

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE
FACULDADE DE DIREITO**

ELOISA TREVISOL MARTINELLO

**O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS EM BUSCA DA
CONTEMPLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CRICIÚMA
2013**

ELOISA TREVISOL MARTINELLO

**O RECONECIMENTO DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS EM BUSCA DA
CONTEMPLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade do Extremo Sul Catarinense, como requisito essencial para obtenção do título de Bacharel em Direito, elaborado sob orientação do Professor Ismael Francisco de Souza.

CRICIÚMA

2013

ELOISA TREVISOL MARTINELLO

**O RECONECIMENTO DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS EM BUSCA DA
CONTEMPLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para a obtenção do Grau de bacharel em Direito, no Curso de Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direitos Homoafetivos.

Criciúma, 31 de outubro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. MSc. Ismael Francisco de Souza - UNESC – Orientador

Prof. Janaina Augusta Dal Pont - UNESC

Prof. Monica Abdel AI - UNESC

Dedico este trabalho a todas as pessoas que se sentirem identificadas com as minorias, parte delas ou apenas as tocadas pela permanente busca por direitos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a DEUS, mestre supremo, o qual permitiu minha vida, minha saúde e educação, minhas oportunidades, minha família maravilhosa e amigos.

Agradeço meus pais, Tania Regina Trevisol e Rudimar Martinello, meus fieis companheiros, amigos de todos os momentos, dedicados e disciplinadores, estes proporcionaram, incentivaram e por muito financiaram os meus estudos. Mostraram o caminho do crescimento e principalmente os requisitos essenciais para a realização profissional e, acima de tudo pessoal.

Agradeço meu amor, pessoa chave nos momentos mais difíceis desta caminhada, aquele que soube compreender as minhas aflições e crises, sempre com palavras reconfortantes e gestos de aconchego conseguiu deixar as noites de árduo trabalho mais leves e animadas.

Agradeço meu professor orientador, Ismael Francisco de Souza, excelente mestre, que clareou o caminho e passou dicas essenciais para o êxito do presente.

Agradeço ainda as colegas de classe, que por estarem passando pela mesma “obrigatoriedade” deixaram-me mais conformada com a tarefa, além de transmitirem a mensagem de que não estava tão atrasada com os prazos, já que faltando dias ainda estávamos na metade da missão.

Não posso deixar de agradecer a oportunidade da confecção deste trabalho de conclusão de curso, pois devido a tamanha agonia dos últimos dias ganhei a maior surpresa e homenagem de toda a vida, qual seja, uma inscrição tattooada no ombro de meu pai, com a mensagem: “Eloisa, minha vida”.

“A homossexualidade é uma ilha cercada de ignorância por todos os lados. Nesse sentido, não existe aspecto do comportamento humano que se lhe compare.”

Drausio Varella

RESUMO

O presente estudo contextualiza a homoafetividade na história, apresenta as diversas concepções sobre o tema. Versa sobre as uniões homoafetivas como direito fundamental, assim como a livre orientação sexual de cada um, demonstra que o reconhecimento dos direitos homoafetivos somente é possível através da contemplação do princípio mestre de todo o ordenamento jurídico, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, quando refere-se as minorias homossexuais. O título deste Trabalho de Conclusão de Curso é “O reconhecimento dos direitos homoafetivos em busca da contemplação do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro” e, têm como finalidade demonstrar a importância do reconhecimento de direitos aos possuidores de orientação homossexual, assim como analisar a evolução e formas que estão ocorrendo o referido reconhecimento. A técnica utilizada para a realização do trabalho foi indireta, através de pesquisa bibliográfica, bem como em revistas científicas, jurisprudência e legislação.

Palavras-chave: Homoafetividade; Princípio da dignidade da pessoa humana; direitos fundamentais; reconhecimento.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE.....	11
2.1 A HOMOSSEXUALIDADE NA HISTÓRIA DO MUNDO.....	11
2.2 RELIGIÃO E HOMOSSEXUALIDADE.....	15
2.2.1 Homossexualidade e religião no Brasil.....	19
2.3 HOMOSSEXUALIDADE E DOENÇA.....	21
3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A HOMOAFETIVIDADE.....	25
3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	25
3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	27
3.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A HOMOAFETIVIDADE.....	31
3.4 DIREITO FUNDAMENTAL E A LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL.....	36
3.5 GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E HOMOAFETIVIDADE.....	40
4 RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	44
4.1 FORMAS DE RECONHECIMENTO DO DIREITO HOMOAFETIVO.....	45
4.1.1 Crítica às sociedades de fato e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana no reconhecimento ao direito homoafetivo.....	46
4.1.2 O reconhecimento ao diverso: analogia.....	48
4.1.3 A aplicação dos princípios em busca da contemplação do princípio da dignidade da pessoa humana.....	50
4.2 O CRESCENTE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A CONTEMPLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

A atração entre pessoas do mesmo sexo não é situação que surgiu atualmente, muito pelo contrário, é fato presente e documentado desde as antigas civilizações. Entretanto, a crescente tolerância pela sociedade vem encorajando as pessoas que se encontram entre o referido grupo de minoria a tornarem pública sua orientação sexual.

Pode-se dizer então que o aumento no número de casais homoafetivos se deu em razão da sensação destas pessoas em poderem vivenciar o seu afeto de forma mais aberta, de poderem assumir a sua homossexualidade como forma de vida sem a qual não seria possível alcançar a plenitude da sua identidade e felicidade. E não por se sentirem influenciadas ou até impulsionadas por visualizarem tal comportamento.

Esta afirmação é possível, pois alguns estudos mostram que a sexualidade não ocorre através de uma opção sexual, as pessoas não tem a possibilidade de escolherem se serão heterossexuais, homossexuais ou bissexuais, pois segundo pesquisas científicas esta pode estar relacionada a fatores genéticos ou sociais determinados na primeira fase da infância. Nesse sentido destaca Luiz Roberto Barroso (2006, p. 285) quando diz:

Não há consenso acerca das razões que determinam a orientação sexual dos indivíduos. Existem estudos dotados de seriedade científica que certificam que a orientação sexual é decorrente de fatores genéticos. Segundo outros estudos, igualmente sérios, os fatores determinantes seriam sociais.

Ainda assim, mesmo após significativos avanços em relação à aceitação da homossexualidade é perceptível a discriminação e o preconceito enfrentados, sendo estes produto de reações agressivas e até violentas por parte de pessoas que resistem a essa realidade, como também da omissão do nosso dito Estado Democrático de Direitos que permanece inerte na criação de leis que tornem mais acessível a vida e a livre expressão sexual.

Portanto podemos perceber ainda hoje que grande parcela da sociedade vê a orientação sexual tendente a homossexualidade como uma afronta à moral e aos bons costumes sociais. Porém, o que se pode afirmar é que essa forma de vida existe e merece receber a tutela do nosso ordenamento jurídico. Sendo que

os motivos e a forma pela qual ocorreu o seu surgimento se tornam irrelevantes frente a concretude dos fatos.

É importante considerar que ser um homossexual não agride qualquer norma jurídica como também não interfere na vida de terceiros, por isso é preciso que seja tolerada e entendida. Mas para isso devem ser garantidos direitos a fim de que um dos principais fundamentos constitucionais da nossa Carta Magna seja respeitado, o princípio a dignidade da pessoa humana.

2 HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE

Este capítulo versará sobre a presença do comportamento homossexual no tempo e no espaço, desde os primeiros registros sobre o referido assunto, assim como sua relação com a religião e com a denominação “doença”, já que por muito tempo entendia-se a atração pelo mesmo sexo desta forma.

O capítulo pretende demonstrar como a homossexualidade mudou sua concepção com o transcorrer da história.

2.1 A HOMOSSEXUALIDADE NA HISTÓRIA DO MUNDO

Apesar de existirem certas divergências entre os autores no que se refere à determinados momentos da história da homossexualidade, todos concordam em dizer que o instituto está presente desde os primórdios da existência humana.

Para Giorgis (2001) a atração sexual entre iguais pôde ser observada desde os povos primitivos, selvagens, como também nas antigas civilizações, como a egípcia, grega, romana e assíria, sendo que nas duas primeiras a prática era tão comum que atualmente não pode-se falar em história da homossexualidade sem citá-las.

Ao longo do tempo e considerando os diversos povos e culturas pode-se concluir que o vínculo amoroso entre o mesmo sexo percorreu altos e baixos, na maior parte da história foi criticado e intolerado, entretanto nunca foi ignorada a sua presença. (DIAS, 2010)

Segundo Oliveira (2011) o primeiro registro em relação à existência da homossexualidade ocorreu em torno de 2.400 a.C., através da retração de um beijo entre um casal de homens egípcios, na forma de arte, seus nomes eram Khnumhotep e Niankhkhnum. Outro fato determinante, ocorrido no Egito e que revolucionou a história de homossexualidade, foi a descoberta, por arqueólogos, de uma tumba, onde encontraram dois masculinos abraçados, da mesma maneira como costumavam morrer os casais heterossexuais, segundo estudos realizados o casal homoafetivo também viveu por volta de 2.400 a.C.

Conforme Oliveira (2011) há registros que comprovam a prática homossexual entre guerreiros africanos, assim como nos povos indígenas das

Américas antes da colonização. Estes imaginavam que algumas crianças nasciam com dois espíritos, desta forma, os pais ofereciam a escolha e as crianças eram criadas de acordo com o gênero que optou. Acreditava-se que essas pessoas tinham poderes diferenciados.

Oliveira (2011) ainda menciona a obra *O amor entre iguais*, de Humberto Rodrigues, onde relata o envolvimento de diversos monarcas com pessoas do mesmo sexo, um exemplo é Alexandre, o Grande, (536 – 323 a.C.) que envolveu-se com Hefastião, grande companheiro e ocupante de um alto posto no Exército. Quando este morreu, Alexandre sofreu muito e organizou um lindo funeral para homenagear seu amante.

Entre os Césares, governantes do fim da República e início do Império Romano, pode-se citar Júlio Cesar (100 – 44 a.C.), Calígula (12 - 41 d.C.) e Nero (37 – 68 d.C.) entre os diversos outros que tiveram relacionamentos homossexuais.

Segundo Dias (2010) as civilizações Gregas e Romanas dentro de concepções próprias encaravam as relações entre iguais de forma aberta e sem a visão de violação encontrada na cultura ocidental.

Conforme Dias (2010) as antigas civilizações gregas encaravam a homossexualidade como um rito de evolução sexual de caráter pedagógico, onde era visto como um ritual sagrado de iniciação a sexualidade. Entretanto, mesmo naquela época, a visão machista já determinava que a situação passiva na relação entre homens do mesmo sexo era depreciativa, enquanto a situação ativa era valorizada como atuação de dominância.

É importante deixar claro, segundo Souza (2001), que a relação homoafetiva era encarada com naturalidade, não existia discriminação em relação ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, e sim em relação ao indivíduo que desempenhasse o papel de “mulher”, demonstrando fraqueza e subordinação.

[...]Por exemplo, a reciprocidade na relação homossexual pelo desempenho equiparado de papéis, como se descreve hoje, em nenhuma hipótese seria bem - vinda. As condenações social e legal não visavam porém a relação como tal, mas se exerciam como forma de marginalizar os “travestidos” ou os que se prostituíssem. Na verdade, condenava-se a prostituição do cidadão da democracia grega, e não exatamente o tipo de relação que viesse a incorrer.[...] (SOUZA, 2001, p. 106)

Dias (2010) ainda diz que era comum naquela localidade que os meninos de classe econômica privilegiada, chamados efebos, fossem iniciados sexualmente

por homens mais velhos, os preceptores, estes eram sábios guerreiros que transmitiriam aos garotos todos os ensinamentos necessários para tornarem-se bons homens.

A pederastia era um privilégio das classes econômicas mais altas e não era considerada imoral ou ilegal, mas sim uma honra para os jovens cogitados e posteriormente escolhidos por um preceptor, este tornava o preceptado hábil para a guerra, política e para a vida pública. (DIAS, 2010)

Vale lembrar, segundo Dias (2010) que em Esparta, onde se dava grande destaque às práticas militares, o homossexualismo desenvolvia papel determinante. O envolvimento entre os homens dentro do exército era incentivado, pois os soldados ao irem para os confrontos, não lutariam apenas por sua cidade-estado e sim, também, para proteger os seus amados, desta forma guerreariam com muito mais empenho e dedicação.

Segundo Souza (2001) é possível definir o povo grego como bissexual, pois um homem poderia tanto interessar-se por uma mulher, quanto por outro homem, simultaneamente, entretanto, a vivência com os dois gêneros divergia imensamente. A relação de um homem com uma mulher permanecia na intimidade do lar, com a maior restrição e privacidade possível, independentemente de ser a esposa, uma amante ou escrava. Já o relacionamento entre dois homens, um mais velho, erastes, e o outro mais jovem, adolescente do mesmo nível social, o eromano, era posto em público, aberto e demonstrava situação de prestígio dos envolvidos diante a sociedade.

Foucault (*apud* GUIMARÃES, 2011, p. 31) menciona a bissexualidade dos gregos:

[...] os gregos não opunham, como duas escolhas excludentes, como dois tipos de comportamento radicalmente diferentes, o amor ao seu próprio sexo ao amor pelo sexo oposto. As linhas de demarcação não seguiam tal fronteira. [...] A bissexualidade, na forma como a compreendemos hoje, se dá para os gregos sob o aspecto da livre escolha, não estando associado a uma estrutura dupla, ambivalente e bissexual do desejo. Tomando como ponto de partida o seu apurado senso estético, em que a beleza (masculina) desempenha um papel fundamental, poderíamos dizer que essa mesma beleza agiria decisivamente para despertar o desejo masculino.

Portanto, é importante mencionar que toda essa permissividade em relação á homossexualidade encontra limites bastante fortes. A situação de prestígio no envolvimento entre iguais pode passar a ser entendida como vergonhosa, imoral

e até ilegal, caso fuja ao padrão imposto pela sociedade grega. O envolvimento deveria se abster a trocas entre cidadãos livres, das classes sociais privilegiadas e, principalmente, observar as diferentes faixas etárias, sendo que jamais poderiam manter uma relação homossexual recíproca. Assim, fica evidente que os parâmetros, se transgredidos, tornavam a visão da homoafetividade de permissiva a repressiva, como ocorre na atualidade. (SOUZA, 2001)

Já em Roma, segundo Dias (2010), as relações homossexuais também tinham aceitação diante a sociedade, sendo que esta da mesma forma tinha grande preconceito diante aquele que desempenhasse a condição de passividade. A diferença está na determinação de que as relações se dessem apenas entre um senhor, homem livre, e mulheres ou escravos. Demonstrando que aquele que agisse ativamente, com masculinidade, era também o que detinha o poder político.

[...] O homossexualismo, mediante determinadas condições era visto como de procedência natural, ou seja, no nível das relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo. Mas, se o patrício romano, ou o simples cidadão, concedesse ser passivo para o escravo, seria definitivamente degradante. (SOUZA, 2001, p. 109)

Não era permitido que dois homens livres se relacionassem, pois um deles teria que agir passivamente, o que era altamente criticado para um homem cidadão. Mesmo aos jovens romanos não era bem visto que demonstrassem falta de virilidade e submissão. Se entregar as práticas homossexuais não era visto com um problema e sim a passividade por parte de um homem romano, pois seria um risco para a postura dominante do império romano. (SOUZA, 2001)

O que realmente importava para a aceitação do envolvimento entre homens é quem desenvolveria o papel passional, ou seja, tal posicionamento deveria ser desempenhado pelos não cidadãos, que não tinham qualquer importância diante a sociedade, ou seja, mulheres e escravos. Ser ativo independia do sexo do parceiro, pois o homem deveria ser sempre dominante, o que afasta a ideia de submissão e conseqüentemente passa superioridade. (SOUZA, 2001)

Souza (2001, p. 110) ao abordar sobre o tema destaca:

Aparentemente, o que se visa, em verdade, é a vocação militar-imperialista deste povo, para o qual, qualquer representação submissa, ou percebida como submissa, exporia algum tipo de debilidade, incompatível com a política romana voltada para o auto-conceito de superioridade. Tanto que os temores evidenciados desta forma, dizem respeito aos riscos de

desmobilização do soldado, atingem uma classe numerosa e emblemática na qual se assentava em muito o império.

É importante observar que as duas grandes civilizações, grega e romana, apresentavam pensamentos muito mais liberais do que o ocidental moderno, pois não destacavam preconceitos generalizados sobre a homossexualidade e sim, em muitos momentos, despendiam prestígio aos envolvidos. (SOUZA, 2001)

A prática homossexual deveria atender a certos critérios, limites, de conduta, porém não significavam ideias contrárias ao envolvimento, amor, entre duas pessoas do mesmo sexo, mas o que representavam dentro da sociedade, das classes econômicas, e do poder. (SOUZA, 2001)

2.2 RELIGIÃO E HOMOSSEXUALIDADE

A partir do surgimento das religiões, em especial o fortalecimento da Igreja Católica na Idade Média, Segundo Dias (2010), é que a homossexualidade passou a ser discriminada e encarada como atitude criminosa. A interpretação de uma passagem Bíblica determinava o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo como sendo uma abominação. O casamento era a única forma em que poderia ser praticada relação sexual sem cometimento de pecado e, desde que, sem qualquer atribuição de prazer ou sensualidade.

Entretanto, tal comportamento negativo da sociedade passou a ser identificado já em Roma, com a ascensão do cristianismo, que surge em 313 no governo de Constantino e é oficializada como religião do império em 390 com Teodósio. Desta forma, a homossexualidade, prática bastante difundida e aceita pela sociedade da época, passa a ser condenada em virtude dos impostos pela moralidade cristã. (OLIVEIRA, 2011)

Segundo Crompton (*apud* OLIVEIRA, 2011) Constantino inicia a perseguição aos homossexuais, sendo que medidas referentes ao combate às pessoas inclinadas ao envolvimento com o mesmo sexo passaram a ser tomadas. Assim escreveu o autor da época, citado acima: “Homens efeminados não devem viver nem mais um dia, nem mais uma hora”.

Por volta de 390 o cristianismo foi declarado a única religião oficial de Roma o que tornou ainda mais intensa a perseguição à homossexualidade, em especial, à pederastia. O poder da igreja cresceu consideravelmente, sendo que em poucos anos tomou conta da educação, moral, família e da política social. Decretos foram publicados, onde passou-se a condenar à morte os homens que fossem identificados como homossexuais. A pena prevista para essas pessoas era a morte na fogueira. Inclusive um desses decretos prometia livrar Roma do “veneno da vergonha efeminada” ao acabar com os “vícios da homossexualidade e da pederastia”. (OLIVEIRA, 2011)

Apesar de existirem até hoje controvérsias em relação a passagem bíblica de Sodoma e Gomorra, descrita em Gênesis, há diversos outros trechos que deixam claro a repulsa contra o homossexualismo pela bíblia. Alguns autores entendem que a interpretação da história bíblica de Sodoma nada tem a ver com a prática homossexual, sendo que tal entendimento é fruto de uma leitura distorcida, o que na verdade foi bastante conveniente para a igreja, entretanto outros autores sustentam a repulsa bíblica em tal passagem, já que interpretam a intenção dos homens da cidade em “conhecerem os anjos”, hospedes de Lot, como ter relação sexual com eles. (OLIVEIRA, 2011)

Para Guimarães (2011), com a grande disseminação do cristianismo e a diminuição da cultura greco-romana, a passagem bíblica de Sodoma e Gomorra encontrou imensa recepção, principalmente em relação a interpretação mais conveniente para igreja, e foi argumento bastante importante no combate contra as práticas homoeróticas.

Outras passagens bíblicas podem ser citadas, como a de Levítico (18.20-25), em que menciona a proibição dos homens em deitarem-se com outros do mesmo sexo, tratando tal comportamento como abominação e motivo de contaminação, sendo que os transgressores do referido mandamento serão punidos e aniquilados, após, expulsos da terra. O mesmo sacerdote ainda menciona em (20.13): “Se um homem dormir com outro, como se fosse mulher, ambos cometerão uma coisa abominável. Serão punidos de morte e levarão a sua culpa”. (OLIVEIRA, 2011, p. 143).

No entendimento do autor citado no parágrafo anterior, as passagens bíblicas descritas acima dizem respeito não apenas à repulsa em relação as práticas homossexuais, como também tentam transparecer “verdadeiras proibições morais,

influentes na consciência ética e, por consequência, no comportamento humano”. (OLIVEIRA, 2011, p. 143)

Segundo Oliveira (2011, p. 147), outro exemplo encontrado no Novo Testamento e que também faz críticas às práticas homossexuais, trata-se de Coríntios (6.9-11), este inclui os efeminados entre um rol de pecadores, descritos por impuros que não possuirão o Reino de Deus:

9. Acaso não sabeis que os injustos não há de possuir o Reino de Deus? Não vos enganeis: nem os impuros, nem os idólatras, nem os adúlteros, nem os efeminados, nem os devassos. 10. Nem os ladrões, nem os avarentos, nem os bêbados, nem os difamadores, nem os assaltantes hão de possuir o Reino de Deus. 11. Ao menos alguns de vós tem sido isso. Mas fostes santificados, mas fostes justificados, em nome do Senhor Jesus Cristo e pelo Espírito de nosso Deus.

Essa visão moralista imposta pelas diversas religiões, já que a maioria delas não aceita o amor entre iguais, persiste na atualidade, pois a interpretação da bíblia, realizada pelos padres, pastores ou sacerdotes permanece, ainda hoje, baseada na ideia intolerante de que a homossexualidade é uma anomalia, prática que contrasta com o entendimento de família heterossexual procriadora. Porém, a Igreja, com esse posicionamento, sem perceber, se afasta de um dos mandamentos essenciais da lei de Deus: “amarás teu próximo como a ti mesmo” (OLIVEIRA, 2011)

Foucault (*apud* GUIMARÃES, 2011) menciona ainda outro fato bastante determinante surgido em meados do século XIII, a confissão. Esta prática utilizada pela Igreja sujeita ao controle divino não apenas aos atos e omissões, mas também os pensamentos, assim, as pessoas perdem totalmente a sua privacidade e intimidade, tendo que deixar para trás quaisquer instintos ou desejos ocultos, sob pena de serem castigadas.

A confissão é interpretada por quem a escuta e após decifrada é tida como um juízo da verdade. O referido dispositivo torna-se um exercício de terror a medida que as informações confidenciais passaram a impulsionar “uma verdadeira caça às bruxas”:

[...] O que parecia ser alvo de objeção não era a relação homoerótica em si, aponta Vainfas (1997:156), mas o fato de que um homem fosse capaz de abdicar de seus privilégios como homem, e da sua “honra de cidadão”, para se comportar de maneira “passiva e inferior”, própria das mulheres, para obter prazer. [...] (GUIMARÃES, 2011, p.33)

A condutas homossexuais poderiam ser mais ou menos reprimidas em virtude dos diferentes entendimentos, nas diversas localidades da Europa, assim como em razão da classe social em que se encontrava o praticante homossexual. Entretanto a crença era que o homoerotismo não era um acontecimento natural, desta forma deveria ser banido. Punições como suplícios, enforcamentos, afogamento e fogueiras foram disponibilizados para os que praticassem os crimes de sodomia, desta forma fica evidente o tratamento aos homossexuais na Idade Média. (GUIMARÃES, 2011)

Entre 1347 e 1351 a peste negra assombrou a Europa, sendo que em consequência dela morreram cerca de 25 milhões de pessoas. Como a ciência era quase nula, não existindo possibilidade da descoberta das verdadeiras causas da doença, estas na prática, ultrapassaram a saúde pública e adentraram na esfera dos costumes. O pecado foi atribuído como principal motivo pelas mortes, a forma como os homens viviam e se comportavam, assim, tudo que a Igreja gostaria de reprimir, judeus, hereges e sodomitas, tornaram-se a causa dos males da sociedade. (OLIVEIRA, 2011)

Por contra desta interpretação dos fatos as perseguições intensificaram-se e muitas pessoas foram acusadas e mortas injustamente, de forma cruel.

Na Idade Média a sexualidade era reprimida quase totalmente, já que a única forma em que poderia ser praticado sexo tratava-se do matrimônio, entretanto com a única finalidade de perpetuação da espécie e, mesmo diante essa hipótese de permissividade, devia ser com o máximo recato, sem estar associado com amor e muito menos com prazer. Foi tirada da concepção do casamento, pela Igreja, qualquer ideia que relacionasse o sexo marital ao prazer ou sensualidade, sendo que agir de tal forma representaria impureza, transgressão e pecado, mesmo dentro do casamento. (DIAS, 2010)

Dias (2010, p.39) destaca a filosofia de São Tomas de Aquino, importante personalidade da época, em relação a sexualidade:

Para a filosofia de São Tomas de Aquino, o sexo justifica-se como caminho à procriação, em face da necessidade de ocupação dos vazios geográficos e reposição da humanidade, uma vez que a expectativa de vida era de cerca de 30 anos. O matrimônio era considerado como um remédio que Deus deu ao homem para preservá-lo da impudícia e da luxúria. O amor carnal, enquanto associado ao prazer, é um rival do amor de Deus. O opróbrio do pecado mortal é distanciar o homem de Deus. Toda a atividade sexual com finalidade diversa da procriação constitui pecado.

A Igreja Católica entendia que sexo deveria ser praticado apenas dentro do matrimônio, entre casais heterossexuais, classificando quaisquer outras formas de relacionamento como inaceitáveis, inclusive a homossexual. Ainda hoje o sexo desvirtuado da sua intenção primordial, reprodução, é visto como uma transgressão à ordem natural. Desta forma, a masturbação e sexo infértil não são tolerados, nesta última hipótese estão os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. (DIAS, 2010)

Entretanto, segundo Dias (2010), a homossexualidade masculina sempre foi mais repelida, pois existe o desperdício do sêmen. Assim o relacionamento entre mulheres, para a maioria das civilizações, é interpretado como mera lascívia. Essa interpretação é fruto da discriminação em relação ao gênero feminino.

Segundo Rios (*apud* FONTANELLA, 2006) é muito presente a influência das ideias cristãs na formação da sexualidade ocidental, a repressão ao sexo em geral, as perseguições e condenações refletem ainda hoje no comportamento das pessoas.

2.2.1 HOMOSSEXUALIDADE E RELIGIÃO NO BRASIL

A religião chega ao Brasil com os portugueses, em 1500, desta forma torna-se, a Igreja Católica Apostólica Romana, oficial em nosso país. Com a intenção da expansão do cristianismo no Brasil é concedido aos monarcas portugueses, pelos papas, o direito do padroado, desta forma estariam aptos à missão de evangelização das novas terras. (OLIVEIRA, 2011)

Segundo o autor acima citado, todo o período colonial do Brasil foi marcado pelo catolicismo. A Igreja era subordinada ao Estado, entretanto aquela, através da sua doutrina, era instrumento de dominação social, política e cultural das pessoas que aqui viviam. Não se pode negar a grande influência da religião na sexualidade brasileira.

Como nos outros locais do mundo, onde a religião ditava os dogmas em relação a sexualidade, no Brasil o sexo passou a ser interpretado como ato divino, devendo ser praticado apenas dentro do matrimônio e com fins reprodutivos, sendo

todas as outras formas de relacionamento consideradas profanas e pecaminosas. Os costumes nativos foram condenados. (OLIVEIRA, 2011)

Os padres jesuítas ao chegarem no Brasil se depararam com costumes muito diversos do que estavam habituados na Europa. Segundo Souza (*apud* OLIVEIRA, 2011, p. 122):

São Tupinambás tão luxuriosos que não há pecado de luxúria que não cometam, os quais sendo de muito pouca idade têm conta com mulheres; porque as velhas, já desestimadas dos que são homens, granjeiam estes meninos, fazendo-lhes mimos e regalos, e ensinam-lhes a fazer o que eles não sabem, e não os deixam de dia nem de noite. É este gentio tão luxurioso que poucas vezes tem respeito às irmãs e às tias, e porque este pecado é contra os seus costumes, dormem com elas pelos matos e alguns com suas próprias filhas; e não se contentam com uma mulher, mas têm muitas...”.

Conforme Vainfas (*apud* OLIVEIRA, 2011) a situação era tão preocupante que pediram para que mandassem mulheres brancas ao Brasil, com tamanha urgência, na intenção de que os homens portugueses que aqui estavam pudessem contrair matrimônio e não desvirtuar-se aos costumes locais.

A mudança de comportamento e costumes era de difícil aplicação, pois a cultura sexual brasileira era muito diversificada, ocorria, segundo a Igreja, a bigamia, a sodomia, o adultério, a zoofilia. Desta forma, tentou-se implementar o catolicismo inicialmente entre os índios, após em relação aos escravos para impor a condenação à homossexualidade e demais normas que impedissem a prática de atos contrários ao que determina a religião. (OLIVEIRA, 2011)

Para Vainfas (*apud* OLIVEIRA, 2011), há diversos registros que denotam a existência da homossexualidade no Brasil colônia, sendo que o era mais temido, na época, não se tratava do desperdício do sêmen em si, mas sim a destruição do instituto do matrimônio, o que impedia a perpetuação da espécie.

Segundo o autor acima mencionado, a visão em relação as práticas sexuais eram vistas de forma muito diversa em relação aos negros, índios e brancos. Nos dois primeiros grupos não havia muita preocupação com os atos considerados imorais e pecaminosos, já que não havia importância a salvação espiritual dessas pessoas. O comportamento das mulheres brancas e dos religiosos eram de certa forma ignorados, já que tratavam-se de personalidades determinantes, tanto para o processo de colonização, em relação a estes, quanto à povoação da terra, para aquelas.

Já entre os brancos, os casamentos deveriam seguir o padrão imposto pela religião, fieis e monogâmicos, com a finalidade de reprodução e sem qualquer relação com sensualidade ou prazer.

Da mesma forma rígida foi tratada a sexualidade durante o Brasil império, sendo a religião Católica a oficial no país, permaneceram os mesmos padrões e dogmas já adotados na época colonial, onde as pessoas deveriam cumprir as leis e normas da Igreja.

Com a proclamação da República existe a separação entre o Estado e a Igreja, tornam-se dois institutos independentes, entretanto o Estado reconhecia a Igreja Católica, assim como as outras igrejas, permitindo que se organizassem e exercessem o seu papel diante a sociedade. Desta forma, a Igreja continuou ditando suas normas e impedindo a aceitação de tudo o que abominava, inclusive a homossexualidade. Atualmente a Igreja permanece rígida em suas posições, mostrando que permanece preocupada em controlar e moldar o comportamento humano. (OLIVEIRA, 2011)

2.3 HOMOSSEXUALIDADE E DOENÇA

A prática homossexual até meados do século XIX era vista como crime, entretanto a partir do final deste período passou a ser considerada uma doença. Nada mudou em relação aos direitos e ao tratamento dispendido às pessoas que se sentiam atraídas pelo mesmo sexo. Desta forma, um homossexual deixava de ser encarado como um pecador, para ser visto como um ser patológico, que necessita de cura. (GUIMARÃES, 2011)

Em 1870 a homossexualidade foi definida, em termos psiquiátricos, como um desvio sexual, ou seja, uma inversão do feminino e do masculino. Desde então tal prática foi entendida como uma das formas emblemáticas de degeneração, uma patologia. Através desta verificação criaram-se diversos mecanismos para impedir os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. (OLIVEIRA, 2011)

Rios (*apud* FONTANELLA, 2006, p.66) menciona em relação ao homossexual em contrapartida à uma conduta de normalidade:

Os atos homossexuais são vistos como sintomas de uma doença que acomete o indivíduo, cuja presença identifica-o como homossexual, em contraposição a uma condição normal, tida como saudável, denominada heterossexualidade.

Com a nova concepção em relação à homossexualidade, nem um pouco mais favorável, e sim, muito mais degradante, tais práticas deixam de ser perseguidas e condenadas, para torná-las algo anormal, devido ao cometimento de uma doença. Na época, o comportamento sexual, a saúde pública e a moralidade integravam um mesmo discurso médico, devido a necessidade de prevenção á riscos e perigos, como as pestes. (ALEXY *apud* FONTANELLA, 2006)

A perversão sexual da homossexualidade explicada através da teoria da degeneração desencadeou o surgimento de uma séria de políticas públicas, com a intenção de impedir a reprodução da espécie através dessas pessoas, pois se pensava que a doença poderia ser transmitida através da hereditariedade. Tais políticas públicas consistiam em isolamento e castração de homossexuais. Foucault (*apud* FONTANELLA, 2006, p. 68) menciona em relação ao assunto:

[...] a análise da hereditariedade colocava o sexo (as relações sexuais, as doenças venéreas, as alianças matrimoniais, as perversões) em posição de reponsabilidade biológica com relação à espécie; não somente o sexo podia ser afetados por suas próprias doenças, mas, se não fosse controlado, podia transmitir doenças ou criá-las para as gerações futuras; ele aparecia assim, na origem de todo um capital patológico da espécie. Daí o projeto médico, mas também político, de organizar uma gestão estatal dos casamentos, nascimentos e sobrevivências; o sexo e sua fecundidade devem ser administrados. A medicina das perversões e os programas de eugenia foram, na tecnologia do sexo, as duas grandes inovações da segunda metade do século XIX.

Ainda em relação a teoria da degeneração, menciona Costa (*apud* FONTANELLA, 2006, p. 69):

A imperfeição, o desvio, a anormalidade, a doença, a patologia ou perversão do instinto sexual serão buscadas na noção de degeneração. Finalmente o que definirá a norma do instinto e o desvio degenerado será a lei da evolução. Com o evolucionismo, o instinto sexual e a degeneração, a ciência médica estava teoricamente armada para justificar a moderna moral sexual burguesa. Homossexualidade será, inicialmente, definida como uma perversão do instinto sexual causada pela degenerescência de seus portadores e, depois, como um atraso evolutivo ou retardamento psíquico, manifestos no funcionamento mental feminino do homem.

Na década de 70 a homossexualidade deixou de ser classificada como doença, distúrbio ou perversão pelas principais organizações mundiais de saúde, sendo que deixou de integrar as listas classificatórias de patologias da Associação Americana de Psiquiatria, assim como foi também retirado da Classificação Internacional de Doenças – CID. Em 1975 o mesmo foi feito pela Associação Americana de Psicologia. (OLIVEIRA, 2011)

No Brasil, em 1985, através da resolução 001/99, o Conselho Federal de Psicologia tira a homossexualidade do rol de doenças, distúrbios ou perversões e proíbe que os psicólogos façam terapias em homossexuais com a finalidade de cura da condição sexual. (LOREA, 2007)

Em 1990 a Organização Mundial de Saúde - OMS - segue o exemplo das demais organizações e exclui a homossexualidade da sua lista de doenças mentais, declarando que “a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão”. Um ano após a Anistia Internacional passa a considerar a discriminação à homoafetividade violação dos direitos humanos, este é considerado um grande passo rumo a aceitação de tal forma de ser pela sociedade. (OLIVEIRA, 2011)

Dessa forma, o comportamento homossexual abandona a ideia de doença e passa a ser encarada como uma maneira diferente de ser de algumas pessoas, sendo que diferem-se da maioria apenas em seus relacionamentos amorosos e sexuais. Em 1993 a OMS inseriu a homossexualidade entre os Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais e em 1995 foi identificada entre os transtornos psicológicos e de comportamentos associados ao desenvolvimento e orientação sexual, na 10ª revisão do CID-10, onde consta ainda uma observação “A orientação sexual por si só não é para ser considerada como um transtorno”. (DIAS, 2010)

Assim, segundo Dias (2010), é retirado da denominação o sufismo “ismo”, que significa doença, o qual foi substituído pelo “dade”, que designa um jeito de ser, sendo que este, comportamento sexual, é um fator determinante para a identidade de cada um e o entendimento da humanidade como um todo. A homossexualidade não decorre de livre escolha, é descoberta através da percepção da existência de atração sexual por pessoas do mesmo sexo, sendo que muitos, ao terem consciência de sua orientação sexual, preferiam não o ser, apenas pelo entendimento que têm em relação ao preconceito que sabem que teriam de superar.

Foi assim que os homossexuais percorreram momentos históricos de total ausência de direitos, sendo eles tratados como maldições, aberrações, outras vezes como doentes. Posteriormente, deixando-se de lado a hipótese da homossexualidade ser entendida como enfermidade, as pessoas passaram a encarar essa diferença como um desvio de comportamento. (DIAS, 2010)

Porém, conforme Dias (2010), com o afastamento da igreja das decisões do Estado foram diminuindo as concepções discriminatórias em relação a sexualidade de uma forma geral. Inclusive a homossexualidade passou a conquistar de maneira gradativa maiores espaços, na década de 70 o movimento ganhou maior visibilidade e no século XXI adquiriu novas terminações, um número elevado de simpatizantes e força a caminho do reconhecimento em massa da sociedade, no sentido de encarar a união de iguais como uma forma natural de expressão sexual.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A HOMOAFETIVIDADE

Para que haja um melhor entendimento do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à identidade sexual como um direito humano fundamental é preciso iniciar com uma breve explanação sobre os princípios constitucionais, assim como diferenciá-los das regras.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais, segundo Bonavides (2006), são a base de todo o ordenamento jurídico, servindo de diretrizes para a interpretação e compreensão das normas sob as quais se estende.

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte com fundamentos ou qualificações essenciais a ordem jurídica que institui. (BARROSO, 2003, *apud*, NAHAS, 2006, p.56)

Pode-se ainda mencionar, conforme Barroso (2006), que os princípios constitucionais transmitem os valores e a forma de pensar e agir de um povo, ou seja, são a expressão jurídica de uma sociedade. Através desses princípios devem ocorrer a aplicação e interpretação do Direito ao caso concreto, assim deixam de ter significado apenas subjetivo e incorporam papel objetivo jurisdicional.

Dessa forma Celso Antônio Bandeira de MELLO entende que a não observância de um princípio constitucional ou a sua transgressão se mostra muito mais grave do que a violação de outro tipo de norma, pois aqueles dizem respeito ao espírito de todo o sistema normativo, atribuindo valores a toda uma sociedade. (1981, *apud* IBIAS, 2001).

Vale esclarecer, segundo Fontanella (2006), no que diz respeito aos princípios constitucionais, estes são normas de aplicabilidade não apenas interpretativa, sendo possível a sua utilização de forma direta e substancial, por isso, demonstra-se importante fazer a distinção entre as espécies de normas, regras e princípios.

Alexy (2008) destaca que os princípios assim como as regras são espécies de normas jurídicas, pois as duas expressam determinações negativas ou positivas de um dever ser. Assim, o que diferencia as duas formas de normas, segundo o autor, é principalmente a diferença qualitativa que demonstram em sua aplicação prática e não o seu grau de generalidade como defendem alguns autores, já que uma mesma norma não pode ser ao mesmo tempo regra e princípio.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.[...] (ALEXY, 2008, p. 90).

Para Fontanella (2006) os princípios são um conjunto de ideias das quais acabam por formar um conceito determinante em relação a certa situação ou assunto, sendo que todos os outros pensamentos que se refiram aos primeiros deverão segui-los, apresentarem-se derivados e subordinados. Entende-se então os princípios como fundamento para outras normas, “normas das normas”.

[...] Os princípios, notadamente os princípios constitucionais, passaram a funcionar como a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral, permitindo a leitura moral do Direito. (DWORKIN, 1996, apud, BARROSO, 2006, p. 311)

Já as regras, conforme Alexy (2008), não permitem a sua satisfação em graus variados de acordo com a situação fática, ou elas são satisfeitas em sua totalidade, devendo assim serem cumpridas da forma que exigem, ou elas não são satisfeitas devendo ocorrer o seu afastamento.

Assim, ao abordar o sistema jurídico constitucional, Canotilho (1995, apud, NAHAS, 2006) discorre sobre a importância da presença de regras e princípios no referido ordenamento, sendo que as primeiras determinam a segurança jurídica da sociedade, enquanto os princípios permitem a abertura para o contexto social atual e a contemplação dos valores fundamentais da liberdade, democracia, dignidade, entre outros.

Para Sarmiento (2010), dentre os princípios constitucionais existem os fundamentais que tem função de destaque, pois fazem parte da base de todo ordenamento jurídico. Estes, apesar de não possuírem hierarquia superior aos demais, tem um grande papel interpretativo diante as normas em geral, em sua totalidade, bem como, são mais importantes pela amplitude que atingem.

Chamados de princípios fundamentais e dispostos logo no princípio da Carta Magna, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Richter e Tabarelli (2008) o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional mais relevante de todo o sistema jurídico, sendo ele valor absoluto da Constituição, o que consiste em sua prevalência e posição subordinante em relação aos demais.

3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Segundo Oliveira (2001) o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o núcleo de todo o ordenamento jurídico desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e elemento fundamental do Estado Democrático de Direito.

Encontramos o princípio da dignidade humana diversas vezes no texto constitucional, sendo que aparece primeiramente no art. 1º, inciso III, da nossa Carta Magna, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direitos, que é a República Federativa do Brasil, assim, ganha a identidade de valor supremo do ordenamento jurídico, conforme discorre o referido artigo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana; [...] (BRASIL, 2011, p.13)

O constituinte menciona o princípio da dignidade da pessoa humana em outros artigos da Constituição além do já mencionado. Como, por exemplo, no art. 170, que diz: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.(MARTINS, 2003, p.52). O art. 226 que fala da família como a base da sociedade e titular de proteção especial do Estado, em seu § 7º

menciona o princípio da dignidade da pessoa humana juntamente com o princípio da paternidade como fundamentos para o livre planejamento familiar do casal, devendo o Estado apenas propiciar os meios para que se possa exercer este direito. Já o art. 227 determina que é dever da família, da comunidade e do Estado proporcionar prioritariamente o direito à dignidade, entre outros, para as crianças, adolescentes e jovens. (MARTINS, 2003)

Conforme Rivabem (2005) a incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal Brasileira de 1988, assim como em inúmeras constituições latinas, ocorreu na tentativa de contrapor-se ao autoritarismo do regime militar e, em consequência, promover a defesa aos direitos fundamentais individuais. Em relação à positivação do princípio versa Ingo Wolfgang Sarlet (2002, apud RIVABEM, 2005, p. 02):

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Além de ter sido mencionado diretamente no corpo da Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana esta presente quando verificados os direitos fundamentais sendo reconhecidos e garantidos, desta forma, ainda que o princípio não houvesse sido mencionado de forma direta uma única vez estaria ele prevalecendo de maneira subordinante no ordenamento jurídico. (ROCHA, 1994, apud, MARTINS, 2003).

Oliveira (2011, apud BONAVIDES, 2005) esclarece que os princípios antes de serem inseridos às constituições exerciam caráter meramente programático, não havendo desta forma, normatividade, entretanto, após a sua contemplação na Constituição, adquiriram normatividade e passaram a informar todo o sistema constitucional. Assim, a interpretação das normas constitucionais deve ocorrer regadas por seus princípios norteadores, estando entre estes, o da dignidade da pessoa humana. Desta forma, qualquer ato contrário, ou mesmo, omissão ao princípio em questão será inconstitucional.

Sarlet conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana como qualidade inerente de cada ser humano, sendo que ele adquire no momento em que nasce e com ele permanece até a sua morte. Neste sentido:

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, *apud*, MARTINS, 2003, p.119).

Desta forma, segundo Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta dois aspectos distintos enquanto se refere à relação entre a pessoa humana, o Estado e a comunidade. A primeira diz respeito a liberdade que a pessoa humana desempenha diante a sua existência e autodeterminação. Já a segunda atenta ao caráter assistencial de proteção que tanto o Estado quanto a comunidade devem desempenhar em relação a pessoa humana que se encontre em estado de necessidade. (2001, *apud*, GIORGIS, 2001)

Ainda com relação aos dois aspectos fundamentais encontrados no conceito descrito acima, segundo Bernardo (2006), tal referência trás uma ligação bastante forte entre o princípio em questão e os direitos fundamentais. Assim como defende a existência da visão negativa (passiva) do Estado, no sentido de evitar agressões ao ser humano, e, a segunda visão, positiva (ativa), no sentido de que o Estado deve, além de evitar as agressões, incentivar e praticar ações que busquem proporcionar uma vida digna a todos.

A dignidade deve ser vista não apenas como algo inerente a natureza humana, mas sim, como fruto de uma construção histórica e cultural das diversas gerações. As limitações e tarefas estatais, as quais demonstram o dever de não fazer (defensiva), assim como o dever de fazer (prestacional), compreendem não apenas o poder do Estado, mas também a comunidade e cada ser humano em relação aos demais. (VECCHIATTI, 2011)

É justamente nesse sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela

e conexas dimensões defensiva e prestacional da dignidade, que voltará a ser referida oportunamente. Recolhendo aqui a lição de Podlech, poder-se-á afirmar que, na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade reclama que esta guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria portanto, o elemento mutável da dignidade). (SARLET, 2002, p. 48)

O primeiro autor a utilizar o termo dignidade humana foi São Tomaz de Aquino (1225-1274), o qual utilizou tal expressão para justificar a existência de Deus e a necessidade da fé. O homem como o único ser vivo capaz de desenvolver a racionalidade e, conseqüentemente, religiosidade, passa a se distinguir dos demais. Para o autor, todos os seres vivos são racionais e, desta forma, possuem dignidade naturalmente, o que leva ao desenvolvimento da idéia de que a dignidade tem ligação direta com o ser humano, sendo este um fim em si mesmo e não um meio. (RIVABEM, 2005)

O segundo autor a se aprofundar no tema da dignidade humana foi Immanuel KANT (1724-1804), sendo este responsável pela concepção preponderante do princípio até os dias atuais. Para este, o ser humano é único e insubstituível, não podendo ser-lhe atribuído um valor, bem como o coisificar de quaisquer maneiras, atitudes as quais ferem a dignidade da pessoa humana e deixam de considerar o homem como fim em si mesmo, passando a vê-lo como meio. A simples racionalidade humana o torna superior, ser capaz de guiar-se de forma autônoma, seguindo suas próprias leis e moral. (RIVABEM, 2005)

Na visão Kantiana, pois, a dignidade é um valor intrínseco da pessoa, absoluto e que a caracteriza como um fim em si mesma. Este valor independe da utilidade que uma pessoa possa ter para a outra, daí o seu caráter absoluto, diferente das coisas, que valerão de acordo com a sua utilidade. Logo, o homem, enquanto ser racional, só pode ser concebido em sua dignidade. Nesse contexto, a dignidade do homem está intimamente associada à autonomia de sua vontade, pois é exatamente a vontade que faz do homem um ser racional. Dito isto, "a autonomia é, pois, o princípio da dignidade da natureza humana, bem como de toda a natureza racional". (RAGAZZI e GARCIA, 2011, p. 180)

Fica evidenciado, de acordo com a concepção do princípio elaborada por Kant, que todo o ser humano, independente de suas escolhas, deve ser respeitado, já que está dotado de dignidade, pura e simplesmente por estar inserido na raça humana e ser racional. As escolhas de cada ser humano em nada influenciam o respeito e consideração que merecem, desta forma, se forem escolhas consideradas ilícitas ou imorais pela sociedade, nem assim, poderá este homem ser desrespeitado, pois continua tendo sua dignidade. (RAGAZZI e GARCIA, 2011)

Ao contemplar o princípio da dignidade da pessoa humana como norte do sistema jurídico, a Constituição ainda trás inúmeros direitos fundamentais como compromisso do Estado, sendo alguns deles a contemplação dos princípios da liberdade e igualdade, estes consagrados e assegurados no preâmbulo da própria norma maior, “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

3.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A HOMOAFETIVIDADE

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra íntima relação com a orientação homossexual, já que o princípio determina que cada ser humano tem o direito de coordenar a sua própria vida e em especial as relação com os outros seres humanos. As pessoas, segundo este princípio, devem exercer livremente a sua personalidade, sendo a sexualidade um dos seus aspectos, portanto cada ser humano deve ser livre para direcionar a sua atração por uma pessoa do mesmo sexo sem o medo de ser rejeitado. (DIAS, 2010)

Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana. (MATOS, 2004, apud, BARROSO, 2006, 302)

Segundo Barroso (2006), dentre os diversos sentidos dados ao princípio da dignidade da pessoa humana são elencados dois para que se faça uma reflexão a respeito da sua violação como dimensões nucleares do princípio, sendo ambas amplamente agredidas pelo não-reconhecimento à orientação homossexual. A primeira determina que: “ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo”.(BARROSO, 2006, p.302)

Nesse sentido Kant determina:

Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.

No reino dos *fins*, tudo tem um *preço* e uma *dignidade*. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como *equivalente*, mas quando uma coisa esta acima de todo preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (2005, *apud*, MIRANDA, 2006).

Para Barroso (2006) e Sarmiento (2010), a negação ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo atende ao propósito de transformar os seres humanos em simples meio para a contemplação de um modelo idealizado de sociedade, estes carregados de preconceito e de valores tradicionalistas morais e religiosos. A tentativa da manutenção de uma sociedade baseada em famílias de tradição heterossexual nega o direito das minorias homossexuais para a garantia de fins que estas não compartilham, prejudicando suas escolhas existenciais referentes aos seus relacionamentos afetivos e provocando graves consequências a formação da identidade e autoestima.

A segunda reflexão em relação ao sentido nuclear dado ao princípio da dignidade da pessoa humana e a sua violação pelo não reconhecimento as uniões homoafetivas determina que: “todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual ‘reconhecimento’”.(BARROSO, 2006, p.302)

Quando o Estado não reconhece as uniões homossexuais, de forma indireta, demonstra ter a ideia de que a afetividade dos homossexuais não merece respeito e consideração. Sobre o direito ao reconhecimento Sarmiento (2010, p.26) explica:

Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque, como

ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem este reconhecimento, ela tende a perder a sua autoestima – que já foi definida por John Rawls como “o mais importante bem primário” existente na sociedade – e pode sofrer abalos na sua estrutura psíquica.

De acordo com Barroso (2006), a forma como o outro enxerga a identidade de uma pessoa, ou seja, o reconhece, é determinante para a formação da identidade e da autoestima do ser humano. Portanto, se não existe o reconhecimento da sociedade em relação a determinados grupos, como os homossexuais, tende a gerar a negação da própria identidade por muitos dos indivíduos inseridos nesse contexto.

Sarmiento (2010, *apud* HONNETH, 2003) complementa o entendimento ao mencionar que a desvalorização do modo de vida homossexual pode levar os integrantes desse grupo a sérios conflitos psíquicos, dor e angústia, tendo como consequência a perda de auto-estima pessoal, o não entendimento do seu próprio comportamento diante aos demais, assim como, torna-se incapaz de alcançar auto realização e uma visão positiva em relação à condução da própria vida.

Como já citado anteriormente, o princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger os seres humanos de diversas formas, sendo considerado valor intrínseco dos homens vai contra quaisquer atos desumanos ou degradantes, assim como busca garantir condições existenciais mínimas para toda raça, entretanto, além desses, pretende proporcionar e promover a liberdade, autonomia e autodeterminação de cada um, para que sejam responsáveis por suas escolhas e destino.

Nesse sentido, segundo Dias (2011), o princípio da dignidade da pessoa humana promete não apenas evitar agressões ao ser humano, mas também a promoção da sua liberdade. Assim, as escolhas de cada ser humano no que tange sua vida em comunhão com os demais devem ser respeitadas, já que a orientação sexual diz respeito a particularidade de cada pessoa, não podendo sofrer interferências ou restrições. A homossexualidade, por fazer parte da esfera pessoal e conseqüentemente privada não admite limitações pois recebe proteção constitucional através do princípio em questão.

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito à dignidade humana, o que infringe o princípio maior da Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar

restrições a direitos, o que acaba por referendar estigmas sociais e fortalecer sentimentos de rejeição, além de ser fonte de sofrimento a quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida. (DIAS, 2011, p. 104)

Conforme alerta Roger Raupp Rios não é possível se falar em dignidade humana enquanto houver o desrespeito a um ser humano em razão de sua orientação sexual. A República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito tem o dever de oferecer proteção e tutela jurisdicional para todos os cidadãos brasileiros, independentemente de orientação sexual. A condição do indivíduo, na qual esta incluída a orientação sexual tem total relação com a dignidade humana. (2001, *apud*, DIAS, 2011).

Giorgis (2001) alerta que a orientação sexual faz parte dos traços constitutivos fundamentais de cada pessoa, desta forma, para a devida proteção da dignidade de uma pessoa é essencial que seja respeitada sua liberdade de reger a própria vida e efetuar sua sexualidade de forma natural. A ignorância de tal aspecto privativo e importantíssimo para a construção de uma identidade pessoal, assim como a restrição de direitos, não pode permanecer como se não tivesse qualquer relação com dignidade.

Com relação ao acima exposto, Vecchiatti (2011, p.204) menciona:

A propósito, Celso Lafer salientou com profundidade quão graves são os prejuízos à dignidade humana quando o ordenamento jurídico não protege a esfera de vida íntima dos indivíduos, desprezando o princípio da exclusividade, que rege esta esfera. Ao fazê-lo, trouxe exatamente a reflexão de H. Arendt sobre a proibição dos casamentos mistos, pois tal restrição afeta diretamente a intimidade, em que as escolhas afetivas devem competir somente ao indivíduo. Como visto, a negativa deste status familiar às uniões homossexuais acaba de modo efetivo fragilizando a intimidade, na medida em que sua privação, de forma indireta, mas muito concreta, dificulta gravemente a construção de uma relação afetiva e o seu desenvolvimento, tanto para hetero, quanto para homossexuais.

De acordo com Guimarães (2001) a homossexualidade não se trata de uma escolha de cada um, ou seja, o ser humano não determina, segundo sua vontade, a orientação sexual que adotará para o resto da vida, é sim um determinismo psicológico inconsciente, o qual ocorre já na primeira infância, entre os 3 e 4 anos. A homossexualidade é impulsionada por um pré-determinismo primitivo aliada ao ambiente em que a criança se desenvolve. Desta forma, os casais homossexuais não devem sofrer preconceito e serem jogados à margem da

sociedade, mas sim, terem sua dignidade respeitada, “pois a orientação sexual independe de opção e não se altera por ato de vontade”(VECCHIATTI, 2011, p.203)

No entendimento de Dias (2011) a discriminação à união entre pessoas do mesmo sexo não é vedada apenas por nossa Carta Magna, o impedimento a tal comportamento também encontra fundamento em alguns tratados internacionais, aos quais o Brasil faz parte, como a Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica.

Dias (2011, *apud*, RIOS, 2001) menciona que a ONU (Organização das Nações Unidas), referente as normas acima citadas, entende que todo tipo de interferência na vida particular de homossexuais é ilegítima, sendo assim, qualquer privação ou tratamento diferenciado dispendido a uma pessoa, em razão de sua orientação homossexual, será considerado indigno baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Além das várias facetas do princípio da dignidade da pessoa humana já expostos até então, podemos citar o referido princípio como o direito á busca pela felicidade e respeito. O ser humano entende que a vida em sociedade lhe propiciará maiores condições de encontrar a felicidade e em consequência evitar sofrimento e dor. O reconhecimento das uniões homossexuais permite que essas pessoas desenvolvam sua subjetividade e vida em sociedade de forma saudável estando assim mais próximos à felicidade. (VECCHIATTI, 2011)

No mesmo sentido versa Maria Berenice Dias (2010):

Não adianta, por mais que pareça piegas, não há quem duvide. O sonho de todos é encontrar a felicidade. A própria Constituição Federal, ao contemplar um punhado de direitos, garantias e prerrogativas, ao fim e ao cabo, o que visa é assegurar o direito fundamental a felicidade. Afinal, quem tem vida digna, igualdade, liberdade, acesso à educação, saúde, habitação etc., tem assegurado o direito de ser feliz. (DIAS, 2010, p. 118)

O respeito, segundo Vecchiatti (2011), tem relação direta com a liberdade, onde cada pessoa tem propriedade de si e deve reconhecer a liberdade do outro. Destaca ainda a autonomia individual, para que se viva da maneira que entender conveniente, desde que não interfira na vida de terceiros. A igualdade também é diretamente ligada com o direito fundamental ao respeito e em fim, a dignidade. Vecchiatti dispõe:

Ainda segundo Béatrice Maurer, é porque cada ser humano é dotado de dignidade que todos são iguais, donde negar a alguém a dignidade significa considerá-lo inferior e portanto, não mais como um ser humano - tal qual ocorreu com os judeus, homossexuais e deficientes físicos no que tange ao tratamento que receberam dos nazistas, já que foram considerados como “inferiores” a pseudo “raça ariana” idealizada por Hitler. (VECCHIATTI, 2011, p. 203)

Vale lembrar, que o ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo mudanças paulatinas e constantes no decorrer do tempo e, apesar de já terem sido contempladas diversas liberdades individuais, as quais aumentaram consideravelmente a proteção aos homens contra invasões em sua vida particular e intimidade, a visão da homoafetividade ainda precisa ser fruto de transformação, donde os Princípios Constitucionais devem estar sempre em ênfase, em especial o da dignidade da pessoa humana. (IBIAS, 2001)

3.4 DIREITO FUNDAMENTAL E A LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL

O termo direitos fundamentais, segundo Bonavides (2006), não pode ser confundido com diversos outros também presentes em nossa Constituição Federal, pois existem diferenças bastante importantes entre eles e se utilizados de forma irresponsável poderão influenciar de maneira negativa à tutela de certos direitos.

Nesse sentido descreve Paulo Bonavides (2006, p.560):

A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o uso mais frequente de direitos humanos e direitos dos homens entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

Outros autores como Dimoulis e Martins (2009) também se posicionam em sentido contrário a utilização dos diversos termos como sinônimos e ainda definem um rol ainda mais extenso das expressões constantes na Carta Magna de

1988, como os direitos sociais e individuais, direitos e deveres individuais e coletivos, direitos humanos, direitos e liberdades fundamentais, direitos e liberdades constitucionais, direitos civis, direitos fundamentais da pessoa humana, direitos da pessoa humana, direitos e garantias individuais, direitos e direitos públicos subjetivos.

Adequada se mostra a utilização da expressão direitos fundamentais por três razões, sendo a primeira, tratar-se o termo da escolha preponderante da Constituição Federal, mesmo não tendo sido seguida na totalidade do texto. O segundo fator determinante refere-se ao fato de o vocábulo ser bastante abrangente, envolvendo os direitos individuais, sociais, coletivos, políticos, de liberdade e os de igualdade. Já o terceiro e último motivo esclarece a intenção de falar apenas dos direitos protegidos constitucionalmente, não estando assim vulneráveis ao legislador ordinário. (DIMOULIS; MARTINS, 2009)

Cumprido salientar que “os direitos fundamentais são os direitos positivados pelo Direito Constitucional de um Estado”, enquanto os direitos humanos são baseados na doutrina jusnaturalista, os quais entendem a existência de direitos inatos do ser humano e assim superiores a exigência de constitucionalização, entretanto, pode-se dizer que tem ligação direta com o direito internacional, suas convenções e tratados. (FONTANELLA, 2006)

A forte ligação entre os termos direitos humanos e direitos fundamentais, bem como a utilização dos mesmos como sinônimos, se dá, pois os conteúdos de ambos tornam-se a cada dia mais semelhantes através dos textos internacionais e constitucionais de cada Estado. (FONTANELLA, 2006)

Os direitos fundamentais individuais e coletivos estão positivados no artigo 5º da Constituição Federal, enquanto os sociais no artigo 6º do mesmo dispositivo. Os direitos fundamentais de nacionalidade encontram-se no artigo 12 e seguinte, os direitos fundamentais políticos no artigo 14 e seguintes e os direitos fundamentais inerentes aos partidos políticos estão tipificados no artigo 17 da Lei Magna nacional.

Tal maneira de disposição dos direitos fundamentais acabou por subdividi-los em cinco espécies. (MORAES, 2008)

Os direitos fundamentais individuais são considerados de status negativus ou de resistência estatal, ou seja, são direitos que permitem aos indivíduos resistir e limitar possíveis intervenções estatais, impedindo atuações

arbitrárias na liberdade pessoal. A referida categoria de direito fundamental leva ao Estado uma obrigação negativa, deixar de fazer, deixar de invadir a esfera individual das pessoas. (DIMOULIS; MARTINS, 2009)

Os direitos fundamentais sociais possuem status positivus, geram obrigação de fazer por parte do Estado, onde é permitido aos indivíduos exigir melhorias em sua condição de vida e liberdade, tal exigência pode-se referir a bens materiais ou imateriais. Com relação aos direitos políticos, estes são classificados por apresentar status activus, através dele cada cidadão tem a prerrogativa de participar da política estatal de forma atuante, podendo os indivíduos interferir de forma democrática na administração do Estado. (DIMOULIS; MARTINS, 2009)

Mesmo com a existência das diversas espécies de direitos fundamentais, estes, vistos de forma clássica tem o objetivo de “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”(BONAVIDES, 2010, apud, HESSE, 1982)

Para Sarlet (2004) todos os direitos fundamentais são valorados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, este que é fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo que de forma variável, cada direito fundamental possui conteúdo ou alguma projeção no referido princípio, entretanto, é importante mencionar que tal relação não possui natureza subsidiária e sim central, já que o princípio assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais. Assim, qualquer violação a um direito fundamental provocará consequentemente ofensa à dignidade humana

Versa Ingo Wolfgang Sarlet (2004) com relação a forma indissociável entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidades da pessoa humana:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade. (SARLET, 2004, p. 84)

Não se pode dizer que todos os direitos fundamentais encontram fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, no entanto constata-se que os direitos fundamentais positivados em nossa Constituição

Federal, ainda que de forma e intensidade diversas, possuem ligação ao princípio, pois aqueles levam à ideia de proteção e desenvolvimento dos seres humanos. A dignidade humana não representa um dos direitos fundamentais e sim é valor base destes, bem como de toda a Constituição Federal de 1988. (SARLET, 2004)

A livre orientação sexual faz parte do rol de direitos fundamentais contemplados constitucionalmente, mesmo que a referida expressão não esteja citada de forma literal, o direito está tutelado no artigo 5º, “caput” da Constituição Federal, onde menciona: “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 a propriedade, nos termos da lei”. (SILVA JUNIOR, 2011) (grifo nosso)

O artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal Brasileira, o qual versa: “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação” (grifo nosso), também demonstra de forma suficiente não admitir tratamento diferenciado com base na orientação homossexual. (SILVA JUNIOR, 2011)

A orientação sexual trata-se da capacidade de cada pessoa em sentir-se atraída emocional, afetiva ou sexualmente por outra pessoa do gênero oposto, mesmo gênero ou mais de um gênero, bem como realizar práticas sexuais com essas pessoas. (DIAS, 2010)

Dispõe DIAS (2010, p. 46):

Para Roger Raup Rios, orientação sexual é a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direciona-se para alguém do mesmo sexo (homossexualidade), sexo oposto (heterossexualidade), ambos os sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual). Assim a identificação da orientação sexual está condicionada a identificação do sexo da pessoa escolhida, em relação à pessoa que escolhe. Quando alguém dirige seu interesse sexual a outrem, ou seja, opta por outrem para manter um vínculo afetivo, elege o gênero do objeto do desejo, se masculino ou feminino, é o dado revelador da orientação sexual, que não merece tratamento diferenciado.

A orientação sexual pode ter relação com a vida sexual de cada pessoa na sua habitualidade e a forma como essa pessoa se auto denomina, mas também encontra íntima relação com as preferências sexuais, mesmo que não as externalize ou manifeste de quaisquer formas, sendo as fantasias sexuais fator determinante e eficiente para detectar a orientação sexual. Nesse sentido, nem sempre as pessoas

que praticam atos homossexuais possuem necessariamente orientação homossexual, podendo ter outros significados ou aplicação nos diversos contextos históricos e culturais. (CARDOSO, 1996)

Vale lembrar que orientação sexual e opção sexual não são sinônimos, sendo a homoafetividade interpretada como orientação sexual por maior parte dos autores que abordam o tema, pois apesar de não haver um consenso em relação aos fatores determinantes do objeto de desejo por um outro indivíduo, não se trata de uma escolha, mas sim um fato da vida, o qual deve ser respeitado. (BARROSO, 2006)

Segundo DIAS (2011) o direito a livre orientação sexual é direito fundamental, pois a sexualidade integra a condição humana, valor intrínseco dos indivíduos:

A sexualidade integra a própria condição humana. É direito humano fundamental que a pessoa desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável, e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independe da tendência afetiva. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade, pois é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange sua dignidade. (DIAS, 2011, p. 199)

Os direitos fundamentais, sendo um deles a livre orientação sexual, têm como pressuposto a dignidade da pessoa humana, devendo assim ser respeitada cada pessoa sem distinção de qualquer natureza, muito menos no que se refere a sua vida particular.

3.5 GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E HOMOAFETIVIDADE

A positivação dos direitos fundamentais é fruto de uma constante evolução histórico-social, sendo que o desdobramento destes em gerações de direitos se dá em razão das crescentes conquistas. Essas não ocorreram de forma uniforme, ao longo do tempo existiram progressos e alguns regressos, até chegarmos ao patamar que nos encontramos na atualidade. Inicialmente o avanço resultou em um Estado Liberal, após o Estado Social, fundamentado no Estado

Democrático de Direitos, mas buscamos ainda um Estado de Direito pleno. (DIAS, 2010)

Os direitos de primeira geração, também chamados de direitos civis e políticos correspondem as liberdades individuais. Esses direitos têm como titulares cada ser humano em face ao Estado, ou seja, a este são opostas obrigações de não fazer, podendo ser ditos também como direitos de resistência ou oposição ao Estado. (BONAVIDES, 2006)

Para Mendes e Branco (2012) os direitos fundamentais de primeira geração foram os primeiros a serem positivados e surgiram inicialmente através das Revoluções americana e francesa, tendo como principal objetivo garantir a autonomia pessoal e podar o poder estatal, na intenção de impedir interferências na vida particular dos indivíduos.

Ainda sobre os direitos de primeira geração, versa Maria Berenice Dias:

Os direitos consagrados pela Declaração Francesa, de 1789, foram considerados direitos de primeira geração. Tendo como tônica a preservação da liberdade individual, caracterizam-se como verdadeira imposição de limites ao Estado, simples obrigações de não-fazer. Assim, o sujeito do direito é o indivíduo e o seu objeto, a liberdade. São direitos individuais quanto a titularidade e, quanto ao objeto, são direitos de liberdade, daí serem chamados de liberdades públicas. Buscam libertar todos e cada um do absolutismo de um ou de alguns sobre todos. Originariamente, no plano político, visou afastar o absolutismo do monarca e seus agentes. Trata-se do direito que se opõe à liberdade individual irrestrita, liberdade que só pode ser limitada pela lei, expressão da vontade geral, em função do interesse comum. Assim, os direitos de primeira geração garantem indivíduo contra indivíduo. (DIAS, 2010, p. 97)

Os direitos de segunda geração, segundo Dias (2010), são os que exigem conduta positiva do Estado com relação aos indivíduos, as quais determinam obrigações de fazer, na intenção de promover a igualdade. Essa igualdade não está caracterizada apenas através de leis, formalmente em nosso ordenamento jurídico, mas sim, pretende oportunizar igualdade de oportunidades, ações e resultados entre as diversas categorias sociais, ou seja, material. Promover a igualdade entre desiguais tem a intenção de favorecer indivíduos que se encontram em situação de hipossuficiência em face de fatores econômicos, físicos ou de qualquer outra natureza. Assim, os direitos de segunda geração, são direitos fundamentais que devem ser prestados pelo Estado para impedir a disparidade entre as classes sociais.

Segundo Mendes e Branco (2012), surgiram os direitos de segunda geração a partir das necessidades e da verificação de desigualdades dentro da sociedade, impondo ao Estado obrigações de fazer com relação aos indivíduos e em busca de diminuir as injustiças sociais. O Estado Liberal não mais conseguia satisfazer todas as exigências, desta forma, os poderes públicos passaram a intervir na vida econômica e promover ações estatais para incentivar a superação às dificuldades.

Os direitos fundamentais de segunda geração, também chamados de direitos sociais dizem respeito a prestações positivas do Estado, as quais pretendem proporcionar justiça social nos setores de educação, saúde, trabalho, lazer, entre outros, além de reconhecer liberdades sociais, como a sindicalização e o direito a greve. São denominados direitos sociais não porque caracterizam direitos a coletividade, mas sim representam justiça social, já que sua maioria esses direitos são disponibilizados aos indivíduos de forma singular. (MENDES; BRANCO, 2012)

Conforme Barroso (2006), os direitos fundamentais de terceira geração caracterizam-se pela fraternidade e solidariedade. São direitos que deixam de se preocupar com os indivíduos particularmente, com parcelas da sociedade ou ainda as coletividades e passa a ter em vista todo o gênero humano e sua universalidade. Pode-se mencionar que esses direitos se cristalizaram no final do século XX e atualmente já se apresentam bastante familiarizados ao sistema jurídico, são o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, podendo ainda haver outros em fase de gestação.

Para Dias (2010), os direitos de terceira geração surgiram após as consequências da Segunda Guerra Mundial e tem como fundamento maior assegurar a dignidade humana através de direitos difusos, os quais contemplam toda a humanidade. Esta gama de direitos busca proteger a humanidade dela mesma, pois demonstrou-se capaz de promover o seu extermínio em diversas situações no decorrer da evolução, assim como ocorreu com os regimes totalitários do nazismo, fascismo e stalinismo.

O direito fundamental a livre orientação sexual está inserido, segundo Dias (2010), nos direitos de primeira segunda e terceira gerações. A sexualidade, por ser fator intrínseco do ser humano, pertencer a natureza individual de cada um deve ter assegurado o respeito de exercê-la livremente, desta forma a liberdade

sexual, a qual compreende a livre orientação sexual está compreendida nas liberdades individuais e conseqüentemente nos direitos fundamentais de primeira geração. A liberdade sexual é inalienável e imprescritível, bem como direito natural acompanhando o ser humano desde o seu nascimento.

A livre orientação sexual está também compreendida como um direito de segunda geração. Os homossexuais sofrem grande discriminação e preconceito, assim, demonstram-se minoria hipossuficiente e digna de receber proteção do Estado, a fim de ter assegurada igualdade em relação às outras categorias sociais. (DIAS, 2010)

Dentre os direitos de terceira geração também pretende ser inserida a livre orientação sexual, pois aqueles compreendem os direitos favoráveis a todo o gênero humano, tomados de forma não individual, e sim genericamente. Nesse sentido e para a preservação da dignidade humana é necessário que a liberdade sexual seja exercida em sua totalidade, transparecendo direito de solidariedade e sem o qual a condição humana não se realiza. (DIAS, 2010)

O livre exercício à sexualidade está relacionado com as três gerações de direitos, pois se identifica com os postulados das liberdades individuais, sociais e solidárias. Para todos os cidadãos se realizarem é preciso que, também os adeptos a práticas homoafetivas, não sejam excluídos da tutela jurídica, fazendo parte assim do rol de direitos fundamentais ao mesmo tempo individuais, categoriais e difusos.

4 RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Segundo Corrêa (2007), ao longo da história os valores vão se modificando e os direitos que se referem as pessoas acompanham este desenvolvimento.

Entretanto é visível que os fatos sociais ocorrem de forma muito mais dinâmica do que as leis, desta forma, estas, muitas vezes apenas se limitam a regulamentar situações cotidianas e reiteradas. Um fato bastante corriqueiro e real em nossa sociedade diz respeito às uniões entre pessoas do mesmo sexo, sendo que destas relações se faz necessário o reconhecimento de uma gama de direitos atinentes ao convívio do casal ou mesmo em decorrência do desfazimento das uniões homossexuais. (IBIAS, 2001)

Com relação a notória realidade das uniões homoafetivas em nossa sociedade, dispõe Delma Silveira Ibias (2001, p. 81):

É de conhecimento público e notório a existência, na sociedade em que vivemos, de pares homossexuais que convivem nos moldes das usuais uniões entre homens e mulheres. Portanto, o primeiro passo evolutivo é este contato com a realidade: existem pessoas que formam pares diferenciados, envolvem-se afetivamente, cuidam-se mutuamente, fazem planos conjuntos, são cidadãos, honestos, trabalham, constroem patrimônio, fruto de mútuo apoio e colaboração, enfim à parte toda a discussão que se monta quando o assunto é cogitado, de extrema importância é este reconhecimento.

Atualmente, nosso sistema jurídico, em razão da falta de norma infraconstitucional que contemple de forma direta o direito a homoafetividade, demonstra valores culturais dominantes repletos de preconceitos, estes estigmatizam e levam às minorias à margem do sistema. (IBIAS, 2001)

No entanto, importante citar que apesar de consideravelmente lento, estão ocorrendo progressos em relação ao reconhecimento das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não através do poder legislativo.

Independente da maneira, ou mesmo do método utilizado para o referido reconhecimento, este busca a elevação destas uniões ao mesmo patamar dos envolvimento entre heterossexuais, além do respeito em relação ao ser humano em sua totalidade, permitindo a cada um o direito de viver livremente e exercer sua orientação sexual, em consequência, a efetiva contemplação do princípio da

dignidade da pessoa humana, o qual é valor fundamental de todo o ordenamento jurídico e não admite distinções ou preconceito.

4.1 FORMAS DE RECONHECIMENTO DO DIREITO HOMOAFETIVO

Mesmo com a crescente exteriorização da homoafetividade e a diminuição paulatina da discriminação em relação às pessoas que possuem orientação homossexual, é gigantesco o preconceito que ainda existe na sociedade, assim como a maneira que lesam a igualdade e identidade pessoal, preceitos estes essenciais à dignidade humana. (DIAS, 2010)

Inadmissível saber que ainda se cultive a ideia da omissão, a imaginação de que não tocando no assunto e desconhecendo a realidade ou mesmo a negação dos direitos, trará soluções. A omissão traz apenas injustiças e joga as minorias à margem da sociedade, neste caso os homossexuais. Bem como, a falta de reconhecimento da condição sexual diversa ao padrão estigmatiza quem exere tal orientação, e cerceia a sua liberdade e dignidade. (DIAS, 2010)

Assim, como diversos outros segmentos alvo de preconceitos, as relações homoafetivas carecem de normas jurídicas que diminuam sua condição hipossuficiente, pois encontram-se os indivíduos envolvidos sem qualquer proteção do direito, entretanto, mesmo sendo vontade da maioria, não é possível excluir a homossexualidade do mundo jurídico, já que trata-se de orientação sexual e não opção, desta forma, elemento natural e intrínseco do ser humano, o que leva ao patamar de direito fundamental. (DIAS, 2011)

Como já mencionado, a união entre pessoas do mesmo sexo é um fato que antecede ao Direito, desta forma, cabe ao judiciário atender à demanda e solver os conflitos que são trazidos. Inadmissível que opiniões de ordem pessoal, convicções religiosas ou mesmo o preconceito impeçam o juiz de verificar cada caso em concreto, baseando-se nos princípios norteadores do ordenamento jurídico e, abandonem determinadas relações sociais à mingua do Direito. (DIAS 2010)

Depois de solicitada a manifestação do juízo em determinada lide, não é possível que o magistrado deixe de julgar. Por mais que não existam leis que regularizem as uniões homoafetivas de forma expressa, fica vedada a sonegação jurisdicional, devendo se fazer uso das diversas formas existentes para a resolução

da proposição, como a aplicação direta dos princípios constitucionais, a aplicação exclusiva do princípio da dignidade da pessoa humana, a utilização hermenêutica deste princípio na interpretação de norma constitucional existente, a formação de sociedades de fato, a analogia, os costumes, entre outras. (DIAS, 2010)

No mesmo sentido versa Maria Berenice Dias:

A omissão da lei dificulta o reconhecimento de direitos, principalmente frente a situações que se afastam de determinados padrões convencionais. O legislador intimida-se na hora de assegurar direitos às minorias alvo de exclusão social, o que faz crescer a responsabilidade do juiz. No entanto, preconceitos e posições pessoais não devem fazer da sentença meio de punir comportamentos que se afastam dos padrões aceitos como normais. Igualmente não pode levar o julgador a invocar o silêncio da lei para negar direitos a quem escolheu viver fora do padrão imposto pela moral conservadora, mas que não agride a ordem social e merece tutela jurídica. Mister que os juízes deixem de fazer as suas togas de escudo para não enxergar a realidade, pois os que buscam a Justiça merecem ser julgados, e não punidos. (DIAS, 2003, p.17)

Algumas das formas de reconhecimento dos direitos homoafetivos serão expostas nos tópicos a seguir, no entanto, não existe qualquer pretensão em esgotar todas as possibilidades existentes na doutrina nacional. Desta forma, serão discutidas as mais significativas segundo autores renomados no assunto.

4.1.1 CRÍTICA ÀS SOCIEDADES DE FATO E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO RECONHECIMENTO AO DIREITO HOMOAFETIVO

As primeiras decisões “reconhecendo”, de certa forma, as uniões entre pessoas do mesmo sexo se deram através das sociedades de fato, este, que é um instituto jurídico do direito das obrigações, não está inserido no direito de família demonstrando assim grande precariedade e atendendo apenas parcela das exigências patrimoniais dos litigantes homossexuais. (OLIVEIRA, 2011)

Apesar de o instituto da sociedade de fato permitir a divisão do patrimônio adquirido pelos casais homossexuais durante a constância do relacionamento, entende que a referida discussão deve se dar nas Varas Cíveis, caracterizando assim direitos e deveres obrigacionais. Diante a proposição da requerida partilha, deve-se demonstrar nos autos a efetiva comprovação da forma e momento em que

os bens foram adquiridos para impedir o enriquecimento ilícito de uma das partes. (FONTANELLA, 2006)

Nessas decisões aplicam-se regramentos referentes ao exercício de atividades econômicas, sendo a partilha os resultados financeiros. As consequências de tal tratamento em sua maioria são bastante prejudiciais, pois os conviventes devem comprovar a exata colaboração nos bens adquiridos para terem direito ao patrimônio amealhado durante toda a convivência do casal, desta forma, o par que dedicou sua vida ao lar, ficará sem nada. Além disso, não fica assegurado o direito à alimento, bem como direitos sucessórios, fazendo com que, em muitas situações, o patrimônio dos casais homossexuais fossem deixados a parentes distantes, ou mesmo, considerados vacantes. (OPPERMANN, 2011)

Entretanto, deve-se reconhecer que tratar certas relações de afeto, relações familiares como sociedades de fato, como se os integrantes dessa união fossem apenas sócios, participantes de um negócio com fins lucrativos, fere visivelmente o princípio da dignidade da pessoa humana, este que direciona todos os demais direitos fundamentais e encontra-se consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira de 1988. (VECCHIATTI, 2011)

Segundo Vechiatti (2011), classificar as uniões homoafetivas como simples sociedades de fato, enquanto as uniões heterossexuais são identificadas como uniões estáveis ou passíveis do casamento civil, corresponde ao entendimento de que as primeiras não merecem a mesma consideração desta última e, mesmo que atendam aos requisitos da publicidade, durabilidade e continuidade, não serão consideradas entidade familiar, o que demonstra a postura de preconceito e menosprezo, não sendo merecedoras do tratamento destinado às uniões amorosas convencionais.

Paulo Roberto Iotti Vechiatti, ainda em relação a discriminação à aplicação das sociedades de fato às uniões homoafetivas, dispõe:

Com efeito, é evidente que a consideração de uma união amorosa como sociedade de fato implica a sua colocação como inferior a outra que é classificada como uma *entidade familiar*. Assim, a partir do momento em que é possível uma interpretação que reconheça a união homoafetiva como entidade familiar, então afronta o princípio da dignidade da pessoa humana o não reconhecimento do casamento civil e da união estável homoafetiva entre casais homoafetivos, tendo em vista a inexistência de motivação lógico-racional que justifique a discriminação oriunda da negativa de tais regimes jurídicos às mesmas com base no critério diferenciador erigido, que é a mera homogeneidade de sexos e orientação sexual homoafetiva em um

caso e a diversidade de sexos e orientação sexual heteroafetiva no outro. (VECHIATTI, 2011, p. 206)

Importa destacar que, diversos julgadores insistem em qualificar as uniões homoafetivas como sociedades de fatos, esse entendimento demonstra grande preconceito ao determinar que duas pessoas do mesmo sexo não possam, jamais, viver uma relação de afeto e em consequência configurar entidade familiar, sendo irrelevantes as provas de que exista o convívio e afeto característicos das uniões heterossexuais. (OPPERMANN, 2011)

4.1.2 O RECONHECIMENTO AO DIVERSO: ANALOGIA

Para Oliveira (2011), enquanto não se concretiza normatividade que legalize de forma expressa a união entre pessoas do mesmo sexo, os Tribunais não podem negar a prestação jurisdicional, e para tanto fazem uso das leis já existentes no ordenamento jurídico, assim como dos parâmetros fundamentais norteadores do Direito.

Em relação ao reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos é cabível a utilização da analogia, pois atribui situação idêntica a união estável entre um homem e uma mulher, devendo tal norma surtir efeitos jurídicos a ambos os relacionamentos e, desta forma, garantir a efetivação dos direitos fundamentais evitando discriminações e atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para o autor, esta é alternativa perfeitamente aceitável frente às lacunas da lei, alavancando o reconhecimento das uniões entre parceiros homossexuais como entidades familiares, desde que demonstrem a presença dos requisitos necessários à união estável, qual seja, a convivência pública, contínua, duradoura e acima de tudo, estabelecida com o objetivo de constituir família. (OLIVEIRA, 2011)

Nesse sentido versa Maria Berenice Dias (2010, p.85):

Ainda que haja certa resistência em reconhecer como não-escrita a restrição constante do indigitado dispositivo, não há como deixar de estender a proteção estatal às relações homossexuais. Substituir juridicidade a um fato social implica deixar o indivíduo à margem da própria cidadania, o que não se comporta no âmbito do Estado Democrático de Direito. O silêncio constitucional e a omissão legiferante não podem levar à negativa de se extraírem efeitos jurídicos de tais vínculos, devendo o juiz

fazer uso da analogia, atendendo à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Conforme a visão de Oliveira (2011), não há nada mais natural do que a extensão do regime jurídico que contempla a união entre heterossexuais para as uniões homoafetivas, já que em ambas estão presentes os elementos essenciais identificadores da união estável, já citados acima, e além dos já mencionados a afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática. A analogia é expressão que sugere a ideia de proporção, correspondência e semelhança, não são coisas que possuem o mesmo significado e nem diversas, as quais se confundem ou enganam, mas sim semelhantes.

Segundo Fontanella (2006), não existe qualquer diferença entre heteros e homossexuais, sem contar a diferença de gênero e a orientação sexual voltada ao mesmo sexo, buscando ambos os relacionamentos a felicidade e a liberdade para constituírem família, desta forma, apresentam os mesmos propósitos, todos baseados no afeto. A lacuna existente na lei, em relação a união entre pessoas do mesmo sexo, deve ser adaptada por legislação que regulamente os relacionamentos heteros, os quais possuem as mesmas características.

A analogia, segundo Regis Fernandes de Oliveira, pode ser descrita da seguinte forma:

No campo jurídico, pode a analogia ser definida como um processo lógico pelo qual o aplicador da lei adapta, a um caso concreto não previsto pelo legislador, norma jurídica que tenha o mesmo fundamento. Pode a analogia ser conceituada, também, da seguinte forma: operação que consiste em aplicar, a um caso não previsto, norma jurídica concernente a uma situação prevista, desde que entre ambos exista semelhança e a mesma razão jurídica para resolvê-los de igual maneira. (OLIVEIRA, 2011, p. 205)

O autor acima citado ainda traz algumas expressões romanas que ilustram de forma ilustre o instituto da analogia, sendo a primeira delas, *Ubi eadem ratio ibi idem jus*, que quer dizer, onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito. A segunda, *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*: onde impera a mesma razão deve prevalecer à mesma decisão. A analogia tem o objetivo de assegurar a vitalidade do direito positivado, impedindo que novas situações sociais fiquem desamparadas pelas leis, de certa forma, a analogia permite ampliar o sentido de uma norma, pois incorpora a ela, através da semelhança, novas situações.

Com relação às mutações frequentes no contexto cultural e a evolução da vida em sociedade versa Maria Helena DINIZ:

O direito é uma realidade dinâmica, que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-as, adaptando-as às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, britando no contexto cultural. A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de modo que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais de forma constante estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida. (DINIZ, 2006, p. 68)

O reconhecimento da união estável entre parceiros homossexuais através da analogia é bastante exitoso, sendo que demonstra-se eficaz ao adaptar a situação ainda não positivada, em decorrência às constantes transformações sociais. O gênero de uma relação não altera o objetivo principal da união estável, que é o reconhecimento como entidade familiar. (DINIZ, 2006)

Para Dias (2011) a analogia deve ser aplicada para o reconhecimento das uniões homoafetivas, tanto em relação à união estável, quanto ao casamento civil, quando tais relações tiverem como fundamento o afeto e os demais elementos necessários aos institutos caracterizadores de entidade familiar.

4.1.3 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS EM BUSCA DA CONTEMPLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No entendimento de Barroso (2006), a analogia é tese acessória, sendo a tese principal a inclusão das uniões homoafetivas através dos princípios constitucionais, os quais impõe a inclusão de tais relacionamentos no regime jurídico da união estável, já que este instituto praticado por casais com orientação homossexual são apenas uma espécie do gênero em questão.

O regime jurídico da união estável deve ser aplicado também às uniões homossexuais, e tal aplicação deve se dar em razão da extensão direta dos princípios constitucionais. A forma imediata na qual deve ser estendido um regime jurídico ao outro não importa qualquer violação da lei que regulamenta a união estável. A referência feita na lei, “o homem e a mulher”, não traduz qualquer impedimento no reconhecimento das uniões homoafetivas, bem como não existe

qualquer vedação em todo o sistema constitucional. A forma como a norma foi escrita apenas transmite a necessidade histórica em superar os preconceitos contra os homens e mulheres que se uniam sem a realização do casamento civil, ou seja, viviam em união estável. Uma regra constitucional não admite interpretação que contrária aos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, expressão nuclear de todo o sistema constitucional brasileiro. (BARROSO, 2006)

Conforme Barroso (2006) e sua tese principal, não existe omissão normativa referente às uniões homoafetivas, pois os princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade humana, impunham a extensão do regime jurídico da união estável às referidas relações de afeto, entretanto, considerando a existência de lacuna legiferante, esta deve ser sanada através dos mesmos princípios constitucionais, e por último, mediante o emprego da analogia.

Luís Roberto Barroso (2006, p. 280) dispõe sobre os princípios constitucionais e a importância deles na sociedade atual:

Nas últimas décadas, houve profunda mutação no papel dos princípios jurídicos, como já assinalado em outra parte deste estudo. Os princípios, notadamente os princípios constitucionais, passaram a funcionar como a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral, permitindo a leitura moral do Direito.

Giorgis (2001) compartilha do mesmo entendimento de Barroso (2006), entende que o reconhecimento da união estável homoafetiva deve ser dar em razão da aplicação dos princípios constitucionais, pois com o emprego da analogia, caso uma emenda constitucional retirasse da Carta Política a união estável, ficariam os aplicadores do direito sem a possibilidade de reconhecer as relações fruto de orientação homossexual, desta forma, estas não podem depender da existência da união estável. Os juízes devem encontrar soluções aos casos concretos mesmo em situações que não existam legislação expressa, ou mesmo semelhante.

Demonstra-se cabível a aplicação direta dos princípios constitucionais, já que estes são normas substanciais, a expressão de um valor e, não somente normas que se resumem a interpretação das demais. As normas constitucionais podem ser invocadas e conseqüentemente aplicadas à um caso concreto, como

fonte normativa, quando não existirem leis infraconstitucionais que regulamentem uma situação que necessita de amparo jurídico. Mesmo que tais princípios não sejam aplicados de forma direta, podem ser utilizados como fonte de interpretação para sanar possíveis lacunas normativas. Dentre todas as regras constitucionais, a mais importante é a da dignidade da pessoa humana, pois reflete seus efeitos a todo o sistema jurídico nacional, ou seja, um valor ético e moral. (DIAS, 2010)

No que se refere às uniões homoafetivas, mesmo a união estável tendo sido estabelecida constitucionalmente com a distinção de sexos, não a faz norma de exclusão, já que não existe posituação que proíba tal reconhecimento. Assim, a orientação homossexual não justifica a busca por direitos, a partir dessa classe de minorias, em ramo diverso ao direito de família. Os juízes devem basear-se nos princípios constitucionais, sendo estes norteadores do Estado Democrático de Direito exigem respeito aos direitos fundamentais e ao princípio mestre da dignidade humana. (DIAS, 2010)

Oliveira (2011) também menciona como alternativa principal ao reconhecimento das uniões homoafetivas a utilização do conjunto de princípios, impondo às relações ditas fora do normal o regime jurídico das uniões estáveis heterossexuais. O direito a dignidade da pessoa humana impede a discriminação das pessoas em razão de sua orientação sexual, impondo limites bastante rígidos ao tratamento diferenciado às uniões entre pares do mesmo sexo. O princípio garante proteção jurídica completa e eficaz.

As entidades familiares dispostas no artigo 226, § 4º, da Constituição Federal - a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes - expressam um rol apenas exemplificativo, já que os tipos familiares são derivados das experiências concretas de vida, devendo assim ser interpretadas e adaptadas ao conceito mais amplo de entidade familiar constante no caput do mesmo artigo acima mencionado. Tal norma somente poderia ser interpretada como taxativa e, por conseguinte, exclusiva às uniões homoafetivas, caso houvesse lei explícita no ordenamento jurídico, a qual vedasse a tutela dessas relações. (FONTANELLA, 2006)

A aplicação das normas constitucionais aos casos reais ocorre a partir da função integradora e hermenêutica do princípio da dignidade humana, nesse sentido anota Ingo Wolfgang Sarlet:

De outra banda, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que esta serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos Direitos Fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna. Esta eficácia de natureza jurídico-objetiva não se restringe a estes aspectos, assumindo ainda maior relevância quando se verifica que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana constitui, em verdade, uma norma legitimadora de toda a ordem social e comunitária, demonstrando em última análise que a nossa Constituição é acima de tudo uma Constituição da Pessoa Humana por excelência. Neste sentido, costuma afirmar-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimos caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade da Pessoa Humana. Assim, a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor. (SARLET, 2001, p.113)

Sarmiento (2010) é mais um dos autores que defende o reconhecimento das uniões homoafetivas no ordenamento jurídico brasileiro, independente de qualquer mediação legislativa, ou seja, os casamentos ou uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo ocorrem em razão da aplicação direta dos princípios constitucionais, já que tal reconhecimento à entidade familiar encontra-se implícito constitucionalmente.

Segundo Fontanella (2006) a maior discussão doutrinária brasileira em relação às uniões homoafetivas se dá, não em razão de dúvidas sobre o seu reconhecimento ou não, mas sim a forma pela qual será inserida ao Direito de Família, ou seja, equiparando-as à união estável através de analogia ou pelo reconhecimento das relações entre pares do mesmo sexo a partir da aplicação direta dos princípios constitucionais.

No entendimento de Fontanella (2006) não se faz necessária a utilização da equiparação da união homossexual à união estável, pois a omissão de lei que regulamente de forma expressa aquelas uniões não as impedem de serem reconhecidas. Tal reconhecimento acontece de forma autoaplicável, já que as uniões homoafetivas são constitucionalmente protegidas originariamente e por sua natureza fundamental.

No mesmo sentido aduz Roger Raupp Rios:

Não há dúvida de que a analogia tem o mérito de reconhecer o caráter familiar às uniões homossexuais que satisfazem os pressupostos hoje valorizados pelo Direito de Família e consagrados na Constituição. No entanto, uma vez fixados estes pressupostos, o reconhecimento da pertinência dessas uniões do Direito de Família, prescinde, inclusive, da existência da União Estável como espécie autônoma de comunidade familiar. Imagina-se por hipótese, que emenda constitucional retirasse do

texto constitucional a previsão da União Estável, sem nada dispor. Tal procedimento não impediria que a legislação e a jurisprudência continuassem a desenvolver e atualizar o Direito de Família, reconhecendo a pertinência tanto da referida União Estável quando das uniões homossexuais ao Direito de Família. Vê-se, portanto, que a qualificação jurídica familiar às uniões homossexuais não depende da existência de União Estável. Trata-se, mas do que analogia, de comunhão de características típicas do conceito jurídico de família às duas situações. (RIOS, 2001, p. 124)

Ainda segundo Rios (2001) quando não há legislação infraconstitucional que cuide de forma direta de certa situação fática, uniões homossexuais, deve ela ser regida pelos princípios constitucionais e demais aplicáveis ao Direito de Família, devendo estar unificadas apenas com os valores de dignidade que integram as pessoas como um todo e não submetidas a outro instituto jurídico.

Diante a exposição das diferentes modalidades de reconhecimento das uniões homoafetivas, mesmo que de forma singela e sem esgotar as possibilidades existentes na doutrina, podemos perceber que não existem argumentos que justifiquem a negação aos homossexuais do reconhecimento pleno das relações estáveis, contínuas, duradouras e baseadas no afeto, em especial, com a intenção de constituir família, devendo tal reconhecimento gerar todos os efeitos jurídicos pertinentes às uniões amorosas.

4.2 O CRESCENTE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A CONTEMPLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Mesmo sendo nítido o preconceito e discriminação existente em toda a sociedade, moléstias estas que contaminam todas as esferas da vida, não podemos deixar de notar avanços bastante significativos em relação ao reconhecimento das uniões homoafetivas. As relações vivificadas entre os homossexuais permanecem às margens do legislativo, no entanto, as decisões reiteradas em favor do reconhecimento dessas famílias vêm estreitando a cada dia a plena contemplação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no que se refere a efetivação dos direitos homoafetivos. (MATOS, 2011)

Segundo Sarmiento (2010) a trajetória do reconhecimento jurídico às uniões homoafetivas no Brasil teve início com decisões judiciais que equipararam as referidas relações à meras sociedades de fato, sem estabelecer qualquer vínculo de

afetividade ao casal. A primeira decisão foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 1989, na lide discutia-se os bens deixados pelo artista plástico Jorge Guinle Filho, um dos pares homossexuais, ao falecer após 17 anos de convívio. Versa a ementa oficial:

Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais. Comprovada a conjugação de esforços para a formação do patrimônio que se quer partilhar, **reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha**. Isto, porém, não implica, necessariamente, em atribuir ao postulante 50% dos bens que se encontram no nome do réu. A divisão há de ser proporcional a contribuição de cada um. Assim, se os fatos e circunstâncias da causa evidenciam uma participação societária menor de um dos ex-sócios, deve ser atribuído a ele um percentual condizente com a sua contribuição. (TJRJ, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 731/89, julgada em 08.08.89.) (SARMENTO, 2010)

Alguns anos após o entendimento que passou a tratar as uniões homossexuais como sociedades de fato e em 1998 foi proferida decisão pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual proferiu sentença unânime ao decidir pela aplicação do artigo 1.363 do Código Civil sempre que a união homoafetiva demonstrar os elementos presentes no dispositivo: “mútua cominação de esforços para lograr fim comum”.

SOCIEDADE DE FATO. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1.363 do CCivil. RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram a doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexu de causalidade. Art. 159 do CCivil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso reconhecido em parte e provido. (STJ. Resp. nº 148.897-MG, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.02.98) (SARMENTO, 2010)

Apesar do grande avanço alcançado pela aplicação das sociedades de fato frente a negação total de direitos anteriormente a elas, não demonstra-se satisfatória, pois como já debatido em tópico específico o instituto atende apenas uma pequena parte da pretensão homoafetiva, a esfera econômica. Renega o caráter familiar às uniões entre pessoas do mesmo sexo e afronta significativamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Desta forma, não é cabível dizer que tais decisões reconheçam os direitos homoafetivos. (SARMENTO, 2010)

Contudo, as decisões jurisprudenciais já evoluíram muito, sendo que os primeiros passos dados surgiram no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual já se manifestou em relação a competência das varas da família para processar e julgar as ações de reconhecimento das entidades familiares homoafetivas, a dissolução das uniões entre pessoas do mesmo sexo, a viabilidade de adoção conjunta de criança por casal homossexual. Dentre as diversas decisões favoráveis uma se destacou diante o pronunciamento marcante em prol do reconhecimento dos direitos homoafetivos. (SARMENTO, 2010)

Julgado proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relatado pelo Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, o qual apresenta a ementa a seguir:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMONIO. MEAÇÃO. PARADIGMA.

Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceito, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros (TJRGS – AC 7000138892 – 7ª CCiv. - Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis – j. 14.03.2001) (SARMENTO, 2010)

O julgado demonstra como são recentes as decisões que reconhecem os direitos homoafetivos, sendo a decisão acima exposta a primeira que deferiu herança ao parceiro do mesmo sexo, na justiça brasileira. (LETTIÈRE, 2010)

Outro julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bastante marcante, segundo Fontanella (2006), datado em 01 de março de 2000, reconhece às uniões homoafetivas com base na aplicação direta dos princípios fundamentais constitucionais, segundo ementa:

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de União Estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto a União Homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo,

com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação Provida. (TJRGS – AC nº 598362655 - Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade – j. 01.03.2000) (FONTANELLA, 2006)

Uma decisão mais recente proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu a união homoafetiva mediante a utilização de analogia, bem como a observância dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Conforme dispõe a ementa:

DIREITO DE FAMÍLIA – AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA – ART. 226, § 3º, DA CF/88 – UNIÃO ESTÁVEL – ANALOGIA – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – VERIFICAÇÃO – Inexistindo na legislação lei específica sobre a união homoafetiva e seus efeitos civis, não há que se falar em análise isolada e restritiva do art. 226, § 3º, da CF/88, devendo-se utilizar, por analogia, o conceito de união estável disposto no art. 1.723 do Código Civil/2002, a ser aplicado em consonância com os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, caput Cabeça de Artigo (de Lei, de uma Ata, Contrato, etc.) que inclui parágrafos, itens ou alíneas e inc. I, da Carta Magna) e da dignidade humana (art. 1º, inc. III, c/c art. 5º, inc. X, todos da CF/88). TJMG AC 1.0024.09.484555-9/001, rel. Des. Elias Camilo, p. 20/04/2010. (SARMENTO, 2010)

Existem também decisões favoráveis advindas dos Tribunais Regionais Federais, bem como do próprio STJ, no campo previdenciário, as quais reconhecem o direito à um dos homossexuais do casal o recebimento de pensão por morte, tanto do INSS, quanto estatutária. Um exemplo é o julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual versa a ementa a seguir:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. COMPANHEIRO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. REALIDADE FÁTICA. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS. EVOLUÇÃO DO DIREITO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE. ARTIGOS 3º, IV E 5º. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, como se casados fossem. 2. O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório. 3. O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV, e 5º, aboliram definitivamente qualquer forma de discriminação. 4. A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas

relações interpessoais. 5. A dependência econômica do companheiro é presumida, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei nº 8.213/91.6. Estando comprovada a qualidade de segurado do de cujus na data do óbito, bem como a condição de dependente do autor, tem este o direito ao benefício de pensão por morte, o qual é devido desde a data do ajuizamento da ação, uma vez que o óbito ocorreu na vigência da Lei nº 9.528/97.7. As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente desde quando devidas, pelo IGP-DI (Medida Provisória nº 1.415/96).8. Juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação.9. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a execução do julgado.10. Apelações providas. (TRF-4 - AC: 73643 RS 2000.04.01.073643-8, Relator: NYLSON PAIM DE ABREU, Data de Julgamento: 21/11/2000, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/01/2001 PÁGINA: 373) (SARMENTO, 2010)

A decisão concede pensão por morte a companheiro fruto de união homoafetiva, sendo que inicialmente menciona a evolução da sociedade e falta de possibilidade de não julgamento pela lacuna legiferante, em seguida veda a discriminação e após dispõe as razões de cabimento de acordo com princípios constitucionais e as leis referentes à questão previdenciária.

O Supremo Tribunal Federal também se manifestou em relação às uniões entre homossexuais através da ADPF nº 132-RJ e ADI nº 4.277-DF, sendo que as duas foram julgadas conjuntamente e tinham como finalidade principal a “interpretação conforma a Constituição” do art. 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família.”(CHAVES, 2011)

O Supremo, após complexo julgamento, mais uma vez inovou e, de certa forma, legislou sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo, ao final, reconheceu as referidas uniões como entidades familiares e determinou que delas emanam todos os direitos e deveres da união estável entre o homem e a mulher. Tal decisão foi largamente fundamentada pelo Princípio máximo da Dignidade da Pessoa Humana, mais acima de tudo, efetivamente reconheceu os direitos homoafetivos, diminuindo preconceitos e proporcionando às minorias, até então renegadas, a tão almejada dignidade. (CHAVES, 2011)

No corrente ano, após a referida decisão a favor das uniões do mesmo sexo, ocorrida em 2011, pela qual se concedeu as mesmas regras e consequências das uniões entre os heterossexuais, tanto no que se refere as uniões estáveis, quando ao casamento civil. Tal decisão inspirou importante determinação do Conselho Nacional de Justiça, o qual firmou regra obrigando os cartórios a realizar o

casamento entre iguais, atualmente inúmeros casais homoafetivos estão procurando os cartórios de todo o país para a realização de tão importante passo em busca ao reconhecimento das uniões homoafetivas. (OLIVEIRA, 2013)

Vale mencionar a grande importância das diversas jurisprudências, no entanto, ainda mais importante seria a consagração dos direitos homoafetivos em normas jurídicas, pois somente a lei é capaz de assegurar com firmeza os direitos dos casais homossexuais. Tal reconhecimento através do poder legislativo acabaria de vez com as polêmicas em relação ao assunto e, os integrantes dessa minoria homossexual não mais dependeriam da interpretação dos juízes para serem reconhecidos os seus direitos e contemplada a sua dignidade. (OLIVEIRA, 2011)

O reconhecimento dos direitos homoafetivos nada mais é do que uma consequência do Estado Democrático de Direitos, o qual tem como fundamento principal a contemplação do princípio da dignidade da pessoa humana. Cada pessoa deve ser respeitada em sua integralidade e principalmente no que diz respeito aos fatores particulares do indivíduo, como sua identidade e orientação sexual, pois só assim obterá êxito na constante busca pela felicidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciando o processo de conclusão desse trabalho far-se-á um resgate dos temas tratados em cada capítulo, com o propósito de extrair de cada momento a contribuição central para a articulação do tema e problema desenvolvido.

No primeiro capítulo foi construído um breve histórico da homossexualidade, sua origem e evolução. A presença do comportamento homossexual no tempo e no espaço, desde os primeiros registros à visão atual. Foi exposto também a mudança de concepção em relação as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A atração entre iguais está presente desde os primórdios da humanidade, tendo sido constatados registros nas antigas civilizações, povos selvagens e indígenas, assim como nas monarquias. Apesar da existência do comportamento homossexual não encontrar negação ao longo do tempo, ganhou grande destaque nas civilizações grega e romana. As restrições surgiram com a ascensão das religiões, em especial da Igreja Católica, a qual liderou as perseguições e o combate às pessoas inclinadas a orientação homossexual, em todo mundo. Tal criminalização apenas perdeu força em meados do século XIX, deixou de ser vista como pecado para ser encarada como doença, em nada mudando com relação ao reconhecimento dos direitos homoafetivos. Apenas na década de 70 e seguintes, a homossexualidade deixou para trás a concepção de doença e até mesmo de opção, passando a alcançar a ideia de orientação sexual,

neste momento inicia-se o processo de reconhecimento dos direitos aos pares homossexuais.

No segundo capítulo faz-se uma explanação dos princípios constitucionais, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, já que este é fundamento de todo o ordenamento jurídico e principal proteção aos direitos de cada ser humano em sua totalidade, inclusive no que diz respeito aos direitos homoafetivos.

Os princípios constitucionais são diretrizes para a aplicação e interpretação do Direito, desta forma a sua transgressão demonstra grande gravidade e conseqüente inconstitucionalidade. Estes são diversos das regras, que são contempladas em sua totalidade ou devem ser afastadas, não correspondendo a um valor. Em meio aos diversos princípios constitucionais o da dignidade da pessoa humana é valor supremo do Estado Democrático de Direitos, visto como qualidade intrínseca do ser humano o protege de ações degradantes, bem como exige ações positivas por parte do Estado, em busca do respeito e felicidade para todos indivíduos. Grande é a ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a homoafetividade, pois os seres humanos são fins em si mesmos e seus projetos pessoais de vida, independente de quais forem, são dignos de igual respeito e consideração. O capítulo demonstra que apenas com o reconhecimento dos direitos homoafetivos as pessoas portadoras de orientação homossexual estarão sendo contempladas em sua dignidade. Ainda demonstra que todos os direitos fundamentais são valorados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um deles o da livre orientação sexual, apesar de não estar positivado de forma literal na Constituição Federal.

O terceiro capítulo traz as formas de reconhecimento dos direitos homoafetivos e diversos julgados que demonstram a evolução no reconhecimento desses direitos.

Apesar da necessidade de norma legislativa reconhecendo os direitos homoafetivos, diante a omissão legiferante, o judiciário tem se demonstrado bastante próativo em suas decisões. Inicialmente através das sociedades de fato, sendo esta inegavelmente forma de reconhecimento, não se pode deixar de observar tamanha violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Após constantes lutas para o reconhecimento dos direitos homoafetivos em busca da contemplação do princípio da dignidade da pessoa humana, tem o judiciário cada

vez mais utilizado a aplicação direta dos princípios constitucionais ou mesmo a utilização destes princípios para sanar as lacunas da lei e até a analogia, através da aplicação de leis semelhantes existentes no ordenamento jurídico vigente. Não se deve ignorar ainda a evolução em relação a gama de direitos que vêm sendo devidamente reconhecidos como, o direito de tais lides serem julgadas nas varas da família, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, a sua dissolução e demais atinentes a qualquer união entre duas pessoas, ligadas a laços de afeto e com o comum objetivo de constituir família.

Relacionando, portanto, as opiniões e construções bibliográficas dos autores em questão fica evidenciado a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana no reconhecimento dos direitos homoafetivos.

Pelo fato de a presente pesquisa estar inserida na área das ciências humanas demonstra-se difícil uma resposta exata aos questionamentos iniciais, os quais impulsionaram tal trabalho de conclusão de curso, entretanto, no decorrer da pesquisa foi possível responder às referidas problematizações.

O reconhecimento dos direitos homoafetivos, para o combate da rejeição, discriminação e preconceitos, deveria estar inseridos em nosso ordenamento jurídico através de normas permissivas e garantidoras desses direitos, porém, não existe no Direito brasileiro leis que conheçam as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

No entanto, vale mencionar, que mesmo diante a omissão do poder legislativo, os direitos homoafetivos estão sendo efetivamente contemplados através do poder judiciário, o qual, por necessidade, encontra-se no papel de verdadeiro legislador aos casos em concreto. O reconhecimento desses direitos atinge a contemplação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois permite aos homossexuais dispor da sua vida particular e identidade livremente.

Muitos homossexuais ainda sentem-se reprimidos pelo preconceito e discriminação demonstrados pela maioria da sociedade, parcela a qual se autodenomina convencional, “normal”, entretanto é visível o crescente número de pessoas que estão se sentindo mais seguras para “saírem de traz do armário” e o reconhecimento dos direitos à esses corajosos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 669p.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mais iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Amicus Curriae**: Revista do Curso de Direito da UNESC, Criciúma, v.3, n.3, p. 279-316, dez. 2006.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o novo Código Civil: breves reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n.8, jul. 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 808p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Vade Mecum RT. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 164p.

CARDOSO, Luis Fernando. O que é orientação sexual. São Paulo: Brasiliense, 1996. 74p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-176.

CHAVES, Marianna. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3092, 19 dez. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20672>>. Acesso em: 29 out. 2013.

CORRÊA, Marcos José Gomes. Direitos Humanos: Concepção e Fundamento. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coord.). **Direitos Humanos: Fundamentos, Proteção e Implementação**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 23- 40.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 320p.

_____. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

_____. Rumo a um novo ramo do direito. In: **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Maria Berenice Dias (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 250-263.

_____. **Homoafetividade: o que diz a justiça! As decisões pioneiras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 17p.

_____. Vínculos hetero e homoafetivos. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família, IDEF (org.). **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 145-147.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 304p.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, teoria geral. Vol 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 569p.

FONTANELLA, Patrícia. **União Homossexual no Direito Brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2006. 128p.

FRANÇA, Maria Rgina Castanho. Famílias homoafetivas. Revista brasileira de psicodrama: Federação brasileira de psicodrama, São Paulo, v.1, p. 21-33, set. 1990.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família, IDEF (org.). **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 115-143.

GUIMARÃES, Anibal. Sexualidade Heterodiscordante no Mundo Antigo. In: **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Maria Berenice Dias (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27-35.

_____. Relações homossexuais: da marginalidade para o sistema jurídico nessecidade de definição da natureza jurídica das relações homossexuais. A relação homoerótica e a partilha de bens. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família, IDEF (org.). **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 149-156.

IBIAS, Delma Silveira. Aspectos Jurídicos acerca da homossexualidade. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família, IDEF (org.). **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001, p.73-102.

LOREA, Roberto Arriada. A influência religiosa no enfrentamento jurídico de questões ligadas à cidadania sexual: Análise de um acórdão do Tribunal de Justiça do RS. In: Roger Raupp Rios (org). **Em defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2007, p.169-193

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba, PR: Juruá, 2003. 141p.

MATOS, Ana Paula Harmatiuk. Perspectiva civil-constitucional. In: **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Maria Berenice Dias (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 128-140.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1592p.

MIRANDA, Jorge. **Escritos vários sobre direitos fundamentais**. Portugal: Principia, 2006. 519p.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 26p.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual**: proteção constitucional. Curitiba, PR: Juruá, 2006. 154p.

OLIVEIRA, Mariana. Decisão do STF inspirou regra sobre casamento gay, diz ministro. Do G1, Brasília. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/05/decisao-do-stf-inspirou-regra-sobre-casamento-gay-diz-ministro.html>. Acesso em: 16 dez. 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Homossexualidade**: Uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 288p.

OLIVEIRA, Frederico Batista de. **A concretização constitucional do direito homoafetivo**: da união estável ao casamento civil. 2011. 134 f. Dissertação (Pós-graduação em Direito Político e Econômico). Área de concentração: Direito Homoafetivo – Universidade Presbiteriana Mackenzie.

OPPERMANN, Marta Cauduro. Competência das varas de família. In: **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Maria Berenice Dias (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 289-297.

RICHTER, Daniela; TABARELLI, Liane. A efetivação dos direitos sociais como pressuposto à concretização da dignidade da pessoa humana e a jurisdição constitucional. In: GORCZEVSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos fundamentais contemporâneo**. Santa Cruz do Sul, RS: IPR, 2008. 420 p.

RIGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios constitucionais. In: **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Maria Berenice Dias (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.177-192.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2001. p. 102-06.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v.43, n.0, p.

SALES, Dimitri Nascimento. Direito à Visibilidade: **Direito Humano da População GLBTT**. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coord.). Direitos Humanos: Fundamentos, Proteção e Implementação. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 927-944.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 158p.

SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010. p. 337-362.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 152 p.

SILVA JUNIOR, Enezio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In: **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Maria Berenice Dias (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 97-115.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho. Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família, IDEF (org.). **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. Curitiba: Juruá, 2001, p.103-113.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A hermenêutica jurídica. In: **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Maria Berenice Dias (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 141-159.

_____. O princípios fundantes. In: **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. Maria Berenice Dias (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 199-235.