

O RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS COMO REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Recognition of families “*homoafetivas*” as meeting the principle of human dignity.

Maria de Fátima Domingues*¹

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão **

1. Introdução. 2. Família – conceito e evolução. 2.1- As Modernas Formações Familiares. 3 - O Reconhecimento das Uniões Homossexuais como Entidades Familiares. 4 - Direitos Fundamentais e sua Horizontalidade. 5 - O Princípio da Dignidade Humana. 6 - Família Homoafetiva – Seu Reconhecimento como Realização do Princípio da Dignidade Humana. 7 - Considerações Finais. 8 - Referências Bibliográficas.

RESUMO: É o presente um estudo acerca da observância da dignidade da pessoa nas relações homoafetivas. Para isso, faz uma incursão histórica pelo instituto da família, demonstrando a evolução da formação familiar e de seu conceito ao longo dos anos. Igualmente, aborda a questão dos direitos fundamentais e de sua eficácia horizontal, a fim de destacar a importância do respeito a todas as formas de relacionamentos. Assim, promove o reconhecimento e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana também para as relações homoafetivas. O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise crítica das transformações ocorridas no seio social e no cenário jurídico até o reconhecimento da união homoafetiva no cenário jurídico nacional, através, principalmente, das modificações e evoluções no conceito de família. O método utilizado é o método histórico-dedutivo, partindo da análise da evolução do conceito de família e da importância do reconhecimento da dignidade humana.

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

Abstract: Is this a study on compliance of dignity in relations homoafetivas. Runs thus the emergence of personal rights, encompassing its evolution through history until the fundamental rights sheltered and promoted by the Constitutional Charters. Highlights the principle of human dignity as a vector of all national law, analyzing the affection the light of human dignity. Next, make a historical incursion by the institute of the family, demonstrating the evolution of family formation and its concept over the years. Finally, promotes the recognition and respect for the principle of human dignity homoafetivas also for relations, focusing on the moral and constitutional assurance of these relationships. Thus, this article aims to make a critical analysis of the transformations occurred within the social and legal scenario to the recognition of the union homoafetiva in national legal scenario, primarily through the changes and developments in the concept of family. The method used is the historical-deductive method, based on analyzing the evolution of the concept of family and the importance of the recognition of human dignity.

Key-Words: Personality rights. Human Dignity. Affectivity. Family homoafetiva.

*Mestranda pelo Programa de Mestrado da UNICESUMAR; Bacharel em Direito pela UNIFIL-Londrina, Especialista de Direito em Família pela UEL- Londrina.

** Doutora em direito das relações sociais pela UFPR, mestre em Direito Civil pela UEM; graduação pela UEM, – Professora na Graduação e no Programa de Mestrado do UNICESUMAR Centro Universitário de Maringá.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, a união entre homem e mulher era tida como um dever cívico, para o fim de procriação e desenvolvimento de novas gerações. Com o passar dos tempos, esta conceituação foi sendo gradativamente substituída pelas ideias de continuidade da entidade familiar, concebendo a família e o casamento para fins de perpetuação da espécie.

Tal família, entendida como núcleo fundamental da sociedade sofreu ao longo dos anos uma evolução natural, com modificações em concepção e definição. A sociedade, em determinado momento histórico, instituiu o casamento como regra de conduta, o que não perdurou até os dias atuais.

A nova realidade social e o destaque dado aos direitos de personalidade, e à dignidade humana, principalmente, trouxe uma nova concepção de família e de relacionamentos de um modo geral. Nesta nova realidade, o direito de família passou a ter como base dos relacionamentos o afeto e a promoção da dignidade da pessoa.

Em que pese tantas transformações e tantos avanços no trato social, infelizmente, e apesar de tantas modificações na maneira de o ser humano enxergar e respeitar as diferenças, ainda hoje qualquer assunto que aborde a questão da homossexualidade, por si só, é envolvido por acirradas discussões e, muitas vezes, é objeto de exagerado preconceito.

Com o passar dos anos se enraizou na sociedade, de uma maneira geral, uma compreensão preconceituosa a respeito do tema. Neste sentido, o preconceito social acabou se transferindo para o cenário jurídico e as questões homoafetivas acabaram sendo descartadas da tutela judicial, especialmente na seara do Direito de Família.

Felizmente, as transformações sociais e as mudanças dos Estados no sentido de garantir e promover as garantias fundamentais abarcadas nas Constituições promoveram grandes transformações neste cenário, e as questões homoafetivas passaram a ser analisadas, principalmente, através dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Assim, é objetivo deste trabalho demonstrar que as uniões amorosas entre pessoas do mesmo sexo devem ser respeitadas e tuteladas pelo ordenamento jurídico e pela sociedade, sem qualquer forma de discriminação. Para isso, o trabalho de pesquisa será baseado, principalmente, em pesquisa doutrinária, com a utilização de livros, revistas e artigos virtuais, bem como todo material que ajudar no enriquecimento da pesquisa e na boa elaboração da presente dissertação.

O primeiro capítulo se dedica ao estudo do instituto da família, elencando seu conceito e sua evolução ao longo da história (no sentido de acompanhar as transformações sociais), bem como as considerações abarcadas pela Constituição Federal de 1988. De igual forma, destaca as transformações sociais que culminaram nas formações familiares modernas.

A seguir, aborda o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, passando-se, então, à análise dos direitos fundamentais com ênfase no estudo da dignidade humana nas relações homossexuais, para então tratar sobre a garantia moral e constitucional das pessoas nas relações homoafetivas.

Enfim, é assunto relativamente novo no cenário jurídico nacional. Portanto, não se pretende aqui esgotar o assunto, pelo contrário. Pretende-se voltar os olhares, mais uma vez, para assunto tão polêmico, mas que merece a devida atenção da sociedade e do ordenamento jurídico como um todo.

2. FAMÍLIA – CONCEITO E EVOLUÇÃO

A afirmação de que a família se faz presente em qualquer momento da história do homem é, sem dúvida, categórica. Contudo, julgá-la como verdadeira ou falsa é questão delicada. O que não paira dúvidas, no entanto, é que o assunto “família” é sempre recorrente.

Segundo Jacques Commaille, a família é a instituição jurídica e social resultante das justas núpcias, que dão origem à sociedade conjugal. Contudo, com o passar dos

tempos, o casamento, enquanto único instituto a legitimar a família, foi perdendo a importância.²

Pode-se dizer que é no Direito Romano que se encontra a raiz do caráter autoritário existente na família ocidental, com a prevalência do gênero masculino no comando exclusivo dos filhos e da esposa. Também, a extensão do grupo é uma das características que serão perpetuadas no tempo, com suas raízes cravadas na tradição do período romano.³

Ao contrário das ideias de “pessoas do mesmo sangue”, “linhagem”, ou “estirpe”, a concepção romana de família não abarca apenas aquele fundamento biológico. Essas duas concepções de família, extensa e biológica, inobstante o aparente antagonismo, exercem, na verdade, influência conjunta, avançando tanto no sentido de tomar como família um grupo maior do que aquele apenas biológico, como também, pela preservação do patrimônio, garantindo sua manutenção na mesma família.⁴

Aos poucos, o conceito de família, antes profundamente atrelado aos efeitos do casamento, foi se dilatando, abrangendo situações até então não imaginadas pelo Direito.

Com o passar dos tempos e com as transformações sociais, o conceito de família foi ganhando novos contornos. O Estado deixa de se interessar apenas pelo ato formal do casamento, preocupando-se, sobretudo, em resguardar o grupo familiar, independente de sua formação. Abandona-se a concepção canônica e legalista do casamento passando a se preocupar mais com a assistência mútua e a satisfação pessoal e sexual, permitindo que sejam vislumbradas novas possibilidades de entidade familiar, uma vez que o afeto passa a ser pressuposto de constituição dessas relações.

Quanto às funções, a família moderna equilibra os espaços públicos e privados pela sua distribuição interna e harmônica de funções, servindo de base estável à sociedade. De igual modo, as transformações que se seguiram vibraram um golpe sobre a conjugalidade e o matrimônio. Até a primeira metade do século XX o casamento servia à

² COMMAILLE, Jacques. **A nova família: Problemas e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 25.

³ LIMA, Ricardo Alves de. **Função Social da Família – Família e Relação de poder**. Transformação funcional familiar a partir do Direito Privado. Curitiba: Juruá, 2013, p. 34.

⁴ *Ibid.*, p. 35.

legitimação da convivência sexual e marcava o início da família. A estabilidade do enlace se consubstanciava num contrato que só se romperia em casos excepcionais.⁵

Nestas condições, nota-se que o casamento evolui para uma união livremente consentida entre dois parceiros. Igualmente, a partir da década de 50, a redução do número de filhos se torna necessária para o sucesso profissional dos pais. Isto porque a redistribuição interna das funções demanda uma forma mais igualitária e essa igualdade de deveres se mostra em seguida como uma igualdade de direitos. E assim, conforme se consolidam as mudanças, a família se transforma para uma nova função, qual seja, a realização pessoal de cada um dos seus membros.⁶

Com tantas transformações sociais, a família passou a ser considerada a reunião de qualquer número de pessoas onde haja afeto e respeito mútuos. Esta nova forma conceitual, inclusive, foi abarcada pela Carta Constitucional de 1988, através, principalmente, do princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa.

Nesta seara o Direito se viu obrigado a acompanhar as transformações sociais, abarcando as questões familiares sob um enfoque mais moderno, principalmente com aporte dos princípios constitucionais acima elencados.

É de se relatar que se tinha um modelo estereotipado de família com a presença do pai, da mãe e dos filhos. Contudo, a sociedade se transformou ao longo dos tempos e novos sentimentos nasceram à margem da sociedade e, nem a lei, nem ninguém, tem como represá-los.

Os padrões que antes serviam de arquétipos mentais já perderam todo seu referencial. Aceitem, ou não, existem novas formas de famílias, novos relacionamentos. O conceito tradicional não existe mais, e a *realidade dos diferentes* surge aos olhos da sociedade e do direito. E ambos precisam respeitá-la e ampará-la.

⁵ LIMA, Ricardo Alves de. **Função Social da Família** – Família e Relação de poder. Transformação funcional familiar a partir do Direito Privado. Curitiba: Juruá, 2013, p. 43.

⁶ *Ibid.*, p. 43.

2.1 As Modernas Formações Familiares

A temática apresentada neste trabalho de pesquisa surge num contexto que acompanha as enormes transformações que ocorreram no seio social. A globalização, o avanço médico e a transposição de barreiras físicas e culturais culminaram em uma sociedade pós-moderna que cultiva características e valores muito peculiares.

Envolto por tantas transformações, o Direito também se viu obrigado a acompanhar as mudanças sociais a fim de poder tutelar, de forma efetiva, os anseios e direitos dos cidadãos. O pensamento jurídico viu-se então enfraquecido, necessitando de uma nova roupagem.

Tempos atrás, a família era considerada uma instituição merecedora da tutela do Estado a fim de proteger o grupo como um todo. Contudo, com o passar dos tempos e com a evolução da sociedade e do crescente movimento no sentido de se garantir os direitos humanos conquistados, especialmente no tocante à dignidade da pessoa humana, o afeto e o respeito tornaram-se imperativos para o convívio familiar, passando a ser o elemento caracterizador da nova família, sobrepujando o caráter hierarquizado da mesma e dando novos contornos à família pós-moderna. Como já mencionado anteriormente.

A proteção dada à família e suas formas de constituição e reconhecimento passaram a ter suas linhas gerais traçadas na Carta Constitucional de 1988, devendo o texto civil se adequar a tais modificações. De fato, as formas de se constituir uma família passaram por várias modificações ao longo dos tempos e as estruturas familiares, igualmente, sofreram alterações em sua estrutura e composição. Qualquer que seja sua composição, os núcleos familiares passaram a valorizar um fator imprescindível para sua formação: o afeto.

Solari acrescenta que a família é um elemento *natural, essencial e espontâneo* da sociedade. Ou seja, ela se constitui num meio natural para o crescimento e desenvolvimento de seus membros, funcionando, igualmente, como agente natural da cultura e da educação e, como tal, lhe assiste o direito de proteção aos seus membros de acordo com suas tradições, valores religiosos e morais. O autor acrescenta ainda que, estabelecida e

organizada através do afeto, “a família é a razão de grandeza da sociedade e como tal deve ser tratada”.⁷

Com certeza, os novos rumos assumidos pelo Direito de Família ainda encontram grandes desafios para superar o sistema jurídico clássico e estagnado, e adequar-se ao modelo constitucional esculpido pela Carta de 1988, que tem uma estrutura plural fundada em princípios como o da dignidade humana e da solidariedade, onde a família é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade de seus integrantes.

Luiz Fachin acrescenta que a reinvidicação dos homossexuais no enquadramento de “família” surgiu apenas quando o modelo patriarcal e hierarquizado de família deu lugar a um novo modelo, fundado no afeto.

A partir do entendimento de que o afeto é a base da relação familiar, sustenta-se que é preciso reconhecer efeitos jurídicos a outras uniões, inclusive as homossexuais, pois estas também se consolidam como relações duradouras, construindo patrimônio comum pelo esforço mútuo, criando laços de responsabilidade e assistência que devem ser reconhecidos e amparados pelo Direito.

3. O Reconhecimento das Uniões Homossexuais como Entidades Familiares

A partir do século XXI, principalmente, a rapidez das mudanças nos usos e costumes tornou a realidade social bem diferente. O tradicional conceito de família começa a ser questionado, surgindo novas formas de união entre as pessoas, passando o afeto a ser considerado fator essencial para que o indivíduo viva feliz e realizado.⁸

A constância de determinados atos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade que acaba por aceitar situações até então repudiadas, até um ponto em que o legislador as disciplina, justamente para mantê-las no campo social.

⁷ SOLARI, Nestor E. *Protección Constitucional de la familia. In CORDOBA, Marcos M. Derecho de Familia. Colección de análisis jurisprudencial*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 221-223.

⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Homossexualidade. Uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 169.

Se hoje em dia a sociedade já reconhece a família monoparental; se já aceita a dissolução de uniões estáveis, a produção independente e valoriza o modelo familiar eudemonista, onde cada indivíduo é importante em sua singularidade, tendo o direito de ser feliz em seu contexto, por que não aceitar a união homossexual?

Ana Maria Louzada informa que a evolução natural de toda sociedade faz com que a perplexidade do novo dê lugar à compreensão desse fato, exigindo regulamentação para se evitar o caos social e para se tutelar as mudanças. E acrescenta:

O que se quer evidenciar é que o instituto do matrimônio civil não é privilégio dos heterossexuais. Há que haver esta possibilidade também para os homossexuais, que não podem se ver alijados de seus direitos, tendo em vista a orientação sexual que possuem.⁹

Hoje em dia até mesmo a Constituição Federal reconhece a família monoparental e a união estável. Ora, nesta seara não há razão, por exemplo, para negar a adoção de uma criança por um casal homossexual, ou apenas um deles, devendo-se, portanto, que esses casais tenham seus direitos resguardados pelo ordenamento jurídico como um todo.

O preconceito continua sendo o maior entrave para se efetivar direitos universais a pessoas com orientação sexual homoafetiva. Neste cenário, o direito precisa dar o primeiro passo.

Regis de Oliveira muito bem descreve que o preconceito torna a sociedade *limitante e limitada*, além de injusta. Ele contribui para o surgimento de estigmas que condenam milhões de pessoas a viver, no dia a dia, situações humilhantes e que afetam sua dignidade e limitam o exercício de seus direitos e de sua cidadania.¹⁰

Corroborando com o que já foi dito anteriormente sobre a evolução das famílias, a *família* não tem mais o significado contido em seu vocábulo, ou seja, como o grupo de pessoas organizado, hierarquizado e chefiado pelo *pater famílias*. Com tantas transformações, o conceito de família amplia-se de maneira tal que não atende aos moldes propostos pelo legislador.

⁹ LOUZADA, *apud* OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 169.

¹⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Homossexualidade. Uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 171.

Entende-se por uniões homoafetivas as relações íntimas entre pessoas do mesmo sexo que possuem afeição semelhante, ainda que com orientação sexual diversa.

De fato, a homossexualidade existe desde tempos remotos, podendo-se encontrar informações a seu respeito desde o período antediluviano. Apesar de o relato bíblico existente no Antigo testamento demonstrar que os hebreus a repudiavam, os gregos e os romanos a admitiam, porém não conferiam qualquer regime jurídico a tal situação.¹¹

O modelo de família heterossexual não é mais o único, surgindo cada vez mais composições familiares que fogem do modelo convencional, o que provoca modificações impactantes que não são acompanhadas pelas normas sociais e jurídicas em vigor.

Atualmente, o centro de gravidade das relações de família situa-se na mútua assistência afetiva, elemento essencial das relações interpessoais. E como a família é uma relação da ordem da solidariedade, tem ela o afeto como pressuposto. Igualmente, todas as espécies de vínculos que tenham o afeto como seu elemento central, merecem a tutela do poder judiciário.¹²

A preconceituosa omissão do legislador em regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo, não quer dizer que esta relação não forme uma entidade familiar, entidade esta formada sob a base da afetividade e que, por isso só, merece a tutela estatal.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela analogia, implica a consideração da presença de vínculos formais e a presença de uma comunidade de vida duradoura entre os companheiros do mesmo sexo, tal como ocorre com os companheiros de sexo diferentes, valorizando sempre, e principalmente, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da isonomia, e da não discriminação em virtude de sexo ou orientação sexual.

Neste sentido, decidiu o Tribunal pátrio:

¹¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil. Direito de Família e Sucessões**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹² DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 107.

Ação ordinária: União Homoafetiva. Analogia com união estável protegida pela Constituição federal. Princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Reconhecimento da relação de dependência de um parceiro em relação ao outro, para todos os fins de direito. Requisitos preenchidos. Pedido reconhecido. À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa. O art. 226 da CF não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo-se observar os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 ANOS, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.¹³

É bem verdade que no ordenamento jurídico nacional não há qualquer regra específica para o tema. Contudo, é de se notar que a Constituição Federal, através de seus princípios, reconhece e, subsidiariamente, ampara e autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, especialmente através dos princípios da dignidade, da liberdade, da solidariedade e da igualdade.

Neste novo cenário que se desenha, o legislativo precisa se atentar para essa questão, tecendo um olhar atento para cada pessoa em sua individualidade. É preciso que se criem leis que servirão de motor para a evolução tranquila da sociedade, abarcando o maior número possível de situações fáticas. A família não é mais hoje considerada a união de pessoas, mas sim a união de afeto entre pessoas que se organizam e vivem juntas, num mesmo lar, em busca da felicidade; em busca da sua dignidade.

Essa dignidade não tem raça, não tem cor, não tem religião e nem sexo. Ela precisa ser promovida e respeitada como tal, a fim de fazer valer os preceitos e os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

De fato, a atualização do Direito de família que é hoje exigida pela realidade social requer também o reconhecimento dos novos valores e das novas formas de convívio que são constituintes das concretas formações familiares contemporâneas. Assim, o “respeito à

¹³ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APC. 10024.06.930324-6/001. Relatora desembargadora Heloisa Combat. j. 22.05.2007.

dignidade humana também se dá por intermédio do reconhecimento da pertinência das uniões de pessoas do mesmo sexo ao âmbito do direito de família”.¹⁴

Roger Rios defende que o reconhecimento jurídico das uniões homossexuais deve ser feito através da analogia ao instituto da união estável, uma vez que não existe proibição expressa nem previsão positiva, devendo a Constituição ser interpretada de acordo com sua unidade, o que impede a desconsideração das demais normas constitucionais.¹⁵ Existiria, assim, embasamento jurídico suficiente para o reconhecimento familiar dessas uniões, uma vez que elas atendem aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade.¹⁶

E estas características nada têm a ver com a orientação sexual de cada um, mas tem a ver sim com a forma como cada indivíduo encara a relação familiar e a construção de uma vida em comunhão.

A liberdade de opção sexual pode ser localizada a partir do texto constitucional brasileiro, que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Estaria aí, pois, a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.

Ora, o amor e o afeto não dependem de sexo, raça, religião ou posição social. É preciso que o cenário jurídico, e a sociedade, de uma maneira geral, deixem de fazer vistas grossas a uma realidade que está aí fora, aos olhos de todos.

O reconhecimento da união homoafetiva como família é apenas a consequência lógica de uma sociedade democrática, que tem como finalidade última a dignidade de cada indivíduo na busca daquilo que considera ser a sua felicidade. Este é o papel de um verdadeiro Estado Democrático, este é o verdadeiro papel do Direito.

¹⁴ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 105-106.

¹⁵ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 105-106.

¹⁶ *Ibid.*, p. 108.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA HORIZONTALIDADE

Os direitos fundamentais são normas positivadas na Constituição que visam limitar o poder e garantir a dignidade humana. José Afonso da Silva conceitua os direitos fundamentais assim se manifestando:

Os direitos fundamentais designam, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.¹⁷

É possível perceber, então, que os direitos fundamentais estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, em que se protege a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade, a fraternidade: todos os direitos e garantias fundamentais elencados no Título II da Constituição Federal. Da mesma forma, na Constituição Federal brasileira, os direitos fundamentais são tidos como cláusulas pétreas (art. 60º, §4º, inc. IV), possuem aplicação imediata (art. 5º, §1) e são dotados de hierarquia constitucional.

Desde a antiguidade o homem reconhecia a existência de direitos inatos. Valores como a dignidade da pessoa humana, respeito à vida, compaixão e igualdade sempre foram fundamentos de correntes religiosas, principalmente do cristianismo.

O primeiro documento importante que trata dos direitos do homem foi feito na Inglaterra, na Idade Média, conhecido como Carta de João Sem Terra (1215). Ela reconhecia direitos como o *habeas corpus*, o devido processo legal, a irretroatividade das leis, entre outros.¹⁸ Vale destacar que esses direitos reconhecidos na Magna Carta eram destinados à um grupo privilegiado – nobreza e burgueses.

Os direitos fundamentais afloraram como forma de limitar o poder Estatal. Durante a Era Absolutista (séc. XV a XVIII), o Soberano, como defendia Tomas Hobbes - ou o Príncipe, de Maquiavel - detinha todos os poderes, podendo cometer qualquer tipo de barbárie, não devendo satisfações a ninguém. Nesta seara que surgiram os direitos fundamentais, como uma afronta ao poder absoluto do Estado.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo. Malheiros, 2008, p. 37.

¹⁸ SARLET, *Op. Cit.*, p. 41.

O alemão Johannes Althusius foi o primeiro a questionar essa forma de poder do Estado Absoluto. Para ele “todo o poder é limitado por limites definidos e pelas leis. Nenhum poder é absoluto, infinito, desenfreado, arbitrário e sem leis. Todo o poder está atado às leis, aos direitos e à equidade”.¹⁹

Ainda, nesse contexto, não se pode esquecer o magistrado conhecido como Montesquieu, aquele da teoria da separação dos poderes, que afirmava “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele. Logo, para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.²⁰

No século XX, foi o inglês John Locke (1600) que retomou os pensamentos à cerca do poder do soberano. Para ele, até mesmo o governante deve se submeter às leis; estas, feitas com a aprovação da maioria da sociedade.

Após a Segunda Guerra Mundial e as barbáries cometidas pelo regime nazista, houve uma grande preocupação com os valores ligados à dignidade da pessoa humana, principalmente no Brasil. A Carta Magna de 88 demonstra a preocupação do Constituinte com o ser humano. Pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro o capítulo que garante direitos e garantias fundamentais aparece elencado antes da organização do Estado.

Desde o surgimento dos direitos fundamentais o Estado sempre foi o principal sujeito passivo da relação. Isso se deve ao fato de que o mesmo sempre foi visto como o vilão das liberdades individuais; sendo o responsável por suprimir as vontades privadas e intervir nos interesses dos particulares. Os direitos fundamentais vieram inicialmente para limitar esse poder absoluto, justamente por isso é que a aplicação costumeira desses direitos é entre o Estado e o Particular, conhecida como eficácia vertical dos direitos fundamentais.

¹⁹ ALTHUSIUS, *apud* MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 36.

²⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 38.

Ao longo do tempo, com o advento do estado democrático social de direito, o papel do Estado não era somente se ausentar e proteger a autonomia privada. Cabia a ele também garantir condições para que cada indivíduo pudesse desfrutar dessa liberdade.

O Estado não mais se contentava com a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva desta igualdade no plano dos fatos. Não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares.²¹

Nesse sentido é possível perceber que diante da eficácia vertical dos direitos fundamentais os particulares são os detentores dessas garantias e podem invocá-los frente ao Estado.

Por outro lado, tem se percebido ao longo da história que não é somente o Estado que detém o poder, seja ele ideológico; econômico ou político. Setores privados detém grande poder social, passando a ditar comportamentos e interferir, muitas vezes, até mais que o Estado na vida de outros particulares.

Como bem sintetizou essa ideia, Jean Rivero, citado por Gilmar Mendes, afirma que “escapar da arbitrariedade do Estado para cair sob a dominação dos poderes privados seria apenas mudar de servidão”.²² Nesse sentido, percebe-se uma horizontalidade dos direitos fundamentais, ou seja, a possibilidade de um particular invocar esses direitos, além do próprio Estado, também dos particulares.

A Constituição Brasileira, chamada de Constituição Cidadã, é uma das constituições mais democráticas e sociais existentes. Abarca a Constituição que um dos objetivos fundamentais da República é “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inc. I da C.F.), mostrando seu valor axiológico e a preocupação em construir uma sociedade mais igualitária. Contudo, é nítido que o Brasil está longe de atingir esses objetivos, figurando como um dos países mais desiguais do mundo.

²¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 45.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed São Paulo: Saraiva, 2011, p. 199.

Até mesmo diante dessa assimetria social brasileira é que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se torna importante e a Constituição já se prontificou neste sentido. A discussão, porém, não está na vinculação já consagrada expressamente pela Constituição, como o que ocorre com os direitos trabalhistas, mas relativamente a uma vinculação que a Constituição não menciona.

Em relação a alguns direitos fundamentais individuais há um consenso, a doutrina reconhece esta vinculação, e uma vinculação com eficácia imediata, mas em relação aos direitos fundamentais sociais, estariam os particulares vinculados a eles? De que forma?

Acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o Ministro Gilmar Mendes, afirma que:

Um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre os cidadãos e o Estado acaba por legitimar a ideia de que haveria para o cidadão um espaço livre de qualquer ingerência estatal. A adoção dessa orientação suscitaria problemas de difícil solução tanto no plano teórico, como no plano prático. O próprio campo do Direito Civil está prenhe de conflitos de interesses com repercussão no âmbito dos Direitos Fundamentais. O benefício concedido a um cidadão configura, não raras vezes, a imposição de restrição a outrem.²³

Também, em defesa da horizontalidade, o Ministro Joaquim Barbosa enfatiza:

Os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas. Tomo a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que esta aplicabilidade deve verificar-se em todas as privadas, a incidência das normas de Direitos Fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera da autonomia privada do indivíduo.²⁴

Para o estudo em questão, e levando-se em conta que os direitos fundamentais caracterizam-se por aquelas prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, importante destacar a importância da concretização do princípio da dignidade humana. Esta premissa vale, inclusive, para as relações homoafetivas, que devem ser reconhecidas, e respeitadas, como qualquer relação.

²³ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. (RE 201819, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Relator (a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000007697&base=baseAcordaos>

²⁴BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>.

5. O Princípio da Dignidade Humana

A Constituição brasileira de 1988 contém uma relação dos direitos fundamentais que devem ser consagrados e respeitados pelo Estado e por toda a sociedade.

Tais direitos, entre eles o direito à igualdade e a dignidade da vida humana constituem a base da sociedade brasileira e de todo o ordenamento jurídico nacional. Assim, sua violação atenta contra o próprio Estado Democrático de Direito.

É possível afirmar que a Constituição brasileira em vigor edifica o direito geral de personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz que consiste no princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, sob o ponto de vista jurídico, tem sido definida como um atributo da pessoa humana, o “fundamento primeiro e a finalidade última, de toda a atuação estatal, e mesmo particular”, o núcleo essencial dos direitos humanos.

Helmut Coing analisa o conteúdo do princípio da dignidade do homem sob dois aspectos. Sob um primeiro aspecto, a dignidade assume a proteção da pessoa humana no que diz respeito à sua integridade. Sob um ponto de vista mais amplo, a dignidade da pessoa humana expressa o direito de a pessoa ser respeitada como ser intelectual.²⁵

A dignidade da pessoa humana nasce juntamente com o indivíduo, trata-se, igualmente, do primeiro e do mais importante fundamento de todo o sistema constitucional brasileiro; o primeiro fundamento e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. O princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um verdadeiro princípio, a chave de leitura e da interpretação dos demais princípios fundamentais expressos na Constituição, tal como será analisado a seguir.

Segundo os ensinamentos de Alexandre de Moraes é possível afirmar que os direitos humanos fundamentais são resultado da síntese das tradições enraizadas na cultura de várias civilizações e dos pensamentos filosóficos surgidos ao longo dos tempos, especialmente

²⁵ COIN, *apud* SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.25.

dos pensamentos derivados do Cristianismo e do Direito Natural, que entenderam como fundamental a necessidade de se limitar e controlar os poderes do Estado por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.²⁶

Sob este aspecto, a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não deve ser entendida apenas como a positivação dos direitos do homem, mas sim, como a garantia de que todo e qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o judiciário, a fim de tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais.²⁷

E é nesta seara que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Isto porque, num primeiro momento, prevê um direito individual protetivo, tanto na relação com o Estado como na relação com os demais indivíduos. Depois, porque estabelece verdadeiro tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esta concepção resume-se aos três princípios básicos do direito romano, quais sejam: não prejudicar ninguém; *alterum non laedere*, dar a cada um o que lhe é devido; *suum cuique tribuere*; e viver honestamente, *honestire vivere*.²⁸

Ante o exposto, sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto expressão da autonomia da pessoa humana, bem como da necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Dworkin parte do pressuposto de que a dignidade possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas”, de tal sorte que é no valor intrínseco da vida humana de todo e qualquer ser humano, que se encontra a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece mantê-la.²⁹

A dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 19.

²⁷ *Ibid.*, p. 59.

²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 19.

²⁹ DWORKIN, *apud* MORAES, *op. Cit.*, p. 23.

e, mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim deve ser respeitado e considerado por sua condição humana.

Do mesmo modo, como a dignidade é um valor abstrato, de difícil captação, ele não pode ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, criação ou aplicação das normas jurídicas. Isto porque é no valor da dignidade humana que o ordenamento jurídico encontra seu sentido próprio, consagrando a dignidade humana como valor maior a conduzir e inspirar o Direito como um todo.

Transpondo a temática da dignidade para o ordenamento jurídico pátrio observa-se que o posicionamento jurídico da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional implica o seu alcance muito mais amplo do que se possa imaginar, sugerindo que a existência do próprio Estado se dê por e pela pessoa humana. Assim, a dignidade humana, como princípio, reveste-se de extraordinária importância ao constituir-se como um vetor, um guia, pelo qual devem orientar-se todas as demais normas constitucionais e o ordenamento jurídico como um todo. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico nacional, sendo considerada instrumento de integração e hermenêutica de todas as normas constitucionais.

Nesta seara é possível afirmar que a Carta de 1988 elegeu o valor da dignidade humana como vetor, como valor essencial que lhe doa unidade de sentido. Assim, diante desta nova concepção, é possível inferir que o valor da cidadania e da dignidade humana, assim como os direitos e garantias fundamentais, *“constituem hoje os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro”*.³⁰

A Constituição brasileira abarca a dignidade humana como sendo o fundamento da República Federativa do Brasil. Isto significa dizer que o Estado foi criado em função de seu povo e para servi-lo, de modo que toda e qualquer ação estatal deve ser direcionada ao bem estar individual e coletivo, na busca incessante pela concretização da dignidade humana, amparada e promovida pelo texto constitucional.

³⁰ PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o Princípio da Dignidade Humana. In Ensaios Constitucionais de Direitos Fundamentais*. PAULA, Alexandre Sturion de. (coord). *et all*. Campinas: Servanda Editora, 2006, p. 227-228.

Sob este aspecto interessante mencionar que a felicidade e a afetividade estão intimamente ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, e são a essência e o fundamento do casamento.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e a premissa fundamental de qualquer Estado que se queira dizer Constitucional. É a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. A dignidade constitui-se num fator essencial à formação da personalidade humana, sendo essencial no relacionamento entre os diversos membros de uma sociedade; nas mais variadas relações de uns para com os outros.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa, que está previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, demonstra uma nova ótica do Direito Constitucional e do Direito de Família em particular. Isto porque as Constituições passadas, bem como o Código Civil de 1916, só reconheciam a família decorrente do casamento, como instituição de produção e reprodução dos valores sociais, culturais, éticos, religiosos e econômicos.

Já, a Carta Constitucional de 1988 e o Código Civil de 2002 colocam a família sob o enfoque da tutela individualizada dos seus membros, ou seja, é uma visão antropocêntrica que coloca o homem como centro da tutela estatal, valorizando o indivíduo, e não apenas a instituição familiar.

Ingo Sarlet aborda o assunto informando que *“a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”*. E complementa que a dignidade humana se caracteriza por ser:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³¹

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003, p. 67.

Diante de tudo o acima exposto, é possível afirmar que o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana é, atualmente, o centro de discussão do Direito de Família, entrando em cena a fim de resolver várias questões práticas envolvendo as relações familiares e as relações como um todo, ou seja, é a dignidade o ponto de partida do moderno Direito de Família.

6. Família Homoafetiva – Seu Reconhecimento Como Realização do Princípio da Dignidade Humana

Como já mencionado anteriormente, principalmente no século XXI, a rapidez das mudanças nos usos e costumes tornou a realidade social bem diferente. O tradicional conceito de família começa a ser questionado, surgindo novas formas de união entre as pessoas, passando o afeto a ser considerado fator essencial para que o indivíduo viva feliz e realizado.³²

É, pois, a realidade causadora de representações jurídicas que, até certo momento, permanecem à margem do ordenamento jurídico formal. Contudo, a pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, aceitando situações até então repudiadas, até um ponto em que o legislador as disciplina, justamente para mantê-las no campo social.

Se hoje em dia a sociedade já reconhece a família monoparental; se já aceita a dissolução de uniões estáveis, a produção independente e valoriza o modelo familiar eudemonista, onde cada indivíduo é importante em sua singularidade, tendo o direito de ser feliz em seu contexto, por que não aceitar a união homossexual?

Ana Maria Louzada informa que a evolução natural de toda sociedade faz com que a perplexidade do novo dê lugar à compreensão desse fato, exigindo regulamentação para se evitar o caos social e para se tutelar as mudanças.³³

De fato, o preconceito continua sendo o maior entrave para se efetivar direitos universais a pessoas com orientação sexual homoafetiva. Neste cenário, o direito precisa dar o primeiro passo.

³² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Homossexualidade. Uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 169.

³³ LOUZADA, *apud* OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 169.

Regis de Oliveira muito bem descreve que o preconceito torna a sociedade *limitante e limitada*, além de injusta. Ele contribui para o surgimento de estigmas que condenam milhões de pessoas a viver, no dia a dia, situações humilhantes e que afetam sua dignidade e limitam o exercício de seus direitos e de sua cidadania.³⁴

Corroborando com o que já foi dito anteriormente sobre a evolução das famílias, a *família* não tem mais o significado contido em seu vocábulo, ou seja, como o grupo de pessoas organizado, hierarquizado e chefiado pelo *pater familias*. Com tantas transformações, o conceito de família amplia-se de maneira tal que não atende aos moldes propostos pelo legislador.

O modelo de família heterossexual não é mais o único, surgindo cada vez mais composições familiares que fogem do modelo convencional, o que provoca modificações impactantes que não são acompanhadas pelas normas sociais e jurídicas em vigor.

O centro de gravidade das relações de família situa-se na mútua assistência afetiva, elemento essencial das relações interpessoais. E como a família é uma relação da ordem da solidariedade, tem ela o afeto como pressuposto. Igualmente, todas as espécies de vínculos que tenham o afeto como seu elemento central, merecem a tutela do poder judiciário.

35

Portanto, a preconceituosa omissão do legislador em regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo, não quer dizer que esta relação não forme uma entidade familiar, entidade esta formada sob a base da afetividade e que, por isso só, merece a tutela estatal.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela analogia, implica a consideração da presença de vínculos formais e a presença de uma comunidade de vida duradoura entre os companheiros do mesmo sexo, tal como ocorre com os companheiros de sexo diferentes, valorizando sempre, e principalmente, os princípios constitucionais da

³⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Homossexualidade. Uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 171.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 107.

dignidade da pessoa, da isonomia, e da não discriminação em virtude de sexo ou orientação sexual.

Neste sentido, decidiu o Tribunal pátrio:

Ação ordinária: União Homoafetiva. Analogia com união estável protegida pela Constituição federal. Princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Reconhecimento da relação de dependência de um parceiro em relação ao outro, para todos os fins de direito. Requisitos preenchidos. Pedido reconhecido. À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa. O art. 226 da CF não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo-se observar os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 ANOS, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito.³⁶

É bem verdade que no ordenamento jurídico nacional não há qualquer regra específica para o tema. Contudo, é de se notar que a Constituição Federal, através de seus princípios, reconhece e, subsidiariamente, ampara e autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, especialmente através dos princípios da dignidade, da liberdade, da solidariedade e da igualdade.

Neste novo cenário que se desenha, o legislativo precisa se atentar para essa questão, tecendo um olhar atento para cada pessoa em sua individualidade. É preciso que se criem leis que servirão de motor para a evolução tranquila da sociedade, abarcando o maior número possível de situações fáticas. A família não é mais hoje considerada a união de pessoas, mas sim a união de afeto entre pessoas que se organizam e vivem juntas, num mesmo lar, em busca da felicidade; em busca da sua dignidade.

Essa dignidade não tem raça, não tem cor, não tem religião e nem sexo. Ela precisa ser promovida e respeitada como tal, a fim de fazer valer os preceitos e os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

³⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APC. 10024.06.930324-6/001. Relatora desembargadora Heloisa Combat. j. 22.05.2007.

De fato, a atualização do Direito de família que é hoje exigida pela realidade social requer também o reconhecimento dos novos valores e das novas formas de convívio que são constituintes das concretas formações familiares contemporâneas. Assim, o “respeito à dignidade humana também se dá por intermédio do reconhecimento da pertinência das uniões de pessoas do mesmo sexo ao âmbito do direito de família”.³⁷

Roger Rios defende que o reconhecimento jurídico das uniões homossexuais deve ser feito através da analogia ao instituto da união estável, uma vez que não existe proibição expressa nem previsão positiva, devendo a Constituição ser interpretada de acordo com sua unidade, o que impede a desconsideração das demais normas constitucionais.³⁸ Existiria, assim, embasamento jurídico suficiente para o reconhecimento familiar dessas uniões, uma vez que elas atendem aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade. Acrescenta o autor que:

[...] o direito de família contemporâneo rumo cada vez mais para a valorização das uniões de pessoas em que se estabelece uma comunhão de vida voltada para o desenvolvimento da personalidade, mediante vínculos sexuais e afetivos duradouros, sem depender mais de vínculos formais e de finalidade reprodutiva. O que importa, agora, é o reconhecimento da comunidade afetiva resultante da vida em comum e da conjugação de mútuos esforços, constituída a partir do entrelaçar de sexo e afeto, presentes na construção cotidiana da vida de cada um dos participantes da relação.³⁹

E estas características nada têm a ver com a orientação sexual de cada um, mas tem a ver sim com a forma como cada indivíduo encara a relação familiar e a construção de uma vida em comunhão.

A liberdade de opção sexual pode ser localizada a partir do texto constitucional brasileiro, que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Estaria aí, pois, a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.

Vale ressaltar que muito embora as uniões homoafetivas ainda não disponham de um regime jurídico próprio, são princípios constitucionais aplicáveis ao tema a

³⁷ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 105-106.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Ibid.*, p. 108.

proteção da dignidade da pessoa humana e a igualdade independentemente da orientação sexual, ante a expressa proibição de discriminação social.⁴⁰

Ora, o amor e o afeto não dependem de sexo, raça, religião ou posição social. É preciso que o cenário jurídico, e a sociedade, de uma maneira geral, deixem de fazer vistas grossas a uma realidade que está aí fora, aos olhos de todos.

O reconhecimento da união homoafetiva como família é apenas a consequência lógica de uma sociedade democrática, que tem como finalidade última a dignidade de cada indivíduo na busca daquilo que considera ser a sua felicidade. Este é o papel de um verdadeiro Estado Democrático, este é o verdadeiro papel do Direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil constitui-se um Estado Democrático de Direito, e assenta sua República Federativa em alguns princípios fundamentais, que servem de vetor para a interpretação de todo o ordenamento jurídico. O mais importante destes princípios, com certeza, é o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido na Carta Constitucional no art. 1º, inc. III.

Igualmente, o ordenamento jurídico brasileiro acolhe tanto o princípio da igualdade formal, que proíbe diferenciações fundadas na orientação sexual, como o da igualdade material, que estabelece o direito de tratamento igualitário aos homossexuais, sempre que não houver fundamentos racionais para a desigualdade, justificando-se, deste modo, a proibição de discriminações pessoais.

As transformações das relações sociais e o reconhecimento e promoção dos direitos de personalidade fizeram com que o princípio da dignidade humana despontasse não envolvendo apenas a realização dos direitos ditos negativos, que independem de qualquer atividade do Estado para sua consecução, mas envolvendo, também, os direitos positivos, onde é possível se exigir do Estado determinado comportamento em busca do bem social.

A Constituição Federal ao estabelecer que promoverá a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, afirma que o Estado assume que não poderá haver a diminuição dos direitos de quem quer que seja, inclusive quanto à opção sexual e as uniões homoafetivas.

⁴⁰ LISBOA, Roberto Senice. **Manual de Direito Civil. Direito de Família e Sucessões**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 227.

Igualmente, a Constituição também prevê que não haverá preconceito de origem, raça, sexo, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. É o princípio da liberdade, que tem por um de seus objetivos banir do cenário nacional qualquer forma de preconceito ou discriminação.

Muitas transformações já ocorreram ao longo dos anos. A sociedade se transformou, barreiras foram quebradas e novos conceitos foram ganhando força. O mesmo aconteceu com o conceito de família que, quebrando as barreiras jurídicas e religiosas, atualmente é vista como uma entidade onde deve prevalecer o respeito, o afeto e a assistência mútua, independente de sua formação e do sexo de seus integrantes.

De fato, ainda hoje não existe consenso quando o assunto é o homossexualismo. Mas é preciso reconhecer que, apesar de ainda haver algumas formas de preconceito e discriminação, a situação já é muito bem mais aceita tanto pela sociedade quanto pelo cenário jurídico, onde começam a se desenhar normas hábeis a tutelar uma situação que, socialmente, já está enraizada no cotidiano mundial. Ora, é inaceitável que em pleno século XXI a orientação sexual possa ser determinante para qualificar um indivíduo.

Os novos contornos sociais e as novas formas de constituição familiar exigem um olhar mais dinâmico e menos preconceituoso do direito. Não pode um Estado que se intitula democrático de direito conviver com a exclusão e com o preconceito.

O direito à orientação sexual é de natureza personalíssima, devendo-se deixar de lado a clássica orientação segundo a qual haveria ato inexistente nas relações homoafetivas, conferindo-se os efeitos jurídicos desejados para a regulação dessa relação afetiva.

É preciso que o Direito caminhe juntamente com os fatos históricos e sociais e que, finalmente, abarque as relações homoafetivas tutelando-as e dando-lhes a dignidade com que merecem ser tratadas. Não está aqui se pedindo o impossível, pelo contrário, pede-se, apenas, que o legislador respeite os princípios elencados na Carta Constitucional e que, por si só, já servem de embasamento jurídico hábil a tutelar as relações homossexuais, garantindo aos casais homoafetivos os mesmos direitos e a mesma dignidade dispensada a todas as outras formas de família.

É esse comprometimento com os fatos sociais que se espera do Direito. É esta postura digna e igualitária que se espera de um Estado Democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSIUS, *apud* MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

AMORIM, Sebastião Luiz. **Separação e Divórcio: teoria e prática**. 6 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

ARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009.

BARROS, Sérgio Resende de. *O direito ao afeto*. In **Del Rey Revista Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, maio de 2002, ano IV, nº 85.

BOSCARO, Marcio Antônio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. (RE 201819, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Relator (a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000007697&base=baseA cordaos>

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>.

BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. APC. 10024.06.930324-6/001. Relatora desembargadora Heloisa Combat. j. 22.05.2007.

COMMAILLE, Jacques. **A nova família: Problemas e Perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **A estatização do afeto**. IBDFAM, Belo Horizonte, 04 de julho de 2002. Disponível em: Acesso em: 26 jun. 2008.

_____. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Breezi Miyazato Vizeu; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. *O afeto na formação das famílias recompostas no Brasil*. In **Afeto e Estruturas Familiares**. Dias, Maria Berenice Dias; BASTOS, Eliene Ferreira; (coord.). *Et all*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Ricardo Alves de. **Função Social da Família – Família e Relação de poder.** Transformação funcional familiar a partir do Direito Privado. Curitiba: Juruá, 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil. Direito de Família e Sucessões.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MATTAR, Laura Davis. **Desafios e importância do reconhecimento jurídico dos direitos sexuais frente aos direitos reprodutivos.** In PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. **Direitos Humanos: fundamentos, proteção e implementação.** Perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Aspectos da Evolução do conceito de família, sob a Perspectiva da Sociedade Brasileira, nos Períodos Colonial e Imperial, no tocante à ordem e política.* In: **Revista Jurídica Cesumar –** Mestrado, v. 4, n. 1, Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2002.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Homossexualidade. Uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Caroline Ramos de. **Afeto no âmbito jurídico. Analisa o afeto como valor jurídico nas relações familiares, especialmente nas famílias homoafetivas.** Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2396/Afeto-no-ambito-juridico>. 18 de janeiro de 2006.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o Princípio da Dignidade Humana.* In **Ensaio Constitucionais de Direitos Fundamentais.** PAULA, Alexandre Sturion de. (coord). *et all.* Campinas: Servanda Editora, 2006.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. *As inovações constitucionais no Direito de Família.* **Jus Navigandi,** Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3192>>. Acesso em 28 set. 2010.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 Ed. 2ª tiragem. São Paulo. Malheiros, 2008.

SOLARI, Néstor E. *Protección Constitucional de la familia*. In **CORDOBA, Marcos M. Derecho de Familia. Colección de análisis jurisprudencial**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In **BARRETO, Vicente. A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.