

A UNIÃO E O CASAMENTO HOMOAFETIVO BASEADO NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS.

Caio Rodrigues Cid (1); Pedro Henrique Martins Mesquita (2); Orientador Betania Moreira de Moraes (3)

Curso de Direito - Universidade Estadual Vale do Acaraú (1); Curso de Direito - Universidade Estadual Vale do Acaraú (2); Orientador- Universidade Estadual Vale do Acaraú; caiorodriguescid97@outlook.com

INTRODUÇÃO

Observa-se que a homossexualidade sempre esteve presente ao longo da história humana (ESKRIDGE, 1993 apud SIQUEIRA; FRAGA, 2014, p.74-75). Nesse sentido, vê-se que embora não haja legislação específica para esse comportamento humano, as relações homoafetivas continuarão a existir. Ademais, considerando ser esta uma minoria historicamente oprimida pela sociedade, é papel do Estado reconhecê-la e oferecer proteção formal de maneira expressa na lei. Partindo dessa premissa, se discutirá, não só, a necessidade de uma regulamentação específica sobre o tema, como também o caminho percorrido para o reconhecimento desta questão ao redor do globo e no Brasil, perante entendimentos doutrinários e jurisprudenciais do sistema judiciário brasileiro.

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa de natureza básica, a qual se utiliza do método científico dialético, pois busca compreender um fato social de maneira que se considere todos os seus aspectos, suas relações e conexões, nesse caso, a união e o casamento homoafetivo tendo por base os princípios da constituição brasileira; sendo expositivo o seu objetivo de estudo, uma vez que procura explicar sobre o assunto a partir da descrição; e o procedimento utilizado é o bibliográfico e documental, ou seja, busca aprofundar os conhecimentos, sobre uma visão jurídica e social, de uma determinada realidade, o casamento homoafetivo, partindo de estudos e materiais publicados, como também da análise de documentos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Tem-se o entendimento que família se trata do agrupamento humano predecessor de todos os outros, biologicamente e sociologicamente, sendo esta, um terreno para atividades de cunho natural, biológico, psicológico, filosófico e sobretudo, cultural (FARIAS; ROSENVALD, 2013). Os últimos elementos colocam a família como um ambiente suscetível a escolhas e orientações, ou seja, abre-se a possibilidade para a pluralidade. Assim, a família, como descrito por Sarti (2000 apud FARIAS; ROSENVALD, 2013) não se trata de totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas. Essa ambientação, portanto, coloca a família como elemento essencialmente humano.

Esse arcabouço de entendimentos e concepções colocam a família como uma entidade sociológica atrelada intimamente às mudanças históricas e sociais pelas quais passam a humanidade, possuindo, portanto, uma diversidade de matizes, fatores, configurações e evolução que se adequam a realidade histórica na qual estão inseridas, chegando-se à conclusão que a família possui uma história e evolução tão antiga quanto a própria história da humanidade.

A homoafetividade, por exemplo, ao longo da história humana foi tratada das mais diversas maneiras. Encontram-se indícios de reconhecimento das relações homoafetivas em diferentes períodos e sociedades. Nas sociedades egípcias e mesopotâmicas gravuras, literatura e cultura demonstram este reconhecimento, assim como na cultura greco-romana, onde é consenso entre os historiadores que esses comportamentos eram, inclusive, aceitos socialmente. Há também indícios desses comportamentos entre os povos ameríndios, em culturas africanas, povos asiáticos e aborígenes da região da Oceania. Observa-se, portanto, que as relações homossexuais eram praticadas em diferentes períodos e sociedades (ESKRIDGE, 1993 apud SIQUEIRA; FRAGA, 2014, p.74-75). Em se tratando de rejeição, pode se considerar que a partir do período medieval, influenciado pelas mudanças históricas e sociais, a concepção de relações afetivas (e carnavais) passou a ser vista exclusivamente como a que ocorre entre pessoas de sexos diferentes, perpassando por vários períodos históricos e permanecendo na concepção de família nuclear contemporânea pós-revolução francesa e industrial. (SIQUEIRA; FRAGA, 2014).

Sobre a família nuclear pós-revoluções, é necessário e importante destacar a grande influência no Código Civil Brasileiro de 1916 no que tange ao tratamento das famílias e por ser esse o ponto de início para as transformações da concepção de relação familiar, com ênfase na realidade brasileira. Em princípio a unidade familiar deste período, e consequentemente do Código Civil, era fundada exclusivamente no matrimônio, vista como unidade de produção, hierarquizada, biológica, institucional e exclusivamente heteroparental (FARIAS; ROSENVALD, 2013).

O alto grau de desenvolvimento técnico-científico visto no decorrer do século XX e contínuo nos dias atuais ocasionou um turbilhão de mudanças na sociedade, transformando-a em todos os aspectos, inclusive culturais, e possibilitou, por exemplo, a concepção artificial de seres humanos. Todas essas mudanças colocaram em perspectiva uma preocupação necessária com a proteção da pessoa humana – a tutela do “ser”. Funda-se então no seio dessas transformações, uma família que deixa de ser uma entidade de produção e que passa a ter o afeto como base estrutural, tendente a promover a dignidade humana e a felicidade de seus membros. Com isso, abre-se a possibilidade de novos arranjos familiares que cumprem essa nova destinação da família, chegando-se a conclusão de que as uniões homoafetivas, não mais rejeitadas como outrora devido as transformações sociais e o respaldo em princípios, são reconhecidas como grupos familiares.

Vê-se, dessa forma, que o papel do Estado é de acolher e proteger todos os indivíduos e grupos que sofrem alguma maneira de discriminação e não “excluí-los”; ao passo que a homossexualidade é um fenômeno reiterado observado em todos os séculos da vida humana, e, por conseguinte, como todo fato relevante, merece total atenção do Direito. De acordo com Barroso (2007), a homossexualidade trata-se de um fato da vida, existindo serias pesquisas que comprovam que a orientação sexual é decorrente de fatores genéticos e não sociais. Nessa linha, observa-se que mesmo sem a proteção do Estado, as relações homoafetivas vão continuar a existir sem a seguridade que todo fato jurídico relevante deve ter.

Além disso, observa-se uma tendência ao reconhecimento homoafetivo, tanto por meio de atos normativos, quanto por decisões judiciais. Nesse contexto, a comparação entre o Brasil e entre outros países do mundo demonstra que estamos caminhando, mas sem uma regulamentação efetiva do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Entretanto, o primeiro país a autorizar legalmente o casamento homoafetivo foi a Holanda em 2001, com efeitos jurídicos iguais ao casamento de heterossexuais. Nos dois anos seguintes, a Bélgica seguiu os holandeses e também regulamentaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Portugal, embora o Brasil não seja mais sua colônia, possui uma relação cultural muito forte com o país, também legalizou. (RAMOS JÚNIOR; BENIGNO, 2013).

Na América do Norte, vê-se esse fenômeno no Canadá, o qual regulamentou em 2005, e Estados Unidos, onde alguns tribunais estaduais já decidiram pela constitucionalidade do casamento

homoafetivo, exemplo disso: Washington, Nova Iorque, Minnesota, dentre outros. Outrossim, a Argentina, vizinha deste país, é o exemplo a ser seguido na América do Sul, pois a legislação autônoma de Buenos Aires reconhece, desde 2002, esse tipo de união. No continente africano, a Corte Constitucional da África do Sul decidiu que a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo é inconstitucional. (RAMOS JÚNIOR; BENIGNO, 2013).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Os ministros julgaram inicialmente, nessa linha, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, logo em seguida foi protocolada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277- segundo a Corte, a proibição do casamento homoafetivo é inconstitucional uma vez que contraria alguns princípios da Constituição Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011). Seguindo esse rumo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, em 2013, a resolução 175, proibindo que as autoridades competentes se recusem a celebrar casamentos civis ou conversão de uniões estáveis em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Percebe-se, nesse sentido, os grandes passos que o tema conseguiu no nosso país, porém ainda não existe uma legislação sólida para regulamentá-lo como nos países apresentados. (FRAGA; SIQUEIRA, 2013).

Essas decisões só puderam ser possíveis devido aos princípios inseridos na Constituição Brasileira de 1988, estando a mesma estabelecida em um ambiente constitucional-filosófico conhecido por “Pós-Positivismo”, onde busca-se uma reaproximação do Direito com a Ética e tem como ideias basilares, segundo Barroso (2007): a reintrodução dos valores na norma jurídica, a normatização dos princípios e uma teoria de direitos fundamentais edificada sob a dignidade humana.

Podem ser elencados como princípios fundamentais para a tomada de decisão do STF em vistas do reconhecimento de uniões homoafetivas como também para o casamento, os princípios: da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e por fim, o da segurança jurídica.

Do princípio da igualdade, presente no preâmbulo da constituição, em seu art. 3º e novamente no caput do art. 5º, tem-se a ideia de rechaço a qualquer tipo de discriminação ou preconceito decorrente de “[...] origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL. Constituição, 1988). Ou seja, é vedada expressamente o tratamento discriminatório e diferenciado decorrente de qualquer orientação sexual. Eventual desigualdade só pode ocorrer se a mesma seja razoável e com fim legítimo, como exposto pelo princípio da isonomia, o que não ocorreria numa diferenciação acerca das uniões homoafetivas tendente a não a reconhece-la como família.

Sobre a liberdade, assegurado também no preâmbulo da constituição e no caput do art. 5º ao declarar “[...] a inviolabilidade do direito [...] à liberdade [...]” (BRASIL, 1988), o Estado, de maneira ampla, deve então assegurar e garantir o direito do indivíduo à escolha entre diferentes possibilidades, com o objetivo de que este possa desenvolver sua personalidade plenamente, decorrendo do princípio da liberdade, a autonomia privada dos indivíduos. Privar um indivíduo de exercer sua orientação sexual em todos os desdobramentos seria o mesmo que limitar essa autonomia e um dos aspectos de sua existência. A limitação da liberdade, entretanto, é totalmente possível quando, usando do princípio da proporcionalidade, vise proteger e promover outros bens jurídicos de igual importância, o que não ocorre na proibição da união homoafetiva, visto que em um ambiente democrático, esta possibilidade não assegura ou promove outro bem jurídico.

Prosseguindo, por dignidade da pessoa humana, existe a ideia basilar de proteção do “ser” em relação ao “ter”, colocando-se o primeiro em posição bem mais elevada que o segundo, e se posicionando de maneira nuclear no rol de Direitos Fundamentais assegurados pela constituição, permeando toda o seu conteúdo como também seu preâmbulo além de ser alçado à fundamento da República Federativa Brasileira em seu art. 1º (BRASIL, 1988). Pelo princípio da dignidade da pessoa humana duas ideias são fundamentais: a de que nenhum indivíduo deve ser tratado como

meio, sendo estes considerados sempre fins em si mesmo e também que quaisquer projetos pessoais e coletivos de vida, desde que razoáveis, são merecedores de respeito e de reconhecimento (BARROSO, 2007, p.146). Ora, o não reconhecimento da união entre pessoas de mesmo sexo, coloca a pessoa como “meio” para determinado projeto de sociedade tendente a não reconhecer esse tipo de união, geralmente projetos religiosos e/ou morais que não se aplicam à toda a sociedade e além disso, haveria o não reconhecimento e respeito para essa opção individual decorrente da autonomia privada. Observa-se, portanto, que o não reconhecimento desse tipo de união seria uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, o princípio da segurança jurídica, estampado de maneira implícita na Constituição, como por exemplo em seu art. 5º, embora não incida diretamente sobre a hipótese de reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos, possui sua importância no direcionamento da interpretação do quadro normativo brasileiro. Deste princípio decorrem ideias de estabilidade, previsibilidade e proteção (BARROSO, 2007). Estabilidade para as relações jurídicas, previsibilidade para as condutas e proteção para a confiança. Excluir as relações entre indivíduos homossexuais, dos regimes familiares tutelados pelo código civil tem como consequência insegurança jurídica para estes assim como para terceiros próximos, visto que não estariam sobre o “teto” de nenhum quadro normativo, dando espaço para eventuais decisões arbitrárias e conflitantes. Assim, interpretar o quadro normativo com intuito de abarcar o relacionamento homoafetivo seria respeitar o princípio da segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado na discussão, mesmo sem legislação específica sobre o tema e regra expressa acerca das relações homoafetivas na constituição brasileira, os princípios constitucionais anteriormente abordados fundamentaram o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo STF e a posterior resolução do CNJ que proíbe a recusa de autoridades competentes de celebrarem casamentos civis e a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Portanto, é papel e dever do Direito adequar-se as mudanças pelas quais toda sociedade passa ao longo de sua evolução histórico-social, como anteriormente abordado. Desse modo, a Constituição Brasileira de 1988 ao dar força normativa à princípios basilares para o pleno desenvolvimento humano, adentrou, inclusive, na seara da família, colocando o afeto como elemento fundante desta e junto com os supracitados princípios, possibilitou o reconhecimento das uniões e casamento homoafetivos.

Visto isso, tanto a forma como se organiza o sistema jurídico brasileiro, quanto a influência provinda de outros países que já legalizaram essa forma de união, corrobora-se para que o Brasil busque concretizar tais princípios constitucionais de maneira positivada em lei.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Diferentes, Mas Iguais: Relações Homoafetivas no Brasil**, Revista de Direito do Estado, nº 5, pp. 167 e ss, 2007 – Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf>. Acesso em: 08 outubro 2017.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico/Conselho Nacional de Justiça**, Poder Judiciário, Brasília-DF, 15 de maio. 2013. p. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2013. 1094 p. v. 6.

RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira; BENIGNO, Erick Pires. Casamento homoafetivo no direito brasileiro e no direito comparado: Tendências segundo uma visão histórica, econômica e antropológica. **Revista Jurídica Cesumar**, Amazonas, v. 13, n. 2, p. 581-609, jul./dez. 2013.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homen Da; FRAGA, Jackelline Pessanha. O Casamento civil homoafetivo e sua regulamentação no Brasil. **Revista de Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 32, p. 72-81, set. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4321/S1886-58872014000300007>>. Acesso em: 31 maio 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo reconhece união homoafetiva. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 31 maio 2017.