



A POSSIBILIDADE DA UNIÃO ENTRE CASAIS DO MESMO SEXO FRENTE OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA AUTONOMIA PRIVADA DO INDIVÍDUO¹

THE POSSIBILITY OF UNION BETWEEN SAME-SEX COUPLES AND THE LIMITS OF STATE INTERVENTION ON PRIVATE INDIVIDUAL AUTONOMY

*Camila C. O. Dumas*²

*Isabella Bana*³

Resumo

O presente trabalho tem como escopo abordar os fundamentos de legitimação do casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob a ótica jurídica e principiológica, devidamente correlacionados aos direitos da personalidade e ao limite da intervenção do Estado, ora aplicação da autonomia privada do ser humano. Assim sendo, foram realizadas pesquisas jurídicas e sociais através de consulta a jurisprudências, doutrinas e leis. Portanto, o respectivo estudo constatou na debilidade do legislador em não prever expressamente a liberdade de orientação sexual, bem como as uniões homoafetivas; Contudo, também verificou a incidência de uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, ora princípio da dignidade da pessoa humana, capaz de legitimar e contemplar os direitos desta minoria – casais homossexuais.

Palavras-chave: Autonomia privada; Casal homoafetivo; Dignidade da pessoa humana; Casamento; Legalização.

Abstract

This work tries to address the fundamentals of legitimation of marriage between same sex partners under the legal and principled perspective, properly correlating personality rights and the limits of state intervention, applied to the

¹ Artigo recebido em 15/05/2014, pareceres submetidos em 30/05/2014 e 25/06/2014 e aprovação comunicada em 23/07/2014.

² Advogada. Pós-graduada em direito do trabalho e previdenciário pela UNESP. Mestranda em Direitos da Personalidade no Centro Universitário de Maringá (UniCESUMAR). E-mail: <camiladumas@live.com>

³ Advogada. Pós-graduada em direito previdenciário pelo IDCC. Mestranda em Direitos da Personalidade no Centro Universitário de Maringá (UniCESUMAR). E-mail: <isabellabana2@hotmail.com>



private autonomy of the human being. Thus, the study conducts legal and social surveys by consulting the jurisprudence, doctrines and laws. Therefore, the study found a weakness in the law, which does not expressly provide for the freedom of sexual orientation, as well as homosexual unions. However, we also found the incidence of a general clause of protection of personal rights, now the principle of human dignity, capable of legitimizing and contemplate the rights of this minority person - gay couples.

Keywords: Private Autonomy; Homoafetivocouple; Dignity of the human person; marriage; Legalization.

1 INTRODUÇÃO

Preliminarmente, cumpre enfatizar que a homossexualidade é bastante antiga, equiparando-se à idade da heterossexualidade, ou seja, tanto a primeira quanto a segunda consistem em realidades presentes em qualquer civilização, não se admitindo o tratamento desigual e de exceção proporcionado a qualquer destes gêneros, em especial aos homossexuais.

No Brasil, embora pertencente à laicização religiosa, sem qualquer religião oficial, o contexto histórico evidencia enorme incitação ao preconceito em face da homossexualidade originada da religião, obstruindo o reconhecimento, bem como a legitimação dos direitos e deveres desta minoria.

Neste ínterim, o tema sexualidade ainda origina grandes discussões em decorrência da história e da cultura da sociedade brasileira, principalmente quando se remete à legitimação do casamento entre pessoas do mesmo sexo no âmbito legal.

Para tanto, o presente trabalho buscará compreender a temática da homossexualidade, mais especificamente os argumentos pertinentes à união homoafetiva orbitados no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, este artigo científico subdivide-se em 03 (três) capítulos, que visam explanar de forma acentuada a temática: o primeiro capítulo – liberdade sexual e autonomia privada – objetiva analisar o elo existente entre essas duas fontes do direito, haja vista que a autonomia privada é base propulsora ao exercício da liberdade sexual e, conseqüentemente, ambas originam o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do homem; o segundo, por sua vez, abarca os principais fundamentos jurídicos, ora normas e princípios constitucionais, capazes de



embasar a legitimação e a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo; e, por fim, o terceiro capítulo procura estabelecer os limites de atuação do Estado no âmbito dos interesses privados, ora liberdade sexual, de cada indivíduo.

Em suma, o estudo abordará a legitimação do casamento homoafetivo, com observância às normas e princípios inseridos na Constituição Federal de 1988, tendo em vista a omissão do legislador, utilizando, desta forma, a dignidade humana e a autonomia privada na concretização e na garantia dos direitos.

2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS; LIBERDADE, AUTONOMIA PRIVADA E IGUALDADE

Os direitos humanos perfazem um caminho histórico, bem longo. “O entendimento atual de dignidade humana possui origens religiosas e filosóficas que remontam a muitos séculos, sendo talvez quase tão antigo quanto o anterior”. (BARROSO, 2013)

A relação entre o conceito de dignidade e direitos humanos, apenas passam a estar interligados no final do século XVIII. (BARROSO, 2013)

Pérez Luño (1995 citado por Sarlet, 2007) chama de antecedentes dos direitos fundamentais, os documentos que, de alguma forma, colaboraram para a elaboração das primeiras ideias dos direitos humanos presentes nas declarações do século XVIII, talvez o principal documento a ser referenciado seja a Magna Charta Libertum, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra.

De maneira quase unânime, é aceito pela doutrina majoritária que, os direitos humanos surgem, ou, são enfocados com mais ênfase a partir do Século XVIII, nesse sentido aos olhos de Paulo Bonavides, a Revolução Francesa, que fixou direitos civis e políticos para que gradativamente fossem alcançados os princípios universais do lema “liberdade, igualdade e fraternidade” (Liberté, Egalité, Fraternité), fora a grande precursora dos direitos fundamentais caracterizados através da posição de resistência ou de oposição frente ao Estado. (BONAVIDES, 2005)

Plenamente justificável diante do momento histórico que estávamos vivendo. “A burguesia acordava o povo, que então despertou para a consciência de suas liberdades políticas”. (BONAVIDES, 1993)



O século XVIII foi marcado por grandes revoluções e rupturas de paradigmas históricos. Primeiro houve a promulgação das Constituições do chamado Estado de Direito e, ao mesmo tempo, em que a Revolução da burguesia, decretou os códigos da Sociedade Civil. Outro não foi, portanto, o Estado da separação de poderes e das Declarações de Direitos, que entrou para a história sob a denominação de Estado Liberal. (BONAVIDES, 1993)

A ideia que o homem é um ser dotado de direitos inato, é uma ideia essencialmente iluminista, que teve no constitucionalismo sua expressão mais eloquente. (SALDANHA, 1997)

A preocupação com as garantidas individuais tem sua marca no Estado Liberal, e essa doutrina liberal dos direitos humanos se consolida da seguinte forma:

Nas relações entre Estado e indivíduo avalia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do nacionalismo jusnaturalistas. (SARMENTO, 2004)

Na lógica do Estado liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual.

No âmbito do direito público vigorava a os direitos fundamentais, limitando de forma rígida a atuação do Estado, ao passo que no direito privado, o princípio fundante era o da autonomia da vontade. (SARMENTO, 2004)

De forma mais concreta, a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1948, consagra o direito à liberdade em seu art. 4º: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudicar outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites senão os que garantem aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei”.

José Afonso da Silva (1999, p. 236) ensina que “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”.



A possibilidade da união entre casais do mesmo sexo...

Para Kant, a liberdade é a expressada na autonomia da vontade de cada ser:

Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas. Demonstrar falta de respeito para com um agente autônomo é desconsiderar seus julgamentos, negar ao indivíduo a liberdade de agir com base em seus julgamentos, ou omitir informações necessárias para que possa ser feito um julgamento, quando não há razões convincentes para fazer isto. (GOLDIM, 2004)

O ser humano tem a necessidade de realizar suas escolhas pessoais essa possibilidade de se autodeterminar, é que garante que seja livre. Para que se garanta a dignidade humana é necessário que se permita a autonomia individual, expressa na liberdade de escolha de cada indivíduo.

Dentre essas liberdades necessárias para que se possibilite a autodeterminação do indivíduo, está a liberdade sexual. Destacamos os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. (DIAS, 2002, p. 85-86)

Ser livre não é apenas não estar detido em uma prisão, ser livre é ter de fato a liberdade, inclusive para determinar sua sexualidade, e continua a ilustre mestre:

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração, que compreende os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente, mas genericamente, solidariamente. A realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, a ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos. É um direito de solidariedade, sem o qual a condição humana não se realiza, não se integraliza. (DIAS, 2002, p. 85-86)

Kamii coloca a autonomia em uma perspectiva de vida em grupo. Para esta autora, que é filiada à corrente piagetiana, a autonomia significa o indivíduo ser



governado por si próprio. É o contrário de heteronomia, que significa ser governado pelos outros. A autonomia significa levar em consideração os fatores relevantes para decidir agir da melhor forma para todos. Não pode haver moralidade quando se considera apenas o próprio ponto de vista. (KAMII, 1985, p. 103-108)

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do sistema de Direito Privado, em um reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação do sujeito, com eficácia normativa. É parte do princípio de autodeterminação dos homens, é manifestação da subjetividade, o princípio dos tempos modernos que reconhece a liberdade individual e a autonomia do agir, segundo Hegel, que foi quem pela primeira vez a ele se referiu. Para esse filósofo, a subjetividade era a marca dos tempos modernos, em torno do que se desenvolveram os sistemas de Direito que tinham, naquela época, o indivíduo como eixo central — hoje a pessoa humana. (NETO, 1999, p. 25-30)

A autonomia do cidadão pode ser representada por esse agrupamento de direitos, os quais os indivíduos podem gozar como resultado de seu *status* como membros "livres e iguais" da sociedade. (HELD, 2009)

A Constituição prevê no artigo 5º, inciso I - o princípio da igualdade: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo que o inc. IV do art. 2º estabelece como objetivo fundamental do Estado a promoção do bem de todos sem preconceitos de sexo, ou seja, veda qualquer discriminação sexual.

Poder orientar-se sexualmente é um direito de personalidade, pois esta escolha está intimamente ligada a liberdade individual, liberdade sexual, que se manifesta na autodeterminação do sujeito.

Orientação sexual é a identidade pessoal com alguém do mesmo sexo, do oposto, de ambos ou de nenhum sexo. A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida, em relação à pessoa que escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Como bem leciona Maria Berenice Dias:

Se alguém dirige seu interesse sexual a outra pessoa, ou seja, opta por outrem para manter um vínculo afetivo, está exercendo sua liberdade. O fato de direcionar sua atenção a uma pessoa do mesmo ou de distinto sexo que o seu não pode ser alvo de tratamento discriminatório, pois tal decorreria exclusivamente do sexo da pessoa que faz a escolha e que



dispõe da liberdade de optar. O tratamento diferenciado por alguém orientar-se em direção a um ou outro sexo - nada sofrendo se tender a vincular-se a pessoa do sexo oposto ao seu ou recebendo o repúdio social por dirigir seu desejo a pessoa do mesmo sexo - evidencia uma clara discriminação à própria pessoa em função de sua identidade sexual. (DIAS, 2000, p. 7-13)

Como bem pontuou a autora, dirigir o interesse sexual é uma forma de exercer a liberdade. O presente trabalho, tem a pretensão de possibilitar um entendimento acerca da questão envolvendo a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, postas as premissas básicas acerca da liberdade, autonomia privada e igualdade, passaremos agora a estudar acerca da (im)possibilidade de legitimação dessa união.

3 EMBASAMENTO JURÍDICO FAVORÁVEL À LEGITIMAÇÃO DO CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO NO BRASIL

Muito se tem debatido, no contexto social atual, sobre a questão da homossexualidade (termo corretamente empregado devido ao fato de que a orientação sexual não se trata de doença, mas sim de outra forma de ser), principalmente no que tange à aceitação judicial e, conseqüentemente, seus reflexos da união civil de casais homoafetivos:

O legislador, com medo da reprovação de seu eleitorado, prefere não aprovar leis que, concedam direitos às minorias alvo da discriminação. Assim, restam as uniões homossexuais marginalizadas e excluídas do sistema jurídico. No entanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito. **Tal omissão não quer dizer que são relações que não merecem a tutela jurídica.**

É no âmbito do Judiciário que, batizadas com o nome de uniões homoafetivas, as uniões de pessoas do mesmo sexo começaram a encontrar reconhecimento. Com isso as barreiras do preconceito vêm, ao poucos, arrefecendo e cedendo lugar a que os vínculos afetivos sejam compreendidos sem que se interrogue a identidade dos parceiros. Vencer o preconceito é uma luta árdua, que sendo travada diuturnamente, e que, aos poucos, de batalha em batalha, tem se mostrado exitosa numa guerra desumana. (DIAS, 2010, p. 193) (grifou-se)

O enfoque jurídico acerca do assunto requer menção à importantes conquistas da sociedade brasileira em prol dos direitos de uma minoria, como o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de



Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, que reconheceram a união estável homoafetiva e a equipararam à heterossexual, bem como a recente ação, na data de 14 de maio de 2013, operada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução n. 175, ratificando expressamente o reconhecimento extrajudicial das relações homoafetivas no país e proibindo qualquer ato de recusa das autoridades competentes, mais especificamente dos cartórios, em relação às celebrações de casamentos civis de casais homoafetivos ou de sua conversão de união estável para casamento. (BANDEIRA, 2014)

Tal contribuição possibilitou a uniformização da interpretação e do entendimento acerca do tema no âmbito das corregedorias dos Tribunais de Justiça, amenizando a enorme disparidade de tratamento em desfavor desta minoria, ora homossexuais, vez que haviam divergências entre Estados brasileiros quanto à realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Neste sentido e devidamente acalorada pelos progressos supra, a união civil de casais homoafetivos encontra-se permeada de embasamentos jurídicos favoráveis, capazes de retificar a antiga visão depreciativa, consolidada pela própria sociedade, da condição homossexual, sem se esquivar, contudo, da anomalia advinda da ausência de previsão legal, importante passo para o fim de “idas e vindas”, “acolhimentos e rejeições” do Poder Judiciário. (BARROSO, 2014)

Frisa-se que a Constituição Federal vigente, expressamente no artigo 226, §§3º e 4º⁴, dispõe acerca das entidades familiares reconhecidas, havendo como exemplos as relações afetivas fora do casamento, as formadas por um dos pais e sua prole, pelos avós e os netos, apenas por irmãos e a união estável entre homem e mulher.

Diante disso, faz-se considerável apontamento ao dispositivo supra no sentido de que este não considera esgotadas todas as formas de convívio merecedoras de proteção, pois tal artigo de lei deve ser visualizado pelos operadores do Direito e

⁴ **Art. 226** - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

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



pela própria sociedade civil como cláusula geral de inclusão, com fulcro no princípio do pluralismo familiar, abarcando indiscutivelmente o casamento entre pessoas do mesmo sexo em razão da incidência dos requisitos necessários de qualquer entidade familiar, ora afeto, estabilidade e ostensividade. (DIAS, 2010, p. 193)

Em análise pormenorizada, o respeitável doutrinador Paulo Lôbo salienta:

No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. **Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família.** A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. [...]. **Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa.** As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade. (LÔBO, 2002, p. 87-107) (grifou-se)

Denota-se, assim, que o artigo 226 da Constituição Federal, ainda que não discorra expressamente da união homoafetiva, considera outros modelos de agregação familiar, todos merecedores de tutela legal e pertencentes a direitos e obrigações, recaíndo num rol meramente exemplificativo.

Ademais, atrelado a esta abrangência do Texto Constitucional, deve-se aplicar os princípios fundamentais provenientes do Estado Democrático de Direito, embora as uniões homoafetivas ainda não gozem de legislação própria.

Neste íterim, o ordenamento jurídico brasileiro possibilita análise perfeitamente favorável ao casamento homoafetivo, totalmente embasada nos princípios constitucionais, quais sejam: igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica, bem como na cláusula aberta de entidades familiares da Constituição Federal de 1988 anteriormente enfatizada. (DIAS, 2010, p. 194)



O jurista Luís Roberto Barroso preconiza sobre esta correlação positiva existente entre as uniões homoafetivas e os princípios constitucionais:

Em meio a esses princípios e direitos fundamentais encontram-se alguns que são decisivos para o enquadramento ético e jurídico da questão aqui enfrentada. Em primeiro lugar, o mandamento magno da igualdade, a virtude soberana, manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da liberdade, que se colhe nos princípios da livre-iniciativa (cuja dimensão, relembre-se, não é apenas a de liberdade econômica) e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional. Acrescenta-se, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, que ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na sua versão de integridade física como moral. E, por fim, o princípio da segurança jurídica, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos. (BARROSO, 2007, p. 671-672) (grifou-se)

Além da igualdade, sem hierarquização, e da inserção de outras entidades familiares, o princípio da liberdade de escolha e, conseqüentemente, da autonomia privada do indivíduo também fazem presentes no presente estudo, pois, amparado pelos dispositivos constitucionais, em especial o artigo 5º, *caput*⁵, e interligado ao direito à sexualidade, o ser humano detém liberdade de escolher e de constituir a família que melhor satisfaça à sua realização existencial, importantíssima no desenvolvimento da personalidade do homem, não podendo o legislador definir taxativamente qual a melhor e mais adequada.

Outro importante preceito fundamental refere-se à igualdade, com disposição no artigo 3º, incisos I e IV⁶ e reafirmação no artigo 5º da Constituição Federal, que compreende na não diferenciação de tratamento trazida pela legislação a indivíduos e situações completamente idênticas, isto é, “[...] – devem atribuir sentido e alcance às leis, de modo a evitar que produzem, concretamente, efeitos inegalitários”. (BARROSO, 2007, p. 674)

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

⁶ **Art. 3º** - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.



Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, a doutrinadora Fernanda Cantali faz importante reflexão:

A dignidade da pessoa humana é valor fundante que serve de alicerce à ordem jurídica democrática. [...].
E mais, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um princípio matriz, do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano. (CANTALI, 2009, p. 86-88)

Isto significa que o princípio acima se encontra intimamente ligado à proteção da pessoa humana, vez que possibilita um sistema geral de tutela da personalidade, bem como proteção a alguns direitos expressos e próprios da personalidade, como a vida, igualdade, liberdade, integridade física e psíquica, honra, imagem, intimidade e outros. (SZANIAWSKI, 2005, p. 137)

O princípio da segurança jurídica, por sua vez, “[...] constitui um elemento importante para a paz de espírito e para a paz social” (BARROSO, 2007, p. 682), ou seja, tal preceito visa à tutela das relações jurídicas no sentido de assegurar o primado da Constituição Federal e demais normas, eliminando, assim, qualquer quadro de incerteza quanto aos enquadramentos.

Insta salientar, ainda, que a aplicação dos princípios constitucionais vislumbrados acrescida com a integração da ordem jurídica possibilita à interpretação favorável ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, fazendo emergir a necessidade de norma específica a fim de se evitar divergências na aplicação do direito, ora exercício da jurisdição, já que o reconhecimento da união estável homoafetiva deve ser considerada o “ponta pé” inicial para a legalização.

Assim, em face da grave omissão do legislador frente a esta temática, deve o legislador socorrer-se de outros mecanismos eficazes, capazes de proporcionar a solução justa, como os princípios constitucionais, a analogia, os princípios gerais do direito, os costumes; Logo, o Poder Judiciário, ao deparar-se com o pedido de habilitação para o casamento ou de conversão de união estável em casamento, não pode se negar a “dar o direito” sob a fundamentação de inexistência de lei, tendo em vista que os embasamentos aqui utilizados remontam à concretização plena da respectiva união.



Outro fator determinante, capaz de incitar ainda mais à proteção jurídica das uniões de pessoas do mesmo sexo, consiste no conceito de família trazido pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), pois “[...]. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros.” (DIAS, 2010, p. 203), pouco importando a orientação sexual, abarcando todas as situações de configuração da violência doméstica e familiar.

Desta forma, a nova definição contida na Lei Maria da Penha traz a compreensão de que a heterossexualidade não deve ser vislumbrada como condição para o casamento.

Portanto, a realidade brasileira demonstra que o agrupamento familiar não se resume apenas e tão somente a casais heterossexuais, equiparando às uniões homoafetivas o *status* de família ainda que ausente de sustentação própria, ora a omissão do legislador quanto ao tema em evidência merece revisão, pois, ante às considerações acima, não se deve considerar qualquer justificativa favorável ao banimento do amor entre pessoas iguais no ordenamento jurídico brasileiro.

4 LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESCOLHA SEXUAL

Como bem coloca Flávio Tartuce (2007), “a família é a célula mater da sociedade”. Apesar de a frase ter sido utilizada para se referir à herança do período militar ditatorial, ela ainda não saiu de moda e se enquadra muito bem no contexto atual, até porque o art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988 dispõe que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

A família é a base da sociedade em que vivemos. E essa família, o conceito de família desse ser. A família, na forma como a conhecemos hoje, é uma instituição social básica, fundamental para a formação do indivíduo. (ARAUJO, 2002, p. 3-11)

Há muito a família deixou de ser considerada apenas as pessoas ligadas por parentesco de consanguinidade, e passou-se a considerar família, como uma instituição afetiva, que pode ser inclusive, individualizada.



Esses grupos familiares em que a sociedade tem se dividido, demonstram a concepção pessoal que cada qual possui acerca de do conceito de família, sendo portanto, uma definição subjetiva e individual, baseada principalmente em sentimentos, crenças e valores de cada.

A família é instituto tão importante em nosso ordenamento que o próprio legislador se preocupou em garantir tutela a esse grupo.

O artigo 1.513 do Código Civil de 2002, em vigor prevê “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Trata-se da consagração do princípio da liberdade ou da não intervenção na ótica do Direito de Família.

Por certo que o princípio da liberdade em apreço nas relações familiares, é o mais claro exercício da autonomia privada. Quando os indivíduos escolhem as pessoas com as quais querem se relacionar, estão senão se autodeterminando.

Três são os mais importantes princípios constitucionais regentes das relações familiares: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade. (LÔBO, 1999, p. 99-109)

O princípio da dignidade humana pode ser entendido como estruturante e conformador dos demais nas relações familiares. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, tem como um dos fundamentos da organização social e política do país, e da própria família (artigo 226, § 7º). Na família patriarcal, a cidadania apenas era vislumbrada na pessoa do chefe, detentor de direitos que não eram conferidos aos demais membros da família, assim a dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar era vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No faz em que nos encontramos, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição é taxativa, configurando seu específico *bill of rights*, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe, “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à



liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (LÔBO, 1999, p. 99-109)

Ao passo que o princípio da igualdade, relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos. Por certo que essas diferenças existem dentro do próprio grupo familiar não podem ser afastadas. Evidente, que a mulher é diferente do homem, contudo, na qualidade de pessoa humana os direitos independem de gêneros.

Algumas teorias buscaram explicar a origem do Estado, que, de acordo com Fachin (2011), possui diferentes conceituações. Dalmo Dallari, por exemplo, afirmou que o Estado é baseado na ideia da força e na noção de sua natureza jurídica, ou seja, na noção de que só se torna componente do Estado aquilo que é integrado à ordem jurídica⁹ estatal. A noção de força fez com que Bourdieu definisse o Estado como institucionalização do poder, que Marx Weber conceituasse como monopólio da força, e que Heller afirmasse que a definição de Estado é a unidade de dominação. (DALLARI, 2000)

Além das definições do que é o Estado, há teorias que descrevem o surgimento dele, como a teoria da origem familiar, cujo principal defensor foi Aristóteles, que defende que a família é a base para o surgimento do Estado. (FACCHIN, 2011)

Há, ainda, a afirmação kantiana de que a liberdade, a igualdade e a autonomia privada necessitam de um Estado baseado na formação democrática da vontade geral para serem concretizados. (MARTINS, 1994)



Em sua obra “Levando os direitos a sério” (1977), Dworkin (2007) aponta e, ao mesmo tempo, critica um dos argumentos que poderia legitimar a criação de leis que interferissem na esfera individual.

Basicamente, o ponto levantado é que as sociedades modernas são guiadas por uma série de princípios morais. (DWORKIN, 2007, p. 45) Alguns destes são meramente individuais e não poderiam, portanto, ser impostos aos demais. Outros, por outro lado, são aceitos e adotados pela maioria da população, o que acaba por criar, conseqüentemente, um sentimento de dependência em relação a tais preceitos. (DWORKIN, 2002 [1977])

Contudo o próprio Dworkin (1977), desconstituí este argumento no decorrer de sua obra. Vale ressaltar que a importância das liberdades individuais já era discutida ainda no século XIX. John Stuart Mill, por exemplo, em seu livro “OnLiberty”,

[...] apresentou pela primeira vez a ideia de que o direito penal não podia punir certos atos só por serem atos que a sociedade desaprovava e queria reprimir; e que a fronteira além da qual a força do Estado não tinha direito de avançar era a que separava os atos que “afetam os outros”, isto é, os que prejudicam a terceiros, atos esses que a lei estava de fato autorizada a reprimir, dos atos que “afetam seu autor”, os quais, visto que não diziam respeito a ninguém a não ser seu autor, não interessavam ao Estado ou à sociedade e, portanto, representavam um território em que o próprio direito penal era um transgressor. (KELLY, 2010)

É exatamente o que ocorre com o caso dos homossexuais, que tem seus direitos humanos violados, pois na maioria das vezes é posto ao revés das questões religiosas.

Conforme já exposto nos capítulos anteriores, os direitos que envolvem a questão da homossexualidade é muito particular, sendo assim, não entendemos como possível que o Estado intervenha nessa questão tão individual que é a orientação sexual de um indivíduo.

Não se pode permitir em última análise que o Estado imponha com quem se deve ou não se deve relacionar-se intimamente, esta escolha é tão pessoal quanto escolher a cor da roupa que se quer vestir.



Poderia o Estado determinar que todo sábado todos os cidadãos de um país fossem obrigados a usar roupa na cor vermelha. Tal ideia parece um absurdo, mas se pensarmos nesse tipo de imposição pessoal o mesmo absurdo deve ser considerado, ao se permitir que o Estado determine as pessoas com quais se deve ou não se deve relacionar-se.

A homossexualidade não pode ser entendida como um fato fora dos padrões. É imprescindível para que se assegurem os direitos da autonomia privada, igualdade e liberdade, que todas as identidades e formas de experiência de vida sejam tratadas como equivalentes.

A luta homossexual não é a luta pelo convencimento da maioria quanto ao valor de uma minoria, mas a luta pelo pluralismo e pelo reconhecimento da diversidade. (LOPES, 2005)

As pessoas de um modo geral e os grupos religiosos tradicionais têm todo o direito de desaprovar a homossexualidade, e de expressarem sua desaprovação.

Agora, o que é inconcebível em um Estado Democrático de Direito é que se violem direitos humanos, apenas por desaprovarem seus comportamentos. O Estado deve garantir a liberdade das pessoas de buscarem seu próprio bem, da sua própria maneira, desde que não impeçam ninguém de fazer o mesmo. (MILL, 1974)

5 CONCLUSÃO

Diante dos apontamentos supra apresentados, tem-se a concluir que, embora permeado por princípios constitucionais, ora dignidade humana e liberdade de orientação sexual fundado na autonomia privada do indivíduo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo deve ser legalizado pelo Direito Brasileiro.

Ademais, faz-se mister o fato de que o Estado brasileiro não pode impor com quem se deve ou não relacionar intimamente e, conseqüentemente, não deve intervir na vida privada de cada um, vez que a Constituição Federal de 1988 assegura a liberdade, a igualdade, a dignidade e a autonomia privada.



Neste sentido, conclui-se que o casamento homoafetivo deve ser tutelado em qualquer situação, ainda que sob o silêncio da lei infraconstitucional, fazendo jus, portanto, ao seu reconhecimento como entidade familiar.

Em suma, compete ao legislador abster-se de tal omissão covarde com o escopo de primar pela promoção do bem estar de todos os cidadãos, em especial desta minoria, e de desestimular o enraizado preconceito, haja vista que a aplicação analógica de algumas normas jurídicas, bem como dos princípios fundamentais já incitam tal reconhecimento e, conseqüentemente, a efetivação de direitos e deveres.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Maria de Fátima. Violência e abuso sexual na família. **Psicol. estud.**, v. 7, n. 2, p. 3-11, 2002.

BANDEIRA, Regina. **Resolução que disciplina a atuação dos cartórios no casamento gay entra em vigor nesta quinta-feira.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24686-resolucao-que-disciplina-a-atuacao-dos-cartorios-no-casamento-gay-entra-em-vigor-amanha>>. Acesso em: 05 maio 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**. n. 16. mai./jun./jul./ago. de 2007. Salvador. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf>. Acesso em: 05 maio 2014.

BARROSO. Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 16. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teorias Geral do Estado.** 21. ed. São Paulo, 2000.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. In: **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e cidadania.** IBDFAM/OAB-MG, Belo Horizonte. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



- DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. **Revista brasileira de direito de família**, n. 4, p. 7-13, 2000.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 2002 [1977].
- FACCHIN, A. **Breve História dos Direitos Humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.
- GOLDIM, José Roberto. **Princípio do respeito à pessoa ou da autonomia**, v. 14, n. 3, 2004.
- HELD, David et al. Cidadania e autonomia. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, v. 22, n. 1, 2009.
- KAMII, C. **A criança e o número**. Campinas: Papyrus, 1985:103,108.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes** e Outros Escritos. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo, SP: Martin Claret, 2005.
- KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, 1999.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerusclausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 87-107.
- LOPES, J. R. L. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 2, 2005.
- MARTINS, A. M. **Contratualismo**. 1994. Disponível em: <<http://www.ifl.pt/private/admin/ficheiros/uploads/4e5a7f050e30f8d591575b5317671f72.pdf>> Acesso em: 12 maio 2014.
- MILL, J. S. **On Liberty**. Nova York: Meridian, 1974.
- MORAES, Rodrigo Ienaccode; PIRES, Rodrigo Esteves Santos. Transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová: religião, ética e discurso jurídico-penal. **Revista Jurídica Unijus**, Uberaba, v. 8, p. 87-97, 2005.
- NETO, Amaral; DOS SANTOS, Francisco. Autonomia privada. **Revista CEJ**, v. 3, n. 9, p. 25-30, 1999.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense. 1983 e GOYARD FABRE. Paris. PUF, 1997.
- SARMENTO. Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.



A possibilidade da união entre casais do mesmo sexo...

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Jus Navigandi, Teresina**, ano, v. 10, 2007.