

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS

THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON IN HOMOAFECTIVE RELATIONSHIPS

Márcio Barsanulfo da Silva¹

RESUMO: Este trabalho visa demonstrar que o conceito da dignidade da pessoa humana deve ser visto como valor supremo que induz o conteúdo de todos os direitos fundamentais inerentes ao homem. As crises de segurança, econômicas, sociais e “morais” são usualmente invocadas como argumentos de legitimação da inversão da ideia de dignidade como plataforma de fundamentação de direitos, já que unidos pela razão, os homens seriam legisladores universais de si mesmos e esse liame de racionalidade é que permite se reconheça a existência, propriamente, de uma humanidade, cujo valor fundamental é o da liberdade (liberdade pelo uso incondicional da razão pura), que obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional, não podendo se reduzir o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

601

Palavras-chave: Dignidade. Direito da Pessoa Humana. Relação Homoafetiva. Reconhecimento.

ABSTRACT: This work seeks to demonstrate that the concept of the dignity of the human person must be seen as a supreme value that induces the content of all fundamental rights inherent to man. The security, economic, social and “moral” crises are usually invoked as arguments to legitimize the inversion of the idea of dignity as a platform for the foundation of rights, since united by reason, men would be universal legislators of themselves and this link of rationality is what allows the existence of a humanity, whose fundamental value is that of freedom (freedom through the unconditional use of pure reason), which requires a

¹ Acadêmico, cursando atualmente o 10º Período do Curso em Direito pelo ILES/ULBRA Itumbiara-GO. Ex-estagiário concursado pelo Ministério Público do Estado de Goiás entre 03/2019 e 12/2020. Aprovado no IV Processo Seletivo de estudantes para estágio na área de Direito - Justiça Federal em Goiás/Subseção Judiciária de Itumbiara, no ano de 2019. Aprovado no processo de seleção pública de estagiários do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região-Itumbiara/Goiás, no ano de 2019. Aprovado no VII Concurso Público - TRF 1ª Região, no ano de 2017, para provimento de cargos e formação de cadastro de reserva para o cargo de técnico judiciário-área administrativa do quadro de pessoal da Justiça Federal de 1º e 2º graus. Premiado com Certificado de Reconhecimento ao Mérito em 2020, pelo Comitê Científico do XXI Simpósio de Pesquisa, tecnologia e Inovação realizado pelo ILES/ULBRA. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8054-761X>. E-MAIL: marciobarsanulfo@hotmail.com.

not being able to reduce the sense of human dignity to the defense of traditional personal rights, forgetting it in cases of social rights, or invoking it to build individual “core personality theory”, ignoring it when it comes to guaranteeing the bases of human existence.

Keywords: Dignity. Human Rights. Homo-affective relationship. Recognition.

1 INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento do direito, principalmente no pós-guerra, a pessoa (ser humano) passou a integrar o centro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Estado. Hoje, o principal núcleo de proteção da ordem jurídica é a pessoa humana e, pelo fato desse ser humano ser revestido de personalidade própria, quando se tutela a pessoa, não se pode retirar do âmbito de proteção a personalidade, estando ambas diretamente relacionadas. Daí nasce a ideia de dignidade da pessoa humana como princípio norteador da proteção pelo Estado.

Não se pode garantir uma dignidade à pessoa humana se não lhe é facultado o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre e autônoma. Não pode haver um molde de personalidade, onde um terceiro (Estado ou particular) venha impor à pessoa um modelo de como deverá conduzir sua vida, criando, assim, uma pessoa modelo, ou até artificial, posto não ser fruto de seu desenvolvimento, mas da criação de outrem.

Assim começou a salvaguarda do desenvolvimento da personalidade, já que para garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário que se permita que a pessoa se desenvolva com base em critérios subjetivos, e não em critérios objetivos impostos forçosamente por outro. Para garantir um efetivo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, é necessário entender a noção de personalidade e o que representa para o Direito.

Muito embora a matéria em debate não seja inédita, já havendo artigos e mesmo obras jurídicas que abordam o assunto, pretende-se trazer à baila não só a revisão do que já foi escrito a respeito, como também apresentar novos enfoques à luz dos últimos acontecimentos jurídicos com relação à dignidade da pessoa humana nos relacionamentos homoafetivos no Brasil. E é, justamente, dentro dessa temática, que este trabalho tem como foco central, qual seja, descer o véu do silêncio que ainda insiste em envolver o tema das uniões homossexuais, no intuito de demonstrar que também sob o enfoque jurídico as uniões homoafetivas são verdadeiras entidades familiares e que, por isso, não há nenhuma razão plausível para tratá-las de forma diferente, sendo que qualquer argumento fora disso é oriundo do mais puro preconceito.

2 Início da dignidade

Desde o início da civilização greco-latina que nos vemos como seres racionais, implicando essa concessão que as nossas ações seriam lógicas, refletidas e que tudo poderia ser compreendido. Todavia, cada um é como é, “somos seres humanos radicalmente singulares, diferentes uns dos outros”. A dignidade da espécie humana repousa, pois, sobre a nossa singularidade entre todas as outras espécies e sobre a nossa singularidade de uns em

relação aos outros. A razão para a libertação parcial da espécie humana em relação à natureza é a aptidão humana única para usar a linguagem em moldes muito evoluídos, o que caracteriza e distingue a espécie humana das outras espécies animais.

A linguagem é a chave para a exclusividade humana no grande ambiente que é o universo, porque ela permite uma criação e recriação permanentes do artifício humano total. Por outras palavras, a linguagem permite a criação de um segundo mundo para além do mundo natural. A linguagem abre a possibilidade da liberdade humana; os seres humanos são criativos nos múltiplos significados que atribuem às palavras, assim como são adaptáveis e, daí, continuamente imprevisíveis, ao contrário de todas as outras espécies.

Eis a razão pela qual os animais podem ser classificados como egoístas, mas apenas o homem pode ser classificado como calculista. Neste sentido, acompanhamos o pensamento de Schopenhauer, que sustenta que a estima entre os homens não é uma característica inata. Pelo contrário: “A motivação principal e fundamental, tanto no homem, como no animal, é o egoísmo, quer dizer, o ímpeto para a existência e o bem-estar.” (SCHOPENHAUER, 2001, p. 120-121, 123).

3 Conceito de dignidade de pessoa humana

Cronologicamente, não podemos situar, com precisão, o aparecimento dos direitos do homem (*avant la lettre*), já que muitos Estados soberanos incluíram, nas suas leis, ao longo dos séculos, muitos direitos e garantias tendo como destinatários grupos variados de indivíduos. No entanto, é na Idade Média que se encontram os seus precedentes mais chegados. Sem prejuízo deste facto, foi já na fase avançada da modernidade e, posteriormente, na época contemporânea, que surgiram os marcos mais relevantes visando a proteção dos direitos humanos, ao que se seguiu a própria teorização dos direitos humanos. Entre outros documentos relevantes para a história dos direitos humanos, destaca-se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Assembleia Constituinte Francesa de 1789, e a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que foi ratificada por muitos países.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu art.1º, põe em destaque os dois pilares da dignidade humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e percepção e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.” (REALE, 1983, p. 277). Constata-se, cronologicamente, a presença de, basicamente, três entendimentos da dignidade da pessoa humana: individualismo, trans personalismo e personalismo.

Para o individualismo, o homem, ao zelar pelas suas conveniências e pelo seu benefício, zelar, automaticamente, pelas conveniências e benefício coletivo. É concretizando o que para si é conveniente que cada homem realiza o que é conveniente para a coletividade política. Nas palavras de Miguel Reale, “Cada homem, realizando o seu bem, realizaria, mediante espontâneo equilíbrio de egoísmos, o bem social ou o bem comum”. (REALE, 1983, p. 278).

O individualismo significa o predomínio do egoísmo sobre o coletivo e não tanto do egoísmo sobre o altruísmo. Envolve declarar que o Estado tem o papel fundamental de garantir as liberdades individuais, com todas as consequências em matéria de organização social. A felicidade comum será uma “inevitável” consequência (há aqui um certo

teleologismo, ou até fatalismo, a-histórico) da particular realização da felicidade por cada indivíduo. As liberdades individuais, antes de tudo, são direitos inatos e anteriores ao Estado, impostos como limites à atividade estatal, que, tanto quanto possível, deve coibir-se de intervir na esfera social.

O trans personalismo é o entendimento oposto. Para tal entendimento, não há hipótese de uma concordância imediata entre o benefício individual e o coletivo. O benefício coletivo seria o atributo imprescindível para se alcançar a felicidade pessoal. Prevaecem, portanto, os valores coletivos em prejuízo dos valores individuais. A essência humana só obtém totalidade e legitimidade quando tem por objetivo o bem social. Em antítese ao individualismo, o exemplo do trans personalismo é assim explicado por Miguel Reale:

Se, ao contrário, predominar numa sociedade a concepção coletivista, que der ao todo absoluta primazia sobre as partes, a tendência na interpretação das normas jurídicas será sempre no sentido da limitação da liberdade em favor da igualdade. Não se põe, com efeito, o problema da composição entre o indivíduo e a sociedade, sem que concomitantemente não surja o problema das relações entre liberdade e a igualdade. (REALE, 1983, p. 278).

O terceiro entendimento, o personalismo promove, através do Direito e da democracia, a dignidade da pessoa humana como trave-mestra da organização da sociedade. Tal entendimento, ultrapassando os restantes, procura atestar que entre as expressões indivíduo e sociedade não existe nem a congruência simples que a inicial fantasia, nem a inescapável sujeição que a segunda nos oferece.

Suplantando e conciliando as criações anteriores, o personalismo assevera não haver possibilidade de integrar harmonicamente os egoísmos individuais como instrui o individualismo e, da mesma forma, refutando o trans personalismo, assevera que nem sempre a concretização daquilo que é considerado o bem da coletividade significa a satisfação de cada indivíduo, que possui algo de inflexível em relação ao bem social.

A dignidade da pessoa humana passa a ser um alicerce que afasta a ideia de predomínio das concepções trans personalistas de Estado e Nação em detrimento da liberdade pessoal. Da mesma forma, entendendo todo e qualquer ser humano como um indivíduo inserido num contexto social e não individualista, os valores particulares deixam de ter preeminência soberana na colisão com os interesses coletivos. Para tal teoria, há uma tensão constante entre os valores do indivíduo e os valores da sociedade, donde a exigência permanente de composição entre esses grupos de fatores, de maneira que venha a ser reconhecido o que toca ao todo e o que cabe ao indivíduo numa ordenação progressivamente capaz de harmonizar as duas forças.

Nesse passo, para encontrar o que é justo, o intérprete terá que elaborar um juízo de valor muito mais completo do que simplesmente dar prevalência incondicional a um ou outro valor, seja ele pessoal ou coletivo. dignidade da pessoa humana é o valor supremo da ordem jurídica. As limitações feitas aos direitos fundamentais, nos termos constitucionais, não põem em risco a dignidade da pessoa humana, pois são limites necessários para a conservação da ordem jurídica democrática, como, por exemplo, o encarceramento do condenado por crime decisivamente sentenciado.

Conforme adverte Ingo Sarlet (2001, p. 50) “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na dimensão em que este a reconhece, já que

constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção”. Nesta asserção, Sarlet (1988, p. 56) faz alusão ao duplice papel do princípio da dignidade humana: defensivo e prestacional. Dentro do seu papel defensivo, o princípio “encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade)”; já no seu papel prestacional, o princípio “impõe condutas positivas no significado de proteger e promover a dignidade”.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado legal e constitucionalmente, então, naturalmente, isso implica aceitar que ele é apto a produzir efeitos jurídicos, que tanto podem ser positivos como negativos. Além disso, segundo vários autores, o princípio proíbe o retrocesso. Dentro da eficácia positiva do princípio, temos que o Estado está obrigado a proteger a dignidade humana através da adoção de normas e políticas públicas que garantam um mínimo de existência indispensável para assegurar uma vivência digna (queremos mesmo dizer “vivência” e não mera “sobrevivência”).

Para evitar uma interpretação do Direito por parte do Estado que se desvie, de forma significativa, da opinião das pessoas, estas têm o direito de refutar a validade de todas as normas que firam o núcleo essencial de uma existência digna, ferindo assim o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Isto constitui a eficácia negativa do princípio.

4 Os princípios constitucionais no processo judicial como *locus* da proteção dos direitos humanos e fundamentais

A Constituição destaca, no artigo 1º, que seus fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, os quais são princípios fundamentais de direitos humanos, expressos no texto constitucional brasileiro. Se nos processos analisados se objetivou um alargamento do conceito de família, segundo Luiz Fux (2011) “não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento dos direitos fundamentais” (BRASIL, 2011, p. 1228). Na decisão há a utilização dos princípios constitucionais como instrumento para a garantia dos direitos fundamentais, em que “a interpretação constitucional de princípios, por ser indissociável de uma argumentação prática moral, conduz a uma reconstrução do texto constitucional” (NIGRO, 2012, p. 158).

O respeito à dignidade da pessoa humana, além de ser um fundamento da República Federativa do Brasil, é um dos princípios de nossa Constituição, em seu artigo terceiro, inciso quarto, e está presente no voto da maioria dos ministros, de forma expressa. Roger Raupp Rios enfatiza que o princípio da dignidade da pessoa humana tratado na decisão “é um direito humano básico” (2011, p. 90) e o fato de “não reconhecer o valor de uniões homossexuais, de importância ímpar para a existência e realização pessoal, com tão grave comprometimento do modo de viver e de existir do ser humano, é violação frontal à dignidade” (2011, p. 90).

O princípio da dignidade da pessoa humana está relacionado ao direito da personalidade, é bastante utilizado nos tribunais quando se defronta questões que tratam de família. Luiz Fux (2011) enfatiza a discussão ao afirmar que “rios de tinta já correram no Brasil e no exterior sobre o assunto”, mas para o ministro é importante “rememorar que sua consagração no artigo primeiro inciso terceiro da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares, o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano” (BRASIL, 2011, p. 1232).

Nas questões que se relacionam ao direito de família, a igualdade civil é uma importante reivindicação que se faz presente no contexto brasileiro e está presente tanto no contexto da primeira onda feminista em que se reivindicava igualdade política e civil, como nos anos 1970, em que a pauta liberal por igualdade de direitos se faz presente (NICHINIG, 2019). O princípio da igualdade é utilizado no caso em debate para demonstrar que a todos é possível unir-se em família, pois “sob o prisma da igualdade, o reconhecimento da sociedade homoafetiva é um consectário dos ditames constitucionais, é um respeito que se tem de ter pelas cláusulas pétreas constitucionais”. E segue seu voto trazendo conceitos de igualdade propostos por Ronald Dworkin, que trata do contexto norte-americano, por Ernst Benda, Nancy Fraser, Hanna Arendt, citando ainda a tese de doutoramento de María Martin Sanchez (BRASIL, 2011, p. 1232).

Luiz Fux (2011) interpreta o direito dos casais homossexuais a partir do que a norte-americana Nancy Fraser tratou de “política do reconhecimento”, citando a obra publicada no Brasil que contém um texto da autora (BRASIL, 2011, p. 1233). Para o ministro, o reconhecimento implica em segurança, certeza e previsibilidade de que o direito será reconhecido caso interpelado. O princípio da igualdade entre homens e mulheres foi lembrado pelo Ministro Marco Aurélio Melo (BRASIL, 2011, p. 11). Da mesma forma, foi trazido pela Ministra Carmem Lúcia “porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz respeito à própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo, a individualidade de cada um” (BRASIL, 2011, p. 1259).

No contexto francês, Régine Dhoquois chama a atenção para a importância do fato dos movimentos feministas estarem à frente das demandas por igualdade, destacando também, a atuação de advogadas e juristas francesas que fazem coro às reivindicações feministas por igualdade (DHOQUOIS, 2001). A historiadora Joan W. Scott (2001) que, ao afirmar que “a diferença sexual é o efeito de processos históricos e politicamente específicos que devem ser revertidos”, o que auxilia a pensar como alguns direitos são permitidos a uns e não a outros. A historiadora que discute o movimento por paridade no contexto francês propõe que a desigualdade deve ser corrigida através das leis, e que a suposta neutralidade da diferença sexual serviu para legitimar a exclusão das mulheres, primeiro da cidadania e depois da participação política, pois a luta por paridade abre um novo debate sobre o futuro da política francesa (SCOTT, 2001).

Assim “a existência de dois pesos e duas medidas, ao mesmo tempo com consequências protetoras e positivas para uns (heterossexuais) e prejudiciais e negativas para outros (homossexuais) é, sem dúvida, uma violação do direito de igualdade” (RIOS, 2011, p. 93). Assim, o propósito do princípio da igualdade é não enfrentar discriminações e “um contexto frontalmente oposto àquilo que o princípio da igualdade manda: não discriminar” (RIOS, 2011, p. 93).

É importante lembrar que a Constituição incluiu a discriminação com base no sexo, estando entre seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” e, ainda, a inclusão do princípio da igualdade em “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Entretanto, não ficou expressa a proibição por discriminação com base na orientação sexual. Segundo Câmara (2002, p. 36), durante o período da Constituinte houve uma demanda de grupos homossexuais, como o Triângulo Rosa, para inclusão no texto constitucional, como na promoção de políticas públicas, leis e ações que pudessem ajudar a diminuir a discriminação contra os homossexuais.

Ainda que o movimento homossexual incluísse a luta por direitos, a maior importância se deu durante a Constituinte de 1988. Assim, o fato de não estar expresso “orientação sexual” como um dos marcadores de discriminação foi chamado por Arriola como “preconceito antigay” pois segundo o autor este “não difere de nenhuma outra forma de discriminação tida como incompatível com a garantia constitucional de igualdade perante a lei” (ARRIOLA, 1994, p. 388). Ainda que não tenha previsão expressa na Constituição, a não discriminação por “orientação sexual”, na decisão do STF foi utilizada a proibição da não discriminação por “sexo”, sendo a proteção dos direitos dos homossexuais pleiteada como uma da forma de proteção aos direitos humanos.

Ao utilizar o termo sexo, interpreto que o ministro Carlos Ayres Brito (2011) se referia à orientação sexual, ao se considerar que o exercício da sexualidade não pode servir para desigualação jurídica:

[...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco) (BRASIL 2011, p. 10).

Já o ministro Gilmar Mendes (2011) utiliza o princípio da “não discriminação por razão de opção sexual” (BRASIL, 2011, p. 1292), e segue tratando a homossexualidade como uma opção e não uma orientação dos indivíduos.

Para Marco Aurélio Mello (2011), a Constituição permitiu o reconhecimento da conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo através das lentes do direito de família, sendo que a terminologia utilizada incluir a noção de afeto nas relações e por isso culminou com o uso do termo uniões homoafetivas, termo que tem sua origem no campo jurídico (NICHNIG, 2013). Assim, para o ministro, “relegar as uniões homoafetivas às disciplinas da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil, levada a cabo pela Constituição Federal. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, não afetiva ou emocional” (BRASIL, 2011, p. 1375). O ministro Cezar Peluso (2011) menciona que, há mais de vinte anos, foi autor da primeira decisão que entendeu não se aplicar às uniões estáveis as regras da sociedade de fato e sim enquadrá-las como entidade familiar, fazendo esta afirmação durante

o seu voto no STF, segundo ele, “não por questão de vaidade, mas por registro histórico” (BRASIL, 2011, p. 1434).

O princípio da liberdade também se relaciona com o princípio da não discriminação e da igualdade, pois ambos têm efetividade quando o princípio da liberdade é respeitado. Nesse sentido, analiso tanto a liberdade como uma escolha da vivência da conjugalidade gay e lésbica como a liberdade sexual. A liberdade individual, “a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima e, nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade individual” (BRASIL, 2011, p. 2-3) pressupõe que a escolha da experiência da conjugalidade, seja hétero ou homossexual deve ser respeitada. A decisão final do processo considerou o respeito a liberdade como uma Cláusula Pétreia de nossa constituição que se traduz na “liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia da vontade. Direito à intimidade e à vida privada.” O acórdão traz ainda a expressão “reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”, direito à autoestima no mais elevado ponto de consciência do indivíduo” (BRASIL, 2011).

Ao se falar em liberdade, deve se buscar o respeito ao “espaço de intimidade de cada um”, ou ainda “direito à liberdade de que cada ser humano é titular, para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva” (BRASIL, 2011, p. 1260). Segundo a Ministra Carmem Lúcia:

[...] também é objeto de expresse reconhecimento e resguardo constitucional (art. 5º, inc. X), que projeta para o plano social a eleição sentimental feita pelas pessoas e que merece não apenas a garantia do Estado do que pode ser escolhido, mas também a segurança estatal de que não sejam as pessoas alvo de destratamento ou discriminação pelo exercício desta sua liberdade (BRASIL, 2011, p. 1261).

Desta forma, o Estado deve assegurar o respeito a esta escolha individual, que seja respeitada a sua liberdade sexual, possibilitando o reconhecimento das variadas práticas sexuais. Assim, “os direitos de liberdade e de privacidade têm desdobramentos evidentes nos direitos sexuais, englobando não só o exercício das preferências sexuais, os estilos de vida e as identidades que se associam à vivência da sexualidade” (RIOS, 2011, p. 91). Carmem Lúcia afirma que a dignidade se relaciona com a liberdade pois “[...] para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem” (BRASIL, 2011, p. 6).

Ao ser assegurado o respeito ao princípio da liberdade sexual e o que ela chamou de “integridade humana de cada qual”, temos que preservar a “liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro” (BRASIL, 2011, p. 9). Nesse ponto, apesar de tratar da liberdade sexual ao se referir ao modo de vida, enfatiza a “vida afetiva” e não aponta a questão da vivência sexual, afirmando então que neste julgamento foi ressaltado o afeto presente nas convivências conjugais, e, portanto, o termo afetividade foi utilizado na decisão:

Na decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, o termo homoafetividade foi utilizado na decisão “para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, que não constava dos dicionários da língua portuguesa” (BRASIL, 2011, p. 7).

De acordo com o ministro Carlos Ayres Brito este termo “foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias” (BRASIL, 2011, p. 8). Cita ainda o conceito de homoafetividade criado pela própria advogada, que demonstra que as terminologias homossexualismo e homossexualidade ainda são carregadas de estigmas e preconceitos, portanto foi necessário que uma nova terminologia jurídica fosse apresentada pela jurista, a qual é citada no voto do ministro (NICHNIG, 2013, p. 171-172).

Desse modo, deve-se assegurar, de que quando tratamos de direitos de igualdade não devemos somente focar questões liberais, como o respeito a igualdade e as liberdades individuais, mas sobretudo que estas práticas sexuais também se traduzem em importantes lutas identitárias dos sujeitos. Pois, relacionando os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade sexual, alguns ministros e ministras relacionam com a ideia de que este respeito proporciona a “busca da felicidade” (NICHINIG, 2019). Assim, se os casais de pessoas do mesmo sexo têm assegurada a liberdade para vivenciar sua conjugalidade de forma a que não sofram violências e preconceitos e possam buscar a felicidade e uma vida digna, o que foi expresso na parte principal do acórdão, a ementa: “Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual” (NICHINIG, 2019).

Vale lembrar que a busca da felicidade foi um dos princípios assegurados na declaração de independência norte-americana, analisados por Lynn Hunt (2009) como fundante dos direitos humanos (HUNT, 2009). O historiador Leandro Karnal (2006) mostra como a Guerra da Independência dos Estados Unidos da América, como um momento histórico que traz uma nova concepção política que permite trazer os conceitos de cidadania e liberdade à discussão. A declaração de independência americana afirmava que “[...] todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador de direitos inalienáveis, como a vida, liberdade, busca da felicidade” (KARNAL, 2006, p. 142).

Para o ministro Celso de Mello (2011), a busca da felicidade pode ser um princípio derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, e ao referenciar autores estadunidenses, como Ray Raphael e Stephanie Schwartz Driver, concede esse caráter universalizante pois o “direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas” (BRASIL, 2011, p. 1417). Luiz Fux (2011) apresenta conjugalidade gay e lésbica como sendo “mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade” (BRASIL, 2011, p. 1271). O relator do processo enfatizou o direito das pessoas homossexuais de serem felizes, pois “se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou serem felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou homoafetivamente, como hoje em dia mais e mais se fala [...]” (BRASIL, 2011, p. 20-21).

A dimensão do afeto e do amor “deixou de ser um meio de acesso à felicidade para tornar-se seu atributo essencial” (FREIRE COSTA, 1998, p. 19), o que nos faz perceber a centralidade das questões subjetivas, a ênfase nos sentimentos e nos afetos das relações. Mabel Moraña mostra como “diferentes autores atribuem diferentes valores e características, por exemplo, às emoções, sentimentos, paixões e desejos, de acordo com sua duração, foco, intensidade, modalidades de projeção interindividual” (MORÃNA, 2012, p. 317, tradução nossa). Dessa forma, os estudos de gênero, as teorias feministas e as teorias queer impulsionaram um “giro afetivo” que “permitiria iluminar sob uma nova luz aspectos

da relação entre o social e o subjetivo que, de outra forma, escapariam à nossa percepção.” (MORAÑA, 2012, p. 317, tradução nossa).

Ao enfatizar a busca da felicidade como um princípio, mesmo que não previsto na constituição, é possível refletir sobre a centralidade das emoções e dos sentimentos na constituição dos sujeitos e das práticas políticas. Os sentimentos, as emoções são acionados e constituem “parte do discurso e da ação política” (WOLFF, 2015, p. 977), e são acionados também na ação política que busca por direitos. Os usos do gênero que nos ensina Cristina Scheibe Wolff também mobilizam as pessoas em torno de uma prática política, neste caso muito utilizada quando se referia ao respeito aos direitos humanos dos perseguidos e presos políticos no período da ditadura militar, estudado pela historiadora (WOLFF, 2015).

Moraña (2012), ao tratar do estudo das emoções enfatiza que este é “uma das linhas de fuga da modernidade: a energia nômade que circula na esfera social resistindo ao controle disciplinar do Estado e de suas instituições” (MORAÑA, 2012, p. 315, tradução nossa). Amar é revolucionário e ao reivindicarem direitos, as famílias gays e lésbicas no Brasil propõem um ato político de resistência. Sim! Existimos!

5 A identidade de gênero como dado sensível (racismo) sob a ótica da lei geral de proteção de dados (lei nº 13.709/2018)

Tornou-se cada vez mais comum discutir o que são corpos "normais" e como o gênero "normal" e a sexualidade desempenham um papel em nossa sociedade. Quando "normal" significa cis gênero e heterossexual, a comunidade LGBTQIA + (lésbica, gay, bissexual, transgênero, *queer*, intersexo, assexual e outras) é facilmente esquecida. Essa marginalização é uma forma de favorecer quem se conforma e, conseqüentemente, punir quem não se conforma. As identidades LGBTQIA + são frequentemente rejeitadas por meio de discriminação, inferiorização e criminalização (FICO; NÓBREGA; SICUTO, 2021).

Ao identificar quais informações são confidenciais, o Artigo 5 inciso II da LGPD se limita aos dados "relacionados à vida sexual", mas não define esse termo. No entanto, uma interpretação mais literal e conservadora poderia argumentar que "vida sexual" significa apenas os aspectos centrais de como os indivíduos experimentam o sexo em si. Porém, vale salientar, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos usou o termo "vida sexual" ao julgar seu primeiro caso sobre direitos LGBT. Posteriormente, substituiu o termo por "orientação sexual" em suas decisões mais recentes, incluindo *Duke v. Colômbia* (2016), *Flor Freire v. Equador* (2016) e *Advisory Opinion 24* (2017). Outros instrumentos internacionais, incluindo a Convenção 108 do Conselho da Europa, o Relatório de Discriminação SOGIESC da OIT e os apoiam uma interpretação LGBQA + (lésbica, gay, bissexual, *queer*, assexual e outros) da norma LGPD (FICO; NÓBREGA; SICUTO, 2021).

Salienta-se por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, no dia 13/06/2019, por 8 votos a 3, pela criminalização da homofobia e da transfobia. Após seis sessões, está definido que quem discriminar ou ofender pessoas LGBTI será enquadrado no art. 20 da Lei do Racismo (7.716/89), estando sujeito à punição de uma a três anos de prisão. O crime é inafiançável e imprescritível. Desta maneira, foram aprovadas em conjunto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) e o Mandado de Injunção coletivo (MI n. 4733), que pediam a criminalização específica de todas as formas de

homofobia e transfobia, em face da omissão do Congresso Nacional em editar a legislação pertinente. Conforme a decisão da Corte, ficou decidido que:

“Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito” em razão da orientação sexual da pessoa poderá ser considerado crime; a pena será de um a três anos, além de multa; se houver divulgação ampla de ato homofóbico em meios de comunicação, como publicação em rede social, a pena será de dois a cinco anos, além de multa; a aplicação da pena de racismo valerá até o Congresso Nacional aprovar uma lei sobre o tema. Os ministros fizeram algumas ressalvas quanto às manifestações em templos religiosos. Não será crime dizer ser contrário à homossexualidade. Foi fixada tese no sentido de que a repressão penal à prática da homotransfobia “não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa”, desde que as manifestações não configurem discurso de ódio. Votaram a favor os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. O presidente do STF, Dias Toffoli, e os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski votaram contra (IBDFAM, 2019).

Verifica-se, que o STF manteve sua interpretação anterior de que “raça” é um conceito de várias camadas. Ela reconheceu explicitamente a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero como racismo sob a Lei Antirracismo. Assim, o significado usual de raça como uma expressão puramente biológica não pode ser emprestado isoladamente, evidenciando que, o que a Carta Magna busca coibir é uma discriminação interiorizante, que ela repudia sob o pseudônimo de “racismo”; demonstrando, a existência da conexão entre identidade de gênero e o artigo 5º, inciso II, uma vez que dados de origem racial são dados sensíveis, de acordo com a LGPD.

611

Da mesma forma que todas as pessoas não-cisgêneras estão sujeitas à discriminação de identidade gênero, outros “marcadores sociais da diferença”, como classe, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual e origem nacional, são diferenças que fazem diferença, na forma como essas pessoas vivenciam a discriminação (FICO; NÓBREGA; SICUTO, 2020). Ou seja, se o racismo engloba a discriminação com base na identidade de gênero, “raça” também abrange a identidade de gênero. O mesmo argumento se aplica à orientação sexual. Contudo, a possibilidade de uma perspectiva interseccional sobre as discriminações sofridas por pessoas trans, não deve impedir a análise de questões que lhes são universais.

6 Dignidade da pessoa humana nos relacionamentos homoafetivos

Conforme já dito no tópico 3 deste artigo, a Carta Magna veda a discriminação e confere amparo aos segmentos marginalizados, como é o caso dos relacionamentos homoafetivos. De ordem espiritual e material dos valores, o princípio da dignidade da pessoa humana confirma que cada pessoa pode exercer livremente sua personalidade, conforme seus desejos mais íntimos, devendo-se reconhecer que dignidade está presente na união homoafetiva, pois, perante a falta de regulamentação legal explícita, referida decisão veio para confirmar que a união entre pessoas do mesmo sexo forma um núcleo familiar digno de tutela, bem como deflagrando os seus efeitos decorrentes da união estável. Sobre o tema, a preciosa lição de Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias:

As transformações da sociedade estão associadas a um novo discurso sobre a sexualidade, cuja base foi assentada pela Psicanálise, ensejando constar que a sexualidade se insere antes na ordem do desejo, que na genitalidade, como sempre fora tratada pelo Direito. Ante essa mudança, o pensamento contemporâneo ampliou seu horizonte sobre as diversas formas de manifestação da afetividade, compreendendo as várias possibilidades de constituir uma família. Principia, aí, a liberdade de afeto. Ou seja, a possibilidade de não se sujeitar aos modelos herdados e ainda postos como lei. Ganho curso histórico a libertação dos sujeitos.

(...) A legislação vigente regula a família do início do século passado, constituída unicamente pelo casamento, verdadeira instituição, matrimonializada, patrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual, ao passo que o moderno enfoque dado à família se volta muito mais à identificação dos vínculos afetivos, que - enlaçando os que a integram - consolidam a sua formação (Direito de Família e o Novo Código Civil - Ed. Del Rey: 2002 - p. VII apud ARPEN.SP, 2017).

Da mesma forma que dantes, o princípio da isonomia ou da igualdade trazido por Aristóteles e, posteriormente, por Rui Barbosa preceitua que se devem tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de suas desigualdades. Não obstante, também está de forma expressa na Carta Magna. Portanto, não há que se distinguir um ou outro apenas pela opção sexual. Tampouco se devem restringir os direitos da personalidade de homossexuais, tendo em vista que são personalíssimos, irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis. A igualdade entre as pessoas, no mais das vezes, confundir-se-á com o pálio da justiça.

Não há que se olvidar a máxima “faça-se justiça ainda que o mundo pereça”. Para tanto, há que ser reconhecido de forma categórica o direito à união homoafetiva como corolário do que aqui exposto. A Constituição Federal, ao outorgar a proteção do estado à família, reconhecendo como união estável somente o laço entre um homem e uma mulher, ignorando as entidades familiares homoafetivas, infringe a norma que veda qualquer tipo de discriminação, bem como afronta o fundamental princípio constitucional da igualdade, consagrado em regra pética. (DIAS, 2001, p. 172).

Ao excluir do alcance das entidades familiares protegidas pelo ordenamento jurídico constitucional pátrio, as famílias formadas através da União Homoafetiva violam frontalmente o texto da Constituição Federal, notadamente o art. 3º, IV, art. 5º, I e o art. 226, §3º.

Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família. De qualquer modo, por certo é difícil a denominação do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana. Reconhecendo a submissão de outros preceitos constitucionais à dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio em questão como “o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas”. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana (TARTUCE, 2006).

O princípio da dignidade da pessoa humana conjuga-se perfeitamente com o princípio da isonomia. Com efeito, a Constituição Federal erigiu os princípios da igualdade

e isonomia como direitos fundamentais da pessoa humana, sem que se admita distinção de sexo e de orientação social (art. 5º, caput e I, CF). É também objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV, CF).

Ora, diferentemente do que apregoa a sociedade conservadora, o conceito de entidade familiar ampliou-se consideravelmente ao longo dos tempos, para incluir, inclusive, relacionamentos não advindos do casamento legal, como a união estável. A discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos restou afastada pelo legislador. A paternidade socioafetiva é tema relevante nas ações de investigação de paternidade do vínculo biológico, chegando ao ponto de superá-la, por vezes (CC/02, art.1.597, V) (ANDRADE, 2004).

Enfim, o delineamento da família contemporânea tem no afeto sua mola propulsora. O afeto hodiernamente é elemento essencial das relações interpessoais e a união homoafetiva, como entidade familiar, é uma realidade social. A convivência com base no afeto não é um privilégio dos heterossexuais. Nos relacionamentos homossexuais, o amor, o afeto, o desejo, o erotismo e as relações sexuais estão tão fortemente presentes que saltam as barreiras do estigma social. Esse complexo de fatores, da ordem do não-racional e até do subconsciente, manifesta-se independentemente da orientação sexual e representa uma das melhores maneiras de se realizar como ser humano. (ADI-LGBT, 2019).

A inclinação sexual não pode ser fator de exclusão do indivíduo, nem tampouco retirar-lhe a garantia de viver com dignidade. Maria Berenice Dias falou sobre o tema:

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrindo os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade (Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41).

Importante também a lição do doutrinador Sérgio Gischkow Pereira:

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais. A renovação saudável dos vínculos familiares, estruturados na afeição concreta e na comunicação não opressiva, produzirá número muito menor de situações psicopatológicas, originadas de ligações inadequadas, quer pela dominação preponderante, quer pela permissividade irresponsável. (Tendências modernas do direito de família. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 648, fev, 1988, p. 19).

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A orientação ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. As uniões homoafetivas, não se pode negar, fazem parte da realidade social e, por isso, devem receber a mesma proteção garantida às uniões heteroafetivas. É por isso que o STF, no julgamento paradigmático da ADI 4277 e na ADPF 132, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto, reconheceu como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, além de haver

proclamado que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas estendem-se aos companheiros nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo (CHAVES, 2011).

O reconhecimento da união homoafetiva pelo STF veio para reforçar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais da admissibilidade da união homoafetiva com entidade familiar e sua conversão em casamento, tendo como base as várias decisões favoráveis advindas do judiciário brasileiro nos últimos tempos, porém a legalização é o próximo avanço jurídico importante para extrair essas pessoas da marginalização imposta pelo costume tradicionalista que defende a diversidade de sexo para constituição da família e, conseqüentemente, para a realização do casamento.

Em virtude dessa decisão emblemática do STF, pode-se dizer que é admissível a conversão da união estável em casamento, observados os requisitos legais, com base no artigo 1726 do Código Civil. Tanto é admissível o casamento homoafetivo que em 10/10/2012, foi publicado no Diário Oficial da Justiça o Provimento Conjunto Nº CGJ/CCI 12/2012, que permite aos cartórios de registro civil de pessoas naturais do Estado da Bahia receberem habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ficando, portanto, os órgãos obrigados a acolher a solicitação. Essa autorização reforçou o que diversos juizes do Estado da Bahia já vinham fazendo com base na supracitada decisão do STF (CHAVES, 2011).

No Brasil o procedimento a se realizar é o mesmo dos casais héteros: levar a documentação necessária e se casar com juiz de paz. No caso de pessoas que já vivem com o parceiro(a), podem ir ao cartório e transformar a união estável em casamento. Caso haja recusa do cartório em realizar o casamento, o casal pode e deve entrar com recurso ao juiz da comarca ou no Conselho Nacional de Justiça (que criou a Resolução 175), com a alegação de violação da resolução nº 175 e violação dos direitos humanos. Vale recordar também que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma questão com base nos Direitos Humanos Universais, e que está amparada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, que reconhece que o casamento é um direito que assiste a todas as pessoas, independentemente da sua orientação sexual (NASCIMENTO, 2020).

Apesar do avanço, o casamento homoafetivo no Brasil ainda não é lei. Em 2017 o CCJ aprovou no Senado um projeto de lei que passa a reconhecer o casamento homoafetivo no código civil brasileiro, substitutivo do senador Roberto Requião (MDB-PR) ao projeto que permite o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo (PLS 612/2011), de autoria da senadora Marta Suplicy (MDB-SP). A matéria, terminativa na comissão, poderia seguir para a Câmara dos Deputados. Porém, Magno Malta apresentou recurso para manter o instituto do casamento, no Código Civil, apenas como ato entre um homem e uma mulher. Desse modo, a proposta ainda não foi a plenário para votação.

A garantia do casamento homoafetivo no Brasil pela justiça sem a proteção de um projeto de lei abre brecha para proibições e decretos que possam ser efetivadas pelo presidente e sobrepor às decisões do STF, por isso a importância da aprovação do projeto de lei que protegerá os casais homoafetivos, uma pauta importante da comunidade LGBT. Vale frisar, que não existe nenhum tipo de vedação no ordenamento jurídico brasileiro sobre o casamento homoafetivo, inclusive a Carta Magna brasileira veda qualquer tipo de preconceito e/ou discriminação; contudo, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro precisa passar por uma atualização normativa. Primeiro, em sede constitucional, a fim de garantir expressamente proteção às entidades familiares compostas por pessoas do mesmo

sexo. Em segundo momento, faz-se necessário alterar o art. 1.723, do Código Civil, com o mesmo objetivo.

7 CONCLUSÃO

É, pois, patente que o Estado e os órgãos públicos em geral estão vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana imputando-lhes o Direito (ou, num registo mais positivista, a ordem jurídica como um todo) um dever de respeito e proteção das pessoas reconhecível quer na proibição de o Estado se intrometer, para além de um certo limite, na vida privada das pessoas, quer na obrigação do Estado de proteger essa mesma esfera privada contra agressões por parte de terceiros, sejam eles quem forem e vierem de onde vierem.

Quanto à proibição do retrocesso, refere-se à ideia de que a evolução para um novo patamar de proteção dos direitos fundamentais da pessoa não pode ser revogada posteriormente pela eliminação das normas jurídicas que as estabeleciam, podendo os cidadãos, nessa altura, por via judicial impedir essa revogação sempre que não haja a precaução normativa do desenvolvimento de uma política pública equivalente, tanto do ponto de vista quantitativo, quanto qualitativo.

De acordo com Canotilho (2011), deve-se considerar inconstitucional qualquer medida governamental ou de qualquer outro poder público que, sem contemplar a criação de alternativas ou, de alguma forma, sem compensar a perda do núcleo essencial de direitos sociais constitucionalmente garantidos e legislados, se traduza, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade dos poderes executivo e legislativo está, portanto, limitada ao núcleo essencial já concretizado, sendo esse o limite da sua ação.

A Carta de 1988 apregoa, a partir do seu “Preâmbulo” e com continuidade no exposto nos demais títulos e capítulos que a compõem, mensagens imperativas contendo propósitos de homenagem à instituição de um Estado democrático, com finalidade primordial voltada para a proteção dos direitos sociais e individuais, tendo como centro maior a valorização da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade, da justiça, tudo endereçado a que seja alcançado um estágio representativo de absoluta eficácia e efetividade da dignidade humana. (FAHD AWAD, 2012)

A pretensão é de ser construída uma democracia para o tempo presente e futuro com preceitos que, ao serem aplicados, abram espaços para a execução de medidas concretas, que resultem em oferecer ao cidadão qualquer que seja a escala a que ele pertença na grade social, segurança pública e jurídica, assistência à saúde, atendimento escolar, moralidade, liberdade, amplo emprego, respeito aos seus direitos fundamentais e outros valores que estão inseridos no contexto representativo da dignidade humana.

O mundo deu muitas voltas. Caíram barreiras, referências, mitos e muros. A história não coube em teorias. As teorias negaram suas promessas. O capitalismo continuou produzindo miséria, mas o socialismo avançou sem conseguir eliminá-la. Depois de 100 anos de socialismo e capitalismo, a miséria no mundo aumentou, e a economia transformou-se num código de brancos e numa fábrica de exclusão racionalizada. A modernidade produziu um mundo menor do que a humanidade. Sobram bilhões de pessoas. Não se previu espaço para elas nos vários projetos internacionais e nacionais. No Brasil, essa exclusão tem raízes

seculares. De um lado, senhores, proprietários, doutores. Do outro, índios, escravos, trabalhadores, pobres, homossexuais etc.

Toda forma de preconceito é indigna e a sua manifestação é antijurídica. Lesa-se por ela o princípio enfatizado neste estudo. A exclusão social é fator de indignidade e de indignação que põe o homem à margem de sua própria sociedade, carente de seu respeito próprio e de sua honorabilidade social, porque se põe como alguém que não é útil e, note-se aqui, no sentido utilitário, de não dar lucro, de não ser fonte de utilidade segundo os paradigmas de uma economia que rejeita o homem. Contra todas as formas de desumano tratamento, em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana, pela inclusão no direito e pelo direito de todos os homens, é que as próximas décadas que se aproximam apontam para o humanismo ético voltado à realização do ser humano integral, aquele que integra o homem ao todo e propõe a crença no homem, certo de que o homem se supera sempre e em todos os sentidos.

A atual sociedade brasileira é considerada uma das mais homofóbicas, sendo assim o casamento homoafetivo não representará apenas a conquista da igualdade jurídica e social por gays e lésbicas, mas sim será um instrumento normativo que irá regular as relações amorosas homoafetivas, garantindo assim todos os direitos decorrentes do matrimônio. “A dignidade da pessoa humana põe-se na lágrima vertida sem pressa, sem prece e, principalmente, sem busca de troca. [...] a dignidade não provoca, não intimida, não se amedronta. Tem ela a calma da Justiça e o destemor da verdade [...]” (ROCHA, 2004, p. 27). O direito não deve ser apenas um mero instrumento de estabilização, mas sim um meio de transformar a sociedade em um meio menos preconceituoso com a edição de novas leis.

A sexualidade individual (inerente a cada pessoa e oriunda de diversos fatores, como o genético, psicológico, sócio cultural, pois não há consenso na ciência) não pode ser também motivo que erga segregações jurídicas entre seres humanos, uma vez entendidos sob uma ótica igualitária. A dignidade da pessoa humana é a prova de que o homem é um ser de razão compelido ao outro pelo sentimento, e entender que o casamento não é uma dádiva divinal e nem destinado somente a uniões entre homens e mulheres; é um direito dos homossexuais o reconhecimento do casamento deles frente ao ordenamento jurídico brasileiro. O preconceito não pode ser usado como um argumento jurídico para coibir tal tipo de relacionamento, já que a prática dele é vedada por lei.

Apenas o fato, da lei dizer o “homem e a mulher” não constitui razão lógica para a discriminação e não reconhecimento pela lei das uniões homoafetivas, pois, é trabalho dos operadores do direito interpretar a lei de forma extensiva, permitindo o total desenvolvimento da dignidade da pessoa humana em escolher sua própria opção sexual, por exemplo. Da mesma forma que não constitui indignidade o fato de se optar em construir uma família com alguém do mesmo sexo que o seu, tampouco, inconstitucionalidade, pois, a lei em momento algum proibiu expressamente a união entre pessoas do mesmo.

8 REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 4, n. 43, p. 4394-4404, set. 2004. Disponível em:

http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe. Acesso em: 26 jan. 2021.

ARPEN.SP. **TJMG RECONHECE DIREITO DE HOMOSSEXUAL**. 2017. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjIzMQ==>. Acesso em: 06 jan. 2021.

ARRIOLA, Elvia R. **Desigualdade de gênero: lésbicas, gays e teoria legal feminista**. Estudos Feministas. Florianópolis, v.2, n.2, p. 388-427, 1994.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o novo código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 jan. de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.277/DF**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05 mai. 2011. Publicado no DJe em 14 out. 2011. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277**. Brasília, STF, 2011.

_____. **ADI-LGBT**. 2019. Disponível em: <https://ptnacamara.org.br/portal/wp-content/uploads/2019/09/ADI-LGBT-DF.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2020.

CÂMARA, Cristina. **Cidadania e orientação sexual: a trajetória do Grupo Triângulo Rosa**. Rio de Janeiro: Academia Avançada, 2002.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2011.

CHAVES, Mariana. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil**. Jusbrasil. 2011. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>. Acesso em: 20 fev. 2021.

COSTA, Jurandir F. **Sem fraude nem favor**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual – o preconceito e a justiça**. Revista brasileira de Direito de Família, nº. 6. Julho, agosto, setembro de 2000. P. 137-9.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. 8. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

DHOQUOIS, Régine. *La recherche féministe à l'université dans le domaine du droit. Une absence en forme de désertion. Les Cahiers du CEDREF*. Paris, n.10, 2001. Disponível em: <http://cedref.revues.org/278>. Acesso em: 5 mar. 2021.

FAHD AWAD. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 2012. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/2182/1413/>. Acesso em: 06 mar. 2020.

FICO, B. S. D.; NÓBREGA, H. M.; SICUTO, G. H. **Lei Geral de Proteção de Dados para LGBTs: Identidade de gênero como dado sensível. Justificando**. 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/06/16/leigeral-de-protacao-de-dados-para-lgbts-identidade-de-genero-como-dado-sensivel>. Acesso em: 24 mar. 2021.

FICO, B. S. D.; NÓBREGA, H. M.; SICUTO, G. H. **A LGPD do Brasil reconhece a identidade de gênero e a orientação sexual como dados pessoais sensíveis?** IAPP. 2021. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/does-brazils-lgpd-recognize-gender-identity-and-sexual-orientation-as-sensitive-personal-data/>. Acesso em: 24 mar. 2021.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IBDFAM. **STF criminaliza homofobia e transfobia com aplicação por analogia à Lei do Racismo**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. 13/06/2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6971/STF+criminaliza+homofobia+e+transfobia+com+aplica%C3%A7%C3%A3o+por+analogia+%C3%A0+Lei+do+Racismo>. Acesso em: 25 abr. 2021.

KARNAL, L. Estados Unidos, liberdade e cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (orgs.) **História da cidadania**. 4.ed. São Paulo: Contexto, 2006.

MORAÑA, Mabel. *Postscriptum. El afecto em la caja de herramientas*. In: MORAÑA, Mabel; PRADO, Ignacio M. S. (orgs.) *El lenguaje de las emociones: afecto y cultura en América Latina*. Madrid/Frankfurt: Iberoamericana, 2012.

NASCIMENTO, Babi. **Casamento gay no Brasil: o que diz a lei e os direitos de um casal LGBT**. Zankyou. Disponível em: <https://www.zankyou.com.br/p/casamento-homoafetivo-no-brasil>. Acesso em: 13 fev. 2021.

NICHNIG, Claudia Regina. Direitos Humanos e o Reconhecimento das Famílias Gays e Lésbicas no Brasil: os direitos fundamentais e o julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal de 2011. **Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 11, n. 27, p. 1585 - 191, maio/ago. 2019.

NICHNIG, Claudia R. **Para ser digno há de ser livre: reconhecimento jurídico da conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo no Brasil**. Tese (Doutorado em Ciências Humanas). Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013.

NIGRO, Rachel. **Decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional.** Direito, Estado e Sociedade. São Paulo, n.41, p. 157-183, jul.-dez. 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 1983.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20 Ed.; São Paulo: Saraiva, 2002, 768 p. ISBN: 9788502041479.

RIOS, Roger R.; GOLIN, Célio; LEIVA, Paulo G. C. **Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF.** Porto Alegre: Sulina, 2011.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Vida Digna: Direito, Ética e Ciência (os Novos Domínios Científicos e Seus Reflexos Jurídicos).** Publicado na obra coletiva O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS LIMA, Ana Carolina. **Casamento homoafetivo.** Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64395/casamento-homoafetivo>. Acesso em: 11 fev. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2001, p. 50.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre o Fundamento da Moral.** (2ª Edição); Editor: Martins Fontes; Coleção: Clássicos. Edição/reimpressão: 2001, 226p.; ISBN: 9788533614956.

SCOTT, Joan W. *La querelle des femmes* no final do século XX. **Estudos Feministas.** Florianópolis, v. 9, n. 2, p. 367-388, 2001.

SENADO FEDERAL. **Portal atividade legislativa.** Projetos e matérias legislativas. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=10258. Acesso em: 09 mar. 2021.

_____. **União Homossexual: O Preconceito & a Justiça.** Revista brasileira de Direito de Família, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora. P. 71-83 e P. 85-99, 97.

SUPLICY, Marta. **Aspectos jurídicos.** Revista Consulex. Ano 2, nº 16, abril/1998.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006.

WOLFF, Cristina S. Pedacos de alma: emoções e gênero no discurso das resistências. **Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 975-989, set.-dez. 2015.