

DIREITOS DA PERSONALIDADE INERENTES AO CASAMENTO E À UNIÃO HOMOAFETIVA

*Almir Santos Reis Júnior**
*Rozane da Rosa Cachapuz***

SUMÁRIO: 1. *Introdução*; 2. *Breves considerações sobre a personalidade*; 3. *Dos deveres em relação ao matrimônio e à união estável*; 4. *Direitos da personalidade nas uniões homossexuais*; 5. *Perspectivas ao direito de família no amanhã*.

RESUMO: Estamos envoltos no torvelinho dos movimentos sociais, políticos e culturais, haja vista as inúmeras mudanças ocorridas, com grande relevo a partir da segunda metade do século passado, que, de forma indelével, têm reflexos diretos e imediatos no mundo jurídico. O quadro das intensas modificações ocorridas nas últimas décadas revela, do ponto de vista fenomenológico, inegável transformação na estrutura familiar. Os direitos de personalidade ganham destaque na concepção moderna de família, bem como no reconhecimento da união dos iguais como espécie do gênero entidade familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Família; igualdade; personalidade; respeito.

PERSONALITY RIGHTS INHERENT TO MARRIAGE AND HOMO-AFFECTIVE UNION

*Mestre em Direitos da Personalidade; Especialista em Docência no Ensino Superior; docente no Centro Universitário de Maringá.

**Doutora em Direito Internacional (Direito da Família) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito Negocial (Civil e Processo Civil) pela Universidade Estadual de Londrina; Professora da Pós-Graduação lato sensu e stricto sensu do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

ABSTRACT: We are involved in a turmoil of social, political and cultural movements, as we can see in the countless changes that occurred, with great emphasis from the second half of last century, which, in a certain in an indelible way, had direct and immediate reflexes in the juridical world. This scenery of intense changes that occurred in the last decades reveals, from a phenomenon-ideological point of view, undeniable transformation in the family structure. Personality rights are highlighted in the conception of the modern family, as well as in the recognition of unions of equals as a specie of family entity gender.

KEYWORDS: Family; equality; personality; respect.

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD INHERENTES AL CASAMIENTO Y A LA UNIÓN HOMOAFECTIVA

RESUMEN: Estamos envueltos en el torbellino de los movimientos sociales, políticos y culturales, haya vista los innúmeros câmbios ocurridos, con gran relieve a partir de la segunda mitad del siglo pasado, que, de forma indeleble, posee reflejos directos e inmediatos en el mundo jurídico. El cuadro de los intensos cambios ocurridos en las últimas décadas revela, desde el punto de vista fenomenológico, transformaciones en la estructura familiar que ya no se puede negar. Los derechos de la personalidad ganan destaque en la concepción moderna de família, así como en el roconocimiento de la unión de los iguales como especie del gênero entidad familiar.

PALABRAS CLAVE: Familia; igualdad; personalidad; respeto.

1. INTRODUÇÃO

Um problema que desperta interesse na sociedade brasileira diz respeito à união de iguais, a qual não é reconhecida como forma de entidade familiar; o legislador cala-se perante esta nova realidade social.

Nesse aspecto, tratar-se-á da vagarosidade com que caminha o Direito – a legislação – em face das crescentes mudanças sociais estampadas, nitidamente, no meio social. Dar-se-á enfoque especial aos direitos da personalidade nas entidades familiares, notadamente em relação ao débito conjugal e à união dos iguais, como entidade familiar.

O que é preciso fazer para que a lei responda aos anseios da atual sociedade? Alguns passos já foram dados, até aqui. A adoção expressa do instituto da união estável é um deles, e demonstra, de modo claro, a intenção do legislador em romper com antigos dogmas.

Nossa pretensão será demonstrar que a união dos iguais e a liberdade conjugal são direitos inerentes à personalidade, merecendo, destarte, tutela legal.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PERSONALIDADE

Cada indivíduo tem sua história pessoal, e o objeto de estudo dela é a personalidade.

Devem-se considerar como integrantes dessa história: os dados biopsicológicos herdados, o meio - ou seja, as condições ambientais, sociais e culturais nas quais o indivíduo se desenvolve -, bem como os dados adquiridos na interação hereditária, criando, a partir daí, previsões acerca de seu comportamento futuro.¹

A personalidade, na psicologia, é uma construção científica cujo objetivo é explicar a realidade psíquica do indivíduo. Ela se constitui de três grandes sistemas: o id, o ego e o superego.²

A personalidade faz parte do direito natural do homem. Tutelá-la, ou seja, positivá-la, é um insulto à própria dignidade da pessoa humana, quando se parte do pressuposto de que todos devem respeitar o semelhante, em todos os seus direitos fundamentais: vida, corpo, intimidade, privacidade, dignidade etc., independentemente de uma norma escrita.

Para Adriano de Cupis,³

Os direitos da personalidade, pelo seu caráter de essencialidade, são na maioria das vezes direitos inatos, no sentido e, que presentemente se pode empregar esta expressão, mas não se reduzem ao âmbito destes. Os direitos

¹ D'ANDREA, Flavio Fortes. **Desenvolvimento da Personalidade**: enfoque psicodinâmico. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 9.

² Para a Teoria Psicanalítica Clássica, de Sigmund Freud, O ID é o sistema original da personalidade. Ele é o reservatório da energia psíquica e fornece toda a energia para operação dos outros dois sistemas; o EGO: passa a existir porque as necessidades do organismo requerem transações apropriadas com o mundo objetivo da realidade; - p. ex.: a pessoa faminta tem que buscar, encontrar e comer o alimento para que a tensão da fome seja eliminada; o SUPEREGO: ele é o representante interno dos valores e dos ideais conforme interpretados para a criança pelos pais e impostos por um sistema de recompensas e punições. cf. HALL, Clavin S.; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. **Teorias da Personalidade**. 4. ed. Tradução de Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artmed, 2000. p. 53-4.

³ CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004. p. 27.

inatos são todos eles direitos da personalidade, mas pode verificar-se na hipótese de direitos que não têm por base o simples pressuposto da personalidade, e que, todavia, uma vez revelados, adquirem caráter de essencialidade.

Parece que tudo o que não é positivado não tem validade, não deve ser respeitado – aliás, fica ao livre arbítrio do semelhante respeitá-lo ou não. Sob esta ótica, as normas do ser perdem, a cada dia, sua razão de ser.

Para Pontes de Miranda,⁴

Os direitos de personalidade não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural aos sistemas jurídicos; são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos, quando a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fácticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa. É isso o que os juristas dizem quando enunciam que só há bem da vida, relevante para o direito, se o direito objetivo o tutela (sic).

Nos dias atuais, importância inegável adquire a personalidade, o que fez o legislador positivá-la. É, preciso, pois, uma vez positivada, observar seu real alcance para não ficarem privadas deste direito fundamental pessoas que optaram por uma conduta diferente da normalmente seguida pela maioria, em busca da felicidade e realização pessoal, aspectos que integram a dignidade humana.

3. DOS DEVERES EM RELAÇÃO AO MATRIMÔNIO E À UNIÃO ESTÁVEL

O débito conjugal é um direito-dever que os cônjuges têm entre si, tendo por objeto o ato sexual. Ter o Estado a audácia de obrigar um casal a manter relação sexual, sem o desejo recíproco, significa desobediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O noivado é a fase que mais deve ser aproveitada pelos noivos; é a fase em que um deve cultivar, ao máximo, a personalidade do outro, num mútuo conhecimento.

É importante essa exploração *ab initio*, pois o ser humano edifica uma personalidade, e o casamento, ou seja, a nova vida, implica, muitas vezes, a mudança dessa personalidade, mudança que é difícil e morosa, causando, em muitos ca-

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 6.

sos, por essa razão, a ruptura da sociedade conjugal. Se o namoro não vai bem, não se pense que o casamento será o remédio para a cura desse mal.

Com a união de duas pessoas que se amam, vivem em comum, com dever de fidelidade, nasce o débito conjugal.

Para Maria Helena Diniz,⁵ “Cada consorte é devedor da coabitação e credor da do outro. Daí sentir-se, mais, nesse direito-dever o caráter ético, extrapatrimonial e absoluto, sendo, assim, intransponível, irrenunciável e imprescritível”.

Não obstante, é necessário interpretar o débito conjugal com certo cuidado e limitação, pois acima de um “dever” deve haver um especial respeito entre marido e mulher, no relacionamento íntimo. A prática não consentida, bilateralmente, de atos sexuais anômalos gerará ilícito penal.

Nesse sentido, se o homem forçar sua mulher, mediante violência ou grave ameaça, à prática de atos libidinosos, configurar-se-á o delito de atentado violento ao pudor, e se a mulher o constrange à prática de ato libidinoso, estará no pólo ativo.

Para o TJRS:

O coito anal, embora inserido dentro da mecânica sexual, não integra o débito conjugal, porque este se destina à procriação. A mulher somente está sujeita à cópula vagínica e não a outras formas de satisfação sexual, que violentem sua integridade física e seus princípios morais. A mulher que acusou o marido de assédio sexual no sentido de que cedesse à prática da sodomia, e não demonstrou o alegado, reconhecidamente de difícil comprovação, assume os ônus da acusação que fez sem nada provar (RJTJRS 176/763 – 07.03.1996).

O respeito e a consideração devem ser a mola-mestra de uma relação a dois. Na relação conjugal, deve ser respeitada a vergonha sexual (pudor), a dor e afeição emocional, pois o direito ao corpo continua sendo da pessoa. O casamento ou a união estável não devem ser vistos como uma entrega real do próprio corpo, por ser este inalienável. Permitir interpretação diversa significa não respeitar um direito da personalidade.

O matrimônio é uma espécie de contrato civil que implica o dever de coabitação, de fidelidade, de respeito, de assistência financeira e do débito conjugal?

Para Antonio Carlos Mathias Coltro,⁶

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 120.

⁶ COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Org.). **O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 182-3.

O débito conjugal não é um direito-dever absoluto, apontando a doutrina e a jurisprudência algumas hipóteses em que seu cumprimento é obstado por motivos alheios à vontade dos cônjuges, como ocorre com as pessoas muito idosas, ou com as pessoas que trabalham fora de seu domicílio, prisioneiros, etc.

O casamento não tem a função de unir o casal em uma única personalidade, como se fosse um único corpo, e este seria o objeto da personalidade. Os direitos da personalidade são inatos, vitalícios, irrenunciáveis, intransferíveis, inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis.

O direito ao corpo deve ser observado pelos cônjuges ou companheiros durante a sociedade conjugal ou união estável e, muito mais, com sua ruptura. Não pode o cônjuge exigir de seu consorte atos sexuais diversos dos praticados normalmente. A recusa decorre de um direito que a pessoa tem sobre o próprio corpo.

Violar esse direito da personalidade, sob o fundamento de haver entre um casal o débito conjugal gera reparação de dano moral, sendo, também, a figura típica, pois o constrangimento à liberdade sexual implica crimes contra os costumes, dispostos nos artigos 213 ss do Código Penal.

Se o interesse sexual de um dos cônjuges não é correspondido, é interessante que haja a ruptura da sociedade conjugal ou anulação dela, pois também é direito do cônjuge manter relação sexual, embora não por meio de violência física ou ameaça, que atentam contra o direito penal e são tratadas, em alguns casos, como crime hediondo. A busca pela felicidade deve sempre estar presente; porém jamais se deve violar um direito de outro para satisfazer o seu próprio.

Em relação à união estável é aplicável o mesmo entendimento, pois, em razão do princípio da isonomia de que trata o legislador constituinte, é inadmissível aceitar a possibilidade de um companheiro poder dispor do outro no tocante à liberdade sexual.

É imperioso registrar a dificuldade de se provar a não-submissão em relação ao débito conjugal, pois o que ocorre dentro de quatro paredes é muito íntimo. Como provar a falta de relações sexuais entre o casal?

Não se vê o débito conjugal como essência do matrimônio, mas é necessário admiti-lo como alimento para seu sustento.

Não obstante, a família, em sua concepção moderna e em sua multifinalidade, não pode deixar que o Estado adentre em seu lar e comece a reger o relacionamento íntimo-copular entre o casal. É retrógrada a pretensão do Estado de, por meio do legislador, admitir a obrigatoriedade de relações sexuais entre um casal.

Aceitar o anacronismo do débito conjugal é afrontar o princípio da dignidade

humana. Seria respeito e acato ao princípio da dignidade da pessoa humana uma mulher ceder seu corpo ao marido como uma obrigação de cumprir uma cláusula contratual familiar?

A liberdade sexual do ser humano deve ser respeitada, em qualquer hipótese, pois entregar-se a alguém não implica somente a satisfação da lascívia, mas, também, a busca pelo amor.

4. DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS

Na atualidade, chega-se, em matéria de família, a indagar se as hipóteses de entidades familiares descritas pelo legislador constituinte, de 1988, são taxativas ou apenas exemplificativas. Teria ele previsto outras possibilidades de uniões não especificadas no texto?

Dizer não a esta interrogação é afrontar os direitos individuais do ser humano, como o direito à dignidade da pessoa humana e liberdade de expressão; dizer não significa abandonar a idéia de que a família tem o papel de servir seus membros; dizer não significa deixar de aceitar a concepção de família fundada no amor, na busca pela felicidade, no escopo constante da realização pessoal; dizer não afronta a concepção eudemonista de família, bandeira do legislador constituinte; dizer não é retrocesso, é vendar os olhos para não aceitar as novas formas de entidades familiares existentes no seio da sociedade.

Permitir a orientação sexual por pessoa de sexo oposto e não oferecer o mesmo tratamento em relação aos que direcionam seu desejo sexual a pessoa de sexo idêntico não é senão deixar o indivíduo ao desamparo de um direito fundamental de intimidade e cercear o livre desenvolvimento de sua personalidade.⁷

O legislador se cala e deixa essa responsabilidade ao magistrado, como se este tivesse que fazer o papel daquele. O juiz dá os primeiros passos, mas a travessia e os nós são inextrincáveis. Que solução o juiz deve encontrar, quando lhe bate às portas um processo, por exemplo, de ruptura de um vínculo de afeto, amor, vida a dois, de duas pessoas do mesmo sexo? Que solução deve dar numa relação eventual em que um deles está enfermo? Admitir a aplicabilidade da Súmula n.º 380 do STF, já estudada neste trabalho, é violação, clara e explícita, aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de escolha. Aliás, não se trata de uma relação mercantil ou obrigacional, mas sim, de uma relação estritamente familiar, pois afeto, amor, fidelidade, vida sob o mesmo teto, convi-

⁷ FUGIE, Érica Harumni. A união homossexual e a Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM, v. 4, n. 15, out./nov. 2002, p. 145.

vência a dois não são características de uma sociedade de fato, mas sim, de uma entidade familiar. Ademais, este afeto funda-se em relação de índole de realização pessoal direcionada ao desenvolvimento da pessoa como ser humano em busca da felicidade.

O parágrafo 4º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, em matéria de entidade familiar, constitui cláusula geral de inclusão, pois a expressão nele contida, **TAMBÉM**, quer referenciar, na hermenêutica, o significado de “igualmente, da mesma forma”. Sendo assim, há modalidades de entidades familiares não dispostas ali, as quais são possíveis pela regra da inclusão. Além disso, as normas devem ser interpretadas em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.⁸

A entidade familiar tem a precípua função de promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando os sentimentos, valores pessoais, sonhos, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.⁹

Outras entidades familiares estão, implicitamente, integradas no conceito amplo e indeterminado de família disposto no *caput* do artigo.¹⁰ Parece, então, que nesse sentido, as entidades familiares constituídas pelos iguais são constitucionalmente protegidas e têm, por isso, os mesmos direitos e obrigações que as demais entidades familiares, devendo ser da Vara de Família a competência para dirimir eventuais litígios sobre esta matéria, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Evidentemente, não é uma relação temporária que caracterizará esta união; mister se faz que haja a estabilidade, afetividade, fidelidade, convivência, amor entre ambos para a caracterização; se não, o conceito moderno de família vai ao caos social, pois seu escopo é a busca pela felicidade.

Afirmar que um casal homossexual, pelo fato de não haver a possibilidade de terem filhos naturais, não pode construir uma entidade é esdrúxulo, pois o filho nem sempre é objetivo de uma sociedade conjugal. Afirmar que, caso haja efetiva guarida a esse tipo de união, haverá um surto avassalador de uniões homoafetivas é inaceitável, pois o que, realmente, haverá é a legalização daqueles que vivem à margem da legalidade, enrustidos em sua personalidade.

⁸ cf. entendimento de LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do Numerus Clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 3, n. 12, jan./mar. 2002, p. 40-56.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à Família: ou famílias sociológicas versus reconhecidas pelo direito; um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, ano VI, n. 23, abr/maio, 2004, p. 5-21.

¹⁰ Ibid.

Para Rosane R. da Silva,¹¹

Fica clara a pretensão constitucional em garantir a todos uma vida digna. Pergunta-se: Por que os homossexuais não têm o direito a esta dignidade? Levando uma vida à margem da sociedade, vivendo às escondidas, sem poder expor seu modo de ser, sendo vítimas da repressão, violência e discriminação, o indivíduo certamente não estará levando uma vida digna.

O não-reconhecimento da união dos iguais como entidade familiar ofende o direito à intimidade, que faz parte da personalidade do agente.

A intimidade é, em síntese, a habilidade de fundir a identidade de uma pessoa com a de outrem, sem temores de que esta fusão acarrete prejuízo à sua personalidade,¹² na busca constante pela satisfação pessoal.

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso X, dispõe sobre alguns direitos da personalidade que são invioláveis: direito à “intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas”. Trata-se de clausula pétreia.

Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não se há que falar na impossibilidade de uma opção sexual homoafetiva.

A sociedade, de forma marginal e insolente, invade a privacidade do ser humano ao admitir tão-somente a opção sexual “correta”. Imagine-se situação vexatória por que passa um indivíduo que tem sua vida sexual vasculhada pelos semelhantes.¹³ Onde está o respeito a esse direito da personalidade?

Todos os indivíduos devem ter o direito de escolha de sua identidade pessoal, de sua opção sexual, seja como homossexual, heterossexual, bissexual ou, ainda, pela abstinência de sexo. O que importa é o direito de preferência.

Para Érica Harumi Fugie,¹⁴ “As relações sexuais se albergam entre os direitos de personalidade, sob o teto da liberdade de expressão, precipuamente no que diz respeito à identidade pessoal e à integridade física e psíquica”.

Outro direito, disposto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, é o direito à liberdade. A violação de um direito da personalidade aniquila o ser. O direito à opção sexual é um direito da personalidade. Todos têm o direito de optar. Observe-se que a travessia que se passa, hoje, para o reconhecimento da sexualidade é a mesma que se registrou, no passado, com o advento da Lei do Divórcio, antes

¹¹ SILVA, Rosane R. da. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma relação marginal às portas da esfera jurídica. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (Org.). **O Direito de Família descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo: Fundação MacArthur, 2001. p. 187.

¹² D'ANDREA, Flavio Fortes. op. cit., p. 113.

¹³ Ibid.

¹⁴ FUGIE, Érica Harumi. op. cit., p. 143.

da qual não havia a possibilidade do rompimento da sociedade conjugal.¹⁵

Se a legislação permite a orientação sexual por pessoa de sexo oposto, por que não oferecer o mesmo tratamento às pessoas que sentem atração por seu igual? Por que deixá-las privadas dos direitos da personalidade – como a dignidade, a intimidade, o desenvolvimento de sua individualidade¹⁶ – os quais se subsumem no maior de todos os princípios, o da “dignidade da pessoa humana”, assegurado como princípio fundamental da República, no artigo 1º, inciso III, da carta constitucional vigente?

Em razão do princípio da isonomia e do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecer a união dos iguais não fere a Constituição Federal.¹⁷

Cristiano Chaves de Farias acrescenta que,¹⁸

Não é crível, nem admissível, que, em meio às múltiplas mudanças axiológicas, ainda se tente afirmar que existiria um ‘modelo oficial’ para as organizações familiares, uma espécie de ‘família estatal’, forjada no interesse público, em detrimento, muitas vezes, do desenvolvimento da personalidade de seus membros e que viola suas dignidades.

Dispõe o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III-... a dignidade da pessoa humana”. Ora, haverá dignidade em um ser humano que não encontra amparo na legislação para sua opção sexual? Que felicidade há para o transexual que deseje fazer uma cirurgia para buscar sua realização pessoal, na busca por sua identidade sexual?

Para Gustavo Tepedino,¹⁹

[...] é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Idem.

¹⁷ FUGIE, Erica Harumi. op. cit., p. 8.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. op. cit., p. 5-21.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 328.

O conceito de família se altera à medida que a sociedade evolui. Reconhecer esse direito da personalidade do indivíduo é obrigação, é obrigação de todos. Deixá-lo sem reconhecimento, como acontecia com as mulheres desquitadas, é provocar uma proliferação, ainda maior, de homossexuais e – pior – em razão disso, ao ficar o indivíduo sem parceiro fixo, ocasionar o aumento de doenças, crimes contra adolescentes, etc.

A sociedade precisa enxergar essa “velha” entidade familiar formada pelos iguais como uma nova espécie do gênero família, respeitando, assim, seu direito da personalidade, notadamente, de expressão, de manifestação do pensamento, da vida, com qualidade, felicidade e amor, pois o direito à vida, consagrado pelo constituinte de 1988, envolve não apenas a idéia *lato sensu* de viver, mas sim, *stricto sensu*, de viver feliz, com afeto, com quem se ama, com quem o indivíduo se sinta bem, realizado.

Compreender os novos padrões relacionais não é tarefa fácil para o direito de família; não obstante, a exclusão social existente na sociedade atual no tocante ao reconhecimento da união homoafetiva como forma de entidade familiar deve ser superada por meio da jurisprudência, na busca por atender aos reclamos do povo.

Ser homossexual não é ser portador de uma doença. O sufixo “ismo” denotava a idéia de doença, mas, em razão de a medicina nada provar sobre isso, passou-se a adotar o sufixo “dade” que significa modo de ser. Trata-se, portanto, de um inegável direito de personalidade, que não pode deixar de receber tratamento constitucional, por acato ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ver-se-á, no título seguinte, o outro lado da travessia, ou seja, como será o direito de família na perspectiva futurista.

5. PERSPECTIVAS AO DIREITO DE FAMÍLIA NO AMANHÃ

Embora o legislador ordinário tenha se preocupado em dar efetiva guarida à família, infelizmente, deixa de tratar de assuntos que seriam de indispensável discussão no direito de família hodierno. Basta observar a ausência de normas que dêem efetiva positivação às questões relacionadas à união dos homossexuais. Além disso, em matéria de família, em nada inovou nas questões relacionadas à bioética, realidade que necessita, urgentemente, de normas para sua regulação.

Ensina Cristiano Chaves de Farias²⁰ que

A radiografia do presente é o descortino do porvir: as mudanças que se operam – e continuarão a se operar – no âmbito da família evidenciam que

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. op. cit., p. 5-21.

só se justifica a estruturação da sociedade em núcleos familiares se, e somente se, for encarada como refúgio para a realização da pessoa humana, como centro para a implementação de projetos de felicidade pessoal e para a concretização do amor.

Chega-se a um direito que se cala frente à evolução social, que não acompanha a evolução, por isso, um direito que caminha em velocidade inferior à velocidade dos movimentos sociais.

Não basta ser contra ou a favor das relações homossexuais; o que se tem de mentalizar é que se trata de uma verdadeira realidade social, que não pode ficar marginalizada, sem qualquer norma regulamentadora, ainda mais porque se vive em num Estado social democrático.

Chega-se, no século XXI, ao outro lado da travessia com várias conquistas sociais, políticas, culturais na sociedade brasileira; todavia, agora se percebe que esta travessia está, na verdade, a se reiniciar; mas deve-se partir à busca incessante das conquistas.

Michel Serres²¹ muito colabora nesta lição, ao afirmar:

Partir exige um dilaceramento que arranca uma parte do corpo; à parte permanece aderente à margem do nascimento, à vizinhança do parentesco, à casa e à aldeia dos usuários, à cultura da língua e à rigidez dos hábitos. Quem não se mexe nada apreende. Sim, parte, divide-te em partes. Teus semelhantes talvez te condenem como um irmão desgarrado. Eras único referenciado. Tornar-te-ás vários, às vezes incoerente como o universo que, no início explodiu, diz-se, com enorme estrondo. Parte, e tudo então começa.

É cada vez mais necessário repersonalizar o direito, salvaguardando a dignidade da pessoa humana, o seu valor, bem como a sua identidade única e irrepetível, que constitui, aliás, o cerne, o núcleo do direito à diferença.

O homem já não se limita à descrição dos processos biológicos, ele vai mais longe. Tenta, mesmo, modificar o curso da evolução das espécies. E, desde já, uma pergunta se coloca: qual é o futuro da humanidade e, portanto, do Direito e dos seus fundamentos, a partir do momento em que for viável construir um novo homem “igual” a um outro homem?

A Revolução Biotecnológica, menos política e econômica e mais social e cul-

²¹ SERRES, Michel. **Filosofia Mestiça**. Tradução de Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

tural, ao tomar possível agir sobre as células da vida, ameaça desnaturar a identidade humana e fabricar, em laboratório, outros seres autônomos planejados pela ciência e pela técnica.

A pessoa que nasce é sua filha ou sua irmã? E se for mãe!! Mas, é a mãe da própria gêmea?! E o pai, quem é? Ou melhor, será que, neste caso, se pode falar em paternidade, uma vez que o clone recebe a informação genética de um único progenitor?

Realmente, não se têm respostas para estas perguntas. A crescente preocupação é com o tratamento dispensado a matérias que estão evoluindo, de forma surpreendente. A medicina, por exemplo, cresce de forma exponencial, tanto que o Direito não consegue acompanhar sua evolução. Destarte, é preciso refletir, buscando a positivação desta nova realidade social, quer negando, quer autorizando, mas jamais se acovardando e omitindo.

A pessoa humana deixou de ser a protagonista da sua própria história e da história do mundo em que vive. Ela é o produto, o fruto das forças que ela própria gerou.

CONCLUSÕES

O acatamento e respeito aos direitos da personalidade na relação a dois constitui direito inerente à personalidade. Destarte, no débito conjugal, por exemplo, qualquer ato tendente ao seu “cumprimento forçado” fere de forma inquestionável a dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, sua vida privada, portanto gera ilícito penal.

A consideração e o respeito recíprocos devem ser os critérios subjetivos na relação a dois.

Aceitar o débito conjugal na sua concepção mais estrita é afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce de todos os direitos e garantias individuais. Do mesmo modo, o não-reconhecimento da união homoafetiva é lesão ao direito à intimidade, à vida privada, quiçá, à dignidade da pessoa humana, pois essa união se funda na concepção de família que busca a felicidade, amor e realização pessoal.

A ausência de legislação ordinária para regular as novas entidades familiares e o reconhecimento de tais entidades motivaram a jurisprudência brasileira a dar efetiva aplicação às normas constitucionais. O papel da jurisprudência, portanto, deve ser o de superar este anacronismo.

Faz-se uma travessia, e, agora se está do outro lado da margem. Em terra firme?

Ao se olhar a necessidade de mudanças na legislação brasileira e – por que não

o dizer? – de regulamentação de institutos já existentes, chegou-se à conclusão de que se deve partir para uma nova travessia.

É irrecusável a necessidade de legislação que venha a regular a bioética e as uniões entre pessoas do mesmo sexo como direitos inerentes à personalidade; cômoda mesma forma, o débito conjugal deve ser interpretado à luz dos direitos da personalidade.

É preciso partir, sair em busca de novos conceitos e paradigmas que venham a realçar o Direito brasileiro, procurando, dessa forma, garantir a segurança jurídica, necessidade de qualquer Estado, e muito mais do Estado brasileiro, no qual a imagem política se apresenta mutilada por deficiências estruturais.

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que a inserção das entidades familiares representou um grande avanço. É importante e necessário, porém, refletir e investigar para se saber como será o amanhã.

REFERÊNCIAS

COLTRO, Antonio Carlos Mathias (org.). **O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

D'ANDREA, Flavio Fortes. **Desenvolvimento da Personalidade: enfoque psicodinâmico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à Família: ou famílias sociológicas versus reconhecidas pelo direito; um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, ano VI, n. 23, abr./mai. 2004, p. 5-21.

FUGIE, Érica Harumni. A união homossexual e a Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM, v. 4, n. 15, out./nov. 2002.

HALL, Clavin S.; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. **Teorias da Personalidade**. 4. ed. Tradução de Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artmed, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do Numerus Clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 3, n. 12, jan./mar. 2002, p. 40-56.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

SERRES, Michel. **Filosofia Mestiça**. Tradução de Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

SILVA, Rosane R. da. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma relação marginal às portas da esfera jurídica. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo (org.). **O Direito de Família descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo: Fundação MacArthur, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.