínuo de inclusão e exclusão de identidades aptas a serem albergadas pelas disposições constitucionais em um processo ininterrupto de construção e concordante com o constitucionalismo.

À primeira vista, tal leitura sobre o sujeito constitucional poderia levar a uma compressão que visse na incompletude uma fraqueza ou na abertura uma demonstração

¹⁶⁰ Op. Cit.

da dispensabilidade de se trabalhar tal sujeito. Essa compreensão se demonstra equivocada, na medida em que a possibilidade de abertura para o futuro e para novas demandas e pretensões a serem apresentadas propiciada pela reconstrução e pela determinação apenas parcial do sujeito constitucional¹⁶¹, constituem significativa força para o constitucionalismo lidar com novos problemas que lhe são apresentados.

O processo de reconstrução permite assim a abertura e o diálogo da identidade constitucional com as demais identidades existentes na sociedade, propiciando dessa forma a abertura do direito à luta por reconhecimento.

O reconhecimento do outro, pelo direito, como um membro da comunidade com igual respeito e iguais possibilidades de atuação na formação coletiva da vontade, perpassa pelo reconhecimento de sua identidade como componente da identidade plural do sujeito constitucional.

Como se pôde observar no debate sobre a rotulação inferiorizante promovida pelas PDR e pelo modelo britânico de união civil, não há, nesses institutos, a ampliação da identidade constitucional rumo à inclusão da homossexualidade (ou da identidade homossexual), na medida em que se verifica a criação de uma cidadania de segunda classe, menos igual que a igualdade dos outros. Há apenas a promoção da tolerância e a tolerância não reconhece outras identidades.

Tal afirmação se revela mais clara quando se atenta para as etapas, práticas, e procedimentos envolvidos no reconstruir contínuo da identidade do sujeito constitucional, notadamente a negação, a metáfora e a metonímia, que interagem entre si.

¹⁶¹ ¹⁶¹ Atente-se para que a menção à determinação parcial do sujeito constitucional pretende afirmar que a leitura vigente no presente sobre esse sujeito é aberta, precária e contingente, inserida dentro do processo contínuo de reconstrução, não podendo ser entendida como uma identidade final, conclusa ou integralmente determinada; daí a utilização da idéia de uma determinação parcial.

A negação abarca um momento de exclusão de todas as identidades pré-constitucionais (chamado de momento negativo) para a posterior reinclusão seletiva (momento positivo) das identidades aptas a lidar com a pluralidade de uma forma não destrutiva.

Agindo isoladamente, todavia, ela não é capaz de promover uma construção do sujeito constitucional de acordo com o constitucionalismo¹⁶², como pôde ser observado na reconciliação precária produzida no caso Dred Scott, que negou aos escravos seu caráter de humanidade.

Por conseguinte, a negação necessita interagir com a metáfora, que recorre a relações de similaridade e de minoração das diferenças, para permitir, no momento positivo de formação da identidade do sujeito constitucional, uma maior inclusão, por meio do recurso à contra-factuality enriquecedora da factuality, conforme exemplifica Rosenfeld¹⁶³:

Na verdade, não é o fato de que todos os seres humanos compartilham certas características comuns, mas antes a proposição contra-factual de que todos os seres humanos são iguais como agentes morais, que forma a espinha dorsal do universo normativo associado ao constitucionalismo.

A metonímia, em contrapartida, participa do procedimento de reconstrução reforçando as diferenças e conduzindo à contigüidade com contextos mais amplos, a fim de permitir, por meio da interação com a negação e a metáfora, uma identidade do sujeito constitucional parcial formada com base em relevantes identidades e relevantes diferenças.

¹⁶² Cf. ROSENFELD (1995:11)

¹⁶³ Id, Ibid (p. 12).

Em virtude do papel que essa interação desempenha e da tensão existente entre igualdade e diferença no processo da determinação parcial da identidade, Rosenfeld¹⁶⁴ observa que

cada passo [na reconstrução da identidade] deve ser medido, a fim de balancear metáfora e metonímia, para que se evitem os perigos gêmeos de uma identidade demasiadamente restritiva ou de uma diferença insuficientemente reprimida.

Ora, o que ocorre nas PDR e na união civil britânica é exatamente a restrição em demasia da identidade, na medida em que, a partir da diferença de orientação sexual, consolida-se a exclusão dos homossexuais do gozo dos mesmos direitos e status jurídico destinado a parceiros heterossexuais, negando-se o reconhecimento quando da afirmação de sua não pertinência à identidade do sujeito constitucional.

A metonímia, que nesse caso ressalta a diferença de orientação sexual como diferença necessária de restrição, não apta ao momento positivo de re-inclusão na identidade do sujeito constitucional, acaba por não atentar para a contigüidade com um contexto de Estado Democrático de Direito que a discussão jurídica sobre o casamento deve ter.

O Estado Democrático de Direito objetiva permitir a conciliação entre o respeito a garantias individuais e a possibilidade de participação pública do cidadão, conduzindo a uma concepção de cidadania que entende o público como uma esfera de atuação do indivíduo na coletividade e compreende a legitimidade baseada com base na igual consideração da autonomia pública e privada, sem a hipertrofia ou privilégio de uma em detrimento da outra.

Isso porque o sujeito só adquire autonomia na medida em que pode compreender a si mesmo como autor dos direitos ao qual se submete e só é capaz de deliberar sobre

¹⁶⁴ Id, Ibid. (p. 17).

esse direito quando possui a garantia de direitos individuais; a autonomia pública e a autonomia privada, apesar de distintas, não são mais antagônicas, mas interdependentes, sendo ambas violadas em virtude da negação do direito à igual proteção de relacionamentos afetivos desenvolvidos na esfera privada, o que conduz a um rebaixamento no panorama de atuação na esfera pública.

O tratamento desigual à diferença fere a autonomia e demonstra a tensão existente entre diferença e igualdade. Mas sobre qual igualdade se fala? Será possível pensar no respeito à diferença sem falar na igualdade? A diferença não pode ser pensada por meio da igualdade?

O que se pretende ao invés da submissão da diferença a igualdade que rotula a diferença como desigualdade é a utilização de uma igualdade que só consegue se afirmar a partir do respeito à diferença, igualdade entendida não de uma maneira limitadora, mas que seja igual exatamente por possibilitar o exercício da autonomia a vivência da diferença sem um tratamento desigual e inferiorizante pelo direito.

Nessa direção, Rosenfeld trabalha a igualdade constitucional a partir do constitucionalismo e do modelo de Estado Democrático de Direito, calcado na contrariedade de um abstracionismo normativo, que considera as diferenças existentes na realidade a partir de uma idéia de tratamento igualitário advinda da proteção constitucional, ou seja, da assunção da igualdade na diferença, para que todas as pessoas tenham garantias dos mesmos direitos constitucionais e recebam igual proteção da lei¹⁶⁵.

Essa idéia é desenvolvida a partir da elaboração de três graus de igualdade. Observe-se que essa divisão em graus não conduz necessariamente a uma superioridade, uma hierarquia entre os diferentes graus, tampouco conduz à noção de superação, por exemplo, dos graus “um” e “dois” pelo grau “três”. O que ocorre é que cada grau lida

¹⁶⁵ ROSENFELD (2003:79).

com situações de complexidades distintas, sendo às vezes determinado grau insuficiente para a concretização da igualdade de acordo com o constitucionalismo e o Estado Democrático de Direito em situações concretas.

O grau “um” consiste no entendimento da diferença como desigualdade, na qual a diferença é entendida como justificadora de um necessário tratamento desigual. Tal leitura da igualdade se revela inadequada para abordar a questão homossexual no atual estágio do constitucionalismo, haja vista que parte de visões totalizantes e excludentes sobre aspectos da autonomia privada do indivíduo, a exemplo da orientação sexual.

O grau “dois” baseia a igualdade na identidade, em que a igualdade só é obtida por quem alcança determinados critérios entendidos como fechados em uma identidade definida, apto a lidar com uma plêiade maior de situações, como por exemplo, o igual tratamento a membros de uma mesma categoria profissional, mas insuficiente, por exemplo, para questões de orientação sexual e de gênero.

Um exemplo pode ser observado em questões relacionadas ao ingresso no mercado de trabalho. Um tratamento baseado na igualdade do tipo “dois” não permitiria a discriminação e a vedação do exercício das atividades pelas mulheres, na medida em que estariam inseridas na identidade de trabalhador. Todavia, seria insuficiente para lidar com as especificidades relativas às mulheres para além da identidade de trabalhadores, a exemplo de questões relacionadas à maternidade.

Não há como falar, por exemplo, de licença-maternidade em uma igualdade grau “dois”, em que a partir de um abstracionismo (que trata homens e mulheres como iguais) há a inclusão da mulher em uma identidade e em tratamento igualitário, porém, em virtude do próprio abstracionismo, as particularidades são desprezadas e acaba por se conduzir a um panorama de desigualdade.

Nesse sentido, a igualdade entendida como respeito à diferença se demonstra uma forma mais adequada de permitir a concretização de um efetivo tratamento igualitário, na medida em que faz uso do abstracionismo sem, contudo, fechar os olhos para as peculiaridades. É o que se verifica no grau “três” de igualdade, em que as diferenças existentes nas identidades dos grupos e, ainda, no cidadão individualmente considerado, são levadas em conta, conjuntamente com a abstração contra-factual do direito, passando assim a diferença a possuir como correlato à igualdade, na medida em que a partir das especificidades da situação concreta e das medidas a serem tomadas para uma efetiva concretização de um tratamento igualitário, tem-se a idéia de que qualquer pessoa deve ser tratada em proporção a suas necessidades e aspirações¹⁶⁶.

A igualdade como diferença vê sua promoção baseada no exercício de um pluralismo abrangente¹⁶⁷ (*comprehensive*) que dialoga com a própria abertura do sujeito constitucional, possuindo um primeiro momento negativo, onde há uma consideração igualitária de negação e rechaço a todas as diferentes concepções de bem para, em seguida, adotar um segundo momento positivo, em que essas concepções são readmitidas de acordo com a própria concepção de bem do pluralismo, ou seja, em uma readmissão que permita o convívio dessa concepção com as demais concepções, o que afasta a possibilidade de aceitação de uma visão que conduza a uma obrigatoriedade de orientação sexual heterossexual para que se possa ter o reconhecimento de igual proteção às relações afetivas.

Dessa forma, a igualdade pela diferença, em virtude do respeito às autonomias e do tratamento da diferença como diferença não-desigual, permitindo abertura às interações sociais, se revela mais apta a dialogar com a contínua reconstrução da

¹⁶⁶ Id, Ibid(p. 73)

¹⁶⁷ Id, Ibid.

identidade do sujeito constitucional, possibilitando, dessa maneira, uma maior perspectiva de inclusão e reconhecimento da diferença.

Conforme essa visão e conforme trabalhado ao longo do texto, se verifica que a extensão do casamento a casais homossexuais se demonstra mais hábil para lidar com a igualdade pela diferença e, conseqüentemente, com o reconhecimento, do que as PDR e o modelo inglês, na medida em que encara a proteção de relacionamentos homossexuais não como apenas a concessão de um amontoado de direitos voltados para a proteção patrimonial, mas como o reconhecimento de igual status a essa espécie de relação.

Desvela-se dessa forma a questão de fundo na discussão, que não diz respeito estritamente ao casamento, mas à possibilidade de autonomia do outro, de ver sua diferença, no atinente à orientação sexual, respeitada, ao mesmo tempo em que pode, exatamente por ter sua diferença respeitada no âmbito da autonomia privada e ser reconhecido como um igual participe na formação discursiva da vontade no âmbito público, decidir pela adesão ou não a institutos conservadores.

A extensão do casamento a partir da idéia de igualdade pela diferença propicia maior inclusão sem gutificação, na medida em que rompe delimitações indevidas verificadas nas outras formas de regulamentação das relações homossexuais, haja vista não delimitar arbitrariamente até que ponto pode ser a diferença diferente.

A idéia de PDR, de modo semelhante à união civil britânica, acaba por não promover o reconhecimento dos homossexuais, na medida em que viola suas autonomias pública e privada por meio de um status rebaixador e conduz a uma incorporação que não inclui, por não reconhecer a identidade homossexual como integrante da identidade do sujeito constitucional.

Não se pretende com isso afirmar ser irrelevante a atuação do movimento GLBT brasileiro pela aprovação do PL 1.151/1995. O projeto pode ser importante para

regulação de interesses e aspectos patrimoniais de casais homossexuais que não tenham interesse na utilização de um instituto mais rígido como o casamento; todavia, se encarado como única forma de proteção dessas relações, acaba por contribuir para a promoção uma cidadania de segunda classe, não pode ser encarado como apto a gerar inclusão ou reconhecimento.

Para efetivos inclusão e reconhecimento, o reconhecimento do casamento homossexual se revela necessário. A importância da extensão do casamento a pares homossexuais não reside apenas na possibilidade de desfrute dos direitos associados ao casamento (tais como utilização do nome do parceiro, adoção, inclusão em planos previdenciários e de saúde como dependente, dentre outros), mas ao reconhecimento de que tal relação possui o mesmo status que uma relação heterossexual, por serem ambas as relações desenvolvidas por iguais agentes morais, os quais vêem o desenvolvimento de sua esfera privada respeitada pela proteção de suas relações afetivas, conduzindo a igual respeito a seu posicionamento dentro da esfera pública, por meio da mencionada garantia de desenvolvimento privado.

Isso não significa, ainda, que o casamento homossexual seja um ponto final da luta por reconhecimento pelos homossexuais, haja vista a existência de demandas voltadas não apenas para um reconhecimento jurídico, mas também social.

Até mesmo porque a identidade do sujeito constitucional está em um processo de reconstrução contínuo, com movimentos de exclusão e inclusão e que o reconhecimento do casamento homossexual não pode ser entendido como uma garantia, como uma consolidação não passível de alteração, rejeição por uma outra identidade constitucional parcialmente determinada ou pela manipulação da utilização do reconhecimento contra o próprio reconhecimento, de maneira semelhante à utilização dos interesses contra os próprios interessados, conforme ocorrido na PDR suíça.

A análise, a partir de princípios constitucionais, do principal projeto de lei relacionado à abordagem jurídica das relações homossexuais, é útil para alertar para os riscos de utilização do constitucionalismo contra o próprio constitucionalismo, na medida em que, a pretexto de se promover igualdade e liberdade, pode-se exatamente cercear seu exercício.

Ademais, esse debate possui como pano de fundo o questionamento sobre se a proteção jurídica relacionamentos homossexuais depende da edição de textos legislativos. Como observado no “sentimento aprisionado” (primeiro capítulo), a importância dos princípios estaria apta a gerar essa proteção.

A análise de decisões que caminharam nesse sentido, consolidando a idéia de união homoafetiva, bem como reconhecendo diversos direitos a casais de pessoas do mesmo sexo, contribuíram para que se iniciasse uma caminhada de saída das relações homossexuais do “gueto jurídico”, rumo a sua manifestação pública, mas ainda de um jeito tímido.

Esse é o objeto do terceiro capítulo.

Capítulo III – O Sentimento Tímido

*“Homem com homem, de mãos dadas, só se a valentia deles for enorme.
(...)
Travessia – do sertão – a toda travessia.”¹⁶⁸*

A concretização de direitos previstos em princípios constitucionais aos casais de pessoas do mesmo sexo se revela como uma longa travessia, onde mais importantes que chegada e partida, são os fundamentos da jornada.

Nesse sentido, vem obtendo destaque a importante atuação do Poder Judiciário em decisões que asseguram a concretização desse direito. Todavia, ao abordar-se o papel do Judiciário nesse contexto, deve-se ter em mente a preocupação com dois pontos, a saber, (i) não incorrer em uma transformação desse poder em uma espécie de “superego da sociedade”, e (ii) não reduzir, indevidamente, a concretização de direitos constitucionais a um ativismo judiciário que estaria a extrapolar os limites de atuação do poder.

O esclarecimento desses pontos, que são interligados, é necessário para que se possa conduzir uma interpretação democrática e constitucionalmente adequada acerca das decisões judiciais que versam sobre relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

A crítica da atuação do Judiciário como superego da Constituição é desenvolvida por Ingeborg Maus, e possui como cerne a preocupação de uma “infantilização” da sociedade, em que as decisões judiciais seriam determinadas por um pai estatal, dirigindo-se a uma sociedade que aceitaria as concessões inseridas no bojo decisional de maneira passiva. Segundo Maus¹⁶⁹:

À primeira vista, o crescimento no século XX do “Terceiro Poder”, no qual se reconhecem todas as características tradicionais da imagem do pai, parece opor-se a essa análise de Marcuse. Não se trata simplesmente da ampliação

¹⁶⁸ GUIMARÃES ROSA (1994:319)

¹⁶⁹ MAUS (2000:185)

objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa.

Dessa maneira, poderia se criar uma visão indevida de que o Poder Judiciário seria um âmbito superior que ditaria os rumos da sociedade em temas cujo debate não se concretizasse em regulamentações jurídicas exaradas a partir do Poder Legislativo. Maus¹⁷⁰ aborda a sobrevalorização do Poder Judiciário, no contexto constitucional alemão, gerada por essa interpretação:

A Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa. O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional Alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania. As exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte.

A crítica de Maus é pertinente e aponta os riscos ao próprio direito e ao exercício da cidadania que um empoderamento excessivo do Judiciário poderia ocasionar. À primeira vista, portanto, contribuiria para um enfraquecimento dos argumentos da legitimidade da atuação judicial no reconhecimento de direitos a relacionamentos homossexuais.

Ocorre que um entendimento nesse sentido é falso, por ignorar o papel de princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito.

Como será abordado na análise das decisões, elas não podem ser lidas como benesses concedidas pelo braço judicial do Estado, mas sim como a concretização de

¹⁷⁰ MAUS (2000:190)

significados acerca de princípios constitucionais tematizados e reivindicados pela sociedade, tanto por particulares quanto por organizações de movimentos sociais.

O entendimento de que a efetivação de princípios constitucionais dependeria de uma regulamentação específica legislativa estaria a gerar uma completa subversão da hierarquia normativa, resultando em um cotidiano de uma anti-jurídica violação de direitos.

Isso não significa que não seja relevante o trabalho desenvolvido junto ao Legislativo para a aprovação de projetos de lei que versem sobre a proteção jurídica a relações entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo do PL 1.151/95, em que pese suas insuficiências. Significa apenas que a ausência de legislação não pode ser fundamento para a negação de direitos já previstos pelo ordenamento constitucional.

Nesse sentido, as decisões judiciais relacionadas ao tema não caracterizam uma atuação do Judiciário como superego da sociedade, definindo os rumos dessa mesma sociedade; se constituem, em verdade, em instrumento de proteção para o exercício das autonomias pública e privada, por meio da concretização dos princípios de liberdade e igualdade protegidos constitucionalmente.

É a partir desse ponto que a eventual definição dessas decisões como frutos de ativismo judicial deve ser interpretada, como a efetivação, pelo Judiciário, de direitos já garantidos pelo ordenamento, consagrando, dessa forma, uma adequada prestação jurisdicional que, dentro dessa temática, em momento algum adentra a esfera de competência do Poder Legislativo, tampouco foge das limitações intrínsecas ao Poder Judiciário. Conforme observa Dworkin:

(...)a política do ativismo judicial pressupõe uma certa objetividade dos princípios morais; em particular, pressupõe que os cidadãos têm certos direitos morais¹⁷¹ contra o Estado, como é o caso do direito moral à

¹⁷¹ É necessário, nesse sentido, remeter à explicação apresentada no primeiro capítulo, acerca do conceito de direitos morais trabalhado por Ronald Dworkin que, no contexto pátrio, deve ser lido como direito fundamental.

igualdade na educação pública, ou o direito a ser tratado com equidade pela polícia. O ativismo somente pode ser justificado como um programa baseado em algo mais que preferências pessoais dos juízes, se, em algum sentido, esses direitos morais existem.¹⁷²

Esclarecidos tais pontos, deve-se observar que as decisões judiciais escolhidas para a análise das nuances da jurisprudência nacional quanto à concretização de proteções constitucionais e respeito à igualdade e liberdade, justificam-se no âmbito da pesquisa desenvolvida, em especial no diálogo com a guetificação e o reconhecimento, ainda que tímido, da possibilidade de estruturação do sentimento em entidades familiares distintas daquelas tradicionalmente abordadas pelo direito.

Não se tem a pretensão, por conseguinte, de esgotar as decisões atinentes ao tema, tampouco a abordagem pretende adotar uma linha evolutiva temporal, reconhecendo, de partida, que essas diferentes interpretações exaradas pelo Judiciário ainda convivem em diferentes instâncias.

3.1. O gueto e a obrigação

Um entendimento que vem sendo consolidado, nas cortes superiores nacionais, quanto à superação da invisibilidade da necessidade da proteção jurídica de relacionamentos construídos entre pessoas do mesmo sexo, é verificável no julgado do Recurso Especial (REsp) nº 148.897, publicado no Diário da Justiça em 6.4.1998. O acórdão assim dispôs:

**SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM.
O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMONIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTENCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL.**

¹⁷² Op. Cit. P. 217.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTENCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDENCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL.
 AÇÃO POSESSORIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS.
 RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO. (sem grifo no original)

A simples análise do acórdão deixa clara uma superação do tratamento de não-juridicidade dispensado às relações entre pessoas do mesmo sexo, reconhecendo, ao menos, pontos econômicos envolvidos; todavia, não permite abordar de maneira adequada como foi tratada a questão do afeto no julgado. Verifica-se apenas a proteção aos aspectos patrimoniais, por meio da aplicação de disposições relativas a direito obrigacional, em que o sentimento envolvido na relação é ignorado, por meio da consagração de interesses (na acepção trabalhada por Honneth¹⁷³) em detrimento de reconhecimento.

Todavia, a negativa de reconhecimento e a guetificação do sentimento se revela mais acentuada quando da análise dos votos que fundamentaram a decisão. Nesse sentido, relevante é a abordagem de razões apresentadas no voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator do REsp:

A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, **mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desdenhando a realidade de que essa união – embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional e patrimonial** que o direito civil comum abrange e regula. Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de

¹⁷³ Op. Cit.

relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: “Oui, monsieur, l’amour”. **E assim é na verdade, pois o direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família**, como o matrimônio, e hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contemplada no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante.

(...)

É certo, como constou do douto voto do Dr. Carreira Machado, que **do fato de duas pessoas do mesmo sexo dividirem o mesmo teto, não importa por quanto tempo, não resulta direito algum e não cria laço senão o da amizade. Porém, se em razão dessa amizade os parceiros praticam atos na vida civil e adotam reiterado comportamento a demonstrar o propósito de constituírem uma sociedade com os pressupostos de fato enumerados no art. 1363 do CCivil, um de natureza objetiva (combinação de esforços) e outro subjetivo (fim comum) impende a avaliar essa realidade jurídica e lhe atribuir os efeitos que a lei consagra**. É certo que o legislador do início do século não mirou para um caso como o dos autos, mas não pode o juiz de hoje desconhecer a realidade e negar que duas pessoas podem reunir esforços, nas circunstâncias descritas nos autos, na tentativa de realizarem um projeto de vida em comum. Com tal propósito, é possível amealharem um patrimônio resultante dessa conjunção e, por isso mesmo, comum. **O comportamento sexual deles pode não estar de acordo com a moral vigente, mas a sociedade civil entre eles resultou de um ato lícito, a reunião de recursos não está vedada na lei e a formação do patrimônio comum é consequência daquela sociedade. Na sua dissolução, cumpre partilhar os bens**.

Verifica-se, no voto, uma concepção que pretende homogeneizar as diferentes concepções de mundo. Não é aceitável, no Estado Democrático de Direito, a utilização de uma suposta moral vigente para desqualificar, ou analisar a adequação de determinado projeto afetivo de compartilhamento de vida à proteção jurídica, sob pena de ofensa a princípios constitucionais. Em sentido semelhante, de violação de igualdade e liberdade, caminha o reducionismo desse afeto à simples amizade. Como o próprio voto apresenta a seguir, o contexto da relação apresenta características típicas de entidades familiares.

Poder-se-ia duvidar da presença do “fim comum” a que deveriam estar apostos os parceiros quando trataram de adquirir o imóvel objeto da presente ação. Os autos revelam e o r. acórdão assevera (fl. 321) que foi o autor que se desvelou no cuidado com o companheiro durante a longa e devastadora enfermidade (AIDS) prestando o auxílio que a família recusou, e foi ele quem suportou em parte (fl. 315) a cobrança dos

débitos remanescentes das empresas que administravam em conjunto. É razoável concluir, portanto, que os parceiros estavam determinados à mútua assistência, a qual foi efetivamente prestada pelo ora autor e recorrente, servindo-lhe de lastro para essa assistência o patrimônio formado pelo esforço comum. (sem grifo no original)

Em sentido semelhante, afirma o Ministro Sálvio de Figueiredo:

Por outro lado, além do evidente interesse no tema, tanto assim que há projeto tramitando no Congresso Nacional, com noticiário sempre presente na mídia e debates entre especialistas, é de **considerar-se que estamos vivendo momento extremamente fecundo no que diz respeito ao Direito de Família,** o que se dá em decorrência de mudanças que vêm da legislação – no Brasil tais mudanças se fazem inclusive no campo do Direito Constitucional, com alterações havidas no próprio texto constitucional, pela adoção dos princípios da igualdade jurídica dos filhos e dos cônjuges – mas também por evolução da própria ciência, a exemplo do que ocorre com o DNA, a fecundação in vitro, etc. e pelas mudanças comportamentais na sociedade contemporânea. **Essas considerações, Sr. Presidente, que estou a fazer, na realidade não tem maior pertinência, a meu sentir, no caso concreto, pois são próprias do Direito de Família, enquanto que a questão a decidir é de natureza patrimonial, vinculada ao Direito das Obrigações, tanto assim que não foi examinada, em segundo grau, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, competente para os processos de Direito de Família, mas no Tribunal de Alçada daquele Estado.** Outro aspecto a ser levado em consideração, a respeito, é que o objeto litigioso deduzido em juízo, por mais relevantes que sejam as considerações paralelas, diz com o direito obrigacional. **Com efeito, embora permeadas as colocações com aspectos de relacionamento afetivo e amoroso, de convivência humana, de busca de felicidade, as causas de pedir e os pedidos estão vinculados ao Direito Obrigacional.** (sem grifo no original)

Apesar de reconhecer as transformações pelas quais passa o Direito de Família, de onde se destacam a repersonalização e a conseqüente importância que o afeto assume, a fundamentação do acórdão afasta a possibilidade de reconhecimento do sentimento surgido na relação homossexual como passível de proteção pelo Direito de Família, interpretando-o como abrigável, no máximo, no âmbito dos interesses patrimoniais tutelados pelo direito de obrigação.

Entende-se, dessa forma, que um projeto homossexual de compartilhamento de vida em comum mais amplo, pode ser abarcado pelo direito, no máximo, como gerador de laços de amizade, laços esses que, evidentemente, não geram conseqüências para o

Direito de Família nem possuem repercussões em outros âmbitos jurídicos, a exemplo de direitos sucessórios.

A leitura de igualdade promovida pelo acórdão, que trata igualmente apenas aspectos patrimoniais, impossibilita um reconhecimento amplo das diferenças como passíveis de gerarem igualdade. Dessa forma, afeta a própria liberdade de estruturação do afeto e impossibilita que se promova um tratamento igualitário aos diferentes projetos de compartilhamento de vida existentes. O sentimento presente na relação homossexual é entendido como um sub-afeto, em que a diferença dos parceiros envolvidos (no caso, a diferença de orientação sexual em relação aos modelos tradicionalmente aceitos de família) é equiparada, necessariamente, a um tratamento desigual, ignorando as características de publicidade, afeto e estabilidade, tipicamente familiares presentes na relação.

Esse acórdão é invocado como precedente em outros julgados do STJ, a exemplo dos REsp nº 323.370, REsp nº 502.995 e REsp 773.136, tendo seus argumentos trabalhados também em acórdãos estaduais, aqui enumerados a título ilustrativo¹⁷⁴, como no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nas Apelações Cíveis nº 2006.001.12436, AC nº 2005.001.22849 e nº 2006.001.00660 e no Tribunal de Justiça da Bahia, na Apelação Cível nº 25729-2/2001.

O cerceamento do acesso do afeto homossexual ao merecimento de um reconhecimento e respeito pelo Direito de Família, revela-se presente no entendimento do Superior Tribunal de Justiça também no tocante à competência institucional para processamento de feitos que envolvam tal tipo de relação, conforme resta claro no

¹⁷⁴ O levantamento de decisões que versem sobre o tema em âmbito estadual se revelou prejudicado, em virtude do tratamento de sigilo de justiça dispensado a esses casos, como observável, por exemplo, no Tribunal de Justiça de São Paulo. É nesse sentido que os acórdãos mencionados servem apenas para ilustrar a difusão da decisão do STJ, não sendo hábeis para demonstrar a tendência dominante nas cortes estaduais, tampouco definir uma base estatística de decisões que adotam tais fundamentos.

julgado do REsp nº 323.370, publicado no Diário da Justiça da União em 14.3.2005 e relatado pelo Ministro Barros Monteiro:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL.

– Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis.

Recurso especial conhecido e provido.

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:

(...)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, à unanimidade, deu provimento ao recurso para estabelecer a competência da Vara de Família, em acórdão que porta a seguinte ementa:

“RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO.

Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais.

Agravo provido.” (Fl. 75).

O Ministério Público Estadual aviou este recurso especial com arrimo na alínea “a” do permissor constitucional, apontando negativa de vigência aos arts. 1º e 9º da Lei n. 9.278, de 10.5.1996. Sustentou o recorrente que não podia o v. acórdão equiparar a sociedade de fato entre homossexuais à união estável, uma vez que, para a caracterização desta, é necessária a relação duradoura, pública e contínua, entre um homem e uma mulher.

Oferecidas as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem.

Parecer do Ministério Público Federal pela retenção do recurso especial nos termos do art. 542, § 3º, do CPC.

É o relatório.

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator):

1. Esta Corte tem mitigado o rigor da norma constante do art. 542, § 3º, da Lei Processual Civil, quando o tema versado na decisão recorrida exigir pronto pronunciamento do Tribunal.

O caso em tela insere-se dentre as exceções, visto ser imperioso que se defina, o mais breve possível, o juízo competente para julgar a ação proposta.

2. Assiste razão ao recorrente.

O pedido, tal como formulado, é de cunho estritamente obrigacional, pois a autora postula a dissolução da sociedade de fato havida entre ela e a ré, com a divisão igualitária do patrimônio amealhado por ambas durante o relacionamento afetivo (fl. 13).

Em verdade, não se discutem na espécie direitos oriundos do Direito de Família. O pedido exordial, tal como anotado no parecer de fls. 70/72, visa unicamente a repartir o patrimônio adquirido durante a sociedade de fato que agora se pretende dissolver.

Além disso e sobretudo, não se cuida in casu de uma união estável, que atrairia - aí sim - a competência do Juízo de Família. A Lei n. 9.278, de 10.5.1996, que veio regulamentar o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, é inequívoca ao reconhecer como entidade familiar a

convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família (art. 1º). Nessa hipótese específica, a competência é do Juízo da Vara de Família (art. 9º).

A Lei Maior – lembre-se a título ilustrativo – também é clara ao reconhecer, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (art. 226, § 3º).

A espécie em análise não tem por objeto a união estável entre o homem e a mulher, mas apenas uma relação homossexual, em que o afeto havido durante o período de convivência não constitui aspecto decisivo para o deslinde da causa. O que se busca é simplesmente a dissolução da sociedade de fato com a divisão do patrimônio amealhado.

Como demonstrado, essas decisões não permitem uma concretização ampla das idéias de liberdade e igualdade compatíveis com o Estado Democrático, entendendo o afeto homossexual “não constitui aspecto decisivo” para a análise das pretensões de proteção jurídica apresentadas por esses casais.

Dessa forma não atentam para duas questões que são levantadas em novas decisões que começam a brotar, timidamente, promovendo um efetivo reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo e propiciando a superação do gueto no qual a idéia de tratamento obrigacional e precipuamente focado no patrimônio insere o sentimento homossexual: a homoafetividade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2. O sentimento, a timidez e a família

A idéia de homoafetividade vem sendo trabalhada de maneira acentuada pela jurisprudência, em especial nos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, repercutindo, como será visto adiante, em outras esferas.

Na literatura jurídica nacional esse conceito vem sendo trabalhado, com destaque, por Maria Berenice Dias, que assim o define:

Dentro deste universo de novos vínculos que vêm merecendo aceitação social, as únicas que lograram cunhar uma expressão que as identifica são as uniões de pessoas do mesmo sexo. A partir do momento em que começaram

a receber reconhecimento jurídico, os relacionamentos, que eram chamados pelo estigmatizante nome de uniões homossexuais, passaram a realçar o que dá sentido à relação: a afetividade. Daí, uniões homoafetivas¹⁷⁵.

(...)

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir *status* de família, merecedora de proteção do Estado, pois a Constituição Federal consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Não há como cancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar um patrimônio e se vê sozinho e sem nada.

Vêm tornando-se freqüentes decisões judiciais que acabam por extrair conseqüências jurídicas dessas relações. Como ainda o tema é permeado de preconceitos, predomina a tendência jurisprudencial de visualizar tais vínculos como mera sociedade de fato. Tratados como sócios, aos parceiros somente é assegurada a divisão dos bens amealhados durante o período de convívio e de forma proporcional à efetiva participação na sua aquisição.

Felizmente, começa a surgir uma nova postura. Reconhecidas as uniões homoafetivas como entidades familiares, as ações devem tramitar nas varas de família. Assim, por analogia, deve ser aplicada a legislação da união estável, e assegurar partilha de bens, direitos sucessórios e direito real de habitação¹⁷⁶.

Cumprе ressaltar que o relevante no nome, na designação a serem empregados nos projetos de compartilhamento de vida desenvolvidos por pessoas do mesmo sexo é a admissão da possibilidade de afeto nessas relações, o que pode ser materializado tanto pela adoção de uma designação explícita, como uniões homoafetivas, quanto com a reconstrução da idéia de união homossexual, por meio do rompimento da idéia de que uniões dessa espécie, obrigatoriamente, não comportariam a ocorrência do afeto.

Conforme reiteradamente demonstrado, um dos aspectos essenciais para o albergue de qualquer relação pelo Direito de Família é a afetividade e, para isso, independe a orientação sexual dos envolvidos. Por essa razão, a pesquisa optou por manter a utilização dos termos “uniões homossexuais” e correlatos, a partir de uma conceituação que abriga a possibilidade da existência de afeto em tais relações, na

¹⁷⁵ DIAS (2005:127)

¹⁷⁶ Id, Ibid (p.46-47)

medida em que a estigmatização promovida por determinado conceito não se encontra no conceito em si, mas na construção de significado existente a partir dele.

Em adição, mais importante do que a designação é a fundamentação que possibilita o alcance do direito de família às relações entre pessoas do mesmo sexo, configurando essa “nova postura”. Nesse sentido, Maria Berenice Dias aponta:

Rejeitar a existência de uniões homossexuais é afastar o princípio esculpido no inciso IV do art. 3º da Constituição Federal: é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou tipo¹⁷⁷.

(...)

O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, que se sustenta nos princípios da liberdade e da igualdade. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva e o direito à orientação sexual¹⁷⁸.

(...)

Em nada se diferenciam os vínculos heterossexuais e os homossexuais que tenham o afeto como elemento estruturante¹⁷⁹.

Os argumentos que impõem o necessário reconhecimento pelo direito do afeto envolvido nas relações homossexuais partem da inter-relação entre os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade e, conseqüentemente, sobre a idéia de exercício das autonomias pública e privada no Estado Democrático de Direito.

A relação de complementaridade entre liberdade e igualdade, a conexão dessa complementariedade com o exercício da autonomia pública e privada e a influência desse contexto de princípios constitucionais para o necessário reconhecimento da pluralidade de entidades familiares foi debatido no primeiro capítulo. Todavia, se faz necessário um aprofundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que também fundamenta esse necessário tratamento igualitário das diferentes formas de família. Para isso, deve-se ter em mente que

¹⁷⁷ DIAS (2004:47)

¹⁷⁸ Id, Ibid (p.p. 52-53)

¹⁷⁹ Id, Ibid (p. 58).

(...)também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional (...).¹⁸⁰

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição da República, deve, portanto, ser interpretado de acordo com as construções de significados erigidas no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.¹⁸¹

Dessa forma, a dignidade é fruto de uma igualdade abstrata o suficiente para permitir a inclusão da diferença, através da abertura do sujeito constitucional¹⁸². Conforme já exposto, essa abertura propicia um livre exercício de estruturação de compartilhamento projetos de vida, garantidos pelo exercício da autonomia privada, e no reconhecimento público desses projetos por meio da igual consideração, consubstanciado no exercício da autonomia pública.

A abordagem dessa inter-relação encontra eco na obra de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico (...)¹⁸³

(...)

Em primeiro lugar, lembrando que a noção de dignidade repousa – ainda que não de forma exclusiva (tal como parece sugerir o pensamento de inspiração kantiana) – na autonomia pessoa, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para a liberdade) – que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de

¹⁸⁰ SARLET (2004:41)

¹⁸¹ Id, Ibid (p.59)

¹⁸² Cf. ROSENFELD.

¹⁸³ SARLET (2004:87)

direitos, já não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa, de tal sorte que nos parece difícil – ao menos se pretendemos manter alguma coerência com a noção de dignidade apresentada ao longo do texto – questionar o entendimento de acordo com o qual sem liberdade (negativa e positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada.¹⁸⁴
 (...)

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana fundamenta-se no respeito às autonomias públicas e privadas, pelo reconhecimento de cada cidadão como igual co-associado pelo direito podendo, dessa forma, atuar livremente em seus projetos particulares, conforme depreende-se de Sarlet:

(...) sustenta-se que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente quando ausente a capacidade de autodeterminação.¹⁸⁵

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser pensado como concretizado a partir de um tratamento de igualdade em grau três¹⁸⁶, uma igualdade aberta à diferença, e sua relação complementar com o exercício da liberdade apoiado nas garantias de autonomia pública e privada, conforme desenvolvidas por Jürgen Habermas¹⁸⁷.

A abertura para a diferença propiciada pela idéia de homoafetividade, por meio de sua fundamentação nas idéias de liberdade e igualdade e, conseqüentemente, na dignidade da pessoa humana, de modo semelhante à abertura para diferentes formas de entidades familiares, embasou a transferência, promovida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), dos processos envolvendo uniões homossexuais para varas de família. Esse é o entendimento consolidado no acórdão da Apelação Cível nº

¹⁸⁴ SARLET (2004:85)

¹⁸⁵ Id, Ibid. (p.49)

¹⁸⁶ Cf. ROSENFELD.

¹⁸⁷ Cf. HABERMAS (1997)

70002355204, relatada pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves e publicada no Diário da Justiça em 11.4.2001:

Justificação Judicial. Convivência Homossexual. Competencia. Possibilidade Jurídica Do Pedido. 1. É competente a Justiça Estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais, pois os efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. **São competentes as varas de família, e também as câmaras especializadas em direito de família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual pois, ainda que nao constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do direito de família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que sao relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial.** 3. É viável juridicamente a justificação pretendida, pois a sua finalidade e comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou ate previdenciário. inteligência do art. 861 do CPC. Recurso conhecido e provido. 10 fls. (sem grifo no original).

Apesar da decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 323.370, proferida em 2005, o TJRS mantém o entendimento, com base em princípios constitucionais, de que essa espécie de feito deve ser processado perante as varas de família, conforme ilustra recente acórdão na Apelação Cível nº 70016239949, publicado em 20.12.2006 e relatado pelo Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRECEDENTES. Não ocorre carência de fundamentação na decisão que deixa de se referir expressamente ao texto de lei que subsidiou a conclusão esposada pelo julgador quanto à decisão do caso. 2. Está firmado em vasta jurisprudência o entendimento acerca da competência das Varas de Família para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo. 3. Não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, pois a Constituição Federal assegura a todos os cidadãos a igualdade de direitos e o sistema jurídico encaminha o julgador ao uso da analogia e dos princípios gerais para decidir situações fáticas que se formam pela transformação dos costumes sociais.

A superação do gueto obrigacional e o tratamento de entidade familiar propiciado pela idéia de homoafetividade, que possui como fundamentos princípios constitucionais de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, se concretizam também na equiparação presente nos acórdãos que reconhecem a aplicabilidade da regulamentação de união estável às relações entre pessoas do mesmo sexo.

Conforme aponta Maria Berenice Dias,

Sob o fundamento de se evitar enriquecimento injustificado, invoca-se o Direito das Obrigações, o que acaba subtraindo a possibilidade da concessão de um leque de direitos que só existem na esfera do Direito de Família. Presentes os requisitos legais: vida em comum, coabitação, laços afetivos, não se pode deixar de conceder às uniões homoafetivas os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características.¹⁸⁸

(...)

Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Não há como afirmar que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente essa convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento. Em nenhum momento é dito não existirem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. **Exigir a diferenciação de sexos do casal para merecer a proteção do Estado é fazer distinção odiosa, postura nitidamente discriminatória, que contraria o princípio da igualdade, ignorando a vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo**¹⁸⁹.

O interessante desses acórdãos é que eles não se fundamentam unicamente na utilização da analogia ou em interpretações gramaticais (pretensamente sistêmicas) acerca do art. 226, § 3º para fundamentar a equiparação da união entre pessoas do mesmo sexo à união estável, conforme verificado em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁹⁰.

¹⁸⁸ DIAS (2004:56)

¹⁸⁹ Id, Ibid (p. 50)

¹⁹⁰ O acórdão em comento, exarado nos autos da Apelação Cível nº 2004.001.30635, relatado pelo Desembargador Marco Antônio Ibrahim e julgado em 5.4.2005, é silente acerca da necessária aplicação de princípios constitucionais para justificar a aplicação da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo, de modo semelhante quanto ao voto do relator. Ao utilizar uma interpretação gramatical do sentido do conceito de união estável previsto na Constituição da República, enfraquece sua fundamentação, fecha a possibilidade de aplicação de outras formas de proteção da relação homossexual (a exemplo do casamento) e não diz o principal, que é a proteção à diferença que liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, conforme previstos na Constituição, que determinam a inclusão da diferença. O acórdão assim dispôs: Civil. União estável. Relação homoafetiva entre mulheres. Dado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscrição de qualquer forma de discriminação sexual, não

As decisões reconhecem que a diferença existe e, exatamente por ser diferente e que para que possa ser livremente exercida e reconhecida como merecedora de igual consideração, deve ser tratada de maneira igualitária.

Esse entendimento encontra-se presente, por exemplo, nos acórdãos da Apelação Cível nº 70001388982, julgada em 14/03/2001, e na Apelação Cível nº 70005488812, publicada no Diário da Justiça em 25.6.2003, ambos relatados pelo Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. As ementas assim dispõem:

UNIAO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMONIO. MEACAO PARADIGMA. NAO SE PERMITE MAIS O FARISAISMO DE DESCONHECER A EXISTENCIA DE UNIOES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A PRODUCAO DE EFEITOS JURIDICOS DERIVADOS DESSAS RELACOES HOMOAFETIVAS. EMBORA PERMEADAS DE PRECONCEITOS, SAO REALIDADES QUE O JUDICIARIO NAO PODE IGNORAR, MESMO EM SUA NATURAL ATIVIDADE RETARDATARIA. NELAS REMANESCEM CONSEQUENCIAS SEMELHANTES AS QUE VIGORAM NAS RELACOES DE AFETO, BUSCANDO-SE SEMPRE A APLICACAO DA ANALOGIA E DOS PRINCIPIOS GERAIS DO DIREITO, RELEVADO SEMPRE OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. DESTA FORMA, O PATRIMONIO HAVIDO NA CONSTANCIA DO RELACIONAMENTO DEVE SER PARTILHADO COMO NA UNIAO ESTAVEL, PARADIGMA SUPLETIVO ONDE SE DEBRUCA A MELHOR HERMENEUTICA. APELACAO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA, PARA ASSEGURAR A DIVISAO DO ACERVO ENTRE OS PARCEIROS. (Apelação Cível nº 70001388982).

O acórdão demonstra a desnecessidade de uma regulamentação legislativa específica para a concretização da proteção à diferença, tomando como base os princípios constitucionais para tal efetivação. Em sentido semelhante:

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO.

há impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pela Lei 8.971/94 e 9.278/96. Interpretação sistemática do disposto no par. 3. do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e a mulher referida na dita norma, está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o conceito de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, até mesmo para fins previdenciários.

VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência.

Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão.

Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial.

Apelações desprovidas. (Apelação Cível nº 70005488812)

A exposição de trechos do voto do Relator no julgado de 2003 se revela pertinente, por demonstrar a aplicação, pelo Judiciário, dos conceitos aqui trabalhados:

(...)como argumento secundário a união de duas pessoas do mesmo sexo não forma uma família porque, primeiramente, é da essência do casamento, modo tradicional e jurídico de constituir família, a dualidade de sexos e, depois, porque as uniões estáveis previstas na Lei Fundamental como entidades familiares são necessariamente formadas por um casal heterossexual (CF, art. 226, par. 3º).

Nem porque a Constituição o diga, mas porque a concepção antropológica de família supõe as figuras de pai e de mãe, o que as uniões homossexuais não conseguem imitar.

E se numa família monoparental, o ascendente que está na companhia do filho, resolve ter uma relação com terceiro do mesmo sexo, ainda que de forma continuada, isto não implica, juridicamente, em trazer este terceiro para dentro da noção de família, mesmo que haja moradia comum, pois família continua sendo, aí, o ascendente e seu filho, excluído o parceiro do mesmo sexo daquele.

Não vinga o argumento de que nestas famílias monoparentais não exista a figura de pai e mãe, pois falta a figura de outro ascendente; mas a substituição só é admissível juridicamente, para o parceiro integrar o ente familiar, se houver respeito à dualidade de sexos que originariamente se apresentava, o que só acontece com nova esposa ou companheira do pai, que substitui a mãe.

Portanto, é admissível o reconhecimento judicial de uma sociedade de fato entre os parceiros homossexuais, se o patrimônio adquirido em nome de um deles resultou da cooperação comprovada de ambos, sendo a questão de direito obrigacional, nada tendo a ver com a família.

Não é a posição que adoto.

É que o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, sendo preciso que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada, não se abdica de atribuir à união homossexual os efeitos e natureza dela.

(...)

É que o sistema jurídico pode ser um sistema de exclusão, já que a atribuição de uma posição jurídica depende do ingresso da pessoa no universo de

titularidades que o sistema define, operando-se a exclusão quando se negam às pessoas ou situações as portas de entrada da moldura das titularidades de direitos e deveres.

Tal negativa, emergente de força preconceituosa dos valores culturais dominantes em cada época, alicerçam-se em juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado, mas este medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos que emanam das parcerias de convívio e afeto.

2. A questão dos direitos dos casais do mesmo sexo tem sido debatida no mundo, e o argumento básico, em favor do tratamento igualitário, é no sentido de que as uniões homoeróticas devem ter os mesmos direitos que outros casais, ao demonstrar um compromisso público um para o outro, em desfrutar uma vida.

(...)

3. A Constituição erigiu, como entidades familiares, as formadas pelo casamento, pela união estável e pelos grupos monoparentais.

A experiência destes dias revela a existência de numerosas unidades de vivência, além das entidades familiares constitucionais, como os pares relacionados pelo casamento, pela união estável ou comunidades monoparentais, com filhos biológicos ou filhos adotivos. Anotam-se, assim, a união de parentes e pessoas que convivem em dependência afetiva, sem pai ou mãe que os chefiem, como um grupo de irmãos, após o falecimento ou abandono dos pais; pessoas não aparentadas, que vivem em caráter permanente. Com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica, as uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; o grupo formado por “filhos de criação”, segundo a tradição pátria, sem vínculo de filiação ou adoção.

Acrescentem-se as famílias formadas por mães com filhos de diversos pais, ou constituídas por “genitores convencionais”, que reúnem crianças sem pais ou, ainda, de amigos aposentados que habitam pensionatos para prover suas necessidades.

E, por óbvio, também as uniões homossexuais.

(...)

As entidades familiares referidas na Constituição não encerram uma relação hermética, fechada ou clausulada e nela se podem incluir outras que preencham determinados requisitos.

Por outro lado, não há supremacia do casamento sobre a união estável, como poderia induzir o parágrafo 3º do artigo 226, da Carta Federal, eis que tal relação não é uma “menos valia”, apenas por almejar transformar-se em casamento, mas um incentivo aos conviventes que desejam casar-se, sem maiores formalidades, prerrogativa que alguns doutrinadores censuram no novo Código Civil, ao ordenar que a intenção seja submetida ao Poder Judiciário, o que, vestido de inconstitucionalidade, representaria fator de complicação e demora.

Tampouco há, nem deve haver, qualquer hierarquia entre as entidades familiares, nem qualquer tipo de preferência por alguma delas, sob pena de se criar odiosa distinção em nenhum momento autorizada pelo constituinte. O fato do dispositivo relacionado com a união estável orientar o legislador no sentido de facilitar a conversão do companheirismo em casamento, não tem o condão, por alguns buscado, de revelar a primazia do casamento. Ao contrário, indica que se cuida de regime diferenciado, facultando-se aos que vivem em união estável passar ao sistema matrimonial.

A isonomia entre as entidades deriva, precipuamente, do reflexo do princípio da isonomia prescrito na Constituição.

Sublinhe-se que o constituinte, ao tratar de família, omitiu a locução “constituída pelo casamento”, então presente na Carta de 1969 (art. 175), sem fazer qualquer substituição. Deste modo, a família ou qualquer família, foi posta sob tutela constitucional, desaparecendo a cláusula de exclusão, pois a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

O objeto de norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram, já que antes, a proteção se voltava para a paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento com um bem em si mesmo.

Destarte, o caput do art. 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo lícito excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e notoriedade, sendo as famílias ali arroladas meramente exemplificativas, embora as mais comuns.

As demais comunidades se acham implícitas, pois se cuida de conceito constitucional amplo e indeterminado, a que a experiência de vida há de concretizar, conduzindo à tipicidade aberta, adaptável, dúctil, interpretação que se reforça quando o preceito constitucional usa o termo “também”, contido no artigo 226, 4º, que significa “da mesma forma”, “outrossim”, exprimindo-se uma idéia de inclusão destas unidades, sem afastar-se outras não previstas.

Assim, pode-se concluir que, mesmo sem lei que as regule, as uniões homoeróticas são reconhecidas pela Constituição como verdadeiras entidades familiares, para alguns como entidades distintas, em vista de sua natureza e para outros, onde ainda me filio como verdadeiras uniões estáveis.

4. Afastada a possibilidade de emoldurar a união homoerótica como forma de casamento, o que não acha respaldo na doutrina e nos repertórios dos tribunais, toca examiná-la como uma forma de comunidade familiar, aparentada com a união estável, o que, como sublinhado, encontra reação pela antinomia com a regra constitucional vigente (CF, art. 226, par.3º).

O voto adota a necessidade de reconhecimento e inclusão de diferentes formas de entidades familiares, partindo, para isso, da idéia de proteção constitucional à igualdade e do caráter não-exaustivo das formas de organização familiar previstas no texto constitucional. Contudo, chama a atenção a manutenção de um discurso circular acerca da vedação ao casamento homossexual, um discurso que afirma ser impossível sua aceitação pela literatura jurídica e pela jurisprudência pelo simples fato de essas mesmas fontes do direito assim o entenderem. Não há uma tematização nem um aprofundamento nos fundamentos que se situam por detrás desse entendimento; esses fundamentos são considerados algo dado e imutável, impermeável a todo o debate sobre a importância dos princípios constitucionais, debate esse que o voto, em sua continuação, adota para fundamentar a união estável homossexual e que, conforme será

abordado pela pesquisa, é igualmente aplicável à questão do casamento. Na sequência do voto:

(...)

Ou seja, a interpretação da Constituição deve atualizá-la com a vivência dos valores de parte da comunidade, de modo que os preceitos constitucionais obriguem as consciências (princípio da força normativa da Constituição).

A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente, mostrando-se eficaz e adquirindo poder e prestígio se for determinado pelo princípio da necessidade, assentando-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita seu desenvolvimento e sua ordenação objetiva, convertendo-se a Constituição, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações de vida.

(...)

Ou seja, uma mudança das relações fáticas pode e deve provocar mudanças na interpretação da Constituição.

Em síntese, pode-se afirmar que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, não podendo separar-se da verdade concreta de seu tempo, operando-se sua eficácia somente tendo em conta dita realidade.

(...)

A norma constitucional é uma petição de princípios e daí a possibilidade de sua atualização, cumprindo a interpretação, então mero pressuposto de aplicação de um texto, importante elemento de constante renovação da ordem jurídica, atenta às mudanças acontecidas na sociedade, tanto no sentido do desenvolvimento como ainda quanto à existência de novas ideologias.

Quanto ao homoerotismo, recorde-se que os temas da sexualidade são envoltos em uma aura de silêncio, despertando sempre enorme curiosidade e profundas inquietações, com lenta maturação por gravitarem na esfera comportamental, existindo tendência a conduzir e controlar seu exercício, acabando por emitir-se um juízo moral voltado exclusivamente à conduta sexual.

Por ser fato diferente dos estereótipos, o que não se encaixa nos padrões, é tido como imoral ou amoral, sem buscar-se a identificação de suas origens orgânicas, sociais ou comportamentais.

Entretanto, as uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos, sendo incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à margem determinadas relações sociais, pois a mais cruel conseqüência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.

Subtrair direitos de alguns e gerar o enriquecimento injustificado de outros afronta o mais sagrado princípio constitucional, o da dignidade, e se a palavra de ordem é a cidadania e a inclusão dos excluídos, uma sociedade que se deseja aberta, justa, pluralista, solidária, fraterna e democrática não pode conviver com tal discriminação.

Alinhadas tais premissas, de que as relações homoeróticas constituem realidade notória, a que o Direito deve atenção, e de que a interpretação da Constituição deva ser ativa, relevando a vida concreta e atual, sem perder de vista a unidade e eficácia das normas constitucionais, é que se pode reler a regra constitucional que trata da família, do casamento, da união estável e das uniões monoparentais, cuidando de sua vinculação com as uniões homossexuais.

Sublinhe-se que a Constituição, contendo princípios gerais, dotados de alto grau de abstratividade, enunciados em linguagem vaga, mantém aberta ao tempo e sob o compromisso da mudança democrática de sentido.

(...)

A Constituição afirma que a família, base da sociedade tem especial proteção do Estado e dispõe sobre a forma e gratuidade do casamento, os efeitos do casamento religioso, para depois reconhecer a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, ainda assim tida a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, e parágrafos).

Ora, desde logo se impõe aceitar que o constituinte quis apontar a existência de mais de uma entidade familiar, não depositando apenas na união matrimonializada e heterossexual a vassalagem de comunidade familiar, já que assim ainda admite a união estável e a família monoparental.

Portanto, tendo prescrito que o casamento e a união estável seriam constituídos por homem e mulher, deixou antever que a entidade familiar ainda podia ser formada por um homem (ou mulher) e seus descendentes, o que impele concluir que o texto não é taxativo ao conceituar como entidade familiar apenas os que descreve.

A Constituição não só possibilita, como requer que o legislador e o juiz no procedimento hermenêutico resultante da interação entre o programa da norma (texto) e seu âmbito (realidade) concretize o direito vigente, de molde a considerar os princípios democráticos e a inegável pluralidade de formas de vida amorosa, abrindo espaço para caracterização das uniões homossexuais como comunidades familiares, que não se caracterizam pelo vínculo matrimonial.

Na ausência da proibição expressa ou de previsão positiva, postula-se a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, segundo o qual uma interpretação adequada do texto exige a consideração das demais normas, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias, pois sob o ponto do direito de família, a norma do parágrafo 3º, do artigo 226, da CF/88 não exclui a união estável entre os homossexuais.

5. A partida para a confirmação dos direitos dos casais homoeróticos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor fundante do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X), que, como assevera Luiz Edson Fachin, formam a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é prólogo de várias cartas constitucionais modernas (Lei Fundamental da República Federal Alemã, art. 1º; Constituição de Portugal, art. 1º; Constituição da Espanha, art. 1º; Constituição Russa, art. 21; Constituição do Brasil, art. 1º, III, etc.).

Alicerça-se na afirmação kantiana de que o homem existe como um fim em si mesmo e não como mero meio (imperativo categórico), diversamente dos seres desprovidos de razão que têm valor relativo e condicionado e se chamam coisas; os seres humanos são pessoas, pois sua natureza já os designa com um fim, com valor absoluto.

(...)

Neste sentido assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e protecional da dignidade. Como limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade é algo que pertence necessariamente a cada um e que não pode ser perdido e alienado, pois se não existisse, não haveria fronteira a ser respeitada; e como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, que é dependente da ordem comunitária, já que é de perquirir até que ponto é possível o indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade.

Uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais à respeito da própria existência, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação.

(...)

Daí segue que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto na elaboração da regra de Direito quanto em relação à sua aplicação, já que a consideração da pessoa humana é um conceito dotado de universalidade, que não admite distinções.

No exame do conteúdo do princípio da dignidade humana no que respeita à orientação sexual, aqui entendida como a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade), evidencia-se sua pertinência no âmbito da proteção daquele postulado constitucional.

Com efeito, na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma dimensão fundamental em sua subjetividade, alicerce indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade.

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º. da Constituição e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo de alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao seu humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, em que aquela se inclui.

Nesta linha, pode-se afirmar que, assim como nas uniões heterossexuais, o estabelecimento de relações homossexuais fundadas no afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, sem qualquer prejuízo a terceiros, diz com a proteção da dignidade humana.

A afirmação da dignidade humana no direito brasileiro, repele quaisquer providências, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa desta noção fundamental, tanto pelo seu enfraquecimento na motivação das atividades estatais, quanto por sua pura e simples desconsideração.

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém em função de sua orientação sexual, é dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, como se tal aspecto não se relacionasse com a dignidade humana.

Diante destes elementos, conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos, fortalecendo estigmas sociais e espezinhando um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

6. O alcance do princípio da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.

Ou seja, a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas o instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente a todos, sendo este o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral.

Em suma, dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equiivalentes.

A concretização da igualdade em matéria de sexo, exponencializada pela proibição de discriminação, se examinada com cuidado, alcança o âmbito da orientação sexual homossexual.

De fato, quando alguém atenta para a direção do envolvimento, por mera atração, ou por a conduta sexual de outrem, valoriza a direção do desejo, isto é, o sexo da pessoa com que o sujeito deseja se relacionar ou efetivamente se relaciona, mas esta definição (da direção desejada, de qual seja a orientação sexual do sujeito, isto é, pessoa do mesmo sexo ou de sexo oposto) resulta tão só da combinação dos sexos de duas pessoas.

Ora, se um for tratado de maneira diferente de uma terceira pessoa, que tenha sua sexualidade direcionada para o sexo oposto, em razão do sexo da pessoa escolhida, conclui-se que a escolha que o primeiro fez suporta um tratamento discriminatório unicamente em função de seu sexo.

(...)

O raciocínio desenvolvido acerca da relação entre o princípio da igualdade e a orientação sexual, é uma espécie de discriminação por motivo de sexo, isso significando que, em linha de princípio, são vedados no ordenamento jurídico pátrio os tratamentos discriminatórios fundados na orientação sexual.

Tem-se de investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada.

Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é afinado, em concreto, com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional, se guarda harmonia com eles.

A idéia da igualdade interessa particularmente ao Direito, pois ela se liga à idéia de Justiça, que é a regra das regras de uma sociedade e que dá o sentido ético de respeito a todas as outras regras.

Na esteira da igualdade dos gêneros e com a evolução dos costumes, principalmente a partir da década de 60, desmontam-se privilégios e a suposta superioridade do masculino sobre o feminino, e a sexualidade legítima autorizada pelo Estado começa a deixar de existir unicamente por

meio do casamento, eis que, com a evolução do conhecimento científico, torna-se possível a reprodução mesmo sem ato sexual.

7. Ainda a utilizar-se o processo analógico.

A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante, devendo os fatos semelhantes ser regulados de modo idêntico.

Funda-se a analogia em princípio de verdadeira justiça, de igualdade jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes.

Assim, pressupõe: a) uma hipótese não prevista; b) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; c) e tal elemento não pode ser qualquer e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo. Não bastam afinidades aparentes ou semelhança formal, mas se exige a real, verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, num e outro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só a idéia geradora tanto na regra existente como da que se busca.

Por outro lado, a atividade interpretativa extensiva ou ampliativa permanece sempre dentro da significação de uma palavra, embora se busque atribuir-lhe um significado máximo, para chegar-se, na analogia, à construção de uma regra hipotética similar por identidade de razões entre o caso regulamentado e aquele não disciplinado.

Em outras palavras, a utilização da analogia não pode ser definida como pertencente à atividade interpretativa, já que não se extrai o significado mais exato da norma, justamente por esta não existir para o caso concreto.

Contudo, não deixa de ter o mesmo fim buscado pela interpretação, na busca da solução para um caso concreto e, ademais, usar-se de uma regra paradigma que, sem dúvida, terá de ser interpretada para se verificar a identidade de razões entre o caso regulado e o não regulado.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo originariamente destinado a situação diversa de tais relações, qual seja, a comunidade familiar formada pela união estável entre um homem e uma mulher.

A semelhança autorizadora seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva, sexual, duradoura e permanente entre companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre com pessoas de sexos diferentes, argumento que avança no sentido da concretização da Constituição, pois confere uma unidade diante da realidade histórica, fazendo concorrer com os princípios informativos do Direito de Família, também presentes na Carta Federal, outros princípios constitucionais, como o da isonomia e a proibição de discriminação por motivo de sexo e orientação sexual, como também o da dignidade humana.

Não há como se fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável, pois o óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa do sistema jurídico, eis que identidade sexual, assim como a esterilidade do casal, não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito de Família.

Destarte, a solução dos relacionamentos homossexuais só pode encontrar subsídios na instituição com que guarda semelhanças, que é a família, calcada na solidariedade, enquadrando a que se forma pelo casamento como a que se estrutura pela união estável.

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida comum, coabitação e laços afetivos, está-se em frente de uma entidade familiar, que goza de proteção constitucional, nada se justificando que se desqualifique o reconhecimento de sua existência, assegurando-se aos conviventes do mesmo sexo os direitos garantidos aos heterossexuais.

(...)

Se o juiz não pode, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular, ele próprio, a regra de direito aplicável, não é menos verdade que a hermenêutica não deve ser formal, mas antes de tudo real, humana e socialmente útil; e se ele não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, decidindo contra ela, alude o Ministro Sálvio de Figueiredo, pode e deve, por outro lado, optar interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum, já que a proibição de decidir pela equidade não há de ser entendida como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução.

É imperioso que, através de uma interpretação analógica, se passe a aplicar o mesmo regramento legal, pois inquestionável que se trata de um relacionamento que tem base no amor.

(...)

Além disso, as uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas, não como modalidade de casamento.

É necessário, pois, qualificar a relação homoerótica como entidade familiar, com uso analógico dos institutos jurídicos existentes e dos princípios do Direito, timbrando-a como espécie de união estável.

(...)

9. Assim, não é desarrazoado, firme nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, considerada a visão unitária e coerente da Constituição, com o uso da analogia e suporte nos princípios gerais do direito, ter-se a união homoerótica como forma de união estável, desde que se divisem, na relação, os pressupostos da notoriedade, da publicidade, da coabitação, da fidelidade, de sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afetos.

A segunda metade do voto deixa mais claro o paradoxo do não reconhecimento do casamento homossexual em face de toda a transformação que se opera no Direito de Família brasileiro. Esse trecho do voto ressalta que a importância dos princípios constitucionais em nosso ordenamento gera a desnecessidade de uma regulamentação legislativa específica para que os relacionamentos homossexuais sejam protegidos, na medida em que eles já o são pelos princípios constitucionais.

Todavia, toda a proteção principiológica à diferença e à diversidade que permite que o afeto seja reconhecido até o limite da interpretação análoga das regulamentações relativas à união estável, parece não se aplicar à questão do casamento, sem que haja,

contudo, uma fundamentação adequada para isso. O afeto homossexual passa a ser relevante para o direito, mas com limites que não são impostos ao afeto heterossexual.

Esse entendimento começa a permear até o Superior Tribunal de Justiça, menos aberto ao reconhecimento da afetividade homossexual como gerador de proteção pelo Direito da Família. Dessa forma, o acórdão exarado no REsp 395.904, relatado pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa e publicado no Diário da Justiça da União em 6.2.2006, acaba por assumir um papel de pioneirismo, quanto ao rompimento, no âmbito do STJ, do gueto do direito obrigacional.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, " O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." In casu, ocorre reinvidicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez.

2 - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes.

3 - A pensão por morte é : "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. " (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251).

4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. **Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a**

aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.
5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico:

" Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º. "

7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento

9 - Recurso Especial não provido.

Para um melhor aprofundamento, necessária a exposição do voto do Ministro Relator Quáglio Barbosa, que demonstra a adoção da idéia de união homoafetiva, para além de um campo unicamente obrigacional:

O Direito Previdenciário tem por missão precípua a defesa da pessoa humana, garantindo-lhe a subsistência ou a de seus dependentes.

Face à particularidade da espécie, deverá ser acionada a interpretação de diversos preceitos constitucionais em conjunto, não apenas a do art. 226, §3º da Constituição Federal, para que, em seguida, se possa aplicar o direito infraconstitucional à espécie.

O princípio da igualdade caminha juntamente com princípios de idêntica relevância, não podendo jamais estar dissociado do princípio da justiça, em seu sentido mais puro.

Há que se perceber que não há igualdade jurídica no não direito.

Ao se negarem, mesmo através de mecanismos legais, direitos fundamentais, entre eles o de sobrevivência, mediante recebimento de benefícios previdenciários, a pessoas que, se fossem de sexos diferentes, lograriam êxito em auferi-los, emerge um não direito, ferindo o sentido que o Poder Constituinte procurou proteger, com a igualdade, ao editar a Constituição Federal de 1988.

(...)

Pretender, com esteio em regras estratificadas, alijar parte da sociedade - inserida nas chamadas relações homoafetivas -, da tutela do Poder Judiciário, por falta de previsão expressa legal, constituiria ato discriminatório, inaceitável à luz do princípio insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal.

(...)

Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado.

O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual.

(...)

A União homoafetiva é, sem embargo, tema com intensos reflexos no mundo jurídico, não podendo, pois, o direito, em momento algum, fechar-se de modo a ignorar ou simplesmente repudiar a realidade existente.

(...)

Em sentido semelhante vota o Ministro Paulo Medina:

E não se pode negar que se está diante de uma tensão e contradição.

De um lado, a Lei 8.213/91 adotou como conceito de entidade familiar o modelo da união estável entre homem e mulher, sem, entretanto excluir expressamente a união homoafetiva.

De outro lado, há uma realidade em que o segurado contribuiu uma vida toda para a Previdência Social e tinha como seu dependente um companheiro do mesmo sexo, constituindo assim, de acordo com as provas carreadas aos autos, uma verdadeira entidade familiar.

Nesse esteio, há que se mencionar um preceito constitucional, que, no meu entender, norteia e delimita o alcance de qualquer outra norma constitucional:

"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;"

Destarte, quero ressaltar que, onde o legislador não determinou uma exclusão expressa, não cabe ao interprete do direito fazê-la, sob pena de se descumprir preceito fundamental da Constituição, que é a igualdade entre homens e mulheres.

Ademais, o art. 201 da Constituição da República ao tratar da pensão por morte não fez qualquer distinção:

"Art. 201 - Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

(...)

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º"

A Lei 8.213/91, deve, portanto, ser interpretada conforme a Constituição, empregando-se uma interpretação extensiva, onde há uma verdadeira lacuna deixada pelo legislador.

Posto isso, meu voto é para acompanhar relator, negando-se provimento ao recurso do INSS.

Verifica-se, dessa forma, um reconhecimento para além do mero campo patrimonial, de interesses, da relação homossexual, na medida em que o acesso a benefícios previdenciários passa a ser entendido a partir da realidade de entidade familiar constituída nesse tipo de relação. Contudo, ressalte-se, esse reconhecimento ainda se apresenta tímido, pois, como observável no julgados acima colacionado, nega, de maneira tautológica, a possibilidade do casamento homossexual, adotando, como fundamento para tanto, a inexistência de entendimento nesse sentido na jurisprudência e na doutrina.

Essa afirmação ignora o papel dos princípios citados na própria decisão para fundamentar a equiparação da união entre pessoas do mesmo sexo à união estável. Todavia, antes do retorno do foco ao casamento, é necessário abordar as decisões e manifestações relacionadas à prestação jurisdicional que, para além do âmbito do TJRS, adotam a fundamentação principiológica para reconhecimento da entidade familiar homossexual e, ainda, reforçam o papel que o Judiciário exerce nesse processo: o de efetivador de direitos já previstos pelo ordenamento, a partir da atuação da sociedade.

3.3. A Afetividade e a Rua

Conforme trabalhado ao longo da pesquisa, o Estado Democrático de Direito possui como um de seus fundamentos a idéia de que os destinatários dos direitos são ao mesmo tempo seus autores, em um contexto em que o exercício de autonomia pública não mais se reduz à autonomia estatal, mas assume um papel difuso, complexo e

relacionado a proteção das diferenças por meio da igual consideração, garantindo o respeito à livre determinação em uma autonomia privada que se relaciona complementarmente com a mencionada autonomia pública.

Foi a partir desse entendimento que, ao início do presente capítulo, procurou se deixar claros os riscos que um empoderamento excessivo do Judiciário pode gerar para a democracia e, conseqüentemente, para o próprio Estado Democrático de Direito, sendo necessária uma leitura democrática acerca dos princípios constitucionais. O retorno a esse ponto se revela necessário para a exposição das decisões exaradas a partir de pretensões juridicamente deduzidas por grupos relacionados à defesa dos direitos de homossexuais.

Para uma melhor compreensão do papel que tais grupos exercem no panorama da práxis constitucional que vem sendo abordada, auxilia o entendimento desenvolvido por Alexandre Bernardino Costa¹⁹¹ no específico ao processo constituinte e aplicável ao papel dos movimentos sociais na construção de significados jurídicos:

De acordo com o conceito de poder constituinte desenvolvido até aqui, ele consiste em exercício do poder do povo, em uma sociedade plural e hipercomplexa, para a elaboração de um texto constitucional, mediante procedimentos democráticos com a possibilidade de participação de todos os envolvidos e levando em consideração todos os possíveis afetados pelas decisões tomadas. Esse ato fundador necessita de atualização constante, para que não se transforme em dogmatismo ou em ceticismo, pela práxis constitucional de uma sociedade que se guia por princípios e baseada na integridade.

Ora, tudo isso só é possível se a prática constitucional dos cidadãos estiver mobilizada. A formação de uma opinião pública em uma esfera pública formada por cidadãos dotados de autonomia pública e privada é condição do exercício de uma práxis constitucional democrática. Isso tudo não ocorre no âmbito privado e tampouco nas instituições do Estado. Os espaços públicos são fundamentais para a produção do Direito.

Acostumados a ver no Estado o local de realização jurídica, influenciados por um senso comum teórico de cunho positivista, a teoria e a prática do direito relegaram à cidadania, quando muito, um papel secundário, associando o direito à pura legalidade, ainda que ilegítima, e o poder constituinte à força, mesmo que arbitrária.

¹⁹¹ COSTA (2005:231-232)

Nesses sentido, as manifestações estatais (judiciais e no âmbito da Procuradoria Geral da República), dialogam com a idéia de reconhecimento, conforme trabalhada por Honneth¹⁹², dos sentidos produzidos acerca da idéia de igualdade e liberdade produzidos na sociedade e institucionalizados por meio das organizações de movimento social voltadas para a defesa de direitos homossexuais. Por conseguinte, tais manifestações não constituem uma benesse estatal ou uma interpretação criada técnica e isoladamente pelo Estado, constituindo-se, em verdade, em reconhecimento de sentidos socialmente produzidos e compartilhados acerca de direitos já inseridos no ordenamento.

Dessa forma, as duas manifestações apresentadas a seguir se revelam relevantes por dois fatores: (i) refletir um processo de consolidação do entendimento de uniões homossexuais como entidade familiares, com base em princípios constitucionais, em instâncias superiores da organização judiciária brasileira, ultrapassando as fronteiras do TJRS; e (ii) demonstrar a participação da sociedade nesse processo de reconstrução de sentido, consagrando, dessa forma, um efetivo exercício de autonomia pública e privada, afeito ao Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição da República.

A partir desse pontos que é importante observar o ajuizamento, em 13 de setembro de 2004, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3300, pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo, mesma associação que organiza a Parada do Orgulho Homossexual que, conforme exposto no primeiro capítulo, possuiu como temas nos anos de 2005 e 2006 a concretização de direitos a partir de significados desenvolvidos pelo grupo. A ADI foi distribuída ao Ministro Celso de Mello, pretendendo a declaração da inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.278/96, que regulamentava a união estável

¹⁹² Cf. HONNETH (2003)

antes da vigência do Código Civil de 2002, prevendo essa forma de entidade familiar como privativa de um relacionamento constituído por heterossexuais.

A ação em questão não chegou a ser levada à plenário, sendo indeferida por despacho, em virtude de vícios formais. Todavia, quando do despacho denegatório, proferido em 03 de fevereiro de 2006, manifestou-se o Ministro Relator sobre a questão de fundo levantada, demonstrando, de maneira clara, a evolução da jurisprudência nacional rumo à interpretação de inconstitucionalidade da negativa de união estável a casais homossexuais e a conseqüente necessidade de enfrentamento desse tema pela Corte Constitucional:

Despacho

EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. **NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA.** IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF? DECISÃO: A Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo - que sustentam, de um lado, o caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual e que defendem, de outro, a qualificação jurídica, como entidade familiar, das uniões homoafetivas - buscam a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96, que, ao regular o § 3º do art. 226 da Constituição, reconheceu, unicamente, como entidade familiar, "a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (grifei). As entidades autoras da presente ação direta apóiam a sua pretensão de inconstitucionalidade na alegação de que a norma ora questionada (Lei nº 9.278/96, art. 1º), em cláusula impregnada de conteúdo discriminatório, excluiu, injustamente, do âmbito de especial proteção que a Lei Fundamental dispensa às comunidades familiares, as uniões entre pessoas do mesmo sexo pautadas por relações homoafetivas. Impõe-se

examinar, preliminarmente, se se revela cabível, ou não, no caso, a instauração do processo objetivo de fiscalização normativa abstrata. É que ocorre, na espécie, circunstância juridicamente relevante que não pode deixar de ser considerada, desde logo, pelo Relator da causa. Refiro-me ao fato de que a norma legal em questão, tal como positivada, resultou derogada em face da superveniência do novo Código Civil, cujo art. 1.723, ao disciplinar o tema da união estável, reproduziu, em seus aspectos essenciais, o mesmo conteúdo normativo inscrito no ora impugnado art. 1º da Lei nº 9.278/96. Uma simples análise comparativa dos dispositivos ora mencionados, considerada a identidade de seu conteúdo material, evidencia que o art. 1.723 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) efetivamente derogou o art. 1º da Lei nº 9.278/96: Código Civil (2002) "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família." Lei nº 9.278/96 "Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família." Extremamente significativa, a tal respeito, a observação de CARLOS ROBERTO GONÇALVES ("Direito Civil Brasileiro - Direito de Família", vol. VI/536, item n. 3, 2005, Saraiva): "Restaram revogadas as mencionadas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1.723 a 1.727), os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1.694)." (grifei) A ocorrência da derrogação do art. 1º da Lei nº 9.278/96 - também reconhecida por diversos autores (HELDER MARTINEZ DAL COL, "A União Estável perante o Novo Código Civil", "in" RT 818/11-35, 33, item n. 8; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Comentários ao Novo Código Civil", vol. XX/3-5, 2004, Forense) - torna inviável, na espécie, porque destituído de objeto, o próprio controle abstrato concernente ao preceito normativo em questão. É que a regra legal ora impugnada na presente ação direta já não mais vigorava quando da instauração deste processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. O reconhecimento da inadmissibilidade do processo de fiscalização normativa abstrata, nos casos em que o ajuizamento da ação direta tenha sido precedido - como sucede na espécie - da própria revogação do ato estatal que se pretende impugnar, tem o beneplácito da jurisprudência desta Corte Suprema (RTJ 105/477, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RTJ 111/546, Rel. Min. SOARES MUÑOZ - ADI 784/SC, Rel. Min. MOREIRA ALVES): "Constitucional. Representação de inconstitucionalidade. Não tem objeto, se, antes do ajuizamento da argüição, revogada a norma inquinada de inconstitucional." (RTJ 107/928, Rel. Min. DECIO MIRANDA - grifei) "(...) também não pode ser a presente ação conhecida (...), tendo em vista que a jurisprudência desta Corte já firmou o princípio (...) de que não é admissível a apreciação, em juízo abstrato, da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de norma jurídica revogada antes da instauração do processo de controle (...)." (RTJ 145/136, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei) **Cabe indagar, neste ponto, embora esse pleito não tenha sido deduzido pelas entidades autoras, se se mostraria possível, na espécie, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta com o objetivo de questionar a validade jurídica do próprio § 3º do art. 226 da Constituição da República.** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não admitir, em sede de fiscalização normativa

abstrata, o exame de constitucionalidade de uma norma constitucional originária, como o é aquela inscrita no § 3º do art. 226 da Constituição: "- A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna, 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida, por impossibilidade jurídica do pedido." (RTJ 163/872-873, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno - grifei) Vale assinalar, ainda, a propósito do tema, que esse entendimento - impossibilidade jurídica de controle abstrato de constitucionalidade de normas constitucionais originárias - reflete-se, por igual, no magistério da doutrina (GILMAR FERREIRA MENDES, "Jurisdição Constitucional", p. 178, item n. 2, 4ª ed., 2004, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada", p. 2.333/2.334, item n. 1.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OLAVO ALVES FERREIRA, "Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos", p. 42, item n. 1.3.2.1, 2003, Editora Método; GUILHERME PEÑA DE MORAES, "Direito Constitucional - Teoria da Constituição", p. 192, item n. 3.1, 2003, Lumen Juris; PAULO BONAVIDES, "Inconstitucionalidade de Preceito Constitucional", "in" "Revista Trimestral de Direito Público", vol. 7/58-81, Malheiros; JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II/287-288 e 290-291, item n. 72, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora). **Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.** Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com

absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "União Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.). Cumpre referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS ("União Homossexual: O Preconceito & a Justiça", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque: "A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se darentaisclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em 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. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetiva - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)." (grifei) Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de

Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: "Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas." (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei) "(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão." (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei) **Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, "in abstracto" - considerado o que**

dispõe o art. 1.723 do Código Civil -, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas. Arquivem-se os presentes autos.

Como o despacho aponta, uma via processual viável para o debate em comento, de reconhecimento, com base em princípios constitucionais, da possibilidade de equiparação das uniões homossexuais às uniões estáveis, seria o ajuizamento de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Nesse sentido, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão apresentou, ao fim de 2006, Representação ao Procurador Geral da República, assinada por Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão; Daniel Sarmento, Luiza Cristina Frischeisen, Paulo Gilberto Cogo Leivas, Procuradores Regionais da República, Sergio Gardenghi Suiama, Procurador Regional dos Direitos do Cidadão; Renato de Freitas Souza Machado, Caroline Maciel da Costa, Procuradores da República, Antonio Luiz Martins dos Reis, da ABGLT; Nelson Matias Pereira da Associação da Parada do Orgulho GLBT – SP; Paulo Tavares Mariante, do Identidade - Grupo de Ação pela Cidadania Homossexual; Edmilson Alves de Medeiros, do grupo Corsa - Cidadania, Orgulho, Respeito, Solidariedade e Amor.

A participação dessas entidades na elaboração da peça demonstra uma superação da idéia de produção de significados acerca de princípios constitucionais fechada ao Estado. Os seguintes trechos ilustram os fundamentos produzidos socialmente acerca dos significados jurídicos:

A tese que será sustentada ao longo da presente Representação é a de que se deve extrair diretamente da Constituição de 88, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E, diante da inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora, devem ser aplicadas analogicamente ao caso as normas que tratam da união estável entre homem e mulher.

(...)

Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição em cujo vértice situa-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito - como os homossexuais - que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é exatamente a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias.

Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de serem reconhecidas oficialmente as suas uniões afetivas, com todas as conseqüências jurídicas patrimoniais e extra-patrimoniais disso decorrentes.

De outro turno, a situação acima descrita evidencia a lesão a preceitos fundamentais da Constituição – notadamente aos princípios da igualdade, da proibição de discriminações odiosas, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da proteção à segurança jurídica.

Daí porque, esperam os Requerentes que V. Exa. ajuíze a competente Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, considerando que inexistente qualquer outro meio processual hábil para sanar a lesão ora referida em relação a todos os homossexuais no território nacional.

(...)

O princípio da igualdade proclama que todas as pessoas devem ser tratadas pelo Estado com o mesmo respeito e consideração. E tratar a todos com o mesmo respeito e consideração, significa reconhecer que todas as pessoas possuem o mesmo direito de formular e de perseguir autonomamente os seus planos de vida, e de buscar a própria realização existencial, desde que isso não implique na violação de direitos de terceiros.

Na verdade, a igualdade impede que se negue aos integrantes de um grupo a possibilidade de desfrutarem de algum direito, apenas em razão de preconceito em relação ao seu modo de vida. Mas é exatamente isso que ocorre com a legislação infraconstitucional brasileira, que não reconhece as uniões entre pessoas do mesmo sexo, tratando de forma desigualitária os homossexuais e os heterossexuais.

De fato, o indivíduo heterossexual tem plena condição de formar a sua família, seguindo as suas inclinações afetivas e sexuais. Pode não apenas se casar, como também constituir união estável, sob a proteção do Estado. **Porém, ao homossexual, a mesma possibilidade é denegada, sem qualquer justificativa aceitável.**

(...)

Com efeito, alguns dos direitos que são denegados aos parceiros em relações homoafetivas são ligados às condições básicas de existência, como o direito a alimentos, o direito a prosseguir no contrato de locação celebrado em nome do antigo parceiro, em caso de óbito deste ou de separação (dimensão do direito à moradia), e o direito ao recebimento de benefícios previdenciários, no regime geral do INSS ou no regime estatutário dos servidores públicos.

Portanto, privar os membros de uniões afetivas destes e de outros direitos, atenta contra a sua dignidade, expondo-os a situações de risco social injustificado, em que pode haver comprometimento às suas condições materiais mínimas para a vida digna.

Sem embargo, independentemente disto, o não-reconhecimento em si da união entre pessoas do mesmo sexo já encerra um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social.

Trata-se de violação do direito ao reconhecimento, que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem este reconhecimento, ela perde a auto-estima, que já foi definida por John Rawls como “o mais importante bem primário” existente na sociedade.

(...)

Em uma democracia constitucional caracterizada pelo pluralismo, o fundamento de legitimidade das normas jurídicas não pode repousar sobre concepções religiosas ou metafísicas, porque estas não são compartilhadas por todos e não podem ser heteronomamente impostas. A legitimidade da ação do Estado, sobretudo quando estiverem em jogo os princípios fundamentais de justiça da comunidade política, depende da existência de razões públicas que a justifiquem, que possam ser racionalmente aceitas por todos os seus destinatários, independentemente das respectivas crenças religiosas ou concepções metafísicas.

Por isso, as religiões que se opõem à legalização da união entre pessoas do mesmo sexo têm todo o direito de não abençoarem estes laços afetivos. O Estado, contudo, não pode basear-se no discurso religioso para o exercício do seu poder temporal, sob pena de grave afronta à Constituição.

O argumento de contrariedade à “natureza das coisas” tampouco convence. Em primeiro lugar, porque, do ponto de vista biológico, a homossexualidade é tão “natural” como a heterossexualidade, manifestando-se também entre outros mamíferos, e ostentando, segundo alguns, um importante componente genético.

Mas, ainda que assim não fosse, não seria legítimo cercear a igual liberdade de cada um de perseguir a própria felicidade, escolhendo o seu parceiro ou parceira familiar, com base em argumentos desta ordem. Afinal, o reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana significa, no mínimo, a proteção de uma esfera de autonomia moral do indivíduo para decidir sobre como conduzir a sua própria vida, desde que isto não lese direitos de terceiros, e esta autonomia não é limitada por qualquer dever de “mimetização da Natureza”.

(...)

Por outro lado, o reconhecimento legal da união entre pessoas do mesmo sexo em nada modificaria o instituto do casamento, nem tampouco impediria ninguém de se casar.

(...)

Neste ponto, não há dúvida de que um dos aspectos mais essenciais desta liberdade existencial constitucionalmente protegida diz respeito à autonomia de cada indivíduo de escolher a pessoa com a qual pretende manter relações afetivas estáveis, de caráter familiar.

Com efeito, tão óbvia é a importância da livre constituição da família para a realização da pessoa humana que ela nem precisa ser aqui enfatizada. Afinal, é em geral na família que o indivíduo trava as suas relações mais profundas, duradouras e significativas; é nela que ele encontra o suporte espiritual para os seus projetos de vida e o apoio moral e material nos seus momentos de maior dificuldade.

Mas para que a família desempenhe realmente este papel vital para a realização existencial dos seus membros, a sua constituição deve basear-se num ato de liberdade, em que cada indivíduo tenha a possibilidade de escolher o parceiro ou a parceira com quem pretende compartilhar a vida.

Daí porque, na esteira das lições de Gustavo Tepedino, pode-se apontar a “inconstitucionalidade de qualquer ato estatal – praticado pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo – que limitasse tais escolhas pessoais, circunscrevendo o rol de entidades familiares segundo entendimentos pré-concebidos, as mais das vezes arraigados a pré-conceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica.”

(...)

Em face do exposto, esperam os Requerentes que V. Exa. ajuíze Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, com pedido de que a Corte profira decisão dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante, para:

- a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e
- b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Em que pesem o avanço da interpretação principiológica e a construção social dos sentidos acerca desses princípios, o sentimento é ainda tratado com timidez, um sentimento que deve ser reconhecido como entidade familiar, desde que não se pretenda estruturar como casamento, conforme se depreende também da Representação apresentada no âmbito do Ministério Público Federal.

Apesar de se manter tímido, o sentimento homossexual reconhecido como entidade familiar possibilita o exercício de direitos tipicamente relacionados à família, de onde se destaca a possibilidade de adoção.

3.4. O sentimento abre as portas

Em novembro de 2006 obtiveram significativa repercussão na mídia a adoção de crianças, nos Estados de Rio de Janeiro e São Paulo¹⁹³, por casais de pessoas do mesmo sexo; essas decisões seguiram-se à marcante decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do

¹⁹³ Matérias acerca desse tema podem ser encontradas em <http://oglobo.globo.com/sp/mat/2006/11/22/286750479.asp>; http://ultimosegundo.ig.com.br/materias/brasil/2600501-2601000/2600584/2600584_1.xml; <http://mulher.terra.com.br/maesefilhos/interna/0,,OI1330830-EI4108,00.html>

Rio Grande do Sul em 12.4.2006, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 70013801592, relatada pelo Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos.

A decisão que concedeu a adoção foi um marco para o exercício de cidadania, ao permitir o reconhecimento da diferença e da pluralidade, entendendo que não se pode alegar aspectos relacionados à orientação sexual para impedir o acesso a direitos.

O exercício da cidadania, no Estado Democrático de Direito, passa pelo respeito a garantias individuais, a garantias que possibilitem o livre exercício e determinação de seus projetos de vida, projetos esses que não podem ser afastados na tentativa de transformar a diferença (envolver-se afetivamente com alguém do mesmo sexo) em desigualdade de direitos. Verifica-se um tratamento inferiorizante quando se pretende proibir que relacionamentos homossexuais tenham o status de entidades familiares, quando se pretende proibir que casais homossexuais possam adotar.

É interessante observar que a decisão do TJRS considerou, também, o bem-estar das crianças, cumprindo, dessa forma, o princípio proteção integral da criança e do adolescente, presente no art. 227. Corajosamente, rompeu com a idéia equivocada (e sem base jurídica) de que a adoção por um casal homossexual seria, por si só, contrário a proteção dos interesses da criança. Afinal, no caso em comento, como também verificável nos demais casos relatados pela mídia, as crianças já conviviam com o casal, possuindo, contudo, a regulamentação da parentalidade em relação a apenas um dos parceiros, o que gerava indevidas exclusões jurídicas, a exemplo de questões sucessórias e relativas a planos de saúde. As crianças viviam uma realidade familiar completa (afeto, publicidade e estabilidade) mas eram tratadas juridicamente como sub-filhos, na medida em que eram excluídas da relação jurídica com um dos membros da relação parental.

Ora, como afirmou o próprio relatório de avaliação, desenvolvido por profissionais ligados às áreas de psicologia e serviço social, o casal

tem exercido a parentalidade adequadamente. Com relação às vantagens da adoção para estas crianças, especificamente, conhecendo-se a família de origem, pode-se afirmar que, quanto aos efeitos sociais e jurídicos, são inegáveis, quanto aos efeitos subjetivos é prematuro dizer, porém existem fortes vínculos afetivos que indicam bom prognóstico.

A decisão demonstrou que o importante para o melhor desenvolvimento e formação de uma criança não é a orientação sexual daqueles que exercem a parentalidade (sejam homem-mulher, homem-homem, mulher-mulher), mas sim a existência de um ambiente acolhedor, afetivo e dotado de estabilidade, ou seja, uma família, hetero ou homossexual. Como observa Ana Paula Ariston Barion Peres¹⁹⁴:

No caso esposado de adoção por homossexuais, antes de se chegar a qualquer conclusão, urge dizer, primeiramente, que o conflito entre os princípios constitucionais do melhor interesse da criança e do direito à igualdade só vai eclodir caso fique comprovado que o desempenho da maternidade/paternidade por homossexuais pode trazer malefícios ao menor. Para tanto, ainda que muitos, de antemão, apontem prejuízos para a criança, será imprescindível analisar cada caso concretamente.

A aplicação das disposições de união estável às relação homossexuais possibilita a interpretação constitucionalmente adequada do artigo 1622¹⁹⁵ do Código Civil, gerando o direito ao casal homossexual de adotar. Conforme o acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. **É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta**

¹⁹⁴ PERES (2006:121)

¹⁹⁵ Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável

prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (APC, publicada em 12.4.2006)

Para um aprofundamento nos fundamentos apresentados, a leitura do voto do

Desembargador Relator:

No entanto, a jurisprudência deste colegiado já se consolidou, por ampla maioria, no sentido de conferir às uniões entre pessoas do mesmo sexo tratamento em tudo equivalente ao que nosso ordenamento jurídico confere às uniões estáveis.

O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? **Porque a affectio que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a affectio conjugalis do que a affectio societatis.** Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade.

(...)

Além de a formação do vínculo de filiação assentar-se predominante na convenção jurídica, mister observar, por igual, que nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social.

(...)

Como se vê, nada há de novo sob o sol, quando se cogita de reconhecer a duas pessoas de mesmo sexo (no caso, duas mulheres), que mantém uma relação tipicamente familiar, o direito de adotar conjuntamente.

Resta verificar se semelhante modalidade de adoção constitui efetivo benefício aos adotandos, critério norteador insculpido no art. 1.625 do Código Civil.

(...)

Como se vê, os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores.

É, portanto, hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal).

Por fim, de louvar a solução encontrada pelo em. magistrado Marcos Danúbio Edon Franco, ao determinar na sentença que no assento de nascimento das crianças conste que são filhas de L.R.M. e Li.M.B.G., sem declinar a condição de pai ou mãe.

Ante o exposto, por qualquer ângulo que se visualize a controvérsia, outra conclusão não é possível obter a não ser aquela a que também chegou a r. sentença, que, por isso, merece ser confirmada.

O voto procura, assim, romper com o fechamento a situações fáticas de afeto construídas, valorizando, portanto, uma leitura voltada para a realização individual de cada componente da família. A constatação de que, para o direito, a parentalidade não depende de sexo ou orientação sexual, mas de afeto e compromissos voltados para garantir o desenvolvimento pleno de crianças e adolescentes, por parte daqueles que exercem tal parentalidade, é ressaltada pelo assento no registro de nascimento de ambas as mulheres, sem a abordagem sobre a condição de pai ou mãe.

Em sentido semelhante, a Desembargadora Maria Berenice Dias:

Desde que nasceram, essas crianças foram entregues pela mãe biológica ao casal de lésbicas e por elas são criadas. Para criarem um vínculo jurídico, para assumirem a responsabilidade decorrente da maternidade, fizeram uso – como bem disse o Relator – de um subterfúgio: uma delas buscou a adoção. Mas passaram eles a ser criados por ambas, reconhecem as duas como mães, assim as chamam. Consideram-se filhos de ambas, ou seja, detêm com relação a elas a posse de estado de filho, estabelecendo com suas mães um vínculo de filiação.

De há algum tempo a Justiça já vem emprestando maior prestígio ao vínculo afetivo. É este que é reconhecido como o prevalente ao biológico. Paulo Lôbo, um dos nossos juristas maiores, inclusive encontra, em cinco normas constitucionais, fundamento de que a filiação não é estabelecida pelo critério biológico, mas pelo critério afetivo. Essa foi a escolha do legislador constitucional. Ao dizer a Constituição que todos os filhos são iguais independentemente de sua origem, não está preocupado com a verdade biológica (CF § 6º do art. 227). Ao estabelecer nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo a igualdade de direitos, também faz uma escolha pela filiação afetiva. Ao referir à “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, inclui os filhos adotivos, com a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida, não sendo relevante a origem ou a existência de um outro pai, que seria o genitor (CF, § 4º do art. 226). **O direito à convivência familiar e não à origem genética** constitui prioridade absoluta de crianças e adolescentes (CF, art. 227, caput). Igualmente o legislador, ao impor a todos os membros da família o dever de solidariedade de uns aos outros: dos pais para os filhos e dos filhos para os pais e de todos em relação aos idosos, também não está priorizando a filiação biológica (CF arts. 229 e 230). **Assim, tem assento constitucional a priorização da filiação afetiva ou socioafetiva, como alguns preferem dizer.**

Então, mister reconhecer que as duas mães mantêm um vínculo de filiação com essas crianças. Uma delas tem vínculo jurídico decorrente da adoção, buscando a outra o reconhecimento em juízo da filiação para assumir as responsabilidades decorrentes do poder familiar. Fazem isso porque são

sabedoras das dificuldades que a ausência desse vínculo pode gerar aos filhos, eis que todos os pais responsáveis querem preservar sua prole.

(...)

Então, não consigo encontrar outra justificativa para o recurso a não ser o preconceito. A falta de lei nunca foi motivo para a Justiça deixar de julgar ou de fazer justiça. A omissão do legislador não serve de fundamento para deixar de reconhecer a existência de direitos. O certo é que o acolhimento da apelação deixaria as crianças ao desabrigo de um vínculo de filiação que já existe. Ao não se manter a filiação dessas crianças com a sua mãe, estaríamos mantendo esta feia imagem da Justiça, que é a da Justiça cega, com os olhos vendados. Temos de continuar, cada vez mais, buscando uma Justiça mais rente à realidade da vida.

Como observado, a literatura jurídica nacional, a jurisprudência e a construção de significados pela sociedade, vêm reconstruindo, a partir de princípios constitucionais, os institutos relacionados ao Direito de Família, possibilitando a inclusão da diferença por meio da concretização de direitos, cumprindo, dessa forma, os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Todavia, tais interpretações mantêm-se tímidas, pois adentram no tabu do casamento exclusivamente heterossexual, perpetrado por uma repetição conceitual que não encontra fundamento jurídico.

A timidez parece, contudo, estar sendo superada, ainda que lentamente, conforme pode ser observado na sentença proferida no processo nº 10505101223, julgado pela 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre e publicado em 14.2.2005, versando sobre a dissolução de união estável homossexual:

(...)

Nem poderia ser de outro modo, na medida em que a jurisprudência vem consagrando a possibilidade de que se vejam reconhecidas as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, sem embargo de que o artigo 1.723, do Novo Código Civil ainda refira ser reconhecida como entidade familiar a união estável “entre o homem e a mulher” (...).

Ora, deixando de referir aqui dezenas de outras decisões de Tribunais Regionais e Estaduais, até mesmo o Tribunal Superior Eleitoral já se manifestou sobre esse tema, reconhecendo a possibilidade de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, quando determinou a inelegibilidade de candidata nas recentes eleições municipais de 2004 ao equiparar a união estável heterossexual à homossexual:

“Ementa REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA

REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. Decisão O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do relator. (ACÓRDÃO 24564 VISEU - PA 01/10/2004 Relator(a) GILMAR FERREIRA MENDES Relator(a) designado(a) Publicação PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/10/2004”.

Assim, à luz do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, conforme fundamentação supra, tenho que [não apenas a união estável, mas também] o casamento, nos moldes como atualmente regulado pelo legislador, é um instituto passível de ser acessado por todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual, razão pela qual rejeito a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Verifica-se, portanto, a necessidade que as interpretações baseadas nos significados contemporâneos dos princípios constitucionais, já utilizadas para outros institutos de direito de família, sejam utilizadas para a reconstrução de um conceito de casamento que seja coerente com o atual ordenamento. Como será abordado nas considerações finais, é necessário que o direito e o sentimento saiam do armário.

Considerações Finais – O sentimento sai do armário

*Sala*¹⁹⁶

*Ontem vi o conservadorismo
logo ali, atravessando a rua
era estético, mas não bonito
levemente atraente
mas nada sedutor
e o cheiro não era agradável
perdi até o almoço por conta disso*

*Alguns tentaram passar a língua
para sentir o gosto do conservadorismo
era até fácil, afinal
naquela rua ele tinha
forma de mulher*

*E me falavam:
não tem gosto.*

sal?

não.

açúcar?

não.

pimenta ou gengibre?

não não.

Isso faz até mal para o estômago...

Mas levaram o conservadorismo para casa

Afinal, era um belo enfeite

para entulhar a sala

e mostrar para as visitas:

"olha meu conservadorismo, é de último tipo"

Preconceitos de novíssima geração!

A transformação verificada no Direito Civil, impulsionada pelas idéias de constitucionalização e repersonalização, propiciou que o sentimento, o afeto homossexual abandonasse a prisão em que residia, pela invisibilidade que o Direito a ele propiciava. Ao longo dessa travessia, passa por guetos jurídicos, onde possui uma igualdade menos igual que os relacionamentos heterossexuais, sendo protegido apenas em suas conseqüências patrimoniais e não como um afeto reconhecido pelo mundo jurídico. Do gueto, parte para a timidez, onde é reconhecido apenas para determinadas formas de estruturação familiar, em um fenômeno de concretização, pelo Poder

¹⁹⁶ MEDEIROS (manuscrito)

Judiciário e pelo Ministério Público, de direitos já garantidos pela Constituição da República.

Ao longo dessa travessia, em todas as etapas, esteve presente um dogmatismo tautológico (e seus resquícios), negando a possibilidade do casamento homossexual, possuindo como principal fundamento a argumentação circular de que tal negação se baseia no fato de que a literatura jurídica e a jurisprudência entendem por essa impossibilidade, sem, contudo, adentrar no embasamento que tais fontes do direito utilizam para promover essa negação.

A fim de problematizar essa repetição que se transformou em verdadeiro senso comum teórico dos juristas¹⁹⁷, Luiz Edson Fachin¹⁹⁸ levanta a possibilidade de um:

(...) **equívoco que pode estar na base da formulação doutrinária e jurisprudencial acerca da diversidade de sexos como pressuposto do casamento**. A matéria desborda dessa seara e não pode ser vista à luz da conhecida teoria da inexistência matrimonial, na qual são fortes os preconceitos e a rigidez. Tal argumento não pode ser subterfúgio para negar, num outro plano, efeitos às associações afetivas de pessoas do mesmo sexo. (sem grifo no original).

Dessa forma, a pretensão da manutenção de um entendimento jurídico que viola princípios constitucionais na construção de sentidos excludentes acerca do casamento se revela descabido, ao pretender-se conceder relevância a uma idéia que não possui mais base social (diversidade de sexos para o estabelecimento de projetos de

¹⁹⁷ Segundo WARAT (1982), o senso comum teórico consiste em uma prática não reflexiva continuada, um pano de fundo a que recorrem os juristas em sua prática cotidiana. Sua finalidade seria assegurar a reprodução de crenças, valores e práticas dominantes a partir de uma organização acrítica da realidade, ou seja, uma reprodução na qual os valores dos aplicadores e as práticas não seriam questionados ou problematizados, mas seriam considerados elementos dados e necessários de perpetuação. Nesse sentido, o senso comum teórico, que não é consolidado apenas na prática dos tribunais, mas também em outros marcos institucionais, como faculdades de direito e órgãos legislativos, acaba por apresentar respostas sobredeterminadas, respostas previamente elaboradas que não procuram se adequar criticamente à realidade.

¹⁹⁸ FACHIN (2003:126).

compartilhamento de vida duradouros) nem albergue no ordenamento constitucional.

Luiz Edson Fachin¹⁹⁹, nesse sentido, afirma:

A diversidade de sexos é colocada pela doutrina como um requisito da existência do casamento. Elementos de ordem moral aparecem, marcados por uma descrição do sistema na “família legítima”. Uma definição lida à luz de um texto implícito na Constituição Federal que seria: “O casamento é a união de um homem e uma mulher para constituírem uma família”. **Vê-se o que ali não está, mas se mostra aos olhos da doutrina clássica.** (sem grifo no original).

Verifica-se, dessa forma, a incongruência da repetição clássica da necessidade de diversidade de sexos para a celebração do casamento, em especial quando se constata a repersonalização do direito de família, com base em princípios constitucionais, situação paradigmática essa cada vez mais refletida na sociedade e nas manifestações jurisprudenciais.

Reconhecer a possibilidade do casamento homossexual não diz respeito apenas a reconhecer os direitos daí advindos para os particulares que optem por essa via, mas reconhecer o próprio direito a casais homossexuais de serem tratados com igual consideração pelo ordenamento jurídico. É nesse sentido que o acesso ao casamento por pessoas do mesmo sexo permite a esses cidadãos o exercício de autonomia privada (garantia de direitos individuais) e de autonomia pública (respeito como sujeitos iguais na atuação pública, sem redução de status jurídico de nenhuma espécie por conta de suas diferenças); de liberdade (na escolha da forma de proteção jurídica ao seu afeto) e igualdade (acesso às mesmas proteções que um casal heterossexual dispõe), celebrando, conseqüentemente, o exercício vivo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, alternativas como as PDR e a união estável homossexual (a partir do reconhecimento da possibilidade de afeto homossexual) são necessárias, porém não suficientes. Entende-las como ponto final no tratamento jurídico às relações entre

¹⁹⁹ Op. Cit., p. 130.

peças do mesmo sexo representa violação expressa à Constituição, pois está a violar a liberdade de atuação desses casais, ao tratá-los como desiguais em relação aos pares heterossexuais.

Isso porque, conforme trabalhado por David Buckel²⁰⁰, o casamento não se restringe a um rol de direitos, carregando consigo um status de reconhecimento jurídico para além dos direitos que ele assegura. A discussão sobre igualdade, liberdade e dignidade que perpassa o tema não se restringe ao tratamento igualitário no atinente às conseqüências jurídicas do casamento, mas à própria concretização do direito de se casar.

Se esses princípios constitucionais resultam na compreensão que reconhece a possibilidade de existência de relações homossexuais dotadas de afeto, publicidade e estabilidade e, conseqüentemente, merecedoras de proteção pelo ordenamento enquanto entidades familiares que são, por que deve o casamento civil deve permanecer em uma indevida sacralização heterossexual desprovida de qualquer fundamentação jurídica? Condutas morais e religiosas de determinados grupos podem conceder respostas a essa pergunta, mas serão respostas que atentam contra o ordenamento constitucional e, portanto, não merecem albergue jurídico.

Reitere-se que com essa indagação não se pretende conceber uma superioridade hierárquica do casamento em relação às demais entidades familiares, entendimento esse incompatível com a Constituição da República, na medida em que todas as formas de entidade familiar merecem igual proteção jurídica.

Contudo, quando se nega a possibilidade de acesso de casais de pessoas do mesmo sexo ao casamento, está a se retornar a uma hierarquização das atividades familiares, de forma excludente e sem fundamento no Direito. Ora, se a partir de

²⁰⁰ Op. cit.

princípios se reconhece o direito de homossexuais terem acesso a formas de proteção de sua afetividade, desde que essa forma não seja o casamento, como vem sendo consolidado na jurisprudência, está a se dizer implicitamente que esse instituto se encontra em um patamar distinto, fechado à pluralidade, à diferença e às transformações sociais, diferentemente das outras entidades familiares reconhecidas.

Um entendimento dessa espécie é inconstitucional e, portanto, anti-jurídico. Viola também a idéia integridade do direito²⁰¹, na medida em que retorna a entendimentos pretéritos (o entendimento do casamento inexistente) para fundamentar situações jurídicas presentes, sem considerar o panorama atual, que prevê que liberdade, igualdade e dignidade, constitucionalmente protegidas, não se restringem no acesso a direitos decorrentes da união, mas também à própria possibilidade de livre e igualmente, ter acesso aos diferentes institutos jurídicos que podem regulamentar essa união afetiva.

Reitere-se que, com isso, não está a se negar a possibilidade e a importância de proteção a outras formas de estruturação do relacionamento (união estável e PDR, por exemplo), haja vista que promovem uma maior liberdade para que diferentes particulares procurem proteções jurídicas para seu relacionamento, de maneira igualitária. O que se contesta, face à sua antijuridicidade, é a negativa imposta a casais homossexuais de poderem plenamente, tal qual casais heterossexuais, optarem pela forma de proteção e regulamentação que desejam assumir para seu relacionamento.

Holanda, Bélgica, Canadá, Espanha e África do Sul optaram por consolidar em textos legislativos a proteção à diferença. Em que pese a relevância da inserção em dispositivos legais de sentidos de princípios constitucionais, por permitir um acesso mais amplo à concretização de direitos, na medida em que contribui para dirimir eventuais dúvidas e facilitar a possibilidade de redução da aplicação de preconceitos em

²⁰¹ Cf. Dworkin (2003).

processos interpretativos, a “legalização do direito civil-constitucional” não é necessária e não é ela que inicia a possibilidade jurídica do casamento homossexual. Como se observa da exposição de motivos da Ley 13/2005²⁰², que regulamentou o casamento homossexual em Espanha:

Certamente, a Constituição, ao encomendar ao legislador a configuração normativa do matrimônio, não exclui de forma alguma uma relação que delimite as relações de casal de uma forma diferente do que já tenha existido ao momento, regulação que dê abrigo às novas formas de relação afetiva. Mas, ademais, a opção refletida nessa lei tem alguns fundamentos constitucionais que devem ser levados em conta pelo legislador. Assim, a promoção da igualdade efetiva dos cidadãos no livre desenvolvimento de sua personalidade (artigos 9.2 e 10.1 da Constituição), a preservação da liberdade em que as formas de convivência se referem (artigo 1.1 da Constituição) e a instauração de um marco de igualdade real no desfrute dos direitos sem discriminação alguma por razão de sexo, opinião ou qualquer outra condição pessoal ou social (artigo 14 da Constituição) são valores consagrados constitucionalmente, plasmados que devem ser no reflexo da regulação de normas que delimitam o status do cidadão, em uma sociedade livre, pluralista e aberta.

O direito ao casamento homossexual já se encontra garantido no ordenamento jurídico com base nos princípios elencados (igualdade, liberdade, dignidade e abertura para entidades familiares para além daquelas expressamente previstas no texto constitucional), e o entendimento que procura negar sua possibilidade acaba por gerar um cotidiano de desrespeito e negativa de reconhecimento por meio da manutenção desprovida de juridicidade da exigência de diversidade de sexos para celebração de casamento.

Não se nega, com isso, as facilidades de concretização do direito ao casamento homossexual que a regulamentação legislativa, ou a consolidação de interpretações voltadas para a não violação de preceitos fundamentais (conforme operacionalizado na representação apresentada ao Procurador-Geral da República no atinente à união estável). O que se afirma é que tal direito já encontra previsão no nosso ordenamento,

²⁰² Disponível em

<http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=actlegislativa&blobwhere=1119939178464&ssbinary=true>

não sendo sustentável a argumentação que, a partir de uma carência legislativa específica, procura nega-lo.

Afirmar, hoje, que a celebração do casamento homossexual produziria efeito algum para o mundo do direito, não possui fundamento jurídico. O ordenamento não define o casamento como celebrável unicamente entre homem e mulher, e qualquer interpretação carregada de preconceitos de novíssima (novíssima?) geração que procurem entender nesse sentido, encontra óbice na proteção que os princípios constitucionais conferem à diferença. Em sentido semelhante, qualquer disposição procedimental para a celebração do casamento que procure excluir a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, é manifestamente inconstitucional e não deve, portanto, ser aplicada.

O aprofundamento de formas procedimentais (no âmbito dos poderes legislativo, executivo e judiciário) aptas a promover essa concretização demandam um aprofundamento dos estudos, não cabível no âmbito da presente dissertação, que focou-se em demonstrar que, no atual paradigma de Estado Democrático de Direito, e a conseqüente relevância alcançada pelos princípios constitucionais, a releitura da tradição de maneira constitucionalmente adequada, voltada para a consolidação da re-significação do conceito de casamento, é necessária para que se levem os direitos previstos no ordenamento a sério, iniciando-se por uma interpretação afeita à contemporaneidade jurídica.

Sentimento e direito, no atual estágio da travessia, saem do armário, reconhecendo, por força constitucional, que, de maneira livre, igual e digna, qualquer maneira de amor vale a pena, qualquer maneira de amor valerá.

Bibliografia

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BUCKEL, David. S. *Government Affixes a Label of Inferiority on Same-Sex Couples When It Imposes Civil Unions & Denies Access to Marriage*. In.: Stanford Law & Policy Review, Volume 16, Issue 1. Stanford Junior University Press, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno*. In.: Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Orgs.) São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série. Nº. 6. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 1999.

_____. *A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. In: *Fórum administrativo*. Ano I. Nº. 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

CORSI, Giancarlo. *Sociologia da Constituição*. Trad. Juliana N. Magalhães. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Nº 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001.

COSTA, Alexandre Bernardino. *Metodologia de Pesquisa e Ensino em Direito*. Manuscrito. 61p.

_____. *Desafios da Teoria do Poder Constituinte no Estado Democrático de Direito*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em 2005.

DE GIORGI, Rafaelle. *Direito, Democracia e Risco: Vínculos com o Futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. *União Homossexual: O Preconceito e a Justiça*. 3. ed. ver. Atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Unenumerated rights: Wheter and How Roe Should be Overruled*. In.: *University of Chicago Law Review*. N. 59, 1992.

FACHIN, Luiz Edson. *Da função pública ao espaço privado: Aspectos da "Privatização" da Família no Projeto de Estado Mínimo*. In Arché. Ano VIII. N. 24. Rio de Janeiro: 1999a. p.p. 23-33.

_____. *Direito de Família*. In.: Revista CEJ. V. 3. n. 9. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, set.-dez. 1999b. p.p. 16-20.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Direito de Família: Elementos críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Reconhecer a Obrigação Alimentar nas Uniões Homoafetivas: Uma Questão de Respeito à Constituição da República*. In.: Revista Brasileira de Direito de Família. Ano VI – Nº 28 – Fev-Mar 2005. p.p.26-44.

FONTANELLA, Patrícia. *União Homossexual no Direito Brasileiro: Enfoque a partir do Garantismo Jurídico*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

GADAMER, Hans Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. Tradução Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

GUIMARÃES ROSA, João. *Ficção completa, em dois volumes*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade (I e II)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 (trad. de Flávio Beno Siebeneichler).

_____. *Faticidade e Validade: Uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*. (trad. de Menelick de Carvalho Netto, para fins acadêmicos).

_____. *A inclusão do outro – Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2004 (trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe).

_____. *Inclusão: Integrar ou Incorporar? Sobre a Relação entre Nação, Estado de Direito e Democracia*. In. *Novos Estudos CEBRAP nº 52*. São Paulo: CEBRAP, novembro de 1998.

_____. *Intolerance and discrimination*. In: I. COM., Volume 1, Number one. New York: Oxford University Press and New York University School of Law, 2003b. p.p. 2-12.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003. (tradução de Luiz Repa).

_____. *Invisibility: On the epistemology of "Recognition"*. Disponível em <http://www.ifcs.ufrj.br/cefm/textos/HONNETH.DOC> , último acesso em 21.11.2005.

_____. *Recognition or Redistribution? Changing Perspectives on the Moral Order of Society*. In.: *Theory, Culture & Society* 2001. SAGE, London, Thousand Oaks and New Delhi. Vol. 18(2-3): 43-55.

_____. *Integrity and Disrespect: Principles of a Conception of Morality Based on the Theory of Recognition*. In.: *Political Theory*, Vol. 20, N. 2, May 1992. 187-201.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In.: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 42. p.p. 187-195. abr./jun. 2002.

_____. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=107>. Último acesso em 20.11.2006.

_____. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=108>. Último acesso em 20.11.2006.

LOREA, Roberto Arriada. *A nova definição legal da família brasileira*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo=270>. Último acesso em 19.12.2006.

LUHMANN, Niklas. *A Constituição como Aquisição Evolutiva*. (trad. de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele de Giorgi, para fins acadêmicos). Original: LUHMAN, Niklas. “La costituzione como acquisizione evolutiva” In: ZAGREBELSKY, Gustavo. Et. Alli. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito Sem Dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980.

_____. *O que é direito?* São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

MACEDO, Daniele Cristina Alaniz. ALEXANDRE, Eliane Sobrinho. *Uma Visão Jurídica e Social da Homossexualidade*. Londrina: Eduel, 2003.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In.: *Novos Estudos*, nº 58. São Paulo: CEBRAP, Novembro de 2000.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *Os Homossexuais também tem direito a União Estável?*. *Jornal Tribuna do Brasil*, Brasília, 08 jun. 2005

_____. *Muito Além das Paradas*. *Constituição e Democracia/Tribuna do Brasil*, Brasília, p.p. 22-23, 05 fev. 2006.

_____. *Mãe não tem só uma*. *Constituição e Democracia/Tribuna do Brasil*, Brasília, p.p. 12-14, 05 ago. 2006.

_____. *Qual família?* *Constituição e Democracia/Tribuna do Brasil*, Brasília, p.p. 4-5. 05 mar. 2007.

MILOVIC, Miroslav. *Comunidade da Diferença*. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Ijuí, RS: Unijuí, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 11. ed. rev. ampli. São Paulo: Saraiva, 1972.

MORAES, Vinicius de. *Nova Antologia Poética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. *Vinicius de Moraes: poesia completa e prosa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1998.

NAHAS, Luciana Faísca. *União Homossexual – Proteção Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

OUTHWAITE, William. *Habermas: A Critical Introduction*. Cambridge: Polity, 1994.

ORWELL, George. *Animal Farm*. Londres: Longman Publishers, 1993. 83 ed. 122 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: Fronteiras da Família na Pós Modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito de Família*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2001.

RIOS, Roger Raupp. *Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p.p. 483-517.

_____. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Esmafe, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Volume 6*. 27.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENFELD, Michel. *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*. New Haven: Yale University Press, 1991.

_____. *The Identity of the Constitutional Subject*. In. Cardozo Law Review. Nova Iorque: Cardozo Law School, Janeiro de 1995.

_____. *American Constitutionalism Confronts Denninger's New Constitutional Paradigm*. In.: Constellations Vol. 7 Issue 4 Page 529 December 2000

_____. *Hacia una Reconstrucción de La Igualdad Constitucional*. In El Principio Constitucional de igualdad: Lecturas de introducción. Miguel Carbonell (org.). México D.F: Comisión Nacional de Los Derechos Humanos, 2003.

_____. *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. (Março de 2001). Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 36. p.p. 1307-1352. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=262350>.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil: Volume II..* Campinas: BookSeller, 1999.

SAJÓ, András. *Preferred generations: a paradox of Restoration Constitutions*. In: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy – theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1998, p. 335-351

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SLAUGHTER, M.M. *The multicultural self: questions of subjectivity, questions of power*. In: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy – theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1998, p. 369-380.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. *A Possibilidade Jurídica da Adoção por Casais Homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WARAT, Luís Alberto. *Saber Crítico e senso comum teórico dos juristas*. In Revista CCJ nº 5. Florianópolis: CCJ, 1982.

_____. *O Senso Comum Teórico dos Juristas*. In.: O Direito Achado na Rua. José Geraldo de Souza Junior (org.). 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

ZANELATO, Ezequiel Paulo. *O Afeto como Fator Preponderante para a Manutenção da Sociedade Conjugal*. In.: Revista Brasileira de Direito de Família. Ano VI – Nº 28 – Fev-Mar 2005. p.p.45-59.

Documentos obtidos digitalmente em instituições estatais:

Ministério da Justiça Suíço -
http://www.ofj.admin.ch/bj/en/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte0/eingetragene_partnerschaft.html

Versão em italiano do andamento legislativo da RDP suíça -
http://www.ofj.admin.ch/bj/it/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte0/eingetragene_partnerschaft.html

Site do Governo on-line da Grã-Bretanha, onde podem ser encontradas informações sobre as parcerias civis:
http://www.direct.gov.uk/en/RightsAndResponsibilities/DG_10026937

Sítio do General Registration Office, da Grã-Bretanha, com um guia sobre o processo de parceria civil: <http://www.gro.gov.uk/gro/content/civilpartnerships/>

Pesquisa da BBC abordando a Parceria Civil Britânica.

http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/4497348.stm

Ministério da Justiça Espanhol, página para acesso à Ley 13/2005, do casamento homossexual.

http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?pagename=Portal_del_Derecho/Page/PD_CanalActividadLegislativa&menu_canalactividad=menu_activo&tipoActividad=A&paginacion=siguiente&pinicio=1&pfin=20&ppagina=1&c=LiteralMJ&cid=ShM_InfJur_IniApro&menu_activo=actLeg&p=1057821035222

Suprema Corte do Canadá e decisão sobre casamento homossexual:

<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc79/2004scc79.html>

Departamento de Justiça e Desenvolvimento Constitucional da África do Sul

<http://www.doj.gov.za/>

Corte Constitucional da África do Sul

<http://www.concourt.gov.za/site/home.htm>

Ministério da Justiça da Holanda:

http://www.justitie.nl/english/Themes/family_law/index.asp

<http://athena.leidenuniv.nl/rechten/meijers/index.php3?c=86>