

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

RENATO DURO DIAS

SILVANA BELINE TAVARES

FABRÍCIO VEIGA COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

G326

Gênero, sexualidades e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fabrício Veiga Costa; Renato Duro Dias; Silvana Beline Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-470-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Gênero. 3. Sexualidades. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

Mais uma vez o GT Gênero, Sexualidades e Direito I do V Encontro Virtual do CONPEDI traz inúmeras discussões de temas que tem ocupado um crescente espaço na sociedade brasileira, lançando possibilidades a partir das pesquisas em sua maioria interdisciplinares a um salto epistêmico dos estudos de gênero.

Em “(Ex)inclusão de pessoas LGBTQIA+ no direito do trabalho” Keila Fernanda Marangoni analisa conceitos, preconceitos, discriminações da comunidade LGBTQIA + e verifica como a legislação aborda esta temática no mercado de trabalho.

Juliana Luiza Mazaro , Valéria Silva Galdino Cardin e Tereza Rodrigues Vieira discutem como a abordagem da homossexualidade dentro de uma perspectiva discriminatória e omissa pelo direito brasileiro afetou de forma flagrante os direitos de muitas pessoas LGBTQIA+ na sociedade em “Os direitos da personalidade como fundamento do casamento homoafetivo no Brasil e nos Estados Unidos”

O artigo “Reflexões bioético-jurídicas sobre identidade de gênero e redesignação sexual como direitos humanos fundamentais” de Adilson Cunha Silva e Shelly Borges de Souza traz alguns aspectos sensíveis à redesignação sexual e a necessidade de observância da Bioética nos procedimentos de normatização da matéria, bem como na construção teórico-doutrinária que subsidia a prática jurídica e as relações sociojurídicas.

Em “Transgêneros: dos direitos previdenciários à luz da alteração de pronome e gênero no registro civil”, Fabrício Veiga Costa , Barbara Campolina Paulino e Luana de Castro Lacerda por meio da pesquisa bibliográfica e documental investigam a possibilidade de concessão de aposentadoria para mulheres e homens trans, levando-se em consideração sua identidade de gênero.

Pode-se perceber no trabalho “A (in)efetividade dos direitos fundamentais no encarceramento feminino brasileiro: considerações acerca de dados do Depen de 2019” de Giovanna de Carvalho Jardim e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger que o encarceramento feminino em massa é um problema contemporâneo, onde as autoras analisam a (in)efetividade dos direitos fundamentais das presas no Brasil, a partir de dados do Departamento Penitenciário Nacional de 2019.

Luciana De Souza Ramos e Taymê dos Anjos Marinho em “A (in)eficácia das medidas protetivas de urgência (lei nº11.340/2006) e a construção social da violência doméstica no município de oriximiná-pa” buscaram compreender quais as dificuldades e potencialidades encontradas na implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha para mulheres vítimas de violência doméstica na cidade de Oriximiná-PA.

O trabalho “O reflexo patriarcal reproduzido pelo poder judiciário e o seu impacto nas representações acerca da violência doméstica e familiar contra as mulheres” de Gabriela Serra Pinto de Alencar e Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino nos mostra a atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à violência doméstica e familiar no Brasil contemporâneo, seus impasses e perspectivas.

As autoras Margara Mariza Pereira De Barros e Denise Silva Nunes no artigo “Reflexões sobre a violência doméstica contra a mulher no estado de mato grosso: abordagem no contexto da pandemia da covid-19” analisam os limites e possibilidades de atuação do Poder Público do Estado de Mato Grosso para coibir a violência contra a mulher no período de Covid-19.

A partir da teoria de justiça de gênero em Nancy Fraser, Stéphanie Fleck da Rosa em “A bidimensionalidade da justiça de gênero a partir de nancy fraser” busca entender o conceito de gênero e direito na composição do direito gendricado e demonstrar a dupla dimensão econômica e cultural na superação das injustiças.

Em “Caso mirtes: raça, gênero e trabalho” Marcela Duarte e Stephani Renata Gonçalves Alves a partir das perspectivas do racismo estrutural analisaram o acórdão do caso Miguel, tendo como foco sua mãe, Mirtes e sua condição de trabalho.

Em “O impacto da pobreza menstrual e da desinformação na dignidade da pessoa humana e no direito à saúde das mulheres no Brasil” Elda Coelho De Azevedo Bussinguer e Raíssa Lima e Salvador analisam de que forma a pobreza menstrual e a desinformação sobre a saúde íntima feminina geram um impacto negativo à previsão constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde das mulheres brasileiras.

Na mesma abordagem Carolina de Menezes Cardoso Pellegrini e Ana Paula Motta Costa em “Pobreza menstrual e os presídios femininos do brasil: há uma guerra contra o corpo das mulheres privadas de liberdade?” analisam as bases da “guerra contra o corpo das mulheres” e a pobreza menstrual nos presídios femininos do Brasil.

Dalila Arruda Azevedo e Silvio Ulysses Sousa Lima em “O impacto das fake news na candidatura de mulheres no Brasil” discutem a falsa neutralidade na ambiência política brasileira, bem como destacam a capacidade das fake news de instituir e fomentar estruturas desiguais e discriminatórias a partir da institucionalização social das diferenças de gênero.

O artigo “O paradigma dominante: influências e reflexos advindos da cultura patriarcal na confecção da legislação brasileira pertinente ao estupro” de Priscilla Silva e Francielle Benini Agne Tybusch mostram que o poder dominante transforma o ato sexual em uma forma de dominação, de posse, que implica na naturalização do estupro das mulheres, assim como influencia na construção da legislação referente ao tema.

Bianca Tito e Bibiana Terra em “Os feminismos e o direito: uma análise das teorias feministas e da emancipação jurídica feminina no Brasil” questionam como as Teorias Feministas do Direito podem auxiliar na emancipação jurídica feminina.

O artigo “Termômetro dos problemas de gênero e da baixa representatividade feminina: a fala interrompida das ministras no supremo tribunal federal” de Raquel Xavier Vieira Braga ressalta a necessidade de analisar os mecanismos proporcionadores de participação feminina nas instituições a partir do exame da interrupção da fala das ministras no Supremo Tribunal Federal e, comparativamente, na Suprema Corte norte-americana.

Welithon Alves De Mesquita em “Participação feminina na política: como as fraudes às cotas de gênero afetam à democracia” questiona o número de mulheres que ocupam cargos políticos no Brasil e busca entender como as fraudes ocorrem e como estão decidindo os juízos e tribunais eleitorais sobre o problema.

Com base nos estudos feministas em Direito e por meio do método monográfico e estatístico, Luma Teodoro da Silva e Renato Bernardi em “Pelos quartos de despejo: da violência de gênero à solidão enfrentadas pela mulher negra brasileira e agravadas pela pandemia” analisam a violência de gênero, seus dados, e como os corpos das mulheres são cada vez mais atingidos e silenciados em seus quartos de despejo.

Monique Leray Costa , Monica Fontenelle Carneiro e Karine Sandes de Sousa em “Pornografia de vingança como violência de gênero no estado do maranhão” mostram a partir de levantamento de dados obtidos através dos boletins de ocorrência realizados no Maranhão durante os anos de 2018 a 2022 as múltiplas violências decorrentes dessa modalidade.

Em “Solidão e adoecimento materno na sociedade do cansaço: uma leitura a partir de byung-chul han”, Joice Graciele Nielsson, Melina Macedo Bemfica e Ana Luísa Dessooy Weiler trazem à discussão as consequências da atribuição às mulheres da responsabilidade pela economia do cuidado, com a subsequente erosão das redes de apoio e o adoecimento materno das mulheres-mães devido a pandemia da Covid-19.

Por fim Gabriela Oliveira Freitas, Silvana Fiorilo Rocha De Resende e Sara de Castro José em “Violência estrutural contra mulheres no Brasil: análise do caso Maria Islaine” demonstram a existência de uma violência estrutural contra as mulheres na sociedade brasileira, que obsta a concretização dos direitos assegurados às mulheres pela legislação nacional, bem como dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

O conjunto de trabalhos aqui apresentados permeia as interfaces de gênero e nos oferecem um quadro amplo de cada problemática. Diante disso, convidamos a todas as pessoas para que usufruam de cada um deles.

Coordenador e Coordenadora

Renato Duro Dias - Universidade Federal do Rio Grande (FURG)

Silvana Beline Tavares - Universidade Federal de Goiás (UFG)

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO FUNDAMENTO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

PERSONALITY RIGHTS AS A FOUNDATION OF HOMOAFECTIVE MARRIAGE IN BRAZIL AND THE UNITED STATES

Juliana Luiza Mazaro ¹
Valéria Silva Galdino Cardin ²
Tereza Rodrigues Vieira ³

Resumo

A abordagem da homossexualidade dentro de uma perspectiva discriminatória e omissa pelo direito brasileiro afetou de forma flagrante os direitos de muitas pessoas LGBTQIA+ na sociedade. O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno da mutação constitucional que aconteceu pela ADI 4277, em 05 de maio de 2011, que reconheceu as uniões homoafetivas, realizando o estudo desta decisão à luz dos direitos da personalidade, realizando um paralelo com a decisão norte-americana no caso Obergefell et al versus Hodges. Para tanto, a presente pesquisa fundamenta-se no método teórico, na pesquisa e revisão bibliográfica de obras, revistas e jurisprudência comparada.

Palavras-chave: Direitos da personalidade, Homossexualidade, Mutações constitucionais, União homoafetiva, Direito comparado

Abstract/Resumen/Résumé

The approach of homosexuality within a discriminatory perspective and omitted by Brazilian law has flagrantly affected the rights of many LGBTQIA+ people in society. This article aims to analyze the phenomenon of constitutional mutation that happened by ADI 4277, on May 5, 2011, which recognized same-gender unions, carrying out the study of this decision in the light of personality rights, making a parallel with the northern decision -American in the case of Obergefell et al versus Hodges. Therefore, the present research is based on the theoretical method, on research and literature review of works, magazines and comparative jurisprudence.

¹ Doutoranda em Direito pela UNICESUMAR bolsista parcial PROSUP/CAPES; Mestre em Ciências Jurídicas pelo UNICESUMAR; Bacharel em Direito pela UNIPAR/Paranavaí; Professora Universitária da UNIPAR/Paranavaí; Policial Científica do Paraná. E-mail: ju.mazaro@gmail.com

² Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais – PUC/SP; Docente da UEM, Doutorado e Mestrado da UNICESUMAR; Advogada no Paraná; E-mail: valeria@galdino.adv.br

³ Pós-doutora em Direito – Université de Montréal; Doutora e Mestre em Direito Civil PUC/SP; Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Graduação de Direito e Medicina na UNIPAR. terezavieira@uol.com.br

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personality rights, Homosexuality, Constitutional mutation, Comparative law, Same-sex union

1 INTRODUÇÃO

A sexualidade é um dos aspectos mais importantes da vida do ser humano, posto que essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade. Entretanto, muitos ainda são os indivíduos que não possuem os seus direitos tutelados pelo Estado e pelo nosso ordenamento jurídico, principalmente em razão do preconceito e da discriminação em face das pessoas que não se encaixam no padrão social heteronormativo aceito.

O que se visualiza no cenário político e social brasileiro é uma real omissão legislativa quanto a temas cruciais para a proteção da comunidade LBGTQIA+, sobretudo no campo do Direito de Família e Sucessões e do combate à homotransfobia. Assim, nos últimos anos, coube ao Poder Judiciário dirimir conflitos e reconhecer direitos, como ocorreu com a família homoafetiva.

Em maio de 2011, os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, reconheceu a união estável para casais homoafetivos. Tal entendimento foi proferido em decorrência da interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a atual Constituição Federal, que impedia o reconhecimento destas entidades familiares e que passou a ser considerado inconstitucional.

Assim, o presente estudo tem por objetivo a análise dos fenômenos da mutação constitucional, dentre eles a interpretação conforme a Constituição, que alteraram o sentido de certos dispositivos legislativos concernentes ao direito de família, com especial atenção àqueles que tratam da união estável e do casamento. E como o novo entendimento do STF modificou a aplicação da lei em favor dos casais formados por pessoas do mesmo gênero no Brasil. Diante disso, analisar-se-á também o emblemático caso norte-americano *Obergefell et al versus Hodges*¹, conhecido pelo conteúdo vanguardista em relação à defesa e à proteção das uniões homoafetivas.

¹ O julgamento a respeito do casamento homoafetivo nos Estados Unidos ocorreu na apreciação de quatro casos concretos apresentados à Suprema Corte Norte-Americana: *James Obergefell* (Requerente) *versus Richard Hodges* (Diretor do Departamento de Saúde de Ohio); *Valeria Tanco* (Requerente) *et al versus Bill Haslam* (Governador do Tennessee); *April DeBoer et al* (Requerente) *versus Rick Snyder* (Governador de Michigan); e, *Gregory Bourke et al* (Requerente) *versus Steve Beshear* (Governador do Kentucky). Na decisão apresentaram o histórico de três dos autores, o primeiro no caso de *Obergerfell versus Hodges*, o requerente, James, havia se casado com seu companheiro, Arthur, e descobriram que este possuía uma doença degenerativa, depois da morte do esposo a lei de Ohio não permitiu que James fosse listado como o cônjuge sobrevivente na Certidão de Óbito de Arthur. O segundo foi *DeBoer versus Snyder*, April e sua cônjuge Jayne (co-requerente) adotaram nos anos de 2009 e 2010, um menino e uma menina respectivamente, esta com necessidades especiais. Contudo, no Estado de Michigan só se admitia a adoção por casais de gêneros opostos, assim, cada uma das crianças foi adotada por uma das mães, o que impedia que aquelas tivessem direitos em relação às duas mães. E a terceira situação trazida foi a de *Tanco versus Haslan*, um dos co-requerentes, Ijpe DeKoe, era Sargento da Reserva do Exército Norte-

Para tanto, a presente pesquisa fundamentou-se no método teórico, baseado em pesquisa e revisão bibliográfica de livros, artigos, periódicos, legislação, jurisprudência e doutrina aplicáveis ao caso. Inicialmente, serão tecidas breves considerações acerca das questões que permeiam a sexualidade humana e os princípios da dignidade humana e da autonomia de vontade.

Posteriormente, abordar-se-ão os fenômenos da mutação constitucional e da interpretação conforme a Constituição Federal em decorrência do entendimento que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Além disso, tal decisão será examinada à luz do direito comparado e do caso *Obergefell et al versus Hodger*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2015.

2 A SEXUALIDADE HUMANA

A sexualidade humana compõe a essência de qualquer indivíduo e tem se mostrado um campo amplo para os estudos acadêmicos e científicos. Hodiernamente, tal aspecto da vida humana é compreendido para além do contexto reprodutivo e da constituição da prole. Isso porque a sexualidade humana é uma construção histórica, social e, sobretudo, cultural, tendo papel importante na definição de muitas das ações do indivíduo.

A sexualidade é parte intrínseca do indivíduo, sendo fundamental para a construção de sua personalidade e de sua identidade pessoal. É essencial à subjetividade do ser e responsável pela representação individual e social da pessoa.

Neste sentido, a sexualidade deve ser vista como uma criação humana, uma das maneiras de se alcançar a felicidade, proporcionando experiências únicas no campo afetivo. Como prescreve Michel Foucault (2004), não se pode esquecer que a sexualidade é algo criado pelo ser humano, que através dos desejos, constantemente, produz novas formas de relacionamentos.

A contemporaneidade é o momento histórico que mais se discute sobre a sexualidade humana, contudo, apesar da sociedade atual se vangloriar por suas conquistas nesta seara, este assunto ainda enfrenta estigmas e estereótipos eivados de preconceito. A sexualidade é responsável por muitas das relações de poder existentes na sociedade, tanto é assim que

Americano, quando foi designado para servir no Afeganistão. Antes de viajar se casou com o companheiro Thomas Kostura no Estado de Nova Iorque, ficou por alguns anos servindo e quando retornou para prestar serviços no Estado do Tennessee, o seu casamento não era legal neste, logo sua situação conjugal se tornou inexistente.

Michel Foucault (1999, p. 100) assevera que ela é um aparelho histórico de poder responsável pelo controle dos corpos. Para ele:

A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e de poder.

O discurso discriminatório se concretiza e reafirma no século XIX, passando a ser uma forma de silenciamento das pessoas LGBTQIA+ e de padronização do modelo heteronormativo, regulando os corpos desde a infância. Assim, os chamados “desvios” da sexualidade humana deixaram de ser vistos como pecados e passaram a ser tratados pelas ciências, especialmente, pelo campo da Medicina e das Ciências Sociais, a exemplo do Direito, instaurando, nas décadas de 1920 e 1930, políticas de higienização e eugeniação das pessoas, para atender aos interesses morais da sociedade.

A difusão dos ideais feministas, seguidos pelo início das lutas LGBTQIA+, na década de 1970 seguindo para 1980, acabaram contribuindo para modificar, alguns paradigmas, que levaram ao reconhecimento da igualdade de gêneros, a retirada da homossexualidade como doença dos manuais médicos e psiquiátricos.

No Brasil, a atual Constituição Federal prevê a igualdade de gênero e veda qualquer tipo de preconceito e discriminação, além de proclamar garantias e direitos fundamentais que permitem que o indivíduo desenvolva sua identidade pessoal, sua personalidade e busque sua realização enquanto ser humano, inclusive, vivendo amplamente sua sexualidade.

Em razão disso, vive-se um período de grandes conquistas em relação aos direitos sexuais. Tanto a comunidade LGBT+ (formada por Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais) quanto à parcela heterossexual da sociedade vivencia uma época cheia de informações acerca de sexualidade, visto que a rede mundial de computadores e os avanços tecnológicos têm proporcionado importantes descobertas na área da sexualidade.

Entretanto, o texto constitucional, em sua análise formal e literal, ainda impõe muitas regras heterossexistas que, se não interpretadas sob o prisma de princípios como a dignidade humana e dos direitos personalíssimos à liberdade e à autonomia individual, acabam marginalizando as minorias sexuais e impossibilitando o pleno desenvolvimento do ser humano.

Isto porque, os órgãos sexuais, ainda, são utilizados para definir o indivíduo na sociedade, não apenas pela descrição das características anatômicas desse, mas, também, por meio de escolhas orientadas que buscaram acentuar as diferenças biológicas dos sexos em detrimento das semelhanças, o que possibilitou naturalizar a atribuição da feminilidade à mulher e a masculinidade ao homem, delimitando as funções sociais de cada sujeito conforme o seu sexo, inclusive, nas uniões afetivo-sexuais (BOURDIEU, 2008).

Defende o Ministro Ayres Britto em seu voto, que a proteção Constitucional brasileira à igualdade entre os sexos (que deve ser entendido como gênero) deve ser percebida para além da simples ideia de cuidar dos direitos de indivíduos anátomo-fisiologicamente diferentes (sexo biológico), cujo objetivo seria sanar as diferenças históricas, sociais e culturais que os colocavam em uma hierarquia em que o masculino prevalecia sobre o feminino. Os preceitos fundamentais devem salvaguardar a pessoa, seja homem ou mulher, como um todo psicossomático e espiritual de sua sexualidade, podendo dispor desta como lhe convier, pois é um bem de personalidade (BRASIL, 2011).

Além do que é o sexo, quando se fala de casais homoafetivos, é importante entender o que é a orientação sexual. Essa diz respeito às relações erótico-afetivas entre as pessoas, com qual gênero um sujeito decide ter um relacionamento amoroso e/ou sexual. Existem diversas formas de se relacionar com outro ser humano, como a heterossexualidade, a homossexualidade, a bissexualidade, a pansexualidade e a assexualidade (MAZARO; CARDIN, 2017).

A heterossexualidade é a definição dada ao relacionamento afetivo-sexual de uma pessoa com outra, de gênero oposto ao seu. Haverá uma relação homossexual quando se tratar de um casal com indivíduos do mesmo gênero. E, por sua vez, será bissexual a pessoa que se sentir atraída por ambos os gêneros, não necessariamente ao mesmo tempo, pois pode intercalar seus desejos por homens ou por mulheres (PEDROSA, 2012).

A pansexualidade, por sua vez, é a atração afetivo-sexual por pessoas, independentemente do sexo biológico ou da identidade de gênero do parceiro, pois estes não são fatores determinantes em suas escolhas erótico-românticas. Enquanto, a assexualidade se caracteriza pela falta de interesse sexual da pessoa por qualquer outra (CAZELATTO; CARDIN, 2018).

A sexualidade é um aspecto decisivo e fundamental na construção da personalidade individual da pessoa, pois é responsável por muitas de suas decisões, de como vivenciar direitos e exercer seus deveres dentro da sociedade, deve por si só ser protegida pelo ordenamento jurídico em todos os seus aspectos, sendo reconhecida como um direito da

personalidade que permite o pleno desenvolvimento individual, incluindo a proteção de sua orientação sexual (MAZARO; CARDIN, 2018).

Assim, a sexualidade tem papel fundamental na formação da personalidade da pessoa, constituindo, portanto, um direito dessa, sendo importante discutir que sua efetividade acaba ensejando o reconhecimento de que outros aspectos sociais, culturais e jurídicos do indivíduo, como a constituição de famílias com membros LGBTQIA+.

As famílias homoafetivas, sempre existiram de fato, mas não de direito, pelo menos até o julgamento da ADI 4277 pelo STF em 2011, todavia, continuam sendo ignoradas pela legislação positiva, pois a redação literal da Constituição Federal só admitia o casamento e o reconhecimento da união estável para casais formados por um homem e uma mulher, o que exclui os direitos e as garantias de casais homoafetivos e de suas famílias.

Com essa decisão, os companheiros LGBTQIA+ passaram a ter direitos matrimoniais, de sucessão e previdenciários, pois nela foi admitida a união estável de casais do mesmo gênero. Mais tarde, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou a conversão dessas uniões em casamento civil; hoje, os casais homoafetivos podem se direcionar ao cartório competente e se casarem diretamente pelos ritos do art. 1525 do Código Civil, observando as mesmas condições legais impostas aos nubentes heterossexuais.

A pesquisa visa à discussão da união e do casamento homoafetivo, dado a importância dessa discussão acerca da orientação erótico-afetiva, que há muito tempo não é mais vista como uma opção, pois a homossexualidade é uma orientação sexual, ou seja, uma característica inerente à personalidade das lésbicas e gays. Hoje, não se utiliza mais do termo “opção sexual”, porque “optar” significa escolher, e seria absurdo pensar que alguém queira sofrer com os preconceitos que uma pessoa LGBTQIA+ passa. Por isso, o debate sobre os relacionamentos entre sujeitos com o mesmo gênero mereceu atenção, pois são genuínos, tendo em vista, que no Brasil a sociedade, ainda, é majoritariamente heterossexual, permeada de hostilidades contra as sexualidades desviantes.

Neste sentido, é possível afirmar que uma pessoa homossexual somente se realiza como ser humano, plenamente, quando se une a outra do mesmo gênero, assim como o heterossexual o faz com um parceiro do sexo oposto. É a afetividade se sobrepondo a biologia, posto que, o reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos não faz com que os heteroafetivos percam os seus (BRASIL, 2011).

O arcabouço jurídico de proteção à sexualidade não pode ser limitado apenas ao que já foi positivado pela Constituição Federal ou pelas normas civilistas, como a igualdade entre os gêneros; precisa ser revisado com periodicidade para que continue atendendo aos anseios

da sociedade, que está em constante desenvolvimento. Quando não for possível a alteração textual é importante que a interpretação constitucional e infraconstitucional possibilite a tutela da sexualidade como um direito humano.

Na opinião de Roger Raupp Rios (2006, p. 72-73), tratar o direito à sexualidade como um direito humano viabilizaria sua regulamentação no ordenamento jurídico, permitindo que a pessoa o exerça de forma livre, sem sofrer violações e discriminação:

[...] desenvolver a ideia de direitos sexuais na perspectiva dos direitos humanos aponta para a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica que supere as tradicionais abordagens repressivas que caracterizam as intervenções jurídicas nesses domínios. Implica, por assim dizer, uma compreensão positiva dos direitos sexuais, na qual o conjunto de normas jurídicas e sua aplicação possam ir além de regulações restritivas, forjando condições para um direito da sexualidade que seja emancipatório em seu espírito.

Logo, esse direito não é expressamente trazido nas leis brasileiras e, enquanto não for positivado, pode ser tutelado e visualizado por meio do estudo e respeito de princípios e outros direitos intrínsecos a pessoa humana, que balizam novas interpretações e entendimentos dos dispositivos legais já existentes protegendo, mesmo que jurisprudencialmente, a comunidade LGBT+.

3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO FUNDAMENTOS DO CASAMENTO HOMOAFETIVO: DA DIGNIDADE HUMANA E DA AUTONOMIA DA VONTADE

Os direitos da personalidade não podem ser limitados àquilo que a norma positivada tutela, pois seria um fator que impediria o desenvolvimento individual e social da pessoa, que está sempre em evolução, junto com a sociedade, o que traz novas formas de violações que precisam de proteção jurídica.

E assim, devido à característica ontologicamente livre da personalidade humana, a mesma precisa abranger os direitos personalíssimos da comunidade LGBTQIA+, que atualmente é incipiente na ordem jurídica do Brasil. Há necessidade de uma tutela que respeite a dignidade e a autonomia da vontade de cada indivíduo como fundamentos mínimos na determinação da sua sexualidade, inclusive, quanto a sua orientação sexual e seu planejamento familiar, que nem sempre convergem para o que está regulado na legislação.

Antes de falar de dignidade, é importante reconhecer a sua importância enquanto um princípio, dado que, este é uma das fontes mais ricas do Direito, sendo encontrado em todos seus ramos, gerais ou específicos, pois permite a interpretação justa das normas, ligado a conceitos deontológicos de dever-ser.

Neste sentido afirma Robert Alexy (2015, p. 87-89) que os princípios “[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, permitindo que seja realizado e satisfeito em diversos graus.

Estes são de observação obrigatória e colaboram na função interpretativa das normas pelos juristas. A dignidade humana é, portanto, uma norma mandamental ao exigir do Estado e terceiros o dever de se abster de violações contra o indivíduo, ao mesmo tempo em que fundamenta o Poder Judiciário na interpretação do ordenamento jurídico (MAZARO; CARDIN, 2018).

Desta forma, sendo a sexualidade um direito inerente à pessoa, mesmo que não possua um regime jurídico próprio, integra a esfera protetiva da dignidade humana, além de ser um direito da personalidade reconhecido pela sua importância no desenvolvimento individual e social do sujeito (CARDIN; SEGATTO; CAZELATTO, 2017). O que possibilitou ser utilizado como base fundante do novo conceito de família trazido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4277, nas palavras do Ministro Marco Aurélio quando se pronuncia sobre a morosidade legislativa e como isso não afetaria a tutela dos direitos fundamentais que tem por alicerce a dignidade da pessoa humana:

A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.

Assim, fica claro que a dignidade confere ao indivíduo tanto a proteção quanto a promoção de seus direitos da personalidade, simplesmente por ele “ser humano”. Por isso, a posição contramajoritária² do STF foi importante para que os direitos familiares das minorias sexuais, que estavam sendo (e continuam) omitidos pelos padrões heteronormativos impostos pela maioria, fossem reconhecidos.

² Luís Roberto Barroso (2018) entende que o papel contramajoritário das Supremas Cortes, quando atuam no controle de constitucionalidade, em relação à proteção dos direitos fundamentais para que não sejam atropelados pela maioria, bem como de defender as estruturas políticas e democráticas, é de decidir para evitar que as minorias sociais tenham direitos negados ou violados.

É função do Supremo Tribunal Federal zelar pelo respeito aos preceitos fundamentais constitucionais, enquanto, existem outros órgãos do Estado que têm o dever de cuidar da ordem jurídica e da proteção dos cidadãos, como a Procuradoria Geral da República, que se manifestou à favor do reconhecimento dos casais homoafetivos como entidades familiares, inserção que se justificaria, principalmente, na dignidade da pessoa humana e que a interpretação do artigo 226, §3º da Constituição Federal deve excluir qualquer sentido que leve ao preconceito dos homossexuais (BRASIL, 2011).

No entanto, quando se fala em direitos LGBTQIA+ é essencial fundamentar a exegese constitucional e legislativa no direito à liberdade e à autonomia individual, tendo em vista que também são pressupostos para o desenvolvimento humano e de sua personalidade.

A liberdade sempre foi um requisito para autorrealização da pessoa humana, uma vez que lhe possibilita eleger os elementos hábeis para desenvolver suas potencialidades (MAZARO; CARDIN, 2018, p.94).

Intimamente ligado ao conceito de liberdade está o de autonomia, como sendo a capacidade da pessoa de se autodeterminar quanto aos seus interesses pessoais, incluindo aqui com quem deseja se relacionar afetivo-sexualmente, independentemente do seu gênero. É o exercício da liberdade sexual, pelo qual sob o prisma kantiano, o indivíduo obedece a suas próprias normas, realiza suas máximas e sua conduta se torna uma lei universal. (MAZARO; CARDIN, 2018).

Quando se fala em autonomia privada é importante lembrar-se da premissa kantiana que coloca o ser humano como centro da dignidade humana por sua razão e capacidade de autodeterminação, por ser livre ao agir e conduzir sua vida, devendo ser tratado como sujeito e não como objeto do direito simplesmente por sua condição de ser humano. Ponto de vista que já foi superado jurisprudencialmente há mais de 10 anos, mas que ainda se mantém pelo Poder Legislativo, que se conserva omissivo, pois ainda não regulamentou em forma de lei ou Emenda Constitucional as uniões e casamentos homoafetivos (CARDIN; MAZARO, 2018).

Aliás, consoante ressalta Flávia Piovesan (2022, p.9), Relatora dos Direitos Humanos das Pessoas LGBTQIA+ para as Américas de 2018 a 2021, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a orientação sexual não pode ser fator para restringir e extinguir direitos. “A igualdade e a não discriminação é princípio fundante dos direitos humanos: condição, requisito e pressuposto para o exercício de direitos e liberdades.”

A Lei Fundamental de 1988 ao vedar o preconceito e a diferenciação entre os sexos/gêneros deixou implícita a liberdade sexual, já que não proibiu e nem autorizou determinada orientação sexual ou identidades de gêneros, etc. A concreta vivência da

sexualidade humana ficou a critério da autonomia da vontade de cada pessoa, já que se alinha com as demais liberdades protegidas que impõem ao Estado e a sociedade um dever de não lesar, especialmente, quanto à intimidade e privacidade (BRASIL, 2011).

Na concepção de Ronald Dworkin (2002) a opinião da maioria não deve ser tomada como paradigma que impossibilite o reconhecimento de direitos de uma minoria, cabendo ao Estado respeitar seus cidadãos como seres capazes e livres para tomar decisões sobre si. Novamente, retoma-se a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, quando na interpretação semântica da Constituição Federal extraiu de suas linhas novo significado ao termo família e autorizou a união homoafetivas.

No caso *Obergefell et al v. Hodges*, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 26 de junho de 2015, que determina que os Estados devem realizar casamentos entre pessoas do mesmo gênero e reconhecer casamentos realizados em outros entes da federação, também coloca essa decisão sob o fundamento dos direitos da personalidade, como a dignidade humana, a liberdade e a autonomia, quando trata das escolhas pessoais do sujeito “[...] *The fundamental liberties protected by the Fourteenth Amendment’s Due Process Clause extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices defining personal identity and beliefs [...]*” (EUA, 2015, p.2)³.

Quando Corte Estrangeira fundamenta sua decisão no fato de que não se pode privar uma pessoa de direitos sem o devido processo legal ela deixa claro que, não obstante, o direito não estar devidamente e literalmente positivado na ordem jurídica ele deverá ser reconhecido, isto porque, existem mais liberdades fundamentais do que as enumeradas no *Bill of Rights*. Portanto, para os Ministros Norte-Americanos, um direito ou liberdade somente poderá ser negado depois de apreciado pelo Tribunal competente no caso concreto⁴, tendo tido as partes litigantes direito a apresentar suas razões de fato e de direito, dentro do contraditório e da ampla defesa.

Coaduna com a ideia da jurisdição como meio protetivo dos direitos fundamentais o Ministro Luiz Fux, principalmente aqueles tidos como direitos da personalidade, como a sexualidade. E, quando violados, cumpre ao Estado, no caso ao Tribunal Constitucional fiscalizar e impedir a continuidade das violações (BRASIL, 2011).

³ As liberdades fundamentais protegidas pela Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda se estendem a certas escolhas pessoais centrais à dignidade e à autonomia individuais, incluindo escolhas íntimas que definem a identidade e crenças pessoais (EUA, 2015, p.2). **Tradução livre.**

⁴ A Suprema Corte dos Estados Unidos, em sede da decisão do caso *Obergefell et al versus Hodges* estabelece que apesar dos Tribunais Federais serem uma grande fonte de direitos, a legislação não é flexível a ponto de permitir que ajam de ofício, antecipando a solução dos conflitos que sabem que existem na sociedade, lhes permitindo atuar somente quando lhes são submetidos casos concretos (EUA, 2015).

Portanto, quando o princípio da dignidade aliado aos direitos da liberdade e da autonomia individual coloca o ser humano como centro da ordem jurídica, capaz de decidir por si como se realizar existencialmente, incluindo na vida conjugal, é defeso ao Estado justificar suas atitudes discriminatórias no texto literal da Constituição Federal, como vetar a união e o casamento homoafetivos.

4 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O DIREITO DAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

A Constituição de um país é construída em um determinado momento histórico, cultural, político e social, idealizada pelo Poder Constituinte originário traduzindo as vontades daquela época. Todavia, as relações fáticas se alteram, evoluem e se ampliam com o passar do tempo, havendo necessidade de serem concretizadas no plano jurídico, também, o que faz *mister* a revisão das normas constitucionais, pela tensão que surge entre a norma e a realidade, e na impossibilidade de mudanças textuais, sendo que a mutação semântica ameniza esses conflitos.

Para José Afonso da Silva (2000, p.279-280) a Constituição não pode ser vista como uma lei eterna, ela deve ser mutável, o que permitiria sua permanência e durabilidade dentro de um ordenamento jurídico. O povo deve ter o direito de modificá-la, o que a torna um instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a política, ou seja, que “uma geração não pode submeter suas leis as gerações futuras”.

A família também se transformou ao longo dos tempos, influenciada por questões econômicas, sociais culturais e políticas, sua conformação e conceitos foram se desenvolvendo na sociedade desde o século XIX. No decorrer da história, novos significados foram sendo construídos, da família burguesa formada pelo casal heterossexual e seus filhos, a monogamia era modelo compulsório, hoje para além deste temos as famílias monoparentais, homoafetivas, poliafetivas, multiespécies, entre outros (MELO; PERPÉTUO, 2018).

Superando-se o paradigma heteronormativo da família formada somente por um homem e uma mulher e sua prole, um sistema patriarcal no qual o domínio familiar era exercido pelo cônjuge varão, quando superada esta perspectiva a família passa a ser vista como “[...] um ambiente de trocas de experiências e de sentimentos [...]” cujos membros estão vinculados entre si além dos laços genéticos pelos afetivos, onde deve prevalecer o princípio da dignidade e as relações de solidariedade (CARDIN, 2017, p.41-42).

Pensando assim, os conceitos e termos inseridos nos textos constitucionais que, ainda, vislumbram a família no modelo patriarcal quando demoram a ser modificados pela atuação legislativa do Estado afetam os direitos de inúmeras pessoas e essa morosidade leva a resolução de conflitos ao Poder Judiciário e este, por sua vez, no controle da constitucionalidade acabou atuando para encontrar a melhor decisão para o caso concreto, inclusive, alterando a concepção de família.

Mais que isso, a ADI nº 4277 trouxe vários novos conceitos de família apresentados pelos Ministros em seus votos, em geral, a carga semântica se fez presente no fato de que este brocardo não se limita a significados ortodoxos, voltados à tradição cultural-religiosa do ocidente, mas busca traduzir um ambiente que possibilite o desenvolvimento autônomo do indivíduo e a realização de seus direitos fundamentais (BRASIL, 2011).

Apesar dos inúmeros casos de preconceito aos homossexuais, a verdade, é que a sociedade tem mudado e a aceitação social dos casais lésbicos e gays, com o objetivo de formar uma família, tem crescido. As mudanças nas relações conjugais das pessoas podem e devem provocar alterações na Constituição de um país, levando a uma mutação normativa e semântica do texto por meio de uma interpretação que favoreça a proteção dos direitos fundamentais das minorias sexuais, contribuindo, também, na convivência fraternal com a maioria heteroafetiva.

Essas mudanças constitucionais podem ocorrer de duas formas, formal e não formal (informal). As primeiras acontecem quando há modificação ou reforma textual, mediante atuação legislativa por meio das chamadas emendas constitucionais, respeitado as formalidades estabelecidas, no caso do Brasil, existentes na própria Constituição de 1988 (SILVA, 2000).

A segunda forma, a que interessa ao presente trabalho, é a não formal que tem como principal meio a mutação constitucional, que consiste na alteração semântica do texto, ou seja, modifica-se o sentido e/ou o entendimento do conteúdo da norma constitucional positivada, sem, contudo, realizar-se a mudança textual.

É desta forma que conceitua Georg Jellinek (1991, p.7), quando diz que “[...] *por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación*”⁵.

⁵ “Por mutação da Constituição, eu entendo a modificação que deixa seu texto inalterado sem formalmente mudá-lo, o que é produzido por fatos que não precisam ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação” (JELLINEK, 1991, p.7). **Tradução livre.**

A ordem jurídica de um país, ao longo de toda sua vigência sofre várias alterações em sua aceção normativa, considerando que a sociedade sofre alterações em seus valores e suportes fáticos, conjugados ou não, que interferem e dão novo espírito ao texto legal. Os tribunais ao julgarem os casos concretos interpretando a ordem jurídica para além da literalidade, realizando uma subsunção racional do fato à norma, têm complementado as lacunas e omissões legislativas, tanto as que já existiam na promulgação da Constituição ou Lei, como aquelas que vão surgindo da evolução social.

Todavia, pode-se afirmar que pode existir mutação constitucional pela complementação das normas por meio dos atos praticados pelo Estado, como por exemplo, com a implementação de leis complementares, atos executivos, políticas públicas, dentre outros (SILVA, 2000).

Para Luís Roberto Barroso (2018) os três Poderes possuem capacidade institucional para interpretar a Constituição Federal, mas em caso de conflito seria o Poder Judiciário o responsável por dirimi-lo e essa interferência jurisdicional, no entanto, deve ser limitada, quando não houver violação de direitos fundamentais ou à democracia as decisões dos Poderes Executivos e Legislativos devem ser respeitadas.

O que se destaca, é a mutação gerada pela alteração interpretativa da lei constitucional, que é realizada no controle constitucional do ordenamento jurídico. Ainda, a regra constitucional pode ao longo de sua vigência adquirir um significado totalmente diverso daquele objetivado em sua elaboração, isto, pois como já dito, o decurso do tempo leva às evoluções na sociedade. Ao Estado cabe apenas organizar e regulamentar o direito, mas não criá-lo, portanto, diante das mudanças sociais que sobrevierem à Constituição deve lhe dar um novo entendimento para que continue efetivando os direitos das pessoas (JELLINEK, 1991).

Conhecendo essas duas possibilidades de mutação constitucional, parece acertado afirmar que, mesmo com as mudanças fáticas na conformação da família contemporânea o silêncio do legislativo e do poder público executivo em discutir e regular as novas realidades, principalmente as conjugais, leva a uma atuação judicial proativa, para lhes garantir direitos fundamentais, civis, previdenciários, etc.

Além disto, as mutações constitucionais têm colaborado para a continuidade da normatividade das cartas maiores, com a impossibilidade de constantes alterações em seu texto para que acompanhe o desenvolvimento social, a interpretação que lhe possibilita nova significação em atendimento aos anseios político-sociais, seja da maioria ou das minorias sociais que, garante que a Constituição permaneça efetiva, pois quando os seus comandos não

conseguem conectar o dever-ser com a realidade, fazem com que acabe desacreditada (SARMENTO, 2003).

Daniel Sarmento (2003, p.278) afirma que no Brasil, onde a Carta Política se firma sobre a dignidade humana e os diversos direitos fundamentais, a interpretação dela é uma forma de luta que faz “desencadear a força normativa da Lei Fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupe com a promoção da justiça substantiva”.

Destarte, separar realidade e norma, o ser e o dever-ser, não é razoável, pois as questões fáticas (altamente mutáveis) possuem força tanto quanto as regras escritas. Estas não existem autonomamente, seu cerne depende da situação concreta que consegue regular, é uma relação de dependência, contudo, não se pode confundir a força condicionante da realidade e a força normativa da Constituição, mas, também, não se pode separá-las (HESSE, 1991).

Avaliando os preceitos do direito de família quando a união estável e o casamento civil sob a ótica da normatividade constitucional e a força condicionante da realidade, quando se exclui, deliberadamente, do texto literal e da exegese jurídica os direitos dos homossexuais, a Constituição deixa de ser justa e passa a ser desacreditada, logo, perde a sua força normativa perante este grupo social e outros que o apoiam.

Como se verifica, a interpretação tanto da Constituição como da legislação infraconstitucional influencia na materialidade de certos direitos que surgem ou se transformam com o tempo e as gerações sociais, assegurando o cumprimento da justiça e a manutenção da normatividade constitucional.

5 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

Cada vez mais questões da vida são levadas ao conhecimento dos Tribunais para que estes resolvam as dúvidas dos próprios indivíduos ou preencham lacunas e omissões legais ou interpretem a norma de uma forma que atendam aos anseios da pessoa e da sociedade.

Isto quer dizer que “[...] questões importantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”; trata-se da judicialização da vida, que cuida em garantir o acesso à justiça e a proteção dos direitos fundamentais, papel realizado, principalmente, pelas Cortes Constitucionais (BARROSO, 2018, p.135-136).

A homossexualidade é um fato da vida, casais do mesmo gênero são uma realidade histórica, que a menos de um século tem empreitado verdadeira militância em prol de seus direitos como família, situação que, ainda, tem sido ignorada e desrespeitada pelo Poder Legislativo. Diante disto, proposta a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 (ADPF nº 132), que mais tarde, levou a ADI nº 4277 no Brasil e o caso levado à Suprema Corte Norte-Americana *Obergefell et al versus Hodges*, fica evidente a submissão de vários aspectos da vida humana, que desconsiderados no ordenamento jurídico de um Estado, à jurisdição constitucional, que por meio da interpretação da lei conforme a Constituição, especialmente, sob o prisma de direitos e princípios fundamentais mais amplos, consegue tutelar essa minoria sexual.

Tanto no Brasil como nos Estados Unidos as Cortes Constitucionais foram provocadas para decidir sobre o reconhecimento de casais homoafetivos, não só pela relação conjugal em si, mas pelas consequências jurídicas que surgem deste tipo de relacionamento, como questões de sucessão, previdenciárias, o cuidado com a prole, etc.

Para o Ministro Luiz Fux quando essas relações são reconhecidas e equiparadas às heterossexuais, os direitos dos envolvidos saem da obscuridade e passam a ser efetivamente tutelados pelo Estado:

As uniões homoafetivas, uma vez equiparadas às uniões estáveis entre heterossexuais, permitirão aos indivíduos homossexuais planejar suas vidas de acordo com as normas jurídicas vigentes, prerrogativa que se espera de uma ordem jurídica comprometida com a proteção dos direitos fundamentais, como é a brasileira (BRASIL, 2011, p. 678).

A importância das uniões das pessoas com o objetivo de constituir um núcleo de cooperação mútua, troca de experiências, valores e afeto remontam do início da humanidade, pois é essencial para pleno desenvolvimento do ser humano, em suas esperanças e aspirações. O casamento, principalmente, remete a milênios da história, mas não pode se estagnar em conceitos e significados imutáveis, pois a sociedade evoluiu e as formas de família também; essas novas construções afetivas não causam o enfraquecimento das instituições matrimoniais, ao contrário, quando reconhecidas as fortalecem (EUA, 2015).

Família é uma instituição que acima de tudo é formada por afeto, amor e compreensão entre os seus membros e é a comunhão de vidas e anseios que dão suporte aos integrantes na realização enquanto seres humanos, bem como em sua identidade. Assim, como os casais de gêneros opostos, os que se formam com sujeitos do mesmo gênero desejam ser reconhecidos, para que possam ser devidamente protegidos pelo Estado (BRASIL, 2011).

Para atender as novas demandas e os anseios da minoria homossexual, o STF se utilizou do método de interpretação conforme a Constituição Federal no julgamento da ADI 4277 para dar novo entendimento ao próprio texto constitucional do art. 226, § 3º e, também, do art. 1.723 do Código Civil e, assim, reconhecer a união homoafetiva, impedindo que ao dispositivo legal seja conferido qualquer significado discriminatório e preconceituoso (BRASIL, 2011).

Assim, decidiram os Ministros Brasileiros, que qualquer tipo de discriminação deve ser repudiado pela ordem jurídica, principalmente, pelas pessoas que se comprometem com a justiça e a democracia. A Constituição Federal Brasileira defende em seu preâmbulo o exercício do direito a liberdade, que inclui a livre escolha da pessoa por seu parceiro afetivo e a igualdade, devendo ser tratada em suas subjetividades igualmente a maioria hetero, tudo isto atentos aos valores que garantem uma sociedade fraterna, pluralista e livre de preconceitos (BRASIL, 2011).

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte utilizou como fundamento de sua decisão o direito ao devido processo legal e à igualdade, garantido pela 14ª Emenda à Constituição, também, com o objetivo de superar preconceitos e disseminações contra casais homossexuais (BARROSO, 2018). A decisão, ainda, reconheceu que o direito ao casamento é fundamental e inerente a autonomia individual da pessoa, garantindo a proteção dos filhos e direitos correlatos a estes. Por fim, a Corte Norte-Americana defendeu que o casamento é pedra angular da ordem social, independentemente se heteroafetivo ou homoafetivo, ambos cumprem o mesmo objetivo (EUA, 2015).

Para Gilmar Ferreira Mendes (2014) o jurista que interpreta uma lei, quando se depara com várias possibilidades de fazê-lo, deverá optar por aquela que seja compatível com a Lei Fundamental. No Brasil, o método de interpretação das normas jurídicas conforme a Constituição tem sido recurso comum nas deliberações do Supremo Tribunal Federal, em ações de repercussão geral, e, também, no controle abstrato das normas, exposta e explicada na parte dispositiva dos acórdãos.

Não se desconsidera, contanto, a vontade do legislador, a lei sob análise é presumida constitucional, se for possível compreender seu sentido dentro do texto literal é o que deve fazer o julgador. Porém, não sendo essa a melhor opção, dentro do que preceitua a Constituição Federal o intérprete realiza uma interpretação corretiva que modificará o sentido original atribuído à norma (MENDES, 2014).

É o que ocorre com o art. 226, §3º da CF/1988 e o art. 1.723 do Código Civil, quando a literalidade textual passou a não atender às diretrizes constitucionais da dignidade

humana, da liberdade, da autonomia da vontade, da intimidade e da vida privada precisou ser ressignificada, alterando o conceito de família e uniões conjugais.

Da mesma forma, ocorreu no caso de *Obergefell et al v. Hodges*, no julgamento ficou claro que os Tribunais devem atentar aos interesses e direitos fundamentais dos seres humanos e o Estado tem o dever de respeitá-los. Inclusive, quando sobrevierem novos costumes, entidades e expressões familiares, que surgem com a evolução da sociedade, que possam entrar em conflito com as regras positivadas na Constituição e acabam restringidos, é perfeitamente cabível o pleito que leve a uma nova abordagem (EUA, 2015).

E quando a solução não está na norma? Se ao intérprete faltam elementos para fundamentar e argumentar sua decisão dentro do texto legal, lhe é permitido buscá-los em fontes que a própria Constituição autoriza, inclusive, fontes externas, como por exemplo, a colaboração de terceiros, que possibilitem a melhor análise e racionalização do direito proposto, para que o seu julgamento resulte em uma sentença justa e legítima (BARROSO, 2018).

Geralmente essa ajuda é prestada por pessoas que são os destinatários ou organizações que são militantes do direito em apreciação ou são estudiosos do tema e tentam de alguma forma trazer argumentos e elementos que auxiliem na deliberação do Tribunal. Essa participação ativa da sociedade do processo é defendida por Peter Härbele (1997, p.15):

O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo o que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

Esses colaboradores são conhecidos como *amici curiae* e têm tido ampla participação nas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam do controle abstrato da ordem jurídica brasileira. E têm sido considerados peças fundamentais no processo de interpretação da Constituição, enriquecendo o conteúdo e permitindo fundamentar racionalmente os votos dos Ministros, como ocorreu na ADI 4277, na qual o Relator Ministro Ayres Brito autorizou catorze *amici curiae* (DO VALE; MENDES, 2010; BRASIL, 2011).

A necessidade de proteger grupos vulneráveis, numa posição nitidamente contramajoritária do Poder Judiciário, exige muitas vezes um posicionamento mais proativo deste na atribuição de sentidos a princípios e direitos cujos conceitos são indeterminados ou se mostram retrógrafos em relação ao momento social que se vive. Por isso, a interpretação

conforme a Constituição tem se mostrado adequada e eficiente na tutela dos direitos fundamentais das minorias sexuais, como o caso da união homoafetivas que foi tratada.

6 CONCLUSÃO

A homossexualidade é um fato da vida humana, que tem sido negligenciada há séculos, primeiro tratada como um pecado, mais tarde passa a ser vista como doença e, até mesmo, já foi criminalizada em alguns países, o que acabava privando lésbicas, gays e bissexuais de certos direitos. Na era contemporânea, a militância aumentou e a liberdade sexual foi abraçada pelos indivíduos, que passaram a viver sua sexualidade e a exigir a atribuição e efetivação de certos direitos que lhe são negados.

Como se verificou, a existência da família homoafetiva exige um posicionamento legal que reformule certas normas constitucionais e infraconstitucionais que excluem os casais formados por pessoas do mesmo gênero da proteção jurídica, como por exemplo, no direito de família, previdenciário, sucessório, etc. Contudo, o Poder Legislativo tem continuado omissos e inerte em sua atuação, o que levou ao Judiciário a discussão do tema e a resolução das controvérsias, que o faz por meio do julgamento de ações com questões de interesse geral.

Diante dos casos concretos, tanto o Supremo Tribunal Federal no Brasil, como a Suprema Corte Norte-Americana, em decisões contramajoritárias e inovadoras decidiram pela nova significação de família, a qual abrange as uniões homoafetivas e todos os demais direitos que delas se manifeste.

O reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos leva a uma tutela plena do Estado, bem como a abstenção deste e do restante da sociedade em lesar os direitos fundamentais desta pessoa. Protegendo toda a entidade familiar que se fundamentará nos parceiros gays e lésbicas, o cuidado com os filhos, direitos patrimoniais, sucessórios e previdenciários. Além, por óbvio, de permitir as demonstrações públicas de afeto, que por valores morais heterossexistas não são passíveis de serem externadas.

Para isso, acabaram se utilizando do método de interpretação conforme a Constituição, que levou a uma mutação constitucional. No Brasil, modificou o sentido do art. 226, §3º da CF/1988 e do art. 1.723 do Código Civil quando deixou de entender que a união não é formada apenas por um casal de pessoas com gêneros opostos, para admitir a leitura que abrange os casais de gays e lésbicas. Nos Estados Unidos, sob o prisma da 14ª Emenda o casamento como direito fundamental é base da sociedade e, também, deve ser vivido pelos homossexuais, não podendo os Estados se negarem a reconhecê-lo e negá-lo.

Destaca-se, ainda, a participação da sociedade, dos terceiros interessados nas tomadas de decisões, já que esses acabam apresentando elementos que fundamentam e ajudam na racionalização dos votos dos Ministros.

Por fim, a mutação constitucional permite que a Lei Fundamental de um país continue acompanhando as evoluções políticas, sociais, culturais e, até mesmo, morais, de seus cidadãos, garantindo sua força normativa, pois permanece tutelando os direitos fundamentais, garantindo que os indivíduos permaneçam confiando em sua efetividade.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. Porto Alegre: Zouk, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Lex**. Brasília: Senado Federal, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto. Relator: Ministro Ayres Britto. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2022.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da responsabilidade civil pelos danos decorrentes da quebra dos deveres paternais. *In*: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valeria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossetin Costa Beber (orgs.). **Famílias, Psicologia e Direito**. Brasília: Zakarewicz, 2017. p. 41-55.

_____.; MAZARO, Juliana Luiza. Da tutela jurídica dos indivíduos LGBT sob a perspectiva da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana. **Revista Direito & Paz**, São Paulo, v. 1, n. 39, p. 83-101, dez. 2018. Disponível em: <http://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/956>. Acesso em: 10 abr. 2022.

_____.; SEGATTO, Antonio Carlos; CAZELLATO, Caio Eduardo Costa. O exercício ilegítimo do discurso de ódio homofóbico sob a ótica da sexualidade e da dignidade humana. **Revista Jurídica – Unicuritiba**, v. 1, n. 46, p. 90-118, 2017. Disponível em: revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2001. Acesso em: 10 abr. 2022.

CAZELLATO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Discurso de ódio e minorias sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Suprema Corte. Opinião da Corte nº 14556. *Obergefell et al v. Hodges*. Washington, DC. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Acesso em: 11 jun. 2019.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____. **Sexo, poder e a política da identidade**. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4995/3537>. Acesso em: 02 jun. 2019.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JELLINEK, Gerog. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MELO, Rogério Amador de; PERPÉTUO, Claudia Lopes. Entrelaçando família e homossexualidades: aproximações que produzem territórios e identidades. *In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valeria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossetin Costa Beber (orgs.). Famílias: Psicologia e Direito*. Brasília: Zakarewicz, 2017. p. 277-303.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEDROSA, João Batista. Bissexuais. *In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (orgs.). Minorias Sexuais: Direitos e Preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Resposta ao tempo. *In: Revista IBDFAM*, 20 anos do Código Civil, Ed. 60, Belo Horizonte, jan.2022.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Revista Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 71-100, dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a04v1226.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2022.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, out. 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf. Acesso em: 11 abr. 2022.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Homossexualidade: caracterização, panorama histórico, evolução terminológica e direito fundamental. *In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (orgs.). Minorias Sexuais: Direitos e Preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira. O Pensamento de Peter Häberle na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito Público**, v. 1, n. 28, p. 71-94 jul./ago. 2009.