

NOVA ENTIDADE FAMILIAR: A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

NEW FAMILY ENTITY: HOMOAFECTIVE FAMILY

Liv Lessa Lima de Holanda¹

RESUMO: As transformações por que passou a sociedade resultaram no surgimento de novos agrupamentos familiares, dentre eles, a família formada pela união de duas pessoas do mesmo sexo. Neste estudo, examinamos os posicionamentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema e, ainda, analisamos os princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, enquanto arcabouço teórico avançado capaz de legitimar o reconhecimento da família homoafetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Famílias. Uniões homoafetivas. Direitos. Posicionamentos jurisprudenciais. Princípios constitucionais.

ABSTRACT: The transformations undergone by the society resulted in the emergence of new family groups, among them, the family formed by the union of two people of the same sex. In this study, we examine the jurisprudential positions of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice on the subject, and also analyze the constitutional principles of equality, liberty and dignity of the human person as an advanced theoretical framework capable of legitimizing the recognition of the family homosexual.

KEYWORDS: Families. Homosexual unions. Rights. Jurisprudential positions. Constitutional principles.

INTRODUÇÃO

A definição de família necessitou ser reelaborada diante das transformações por que passou a sociedade. A família patriarcal, patrimonial, matrimonial, indissolúvel, heterossexual e hierárquica, que serviu de modelo desde o período Colonial até boa parte do século XX, cedeu espaço para a nova família constitucionalizada da década de 80, caracterizada pela informalidade, igualdade e respeito à diversidade sexual.²

Hoje, temos uma lista variada de arranjos familiares: famílias recompostas, binucleares, anaparental, eudemonista, casal com filhos de matrimônios anteriores e seus

¹ Graduada em Direito e Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista JUS**, Teresina, ano 9, n. 307, mai. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5201>>. Acesso em 11 ago. 2017.

novos filhos, mães criando filhos sem pais, parentalidade socioafetiva etc. Diante de tanta pluralidade, está cada vez mais difícil encontrar uma definição para “família”.

Por outro lado, as mudanças não se restringiram apenas à nova composição das entidades familiares. Alterou-se também a função da família, que antes se limitava a razões econômico-político-religiosa-procriacionais e, hoje, passou a ser um espaço de realização da afetividade humana.³

Dentre esses novos modelos de entidades familiares, merecem destaque as famílias homoafetivas, isto é, formada pela união de duas pessoas do mesmo sexo, que ainda hoje é vista como tabu e de forma preconceituosa pela sociedade, razão pela qual considerou-se relevante abordar sobre esse tema no presente artigo.

Iniciamos o nosso estudo analisando as decisões do STF na ADPF 132 e ADI 4277, bem como a decisão do STJ no Resp n. 1.183.378-RS e suas repercussões na repersonalização da família brasileira.

Para em seguida discutirmos sobre a necessidade de se reconhecer e garantir direitos às uniões homoafetivas face aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, consagrados na nossa Constituição Federal.

Desse modo, por meio da revisão bibliográfica, com a utilização do método descritivo, pretende-se discorrer sobre a matéria.

2 AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SUAS IMPLICAÇÕES NA REPERSONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA

A Constituição de 1988, com responsabilidade de lastrear as transformações ocorridas na sociedade, incluiu no conceito de família outras formas de relações afetivas fora do casamento, como as entidades formadas por um dos pais e sua prole e a união estável entre homem e mulher⁴. Contudo, além das entidades mencionadas expressamente pela Carta Magna, qualquer relação afetiva que preencha os requisitos da ostensividade, estabilidade e

³ TEIXEIRA, José Carlos. Arqueologia das famílias: da ginecocracia aos arranjos plurais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 12, n. 17, p. 41-73, ago./set., 2010.

⁴ Constituição Federal de 1988, art. 226 (...) §3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

afetividade merece a proteção constitucional conferida à família. Assim, explica o professor Paulo Lôbo:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da CF são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicada no caput (...). Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.⁵

Com efeito, os casais formados por pessoas do mesmo sexo não podem ser alijados de receber a proteção constitucional destinada à família, correndo-se o risco de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. “A norma de inclusão do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões.”⁶

No Brasil, desde o fim da década de 90, as relações homossexuais vinham sendo reconhecidas, gradualmente, pelos tribunais estaduais e pelos magistrados de 1º grau. Finalmente, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal veio confirmar o que já acontecia nos tribunais inferiores, equiparando as uniões estáveis entre homossexuais e heterossexuais.

O julgamento do STF se deu em virtude da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277.

Todos os 10 Ministros votantes no julgamento manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais, reconhecendo a união homossexual como entidade familiar.⁷ Alguns ministros concordaram com a equiparação da união homossexual à união estável nos moldes do Código Civil, enquanto outros argumentaram que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser considerada união estável homossexual, mas, ao revés, deveria ser considerada união homossexual estável. Nesse sentido, o voto do Min. Ricardo Lewandowski:

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em 28 jul. 2017.

⁶ Idem.

⁷ BRASIL. STF – ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br>. acesso em 14 ago. 2017.

Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família (...) embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna (....). Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar distinta daquela que se caracteriza as uniões estáveis heterossexuais.

A diferença embora sutil reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente casais de gênero diverso.

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.

Convém esclarecer que não se está aqui a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.⁸ (Grifos nosso)

Em seu voto, o Min. Lewandowski buscou arrimo na doutrina de Paulo Lôbo, segundo o qual não há necessidade de equiparar a união entre pessoas do mesmo sexo à união estável, sendo esta última entidade familiar completamente distinta, somente admissível quando constituída por um homem e uma mulher (art. 226, §3º). Explica ele: “os argumento que têm sido utilizados no sentido de equiparação são dispensáveis, uma vez que as uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria.”⁹

Todos os entendimentos, com a sua variedade de fundamentações, levaram a um mesmo resultado: o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar no Brasil, em plena igualdade de direitos com relação às vinculações heterossexuais estáveis.

Vale ressaltar que a decisão da Suprema Corte possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ou seja, não diz respeito apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário, mas

⁸ BRASIL. STF. Voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>>. Acesso em 14 ago. 2017.

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em 28 jul. 2017.

também à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme art. 102, §2º, da CF.¹⁰ Deste modo, nenhum magistrado ou tribunal pode alegar impossibilidade jurídica do pedido ou negar o caráter de união estável aos relacionamentos sólidos entre homossexuais.¹¹

Direitos como herança, adoção de crianças e/ou adolescentes, inclusão em planos de saúde, previdência, associação na condição de dependente em algumas entidades (como clubes e sociedades), dever de alimentos em caso de necessidade, passaram a ser assegurados a casais de pessoas do mesmo sexo, sem que o Legislativo precise regulamentar previamente esses direitos¹².

Embora exista uma discussão no sentido de que o ativismo judicial do STF estaria a afrontar o princípio da separação de poderes, o eventual ativismo judicial de que se fala encontrou justificativa plena na absoluta omissão do Legislativo em relação às questões concernentes aos homossexuais.¹³

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, os casais homossexuais passaram a reclamar o direito ao casamento, com base na Constituição Federal, art. 226 §3º, parte final.¹⁴

O juiz Fernando Henrique Pinto foi o responsável pela primeira sentença no país que converteu a união estável homossexual em casamento.¹⁵

Nesse lastro, no dia 25 de outubro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, por quatro votos a um, que é possível a habilitação para o casamento diretamente no Cartório de Registro Civil, sem precisar requerer na Justiça a conversão da união estável homossexual em casamento.

¹⁰ Constituição Federal de 1988, art. 102, § 3º: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

¹¹ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Amor e família homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF. **Revista Síntese de Direito da Família**, São Paulo, v. 13, n. 66, p. 16-19, jun./jul. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=727>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

¹² Idem.

¹³ CHAVES, Marianna. **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=728>>. Acesso em 31 jul. 2017.

¹⁴ Constituição Federal de 1988, art. 226, § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁵ MACHADO, Rodrigo. **Primeiro casamento civil gay do Brasil acontece hoje em Jacaré (SP)**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/06/28/primeiro-casamento-civil-gay-do-brasil-acontece-hoje-em-jacarei-sp.jhtm>>. Acesso em 10 ago. 2017.

A decisão do STJ deu-se em virtude do julgamento do REsp n. 1.183.378-RS pela 4ª Turma. As recorrentes (KRO e LP), que à época da propositura da ação declararam namoro de aproximadamente 3 anos, tiveram negada a habilitação para o casamento tanto pelo Juízo da Vara de Registros Públicos da Comarca de Porto Alegre-RS, como pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que desproveu a apelação cível, mantendo na íntegra a sentença de primeiro grau, o que ensejou o recurso ao STJ.

Em seu voto, o Min. Relator Luís Felipe Salomão destacou que:

(...) se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os ‘arranjos’ familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.¹⁶

As decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça representam uma quebra de paradigmas e inegável avanço para o nosso Direito das Famílias.

3 RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, LIBERDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para reforçar a ideia de que é possível reconhecer aos casais homossexuais os mesmos direitos conferidos aos casais heterossexuais, buscamos fundamento nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

O direito à igualdade encontrou sua primeira expressão internacional na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 1º proclama: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”¹⁷

Diante da normativa no âmbito internacional, as Constituições dos Estados trouxeram para seu texto a proclamação do direito à igualdade. Não aconteceu diferente com o Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da igualdade e condenou o

¹⁶ BRASIL, STJ – REsp nº 1.183.378/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <www.stj.jus.br>. acesso em 29 jul. 2011.

¹⁷ ONU BRASIL. Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em 16 ago. 2017.

preconceito em seu preâmbulo, que enuncia o propósito de construir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, e em seus dispositivos, notadamente, art. 3º, IV¹⁸ e art. 5º, *caput*.¹⁹

Nesse sentido, assevera Barroso que “a Constituição é refratária a todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas.”²⁰

É certo que a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores, tais como sexo, renda, nacionalidade, situação funcional, dentre outros. Sendo assim, não se pode afirmar que toda desequiparação seja inválida. Desde que atenda a uma justificativa razoável e a um fim legítimo, a desequiparação é perfeitamente possível.²¹ Explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.²²

No entanto, não é a orientação sexual um fator aceitável de *discrímen* para se negar às relações homossexuais os mesmos direitos conferidos às relações heterossexuais.

No que se refere ao princípio da liberdade, Marilena Chauí ensina que a ideia de liberdade está atrelada ao poder de decisão do indivíduo, de escolha entre diversas possibilidades. Tais escolhas, entretanto, são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Logo, a liberdade consiste na possibilidade objetiva de decidir.²³

¹⁸ Constituição Federal de 1988, art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV- Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁹ Constituição Federal de 1988, art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...).

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 673.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 675.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 17.

²³ CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000, p. 466.

Na tentativa de se chegar a um conceito sobre liberdade humana, José Afonso da Silva enuncia que ela deve ser expressa como “um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”.²⁴

No mesmo sentido, Daniel Sarmento assevera que a liberdade parte da premissa que “a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando suas escolhas existenciais básicas e perseguindo os seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros”.²⁵

Tamanha a sua amplitude, o direito à liberdade possui várias facetas: liberdade de expressão, liberdade de credo, liberdade de associação e, porque não dizer, liberdade de amar e se relacionar com quem quer que seja, o que pode ser resumido como a liberdade de orientação sexual.²⁶

Maria Berenice Dias sustenta com razão que “ninguém pode realizar-se como pessoa se não tiver assegurado o respeito ao exercício de sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual”.²⁷

Igualmente, Barroso afirma que deriva deste princípio a liberdade de escolher as pessoas com quem manter relações de afeto e companheirismo, sendo que negar a um indivíduo “a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência”.²⁸

Deste modo, o Estado não pode determinar o tipo de relação sexual válida, condenando as demais ou simplesmente ignorando-as, deixando de reconhecer direitos aos que fizeram uma escolha diferente do convencionado pela maioria.²⁹

Registre-se que, para um indivíduo homossexual, a escolha não reside entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou com pessoas de sexo diferente, mas entre

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 233.

²⁵ SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 646.

²⁶ RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios Constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 183.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 679.

²⁹ RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios Constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 184.

abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la mesmo rodeado por preconceito e restrições em seus direitos.³⁰

Como bem afirma Taísa Ribeiro, a homossexualidade não se trata de uma opção, uma alternativa ou uma escolha, mas de uma variante natural da expressão da sexualidade humana.³¹ Até porque, salvo engano, ninguém opta livremente pelo caminho que parece ser o mais tortuoso.

É certo, porém, que o direito à liberdade, bem como a autonomia privada, não possui natureza absoluta, podendo ser limitado, de forma proporcional e razoável, desde que essa restrição seja justificada pela promoção de outro bem jurídico que mereça proteção constitucional ou quando afete direito de terceiros.³²

Não obstante isso, que implicação no direito de terceiro pode ter o fato de duas pessoas do mesmo sexo que se amam resolverem constituir uma família? Nenhum, a não ser para aqueles que se dizem moralmente corretos e querem ditar o modo de viver dos outros.

Com espreque em Ragazzi e Garcia, conclui-se que restringir a liberdade de escolhas ou negar direitos aos que se afastam do padrão dito convencional, especialmente no tocante à orientação sexual, é subtrair-lhes a sua própria dignidade, liberdade e direito à autodeterminação, condicionando sua conduta pela racionalidade da maioria e não pela sua própria vontade.³³

Por último, mas não menos importante, o princípio da dignidade da pessoa humana já encontrava guarida na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que proclamava em seu preâmbulo: “O reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 678.

³¹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004, p. 31.

³² SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.); IKAWA, Daniela (Coord.); PIOVESAN, Flávia (Coord). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 647.

³³ RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios Constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 184.

O Constituinte de 1988, por sua vez, elegeu o postulado da dignidade como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito³⁴, além de reforçar sua aplicação em inúmeras outras disposições constitucionais.

Nos dizeres de Daniel Sarmento, a dignidade humana é o epicentro axiológico da Constituição Federal de 1988, sendo responsável por costurar e unificar todo o arcabouço normativo.³⁵

Nesse contexto, destaca-se a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem, do substrato material da dignidade humana decorrem outros quatro princípios jurídicos fundamentais, nomeadamente os da igualdade, da liberdade, da integridade física e moral e da solidariedade.³⁶

Tendo em vista que os demais direitos decorrem necessariamente do postulado da dignidade humana, os doutrinadores costumam denominar este princípio de “princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios”.³⁷

Embora tenha sido inserida nas Constituições democráticas, Ingo Sarlet faz questão de lembrar que a dignidade da pessoa humana não é uma criação jurídica, na medida em que é inerente ao ser humano e, portanto, existente mesmo onde o Direito não a reconhece. Desta forma, a dignidade, como condição humana, pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, mas não pode ser criada, concedida ou retirada.³⁸

Na mesma linha de pensamento, Fachin e Ruzky aduzem que a dignidade da pessoa humana não nasce do Direito positivo, sendo antecedente a este.³⁹

Deste modo, como qualidade intrínseca da pessoa humana, a dignidade é irrenunciável e inalienável, não podendo ser destacada do ser humano.⁴⁰

³⁴ Constituição Federal de 1988, art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

³⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 85.

³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 119.

³⁷ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=308>>. Acesso em 31 jul. 2017.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 114.

³⁹ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro v. 35, jul./set. 2008, p. 113.

Seguindo o mesmo pensamento, José Oliveira Ascensão afirma que a dignidade não é atribuída no sentido de fora para dentro, é, na verdade, intrinsecamente decorrente da própria característica de ser pessoa.⁴¹

Embora assentada a sua importância no ordenamento jurídico pátrio, chegar a uma definição clara e precisa do que efetivamente seja a dignidade humana não é tarefa fácil, haja vista se tratar de um conceito polissêmico, vago e impreciso.⁴²

Dentre os múltiplos sentidos que podem ser atribuídos à dignidade humana, Luís Roberto Barroso destaca duas ideias reconhecidas pelo conhecimento convencional:

(i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e (ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento.”⁴³

Destarte, podemos afirmar com base nessa última assertiva que, quando o Estado nega direitos aos pares homossexuais, impedindo a realização de seus projetos pessoais, bem como o seu reconhecimento como família, resta flagrantemente violado o princípio da dignidade humana.

A afirmativa encontra agasalho nos ensinamentos do magistrado alemão Dieter Grimm, segundo o qual “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 de felicidade (...)”.⁴⁴ Concluem Ragazzi e Garcia que a dignidade humana é, portanto, o atributo que faz com que o indivíduo seja respeitado em toda a sua existência e dimensão, independentemente de suas escolhas.⁴⁵

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.114.

⁴¹ ASCENSÃO, José Oliveira. Dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 8, n. 2, p. 79-101, jul./dez. 2008. p. 95.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.113.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 681.

⁴⁴ GRIMM, Dieter *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões de dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

⁴⁵ RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios Constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 180.

CONCLUSÃO

A estigmatização de pessoas que estabelecem relações afetivas com outra do mesmo sexo já ocasionou muita injustiça e sofrimento ao longo da história.

Com o intuito de refletir sobre essa nova concepção de família e as consequências jurídicas oriundas do reconhecimento dessas uniões, foi elaborado o presente artigo.

As relações homoafetivas interessam ao Direito porque a elas vincula-se a ideia de justiça, igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e também porque dessas relações de afeto decorrem consequências patrimoniais, previdenciárias, sucessórias etc.

Em um Estado Democrático de Direito, é preciso aprender a conviver com as diferenças, seja ela de raça, cor, religião, pensamento ou orientação sexual diversa da “tradicional”.

O papel do Estado é proteger os seus cidadãos na realização de suas escolhas pessoais e de seus projetos de vida. Todo o indivíduo tem o direito de buscar a felicidade. Esse direito também deve ser assegurado aos homossexuais quando decidem se unir e tornar-se família.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José Oliveira. Dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 8, n. 2, p. 79-101, jul./dez. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 661-693.

BRASIL. STF – ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br>. acesso em 14 ago. 2017.

_____. STF. Voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>>. Acesso em 14 ago. 2017.

_____, STJ – REsp nº 238715/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <www.stj.jus.br>. acesso em 11 ago. 2017.

_____, STJ – REsp nº 1.183.378/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <www.stj.jus.br>. acesso em 29 jul. 2017.

CHAVES, Marianna. **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=728>>. Acesso em 31 jul. 2017.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

FACHIN, Luiz Edson; Pianovski, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro, v. 35, p. 101-120, jul./set. 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 307, mai. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5201>>. Acesso em 11 ago. 2017.

_____, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em 28 jul. 2017.

MACHADO, Rodrigo. **Primeiro casamento civil gay do Brasil acontece hoje em Jacareí (SP)**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/06/28/primeiro-casamento-civil-gay-do-brasil-acontece-hoje-em-jacarei-sp.jhtm>>. Acesso em 10 ago. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-149.

ONU BRASIL. **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 16 ago. 2017.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios Constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 177-192.

SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel (coord.); IKAWA, Daniela (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 619-659.

_____, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões de dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-44.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Amor e família homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF. **Revista Síntese de Direito da Família**, São Paulo, v. 13, n. 66, p. 16-19, jun./jul. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=727>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=308>>. Acesso em 31 jul. 2017.

TEIXEIRA, José Carlos. Arqueologia das famílias: da ginecocracia aos arranjos plurais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 12, n. 17, p. 41-73, ago./set., 2010.