

DIREITO FUNDAMENTAL À CONSTITUIÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR POR PESSOA HOMOSSEXUAL

Joyceane Bezerra de Menezes¹

Cecília Barroso de Oliveira²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais: premissas básicas 2. Princípio da dignidade da pessoa humana. 2.1 Direito à igualdade. 2.2. Direito à liberdade. 2.3 Direito à integridade psicofísica e à solidariedade. 3. Direito fundamental à constituição de entidade familiar. 4. Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais no caso de reconhecimento de união homoafetiva. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO

Trata da possibilidade de se incluir o direito à constituição de família pelos homossexuais no rol dos direitos materialmente fundamentais. O direito a constituir família, entendido como direito fundamental, passaria a ter a prerrogativa da autoaplicabilidade, conferida pela Constituição Federal. Portanto, diante da omissão legal em relação ao disciplinamento da união homoafetiva, caberia ao Judiciário a tarefa de garantir esse direito no caso concreto, utilizando-se, por analogia, as regras aplicáveis à união estável, já regulamentada pelo Código Civil. Para tanto, analisam-se as dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento dos direitos à igualdade e à liberdade, bem como a importância da família no livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental. Homossexualidade. Dignidade da Pessoa Humana. Liberdade. Igualdade. Família.

ABSTRACT

This essay investigates the possibility of including, in the list of materially fundamental rights, the right of homosexual people to establish a family. This right, which is understood as a fundamental right, would have the prerogative of automatic application, according to the Federal Constitution. Therefore, if this subject is not regulated by law, it would be a task of the judiciary to guarantee this right in concrete cases, using, by analogy, the rules applicable to stable unions, which are already regulated in the Civil Code. For this purposes, the dimensions of the principle of human dignity are analyzed, which form the basis of the rights to equality and freedom, as well as the importance of the family in the free development of the individual personality.

KEYWORDS: Fundamental right. Homosexuality. Human dignity. Freedom. Equality. Family.

RESUMEN

Se trata de la posibilidad de que se incluya el derecho a la constitución de familia por los homosexuales en el rol de los derechos materialmente fundamentales. El derecho a constituir familia, entendido como

derecho fundamental, pasaría a tener la prerrogativa da autoaplicabilidad, conferida por la Constitución Federal. Por lo tanto, ante la omisión legal en relación al disciplinamiento de la unión homoafectiva, cabría al Poder Judicial la tarea de garantizar ese derecho en el caso concreto, utilizándose, por analogía, las reglas aplicables a la unión estable, ya reglamentada por el Código Civil. Para ello se analizan las dimensiones del principio de la dignidad de la persona humana, fundamento de los derechos a la igualdad y a la libertad, así como la importancia de la familia en el libre desarrollo de la personalidad del individuo.

PALABRAS CLAVE: Derecho fundamental. Homosexualidad. Dignidad de la Persona Humana. Libertad. Igualdad. Familia.

INTRODUÇÃO

Recente decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por quatro votos a três, concedeu o direito a casal homossexual de obter, perante uma vara de família, a declaração de existência da sua união³. Embora longe da unanimidade, o entendimento foi bastante comemorado pelos movimentos de apoio aos gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e transgêneros (GLBTT), que cogitavam tratar-se do reconhecimento judicial da união homoafetiva como espécie de família.

Não foi bem assim. O caso envolvia um canadense e um brasileiro, que pleiteavam a declaração de existência de sua união, para que o primeiro pudesse obter o visto permanente de residência no Brasil. Em primeira instância, o juiz da vara de família extinguiu o processo sem julgamento do mérito, arguindo a sua incompetência em razão da matéria. A decisão foi confirmada em segundo grau e, finalmente, reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, que se manifestou em sentido contrário, admitindo a competência material da vara de família.

O acórdão tratou somente do problema da competência, sem enfrentar o mérito da causa. Não há dúvida de que a decisão foi um passo importante para a garantia de um direito aos homossexuais. Porém, o reconhecimento da união homoafetiva como modalidade de entidade familiar é bem mais que isso.

Além da omissão quanto ao mérito, há que se observar o fato de que a decisão partiu apenas de uma das Turmas do STJ e sem o voto da unanimidade de seus integrantes. E, ainda, lembrar que, em outra ocasião, quando o STJ foi provocado a manifestar-se especificadamente sobre o reconhecimento da união homoafetiva, a qualificou como sociedade de fato, exigindo a prova do labor de ambos os companheiros para ulterior partilha de bens, em clara analogia às relações obrigacionais, e não às relações familiares⁴.

Na verdade, não é a primeira vez que os Tribunais Superiores se manifestam sobre as uniões homoafetivas. O próprio Supremo Tribunal Federal já foi levado a examinar a matéria, analisando a constitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.278/96, que regulamentava a união estável, sem contemplar as entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Na oportunidade, apesar de reconhecer a relevância social, jurídica e constitucional da questão, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, alegando falha processual.

O Brasil é campeão mundial em crimes homofóbicos⁵. A cada três dias, um homossexual é assassinado no país. Em 2009, a Parada do orgulho GLBTT, evento que acontece em São Paulo e já está na sua décima terceira edição, reuniu mais de três milhões de pessoas pedindo respeito às diferenças. Na mesma ocasião, uma bomba lançada feriu mais de 40 pessoas, um jovem sofreu politraumatismo e outro morreu em razão de espancamentos.

Os números refletem uma realidade paradoxal: de um lado, uma aparente aceitação da maioria, de outro, atos de preconceito e intolerância, incompatíveis com um Estado Democrático de Direito, cujo valor fundamental é a dignidade da pessoa humana. Tal paradoxo é confirmado pelo próprio Estado, o qual eleva à qualidade de fundamentais a igualdade e a liberdade e, ao mesmo tempo, segrega aqueles que possuem orientação sexual diferente da maioria, negando-lhes o reconhecimento de suas relações afetivas como entidades familiares.

O Código Civil é profícuo sobre a união estável e absolutamente silente quanto às uniões homoafetivas, embora a Constituição Federal, no artigo 226, *caput*, não faça qualquer adjetivação à família, objeto de proteção do Estado.

A decisão do STJ, definitivamente, não reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares. A sua importância resulta da admissão da matéria como objeto da competência das varas de família, fortalecendo o entendimento que já orientava a atuação de diversos juízes singulares.

Diante do exposto, pergunta-se: a) Deixando de reconhecer a união afetiva entre pessoas homossexuais, o Estado declara que só existem relações de afeto, juridicamente relevantes, entre pessoas heterossexuais? b) Se o Estado reconhecer o fato social da existência de relações homossexuais, as considera dignas da mesma tutela dispensada às relações de afeto heterossexuais ou entende que são menos relevantes para o Direito?

Essas e outras perguntas seriam cabíveis em relação ao tema, mas todas podem ser subsumidas a uma só: é compatível com o sistema constitucional brasileiro que à pessoa homossexual seja conferido tratamento distinto daquele dispensado à pessoa heterossexual?

Com o objetivo de promover a discussão sobre as indagações acima, o presente estudo se estrutura a partir da análise dos direitos fundamentais. Evoca a dignidade da pessoa humana, mediatizada nos direitos à igualdade, à liberdade, à integridade psicofísica e à solidariedade, para justificar a existência do direito materialmente fundamental à constituição de entidade familiar por pessoas do mesmo sexo. Defende-se a eficácia plena e a aplicabilidade imediata desses princípios na consolidação do novo modelo jurídico de entidade familiar ao qual se estende a proteção descrita no artigo 226 do texto constitucional. Isto por entender que a família, objeto da tutela civil-constitucional, não é adjetivada e se consubstancia em um modelo plural.

1. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PREMISSAS BÁSICAS

Na concepção jusnaturalista de Carl Schmitt⁶, os direitos fundamentais são intrínsecos ao homem e se restringem aos direitos individuais, “son esencialmente derechos del hombre individual, libre, y, por cierto, derecho que el tiene frente al Estado”. Inobstante, a Constituição Brasileira ampliou o rol dos direitos fundamentais para nele incluir direitos sociais, econômicos e difusos.

Mas o que significa dizer que um direito é fundamental?

A categoria de fundamentalidade diz respeito à especial proteção destes direitos, tanto no sentido formal, quanto no material⁷. No âmbito formal, as normas de direitos fundamentais são aquelas expressamente consagradas por normas “com valor constitucional formal”. Têm hierarquia superior às demais, sendo submetidas a procedimentos mais complexos de revisão e, em alguns casos, consubstanciam limites materiais à própria revisão.⁸

A fundamentalidade material, por sua vez, deve ser analisada a partir de seu conteúdo. Os direitos materialmente fundamentais devem ser constitutivos das estruturas básicas do Estado e da Sociedade e, primordialmente, da pessoa humana dentro destas estruturas.⁹

Importante salientar que os direitos materialmente fundamentais não estão necessariamente expressos no rol constitucional, pois, por força da dicção do §2º do artigo 5º da Constituição, permite-se a ampliação do elenco dos direitos fundamentais para além dos formalmente previstos.

Assim, conforme a previsão constitucional, poderão ser considerados como direitos fundamentais aqueles direitos que possuam nota de essencialidade e decorram do regime democrático de direito, de outros direitos fundamentais ou de tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

Analisando o conteúdo dos direitos fundamentais, há que considerar o sistema de valores incorporados pela Constituição, por meio dos princípios, das cláusulas pétreas, dos objetivos e dos fundamentos nela previstos. Neste sentido, o direito à constituição de entidade familiar deve ser entendido em sua fundamentalidade material, por integrar o substrato axiológico dos princípios da igualdade, da liberdade e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana.

Classificados como direitos de primeira geração por Bonavides,¹⁰ os direitos individuais surgiram no Século XVIII, com a concepção de Estado Liberal, e têm como objetivo primordial resguardar os direitos e as liberdades do indivíduo contra o arbítrio do Estado. A Constituição Brasileira prevê no Capítulo I do Título II o rol dos direitos fundamentais individuais.

Ana Maria D'Ávila Lopes¹¹, divergindo da doutrina majoritária, identifica uma hierarquização entre os direitos fundamentais, pelo fato de se dedicar tratamento diferenciado aos direitos individuais em relação aos demais. Justifica sua tese nos seguintes argumentos: a) a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos de San José da Costa Rica*: que incluiu praticamente todos os direitos individuais dentre os insusceptíveis de restrição, mesmo em casos emergenciais; b) a *Constituição Federal Brasileira*: que incluiu apenas os direitos individuais no rol das cláusulas pétreas; c) Apesar da previsão constitucional de aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, a doutrina tem destacado aqueles direitos que gozam de eficácia jurídica e material, os quais podem ser imediatamente aplicados (individuais), dos que gozam apenas de eficácia jurídica, como alguns direitos sociais, cuja aplicação se sujeita a certas realidades fáticas materializadas segundo a teoria da reserva do possível¹².

A digressão acima tem relevo na medida em que justifica maior importância e disciplinamento especial dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade, modelos de direitos individuais, dos quais decorrem os direitos à liberdade de orientação sexual e à formação de entidade familiar.

Adotando a classificação de Alexy¹³, as regras e os princípios são espécies do gênero norma. Os princípios são "mandatos de otimização" que estabelecem que algo deva ser realizado na maior medida possível, em dada situação jurídica concreta. Podem ser cumpridos integralmente ou não, e a obrigação de seu cumprimento dependerá da situação fática sob análise; as regras, por sua vez, expressam deveres e direitos categóricos.

Canotilho¹⁴ sugere alguns critérios práticos para a distinção entre regras e princípios, quais sejam:

Grau de Abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) Grau de determinabilidade da aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa; c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico; d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são <standarts> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <justiça> (DWORKIN) ou na <ideia de direito> (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional; e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

A partir desses critérios práticos, é possível classificar os direitos individuais à igualdade e à liberdade como princípios, reconhecendo-lhes força normativa para dirigir uma decisão no caso concreto.

Ressalte-se que a Constituição Federal assegurou aos direitos individuais uma aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º). No entanto, por serem esses princípios normas abstratas, inexistindo regra legal que os densifique, caberá ao Judiciário, ante ao caso concreto sob seu exame, criar uma regra específica permitindo a densificação.

Considere-se também que a liberdade de constituir família poderia ser incluída no rol das liberdades não-protégidas, segundo a classificação de Alexy¹⁵, o que imporá ao Estado o dever de não afetar ou embaraçar o seu exercício. Por dedução lógica, o direito geral de liberdade garante o direito do homossexual à constituição de entidade familiar.

2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A concepção estoica associou a dignidade humana aos valores de liberdade e de igualdade. Os homens são dotados da mesma dignidade, independentemente de sua posição social e são livres e responsáveis por seus atos e seu destino¹⁶. A ideia de dignidade humana unida às ideias de liberdade e de igualdade também foram sustentadas por Picco dela Mirandola já no início da Idade Moderna. Seguindo São Tomás de Aquino, Mirandola¹⁷ parte do pressuposto de que a diferença entre o homem e os outros seres está na sua possibilidade de autodeterminação e no livre exercício de sua vontade. Acentua a noção de liberdade, contida no conteúdo da dignidade, quando no *discurso*

sobre a dignidade do homem, atribui a esse as funções de árbitro e soberano artífice de si mesmo. Na mesma linha, é indiscutível o papel do Cristianismo na construção desse princípio, vez que reconhece à pessoa humana um valor próprio, intrínseco.

Nos séculos XVII e XVIII, o conceito de dignidade humana foi laicizado, encontrando em Immanuel Kant uma de suas concepções mais sólidas, posto que consubstanciada na racionalidade do homem e na capacidade autônoma de sua vontade. Para Kant¹⁸, “tudo tem um preço ou uma dignidade, quando uma coisa tem um preço pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo preço, então tem ela dignidade”.

No Brasil, o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 consigna a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional, vetor e lente de interpretação dos demais princípios e regras. A dignidade da pessoa humana dá unidade de sentido e de valor ao ordenamento, devendo por isso ser concebida como “valor-fonte fundamental do Direito”¹⁹.

Esse princípio fundante coloca o ser humano em posição superior à do Estado, consagrando-o como fim da atividade estatal. A própria existência do Estado passa a ser justificada como meio para garantir os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa.

Em termos pragmáticos, funciona como parâmetro na interpretação e na aplicação das normas, o norte para a resolução de conflitos entre princípios ou entre regras e deve ser o fim último da legislação e do Estado. Somente se renderá a limites estabelecidos em função do seu interesse e otimização.

Ressalte-se que conceber este princípio como o fim do ordenamento jurídico não importa na sobreposição do homem-indivíduo à coletividade, mas na garantia do livre desenvolvimento deste homem como parte individual dessa coletividade.

A expressão dignidade da pessoa humana, em substituição à expressão dignidade humana, tem justamente esse caráter individualizante. A pessoa concreta na sua vida real e cotidiana, com todas as faculdades de sua humanidade, é que deve ser protegida pelo Estado, e não um ser ideal e abstrato.²⁰

Mas o que seria exatamente a dignidade da pessoa humana?

Na definição de Ingo Sarlet²¹, tem-se por dignidade da pessoa humana:

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

Desta proposição resultam três condutas possíveis ao Estado: uma negativa e duas positivas. A primeira aponta o dever que tem o Estado de respeitar a dignidade do ser humano; a segunda trata da exigência de garantias que efetivem esse mesmo direito contra quaisquer atos de cunho degradante, realizados por terceiros; a última impõe a promoção da dignidade pela garantia de condições existenciais mínimas ao autodesenvolvimento e por meios inclusivos de participação de todos na vida comunitária.

A partir da formulação de Sarlet, é possível concluir que o respeito à dignidade não prescinde do respeito à individualidade e à liberdade da pessoa. Neste sentido, o princípio também impõe ao Estado a obrigação negativa de não impedir a livre escolha do indivíduo quanto à pessoa com quem pretende se relacionar afetivamente, bem como a obrigação positiva de promover o exercício dessa liberdade perante ele próprio (Estado) e perante terceiros.

A proposição acima não soluciona inteiramente a vagueza da locução *dignidade da pessoa humana*. Na tentativa de delimitar o âmbito de seu alcance, Maria Celina Bodin de Moraes²² destaca que o seu substrato material pode ser desdobrado em quatro outros princípios: igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade. Cada um desses princípios será abordado perfunctoriamente no presente trabalho, mas a partir da consideração ao problema anteriormente estabelecido.

2.1 Direito à igualdade

O direito igualdade recebe destaque a partir do preâmbulo do texto constitucional, quando a sociedade brasileira é definida como “fraterna, pluralista e sem preconceitos”. É incluído no rol dos direitos

fundamentais, pelo que se lê no *caput* do artigo 5º e, no artigo 3º, é considerado princípio-objetivo da República brasileira, quando se determina ao Estado brasileiro o dever de “promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação”.

O princípio da igualdade deve ser compreendido sob dois prismas distintos e complementares: um formal e um material. A concepção de igualdade formal é associada à noção de Estado de Direito. Decorre da primazia da lei como formulação abstrata, genérica e universal, aplicável a todos na mesma medida. Já a igualdade em sua dimensão material pressupõe o reconhecimento das diferenças, que torna casos e pessoas desiguais, justificando-se a diversidade do tratamento. A permissão para o tratamento desigual advém da existência de critérios de desigualação constitucionalmente válidos. Nesse escopo é permitido, por exemplo, que a lei beneficie determinado grupo hipossuficiente para eliminar/minorar desigualdades econômicas ou sociais.

Miranda²³ aponta as acepções positiva e negativa ínsitas ao direito à igualdade e que devem ser obedecidas. Como princípio negativo, proíbe privilégios e discriminações. Como princípio positivo impõe, além de tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, uma postura prospectiva a ser adotada pelo Estado, no sentido de disciplinar as situações não apenas como existem, mas como deveriam existir.

A igualdade formal, aplicável ao campo da sexualidade, acarreta a dispensa de igual tratamento legal aos indivíduos, independentemente da sua orientação sexual - homossexual ou heterossexual. Ou seja, nas questões em que surgirem divergências a respeito da aplicação de direitos, a sexualidade somente poderá funcionar como critério discriminatório mediante fundamentos e justificações racionais suficientes para sustentarem a necessidade da diferenciação. Isto porque é imperiosa a validade constitucional do critério discriminatório.

Ademais, a vedação do artigo 3º proíbe “quaisquer outras formas de discriminação” e representa dispositivo expresso e proibitivo da discriminação por orientação sexual, seja por parte de terceiros ou por parte do Estado. Na hipótese aqui aventada, não se vislumbra nenhum critério racional, constitucionalmente válido, capaz de justificar o tratamento diferenciado dado pelo Estado às relações homoafetivas.

Diante da omissão do Legislativo em regular expressamente estas situações de fato, não há qualquer fundamentação plausível para que o Judiciário, ao considerar relações afetivas duradouras, públicas, contínuas e estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o faça de forma distinta da que faria diante da união entre pessoas de sexos opostos. Ambas devem ser consideradas como entidades familiares.

Entendido em sua acepção ampla de igualdade formal e material, o direito à igualdade assegura o direito à diferença. Garante o respeito às minorias sem ferir a individualidade de cada sujeito. Valendo-se do argumento de Boaventura de Sousa Santos, Maria Celina²⁴ lembra que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.”

Não fosse assim, não haveria que se falar em pluralismo, e a condição humana restaria empobrecida. Como explica Hannah Arendt²⁵:

[...] se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. A pluralidade humana tem este duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença.

Roger Raupp Rios²⁶, por sua vez, diz que a expressão “direito à diferença” não se coaduna com o princípio da igualdade formal. A locução, por si, já é discriminatória por caracterizar os homossexuais como diferentes, estranhos à maioria de iguais, que são heterossexuais. Para o autor, o direito à igualdade se traduziria no “direito à indiferença”, ou seja, na consideração das singularidades das pessoas como parte ordinária da sociedade pluralista.

2.2 Direito à liberdade

A liberdade, longe do conceito liberal de autonomia da vontade, significa a possibilidade de autodeterminação da pessoa, permitindo-lhe realizar “as suas escolhas existenciais básicas e perseguir seu próprio projeto de vida, desde que isso não implique violação de direitos de terceiros”²⁷.

Trata-se de uma acepção de liberdade condizente com a tutela da dignidade humana, na medida em que deixa de ser entendida apenas como a possibilidade de fazer o que a lei não proíbe para também representar um ideal privado - livre exercício da vida privada e da intimidade.

A ideia de liberdade é associada à noção de autonomia. Por serem livres, os homens podem escolher os seus destinos; por serem racionais, podem se autodeterminar e fazê-lo da maneira que melhor propicie o seu autodesenvolvimento, dentro da unicidade de suas potencialidades e da sua personalidade.

Flavia Piovesan²⁸, citando J. Raz, define uma pessoa autônoma como “autora de sua própria vida”. Mas lembra que esta possibilidade de autoconstrução só se efetiva se a ela for dada “uma variedade de escolhas aceitáveis e disponíveis para serem feitas”, de modo que sua vida seja o resultado de suas escolhas em face das diversas opções. Quem jamais realizou uma escolha efetiva, de forma genuína e verdadeira, não pode ser considerada uma pessoa autônoma.

Discorrendo sobre os direitos fundamentais como direitos subjetivos, Robert Alexy²⁹ estabelece uma teoria analítica desses direitos com base em uma tríplice divisão: direitos a algo, liberdades e competências. Os direitos a algo englobam ações positivas e negativas por parte do Estado, estando, entre estas últimas, as obrigações do Estado em não impedir ou não embaraçar as ações do titular de um direito. Haverá impedimento sempre que a realização do direito se torne inviável e um embaraço, quando o exercício deste direito for dificultado.

Referindo-se especificamente à liberdade, Alexy³⁰ esclarece que “toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado”, e esta é protegida, no mínimo, pelo direito a que o Estado não embarace ou dificulte o titular da liberdade de fazer aquilo que ele é constitucionalmente livre para fazer.

A decisão por ser homossexual, heterossexual ou bissexual representa uma escolha que cabe apenas a quem a faz. O direito à autodeterminação sexual envolve a liberdade de orientação sexual, pois no campo das escolhas individuais básicas do indivíduo está a opção pela pessoa com quem se quer relacionar afetiva e sexualmente, seja ela de sexo oposto ou não, bem como o direito de escolher com quem se quer constituir uma família.

Se o Estado garante o direito à liberdade, e este deve ser compreendido no sentido de autonomia, por decorrência desse direito, exsurge a liberdade específica de orientação sexual, cujo embaraço importará, conseqüentemente, em desobediência ao dever de ação negativa em relação à primeira.

2.3 Direito à integridade psicofísica e à solidariedade

A garantia da integridade psicofísica importa na proteção à integridade física, psicológica e social da pessoa. Parte dessa proteção se realiza nos direitos de personalidade: à vida, ao nome, à honra, à imagem, ao corpo, à identidade pessoal, entre outros. Por isso que, para Giselle Groeninga³¹, a tutela à integridade psicofísica faz parte da proteção à personalidade, “a integridade psíquica é o resultado do livre desenvolvimento da personalidade para o quê se fazem necessárias condições mínimas de sobrevivência digna – que atenda à vida e à condição humana”.

O direito-dever de solidariedade social impõe a todos um comportamento altruísta. Demanda um comportamento capaz de remeter a todos e a cada um, a colocar-se no lugar do outro e a agir na perspectiva de consolidação da igualdade substancial, tanto no que tange à justiça distributiva, quanto no que se refere à proibição de preconceitos de quaisquer espécies. Assim, contribui-se efetivamente para a construção de uma sociedade justa, sem excluídos ou marginalizados.

Fácil perceber que a tutela de determinados direitos também significará a proteção ao princípio da dignidade humana, pois sempre que os referidos direitos forem desrespeitados - por ação omissiva ou comissiva - ofender-se-á, por conseqüência, a dignidade do homem.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À CONSTITUIÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR

Miranda³² divide os direitos fundamentais em individuais e institucionais. Embora considere que os direitos se reportam “sempre à pessoa humana, há bens jurídicos da pessoa que só podem ser

salvaguardados, no âmbito ou através de instituições". Entre estes direitos institucionais, o autor inclui o direito a constituir uma família.

O conceito de direito fundamental institucional oferecido por Miranda é útil para concluir que o princípio da dignidade humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito individual à igualdade estão intrinsecamente relacionados ao direito institucional de constituir família. A família é compreendida "como a formação social, 'a sociedade natural', garantida pela Constituição para realizar as exigências humanas e promover o desenvolvimento da pessoa"³³. Diversamente de outras épocas, essa família já não se apresenta como portadora de um interesse superior e supraindividual, ao menos no plano constitucional.

A constitucionalização do direito privado permitiu que os interesses patrimoniais liberais fossem colocados em segundo plano para que o homem, em todas as suas dimensões (material, moral e espiritual), ocupasse o centro do ordenamento jurídico. Neste sentido, a família, como instituição, passa a consubstanciar-se na comunhão de afeto, lugar de realização de seus membros-integrantes.

É possível distinguir três fases na evolução da família.³⁴ Na primeira fase, tem-se a família tradicional, constituída a partir de casamentos arranjados, com a finalidade precípua de assegurar a transmissão de patrimônio; em uma segunda fase, tem-se a família moderna, fundada no amor romântico e no casamento; e, por último, a família pós-moderna, que exsurge a partir dos anos 60, para legitimar a união de dois indivíduos em razão das relações íntimas ou da realização sexual, pautadas no afeto.

É perceptível que a evolução do conceito de família desvinculou a instituição da noção de casamento. A própria Constituição Federal não adjetivou a família, a exemplo do que fizeram as antigas cartas constitucionais brasileiras. Antes previu, nos incisos do artigo 226, a união estável e as famílias monoparentais, ao lado da família matrimonial, como modelos de entidades familiares.

Embora não haja um consenso doutrinário sobre o tema, autores como Rodrigo da Cunha³⁵ defendem uma família plural, argumentando que o artigo constitucional acima traz apenas uma enumeração exemplificativa dos modelos juridicamente aceitos.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana posiciona a pessoa como o fim de todo o ordenamento jurídico, não há mais que se falar em proteção supraindividual à instituição familiar, ainda que por motivos econômicos ou religiosos. A proteção à família só se justificará se tiver por objetivo a promoção da dignidade de seus componentes e o livre desenvolvimento da personalidade de cada um. A instituição assume um caráter instrumental para fomentar os interesses afetivos e existenciais de seus membros, participando do autodesenvolvimento de cada um.

De acordo com Rodrigo da Cunha,³⁶ a fragmentação e a diversificação de experiências privadas modificaram os modelos de família, de modo a permitirem-se novos modelos em uma manifestação de tolerância, de solidariedade e de respeito à diferença. O conceito de família ganhou novos contornos. A família patriarcal e hierarquizada, fundada na instituição do casamento, foi substituída pela família eudemonista, em cujo centro está o afeto e na qual as relações precisam ser negociadas, sem o manto da indissolubilidade.

O vínculo afetivo que une as pessoas em um compromisso mútuo, pautado pela busca de propósitos comuns, é o elemento que caracteriza a família. Não é à toa que o Código Civil definiu casamento como "comunhão de vida plena", ou que a jurisprudência tem dado, em muitos casos, primazia à paternidade socioafetiva em detrimento da biológica.³⁷ É exatamente em virtude da prevalência do afeto. Não é apenas o parentesco biológico e o casamento que formam uma família, é o afeto. São os objetivos comuns, a ajuda mútua e o compromisso existentes entre seus membros que a solidificam.

Pluralidade é uma palavra de ordem quando se fala do conceito moderno de família baseado na dignidade humana. Daí porque se podem incluir, no rol das entidades familiares, as famílias reconstruídas, recompostas, recombinações, constituídas após os desfazimentos de relações afetivas anteriores, as famílias simultâneas ou paralelas, homoafetivas, monoparentais, anaparentais e os diversos outros arranjos familiares.

A alteração e a renovação do conceito de família justificam-se por essa ser "a referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança, que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social"³⁸.

Não há como respeitar-se a dignidade do homem sem o respeito ao direito de constituir uma entidade familiar, pois é indubitável a necessidade da família para o indivíduo. É nela em que, em primeiro momento, desenvolve-se a identidade, e continua sendo ela o porto seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela “é amada, sonhada e desejada por homens e mulheres e crianças de todas as idades, de orientações sexuais e de todas condições”³⁹.

Diante de todo o exposto, é importante observar que admitir a liberdade de orientação sexual impõe admitir-se a possibilidade de existência jurídica da família homoafetiva. Não se concebe que um Estado democrático, pluralista, que tem na igualdade um objetivo e a dignidade humana como fundamento, venha a negar a existência de afeto entre homossexuais. A impossibilidade de constituir família impedirá um desdobramento do reconhecimento à liberdade de orientação sexual. Como se compreender que alguém é livre para exercer a liberdade sexual, se não o será para constituir uma família a partir da sexualidade que exercita?

Quando se omite em legislar ou quando prolata decisões judiciais equiparando as relações estáveis entre homossexuais às sociedades obrigacionais, o Estado indiretamente declara que a eles só é possível a constituição de entidade familiar mediante a renúncia de sua identidade sexual; ou, por outra banda, admite que a igualdade da maioria (heterossexual) inferioriza ou torna indigna do reconhecimento jurídico aquelas uniões homossexuais.

O homem, como ser social, precisa do reconhecimento do outro para desenvolver livremente sua personalidade. A depreciação tende a gerar danos em sua estrutura psíquica. Axel Honneth, citado por Sarmiento⁴⁰, argumenta:

[...] a degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização, tem para com os seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja uma perda na possibilidade de se entender a si próprio um ser estimado por suas propriedades e capacidades características

Ainda que aos homossexuais sejam reconhecidos os direitos decorrentes de suas uniões, esse reconhecimento formal não terá o mesmo significado de conduta positiva diante da coletividade, se não couber àquela união o *status* de família. Haverá a garantia de interesses patrimoniais, mas não se realizarão integralmente a igualdade, a liberdade e a dignidade de seus membros. Não se implementará o respeito às peculiaridades de sua personalidade.

4. APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA

O Brasil possui um sistema jurídico aberto de normas e princípios, “uma estrutura dialógica traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça”⁴¹. Ignorar as uniões homoafetivas é transformar o sistema jurídico em um sistema fechado. Exigir uma regra para o reconhecimento dessas uniões é negar a natureza aberta das normas constitucionais e, em última análise, negar efetividade à própria Constituição.

Considerando a já mencionada classificação de Alexy, pode-se concluir, repita-se, que a dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade e à liberdade, fundamentam o direito à liberdade de orientação sexual e à constituição de entidade familiar. Sendo esses direitos caracterizados por um conteúdo principiológico, são ainda dotados de força normativa e, portanto, passíveis de aplicação imediata no caso concreto.

A sua densificação tocará ao Legislativo ou, no exame do caso concreto, ao Judiciário. Inexistindo lei específica que discipline relações entre pessoas do mesmo sexo, competirá ao Judiciário a garantia da aplicação da norma constitucional mediante a observância dos princípios citados, concretizando-lhes o conteúdo mediante auxílio das técnicas de integração, como é o caso da analogia.

Apesar da existência de opiniões divergentes, o princípio da separação dos poderes não constitui óbice a este juízo. Ao estabelecer normas abertas, o próprio legislador constituinte

confiou ao Judiciário a missão de densificá-las em atenção ao caso concreto. As decisões judiciais funcionarão como regras para a situação sob exame, sem o caráter *erga omnes* que teria a norma emanada do Legislativo.

Advirta-se ainda que o §1º, do artigo 5º, assegura a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais. Isto implica a desnecessidade de legislação específica para que esses direitos sejam efetivados. O que o Judiciário não pode é se omitir em face de uma situação concreta, alegando a falta de regra disciplinadora.

Ressalte-se, inclusive, que se houvesse uma regra determinando menos direitos aos homossexuais, em razão simplesmente de sua orientação sexual, essa regra deveria ser declarada inconstitucional, por ferir os princípios supracitados, os quais apresentam uma função normogenética das regras. A igualdade e a liberdade ainda têm a proteção adicional derivada do artigo 60, §4º, por constituírem-se em cláusulas pétreas, o que lhes preserva de quaisquer propostas de alteração ou supressão.

A par dos argumentos acima, as decisões majoritárias dos Tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça não têm reconhecido a união homoafetiva como entidade familiar, optando por dispensar àquelas relações tratamento análogo ao que toca às sociedades de fato. É certo que alguns Tribunais têm avançado com entendimento diverso, concedendo direitos hereditários ao companheiro homossexual sobrevivente, direito a alimentos e direito à meação, em analogia às soluções propostas para a união estável.

Na seara dos outros poderes também se veem algumas medidas inclusivas. Entre as Diretrizes da Lei Federal 11.318/06 (plano plurianual) está "o combate à discriminação aos homossexuais, com a garantia de seus direitos". Em 17 de agosto de 2006, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) deu a posse de um lote no Assentamento Zumbi dos Palmares, em Laras, no sudoeste paulista, a um casal homossexual, Zildenece Ferreira dos Santos (a Dida) e sua companheira, Darci Maria Batista da Costa. A Instrução Normativa nº 25 do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) confere aos homossexuais os mesmos direitos dos companheiros em caso de pensão por morte. Em Fortaleza (CE), a Lei Municipal 11.872/02 proíbe tratamento diferenciado em razão da orientação sexual. Tais mudanças demonstram que socialmente os direitos dos homossexuais têm sido gradualmente reconhecidos, mas ainda há muito que progredir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alguns direitos podem ser considerados como fundamentais, mesmo sem uma previsão expressa nos dispositivos constitucionais, desde que tratem de matéria essencial e decorram dos princípios constitucionais expressos, do Regime Democrático de Direito ou dos tratados internacionais. Neste sentido, o direito à constituição de entidade familiar pode ser entendido como um direito materialmente fundamental, na medida em que atende a ambos os requisitos de fundamentalidade material de um direito. Primeiro, porque não há dúvida acerca da importância da família para o desenvolvimento da pessoa e, segundo, por decorrer dos princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Em face da sua autonomia ético-existencial, a pessoa pode escolher livremente aquele ou aquela com quem pretende se relacionar afetivamente, devendo o Estado se abster de embaraçar ou dificultar o exercício dessa liberdade.

O não reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar dificulta o exercício da liberdade de orientação sexual e, neste sentido, constitui-se em desrespeito ao princípio constitucional da liberdade. Pelo direito geral de liberdade, todas as pessoas têm um direito *prima facie* à liberdade, de modo que qualquer lei restritiva impõe ao legislador o ônus de apontar as relevantes razões para a sua restrição. Não há qualquer norma proibitiva expressa sobre o direito à constituição de entidade familiar homossexual, tampouco à liberdade de orientação sexual.

Da mesma forma, o Estado desobedece ao princípio da igualdade quando não confere igual tratamento legal aos homossexuais e aos heterossexuais, dando apenas aos últimos a possibilidade de constituição de família, sem que haja qualquer critério razoável para justificar a discriminação. O direito à igualdade garante o respeito à singularidade de cada um.

É inegável a importância da família no desenvolvimento da personalidade do indivíduo. A família, *locus* de desenvolvimento da personalidade, assume um caráter instrumental e se fundamenta no afeto, na consideração, no respeito e na ajuda mútua entre seus membros, e não apenas em razões econômicas ou religiosas.

A família migra de uma estrutura fechada para delinear-se como comunidade de afeto, sem adjetivações ou exclusões, assumindo uma dimensão plural. O texto constitucional, sem qualificar a família, apenas reserva-lhe proteção do Estado, por reconhecer a sua natureza cultural, social e instrumental no desenvolvimento da personalidade da pessoa. A família é uma experiência cultural, vivida pelos atores da sociedade e, segundo as experiências da sociedade brasileira, apresenta-se em uma pluralidade de modelos, dentre os quais está a família homoafetiva.

Garantir a liberdade de todos e de cada um é permitir a realização de escolhas entre as diversas possibilidades, é assegurar o desenvolvimento da personalidade e o livre planejamento familiar.

O Estado democrático, pluralista, que tem a igualdade como objetivo e a dignidade humana como fundamento, não pode negar a existência de afeto entre homossexuais. Ao reconhecer relações estáveis homossexuais como sociedades obrigacionais, o Estado declara que, aos homossexuais, só é cabível a constituição de entidade familiar se eles renunciarem à própria identidade e formarem famílias heterossexuais - iguais, pois a diferença da maioria os inferioriza e os torna indignos de respeito social.

O que se observa é que a postura estatal deveria ser oposta, não apenas de garantia ao reconhecimento da união homoafetiva, mas de promoção da dignidade da pessoa homossexual, assegurando-lhe que a sua sexualidade não será critério de discriminação ou empecilho à sua autonomia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de R. Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

GROENINGA, Giselle Câmara. O Direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Família e a Dignidade Humana. **Anais V Congresso de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. *In*: **Os pensadores – Kant (II)**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LOPES, Ana Maria D'ávila. **Democracia hoje, para uma releitura crítica dos direitos fundamentais**. Passo Fundo: UPF, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Lisboa: Edições 70, 1989.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Uma introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. São Paulo: Renovar, 2006.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução de André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

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

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO Daniel; IKAVA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Orgs). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOTAS

- 1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Adjunta da Universidade de Fortaleza no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado). Professora adjunta da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. Ceará. E-mail: joyceane@unifor.br
- 2 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Professora da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza. Fortaleza. Ceará. E-mail: cecilia@unifor.br
- 3 RESP 820475. 4ª Turma. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Publicação: DJ- 06.10.2008.
- 4 EMENTA. RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM. Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (STJ. RESP 648.763/RS. Quarta Turma. Relator. Min. Cesar Asfor Rocha. j. 07.12.06. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10.09. 2008.
- 5 Estatística do Relatório Anual de 2007, realizado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), entidade de utilidade pública municipal e estadual, em 2007. Segundo o Relatório, em 2007, 122 homossexuais e travestis foram assassinados no país, 30% a mais que no ano anterior. A estatística dá ao Brasil o lugar de campeão mundial em crimes homofóbicos, seguido pelo México, com 35 homicídios por ano, e Estados Unidos, com 25.
- 6 SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996. p.170.
- 7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 499.
- 8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 499 e 528.
- 9 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- 10 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- 11 LOPES, Ana Maria D'ávila. **Democracia hoje, para uma releitura crítica dos direitos fundamentais**. Passo Fundo: UPF, 2001, p.177-181.
- 12 A reserva do possível consiste em critério hermenêutico, oriundo da Corte Constitucional alemã, que

- condicionou o atendimento dos direitos prestacionais à razoabilidade, considerando o que se pode esperar da sociedade e das respectivas condições históricas.
- 13 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- 14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 166-170.
- 15 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2008. Para o autor, as liberdades jurídicas classificam-se em *liberdades protegidas e liberdades não protegidas*. A liberdade protegida é a permissão expressa para fazer ou se abster de fazer algo. As liberdades não protegidas são permissões no sentido de negação de deveres e obrigações. No caso em tela, se a lei não impõe a obrigação no sentido da formação de família heterossexual, há uma liberdade não protegida que garante ao indivíduo a possibilidade de constituir família hetero ou homossexual.
- 16 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30.
- 17 MIRANDOLA, Giovanni Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Lisboa: Edições 70, 1989. p. 51.
- 18 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. *In: Os pensadores – Kant (II)*, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 140.
- 19 SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 86.
- 20 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. t. IV. p. 169.
- 21 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.
- 22 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 84.
- 23 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 1998. p. 214-215.
- 24 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. 2003. p. 92.
- 25 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. (1958) Trad. R. Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 188.
- 26 RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação Sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 130.
- 27 SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. *In: SARMENTO, Daniel; IKAVA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- 28 PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário. *In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006. p. 409.
- 29 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2008. p.193.
- 30 ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**. 2008. p. 234.
- 31 GROENINGA, Giselle Câmara. O Direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org). Família e a Dignidade Humana. Anais V Congresso de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 452.
- 32 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 1998. p. 74.
- 33 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Uma introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 243.
- 34 ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução de André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 19.
- 35 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 31-34.
- 36 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2003. p. 170.
- 37 Art. 1.511 do Código Civil: "O casamento estabelece comunhão de vida plena, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges". Ação de anulação de registro de nascimento movida por irmãos do falecido pai. No conflito entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva, deve esta prevalecer sempre

que resultar da espontânea materialização da posse do estado de filho. O falecido pai do demandado registrou-o, de modo livre, como filho, dando-o, enquanto viveu, tal tratamento, soando até mesmo imoral, a pretensão dos irmãos dele (tios do réu) de, após seu falecimento e flagrantemente visando apenas a mesquinhos interesses patrimoniais, pretender desconstituir tal vínculo. Desacolheram os embargos. (TJRS 4º G.C.Cív. El 70004514964, rel. Des. Luis Felipe Brasil Santos, j.11.10.2002.).

- 38 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 372.
- 39 ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. 2003. p. 198.
- 40 SARMENTO Daniel; IKAVA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Orgs). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. 2008. p. 645.
- 41 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 1993. p. 1033.

Recebido em: 03/2010

Avaliado em: 03/2010

Aprovado para publicação em: 04/2010