



**DESAFIOS DA HOMOAFETIVIDADE: UMA BREVE APROXIMAÇÃO DA  
IDENTIDADE LGBT COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E AS  
FORMAS DE CIDADANIA**

**HOMOAFFECTION'S CHALLENGES: A BRIEF APPROACH OF LGBT  
IDENTITY TO THE CONSTITUTIONAL GUARANTEES AND FORMS OF  
CITIZENSHIP**

<sup>1</sup>Wellington Oliveira de Souza Costa

<sup>2</sup>Ynes da Silva Félix

**RESUMO**

O artigo trata sobre homoafetividade e seu reconhecimento em sociedade como família, não apenas no ordenamento jurídico pátrio, mas pelo pleno exercício da cidadania da população LGBT – Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, que encontra ainda diversos desafios na efetivação de direitos básicos, a exemplo da união estável. Daí da necessidade de sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Apontam-se questões principiológicas ligadas à temática para, em seguida, abordá-la dentro do referido julgamento e nos conceitos de cidadania. O estado da arte demonstra necessidade de aprofundamento na temática e a pesquisa, bibliográfica e documental, desenvolve-se pelos métodos indutivo e dedutivo.

**Palavras-chave:** Homoafetividade; Princípios Constitucionais; População LGBT; Cidadania Insurgente.

**ABSTRACT**

The article exposes the homoaffection and your recognition in society as a family, not only by the brazilian legal system, but by the exercise of citizenship of all LGBT - Gays, Lesbians, Bisexuals, Transvestites, Transsexuals and Transgender, witch has still challenges to guarantee basic rights, as affectives unions, the reason of their appreciation by the Brazilian Supreme Court. There are pointed principles about the theme and their analysis into the judgment mentioned and citizenship's concepts. The state of the art show the need of deeping the theme. The research, bibliographical and documental, is developed by the inductive and deductive methods.

**Keywords:** Homoaffection; Constitutional principles; Federal Constitution; LGBT Population; Insurgent citizenship.

1Mestrando da Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil. Email: tutortreinamento@gmail.com

2Professora Titular de Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil. Email: ynesil@hotmail.com



## INTRODUÇÃO

Malgrado tenham conquistado diversos direitos, ainda se pode verificar grande estigmatização em torno da causa e da população LGBT – Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros. Esta considerável parcela social mesmo nos dias atuais enfrenta grave exclusão porque, desaliada da cultura heteronormativa, opta por ser quem é e viver como tal, de acordo com sua vida privada.

Não é surpresa deparar-se com notícias de frequentes práticas de preconceito contra a população LGBT, na sua grande maioria decorrente de atos de violência. As notícias são alarmantes do ponto de vista social e, não obstante, acabam por marginalizar toda essa parcela da sociedade que se vê compelida a aceitar regras de conduta heterossexual que lhe são impostas para não sofrerem represálias.

Nesse contexto, torna-se relevante aprofundar o estudo da homoafetividade sob o ponto de vista da cidadania e com base nos princípios basilares da Constituição Federal: dignidade, igualdade e isonomia. Embora não haja legislação infraconstitucional que ampare especificamente as relações homoafetivas, a lacuna não deve servir como óbice ao seu reconhecimento e implementação de todas as garantias constitucionais, a fim de que o artigo 226 da Constituição Federal seja interpretado de acordo com a sua legítima finalidade evitando-se mais uma forma de exclusão.

A exemplo de outras parcelas sociais, tais como as mulheres, os negros, indígenas, dentre outros, os LGBT encontram-se marginalizados da concepção de cidadania. Por essa razão, é necessário garantir-lhes voz por meio da garantia de direito de participação social.

Dessa forma, este trabalho busca demonstrar que os fundamentos jurídicos constitucionais permitem sua real aceitação e autorizam finalmente conceder a esta parcela social o efetivo exercício da cidadania.

Sem embargo, a interpretação que se busca neste estudo tem o intuito primordial não apenas de efetivamente inserir a população LGBT em sociedade, mas de garantir sua cidadania na forma de reivindicação dos bens sociais, isto é, sua capacidade de ser cidadã exatamente como é e não como deveria ser para “adequar-se” ao que é “aceito”.

A pesquisa desenvolve-se pelo método dedutivo, apresentando um levantamento bibliográfico sobre a temática com a finalidade de demonstrar seu relevo no âmbito social e jurídico.



## 1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASE PARA O ALCANCE DA CIDADANIA

Conforme ensina Nunes (2008, p. 171), o princípio é o vetor para o jurista alcançar preceitos de justiça.

Quando se fala em dignidade da pessoa humana, sua definição é diversa, mas é possível dizer que se trata da garantia ao cidadão do alcance da vida que compreenda digna, dentro do contexto histórico e cultural. As garantias da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana dizem respeito, por exemplo, ao acesso social, ao trabalho, recebimento de um salário condizente, formação de uma família e à paz.

Ainda segundo Nunes (2008, p. 151), há características intrínsecas do ser-humano, ais quais, ao longo da vida e do convívio social, ganham força e desenvolvem-se em variadas nuances, a exemplo de sua liberdade, imagem, intimidade, religião, entre outras.

Nesse contexto, o direito a se unir com outra pessoa, independentemente do sexo, sendo quem se é, sem por isso sofrer preconceitos, insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, pois faz parte do plano de vida e felicidade dos indivíduos.

Assim também leciona Dias (2009, p. 117), quando recorda que a dignidade é o centro axiológico da ordem constitucional e, por consequência, prevalece sobre o Estado e suas instituições e deve ser respeitada em suas bases e características mais fundamentais.

Para Silveira e Campello (2010):

A dignidade da pessoa humana será concretizada pelo valor preponderante em um dado momento histórico, por exemplo, liberdade, igualdade e solidariedade. Sendo assim, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, importante instrumento de universalização dos direitos humanos e principal dispersor de valores no mundo, a dignidade da pessoa humana assumiu o caráter de pilar de todos os direitos nela consagrados. No preâmbulo coroou-se a dignidade como fundamento de todos os direitos humanos, haja vista o seu reconhecimento a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis. Já no artigo 1º, ficou estabelecido que todos os seres humanos, porque dotados de razão e de consciência, nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

Ainda hoje muitos casais que vivem em união homossexual não a podem assumir por falta de amparo legal, passando a viver à penumbra, necessitando tomar cuidado para que não sejam expostos à sociedade e, por consequência, acabem vítimas do preconceito.



O intuito da união propriamente dita está associado a propósitos de promoção da dignidade e por essa razão não se devem admitir interpretações, especialmente decorrentes de lei, que imponham restrições à formação das famílias, para que a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil<sup>3</sup> sirva para abarcar as uniões homoafetivas, como aduz Tepedino (2006, p. 12).

Ademais, consoante dito em linhas anteriores, a dignidade da pessoa humana reside nos direitos mais básicos inerentes ao cidadão. E, nada mais básico do que o direito aos alimentos, à herança, à aquisição conjunta da moradia, dentre outros, que decorrem da formação e reconhecimento da família formada por iguais.

No seguinte ensinamento pode-se verificar interpretação do princípio referido:

A Constituição tem como vértice o respeito à dignidade da pessoa humana e aos princípios da liberdade e da igualdade, o que impõe que as uniões homoafetivas sejam inseridas no âmbito de proteção estatal como entidades familiares. Descabido negar direitos a vínculos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. A dimensão metajurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tenham como jurídicos os relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres, ou só por mulheres, ou só por homens. Atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, necessário que sejam conferidos direitos e impostas obrigações independentemente da identidade ou da diversidade de sexo dos conviventes (DIAS, p. 163, 2009).

Assim, denegar direitos aos homossexuais que vivam em união é negar-lhes o acesso à dignidade da pessoa humana. São indivíduos, cidadãos, como quaisquer outros, que decidiram constituir família, à qual devem ser garantidos todos os direitos.

Inclusive, Dias (2009, p. 103), quando lembra os ensinamentos do doutrinador José Carlos Teixeira Giorgis, aponta a dignidade de cada um, na qual a República Federativa está fundada<sup>4</sup>, sendo associada também à orientação sexual, não cabendo ao Estado adentrar na esfera íntima de seus cidadãos e tampouco restringir-lhes liberdade.

Quando a sociedade se fecha ao reconhecimento dos casos de união homoafetiva, nega a existência das diferenças entre as pessoas, fazendo prevalecer à heterossexualidade, às modas do que ocorria na Alemanha Nazista, com a diferenciação da raça ariana.

<sup>3</sup> Art. 1.723. 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 constituição de família.

<sup>4</sup> 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.



Não se pode olvidar que o direito à personalidade também se faz presente na união homoafetiva. Quando unidos, os indivíduos, além de sua personalidade individual, possuem a personalidade conjunta, a qual, igualmente, merece guarida no mundo jurídico. Outrossim, o não reconhecimento dos casais homoafetivos viola seu direito à cidadania, afetividade, tolerância, liberdade, além de sua dignidade humana. O não reconhecimento em questão fere o indivíduo em todos os aspectos de sua vida e fomenta sua exclusão (PEREIRA, 2009, p. 103).

Portanto, o descaso com as uniões homossexuais na participação da cidadania ofende ao princípio básico do Estado Democrático de Direito: “o respeito à dignidade humana” (FACHIN, 2008, p. 207).

É a dignidade da pessoa humana o primeiro princípio constitucional a ser trazido à lume quando se trata da homoafetividade. A partir dele se compreendem as injustiças geradas quando uma parcela da sociedade permanece à sorte dos julgamentos de bom senso, que desrespeitam sua vida privada, honra, imagem, todos reflexos diretos da dignidade da pessoa humana, que sempre prevalecerá junto da isonomia (NUNES, 2008, p. 58).

A democracia no país está atrelada às mudanças de paradigmas, de costumes e mentalidades. Benevides (1996, p. 194), explana que dita mudança ocorre com a superação das mentalidades marcadas na experiência de mando e de privilégios. Inclusive, aponta que “a expectativa de mudança existe e se manifesta na exigência de direitos e de cidadania ativa; o que se traduz, também, em exigências por maior participação política – na qual se inclui a institucionalização dos mecanismos de democracia”.

Por outro lado, não se trata apenas da implementação da cidadania ativa, pois a população LGBT faz parte da camada social que busca, antes de tudo, o direito de existir e ser respeitada como tal, o que leva à ideia de cidadania insurgente. Na forma explorada por Holston (2013, p. 354), a cidadania insurgente toma lugar quando determinadas camadas sociais ultrapassam a cidadania diferenciada e as desigualdades tornam-se intoleráveis. Nas palavras do autor “vista dessa perspectiva, a incivilidade parece necessária como idioma público de profunda mudança democrática”.

Dessa maneira, dentro da construção da cidadania, na busca e alcance dos bens sociais, a homoafetividade também deve encontrar espaço e reconhecimento, haja vista representar parcela social que não pode ser ignorada por aquilo que intimamente efetivamente é. Em primeiro lugar, em razão do que estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana e, em segundo, para a efetivação da democracia no país, que exige ampla participação e não fomenta práticas de preconceito.



## 2 IGUALDADE E LIBERDADE: PRESSUPOSTOS PARA PROTEÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Em diversos trechos da história da humanidade, houve momentos em que as pessoas não podiam escolher o caminho que melhor lhes aprouvesse. No Brasil, os tempos de opressão da ditadura militar, por exemplo, marcaram muitos destinos. Nem se lembre então o período escravocrata no Brasil.

Posterior a tais acontecimentos, em 1.988 foi promulgada a Constituição Federal vigente, a constituição cidadã, que garante ao indivíduo o direito à liberdade e à igualdade, a qual possui o condão de eliminar as discriminações ocorridas ao longo dos anos contra aqueles que não estão inseridos no “padrão” da normalidade.

Nessa perspectiva, Fachin (2008, p. 20), ao comparar a prática um dia institucionalizada da escravidão com a discriminação contra às uniões homoafetivas, aponta que entender a heterossexualidade como padrão a ser seguido ofende a expressão natural de cada um, sua liberdade e ofende o direito às diferenças. É efetivamente a imposição de um padrão heteronormativo.

Porém, atualmente, ocorrem outras formas de discriminação que vão contra os princípios constitucionais, dentre as quais a questão da orientação sexual. Esta problemática tem causado a marginalização de uma grande parcela da sociedade que se vê obrigada a esconder sua personalidade ou expô-la apenas em determinados locais. Para que os homossexuais tenham garantidos seus direitos, é necessário, primeiramente, ater-lhes especial atenção, com vistas à inclusão de suas necessidades no mundo jurídico. Necessário aplicar a máxima aristotélica e tratar os iguais de forma igual e aos desiguais de forma desigual (NUNES, 2003, p. 287).

Não obstante, decorre do preconceito contra os homossexuais o impedimento de que usufruam dos mesmos direitos garantidos aos casais heterossexuais. Há, portanto, clara necessidade de aplicação do princípio da igualdade, bem como do princípio da liberdade para que não haja culpa ou vergonha na vontade de ser feliz de acordo com sua própria personalidade.

A busca pela efetivação dos direitos fundamentais e cidadania está bastante associada às reivindicações da comunidade homossexual quanto à aplicabilidade do princípio da



isonomia, mesmo para considerar suas uniões e todos os direitos delas decorrentes, a despeito de ideias moralistas de exclusão, como bem lembra Fachin (2008, p. 216).

Para Appio (2009, p. 376-378) a liberdade assume conceito amplo no reconhecimento das uniões homoafetivas e legitima a cidadania da população LGBT. Ressalta o autor que a interpretação contrária corrobora a exclusão incoerente e não fomentada pela Constituição Federal vigente, que tanto protege direitos individuais, sem exclusões.

Isto porque, todos são iguais perante a lei, segundo prescreve o princípio da isonomia (CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1988. Artigo 5º, caput). Dita igualdade, na arguta perspectiva de Rios (2002, p. 131) somente alcançará a universalidade quando o modelo abstrato da heteronormatividade não for considerado padrão, fazendo-se imperioso muito o respeito à diversidade do que garantir o direito à diferença propriamente dita.

Desta feita, é livre o indivíduo que pode viver abertamente sua afetividade, de modo igual a todos os outros e com a garantia dos mesmos direitos independentemente de sua orientação sexual. A civilização humana está predestinada à busca da igualdade pelo fato de viver imersa na desigualdade. Sonhamos com aquilo que é etéreo, com um ideal de justiça que está além da política do dia-a-dia e das convenções sociais. Esta é a razão de ser da Constituição (APPIO, 2009, p. 385).

Assim, a busca pela identidade sexual, bem como o respeito que dela deve advir, está conjuntamente atrelada à busca pela efetivação dos princípios constitucionais da dignidade, igualdade e liberdade. A militância está profundamente associada à ascensão desta parte social que, dentro da concepção de cidadania insurgente, desvinculada do modelo padrão de cidadania, pretende expandi-la de forma democrática, uma vez que, ao mesmo tempo, com a evolução social, novas formas de violência e exclusão ocorrem (HOLSTON, 2013, p. 21).

É dizer que a população LGBT, em toda sua diversidade, desponta em sociedade não apenas para assumir personagens de exclusão mas de incessante busca pelo reconhecimento e respeito.

### **3 UMA LEITURA INTEGRATIVA E DEMOCRÁTICA DO ARTIGO 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**





Pela leitura do *caput* artigo 226 da Constituição Federal<sup>5</sup>, depreende-se que o Estado protegerá a família. Em seguida, o parágrafo terceiro, verbete que, para efeito desta salvaguarda, é reconhecida a união estável entre homem e mulher.

Veja-se que a norma constitucional protege a família, que deve ser entendida em sentido lato, uma vez que o artigo não impõe quaisquer restrições.

Destarte, desde logo, é possível compreender não haver qualquer restrição ao reconhecimento de um ou de outro tipo de família, mas tão somente da família. A Constituição Federal, portanto, não pretendeu e nunca pretenderá salvaguardar apenas as famílias formadas por heterossexuais. Inclusive, esta foi a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal, em voto emitido pelo Ministro Ayres Brito, aplicando conceito não reducionista, quando julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº. 132:

Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do ser.

Por outro lado, o parágrafo terceiro dispõe que é reconhecida a união estável entre homem e mulher, mas nada diz acerca da união homoafetiva. Nesse sentido, muito embora trate das uniões estáveis, não excluiu a proteção da família homoafetiva.

É que as normas constitucionais necessariamente devem ser interpretadas com base nelas mesmas e em conjunto com os seus princípios informadores, expressos ou implícitos, conforme os mencionados nesta pesquisa, quais sejam, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e, sobretudo, o respeito à intimidade, princípio que, inclusive, também é alçado ao patamar de cláusula pétrea no julgamento mencionado.

Nessa linha deve-se orientar o intérprete quando se depara com a necessidade de integração da lei. Como se observa no artigo 1.723 do Código Civil, ao expressamente apontar que as uniões estáveis são aquelas formadas por homem e mulher, nada tratando sobre casais do mesmo sexo, identifica-se uma lacuna, a qual é solucionada pela analogia, costumes e princípios do direito, conforme prescreve o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito

<sup>5</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.





Brasileiro<sup>6</sup>. Nesse sentido, Nunes (2003, p. 262-263) recorda que o ordenamento jurídico, já prevendo situações de lacuna, confere os mecanismos ao juiz para solucioná-las.

Para aplicação da analogia, que é a comparação com situações semelhantes no caso de integração da norma relativa às uniões estáveis, a união a ser considerada deverá ser a heterossexual, pois a única diferença entre esta e a homoafetiva é que distinção de sexo, questão que não deve inibir o reconhecimento desta última, mesmo por que a norma constitucional não trouxe esta distinção. A equiparação da união estável ao casamento entre homem e mulher consta na Constituição Federal em razão da discriminação antes existente em relação àqueles que não se casavam. Logo, se a lei tinha o intuito de não discriminar, assim deve ser interpretada também para o caso das uniões homoafetivas (BARROSO, 2006, p. 34).

Uma vez entendido que o não reconhecimento da união homoafetiva acarreta a violação de um emaranhado de preceitos constitucionais fundamentais, não há razão para se exigir distinção de sexo para sua existência. Por esse motivo, ao tratar da lacuna do artigo 1.723 do Código Civil, necessário valer-se da aplicação analógica da união estável heterossexual e dos direitos que dela decorrem. Dias (2009, p. 155) aponta que tais critérios (lacuna e relação de semelhança com o caso previsto em lei a ser comparado) são imprescindíveis e ressalta que o mais importante a ser considerado é o afeto.

Outrossim, sequer a Constituição Federal fez distinção ao reconhecimento tanto da família quando das uniões homoafetivas.

A família, independentemente da forma como é composta, em sua maioria, erige-se em afeto e sobre ele funda seus pilares movidos pela busca sua realização pessoal. Desta forma, a identidade de sexo não impede a integração normativa de fato amplamente existente em sociedade e que não encontra amparo infraconstitucional.

Dessa forma, propõe-se uma leitura do dispositivo contido no Código Civil de acordo com a Constituição. Nesse sentido, eis o teor do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento da ADPF n°. 132:

Saliente-se, ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal (“*entre homem e mulher*”). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir a

<sup>6</sup> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.



norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil. Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas.

Para o caso das uniões estáveis, em critério de integração da norma, os costumes considerados pelo aplicador da lei devem ser aqueles atuais e de acordo com o contexto presente, que busquem a inserção das minorias insurgentes (DIAS, 2008, p. 191).

Quando se fala em reconhecimento das uniões homoafetivas, interpretando-se a norma contida na lei civil, imperioso que se tenha em mente que, na aplicação analógica do caso, o norte a ser seguido é aquele disposto nas uniões heterossexuais, para que sejam estendidos aos homossexuais os mesmos direitos garantidos aos heterossexuais, resguardando-se a premissa contida no princípio da igualdade para conferir às uniões entre casais homoafetivos preceitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, com proteção especial do Estado a esta família, pois o intuito da norma é dirimir conflitos e não aumentá-los (FACHIN, 2008, p. 2018).

Não obstante a analogia mencionada para o caso as uniões estáveis, há a questão da interpretação extensiva do disposto no *caput* do artigo 226. Por interpretação extensiva, entende-se a utilização da norma para casos semelhantes ao seu preceito, de modo a agasalhá-los àqueles para os quais não haja amparo legal. Aplicando ao caso concreto, o legislador constitucional, por meio do conceito de família, apenas pretendeu incluir todos aqueles que, movido pelo afeto, unem-se pelo sentimento e o vivem em sociedade, sem distinções.

E por isso, para que a norma infraconstitucional igualmente seja lida de acordo com a Constituição, ainda no julgamento da ADPF nº. 132, o Senhor Ministro Luiz Fux menciona brilhantemente que:

[...] é exatamente isso que se pede, à luz dos princípios instrumentais da interpretação da Constituição, que se empreenda, em relação ao artigo 1.723, uma interpretação conforme a Constituição para estender à união homoafetiva os mesmos consectários jurídicos da união estável.

E ainda, no que tange à analogia e à interpretação extensiva da norma aqui comentada, é importante que sejam utilizadas para garantir a aplicação democrática e cidadã do que dispõe o artigo 226, §3º, mormente em razão dos direitos fundamentais não expressos, proporcionando



aos homossexuais os mesmos direitos garantidos aos heterossexuais, na forma como expõe Fachin (2008, p. 239).

É que a homoafetividade, apesar de seu reconhecimento como entidade familiar no julgamento já mencionado da ADPF nº. 132, pelo Supremo Tribunal Federal, ainda é fato social sem amparo legal.

Por isso, a aplicação do costume aqui deve ser implementada de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade na forma exposta, tal como ocorre nas uniões heterossexuais, a fim de evitar estigmatização heteronormativa, bem como a prevalência de valores cristãos em um Estado que é laico<sup>7</sup> (CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1988. Artigo 19, D), lembrando também que mesmo os valores cristãos se fundamentam em questões de razão e tolerância, a despeito da exclusão da pessoa humana (BARROSO, 2006, p. 20-21 *passim*).

Nesse sentido, necessária a democratização na interpretação do artigo 226 da Constituição da República para abarcar também as uniões homoafetivas e, conseqüentemente, legitimá-las perante a sociedade, garantindo aos seus componentes todos os direitos necessários à implementação de sua cidadania.

O tratamento diferenciado, pela inclinação a um ou a outro sexo, evidencia clara discriminação à própria pessoa, em função da identidade de seu sexo. Como a orientação sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa escolhida, é direito que goza de proteção constitucional em face da vedação de discriminação por motivo de sexo. O gênero da pessoa eleita não pode gerar tratamento desigualitário com relação a quem escolhe, sob pena de se estar diferenciando alguém pelo sexo que possui: se igual ou diferente do sexo da pessoa escolhida (Roger Raupp Rios, *Direitos Fundamentais e orientação sexual...*, 23). (DIAS, 2009, p. 106)

O exercício da cidadania ocorre quando a parcela social logra reivindicar direitos. É o efetivo acesso aos bens garantidos a toda população sem distinção, tais como a apropriação de seus espaços e o direito à vida em sentido pleno (COVRE, 2002, p. 10-11), de modo que a leitura da Constituição deve ser ampliada à todas as formas de família a fim de efetivar sua participação social e consolidar sua existência.

Lembra Coutinho (1997) que a cidadania é a capacidade dos indivíduos “de se apropriarem dos bens socialmente criados, de atualizarem todas as potencialidades de

<sup>7</sup> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;



realização humana abertas pela vida social em cada contexto historicamente determinado” (COUTINHO, 1997, p. 146). É, portanto, o exercício do papel social na busca do interesse pessoal ou coletivo.

Destarte, apesar da ausência de normatização sobre a temática, o avanço da sociedade não deve atrelar-se ao do poder legislativo, mesmo porque a justiça não depende da existência de lei sobre a matéria e o fenômeno social inicia-se antes dela, que, por sua vez, advém antes da jurisprudência. Os novos paradigmas devem, portanto, ser considerados em cotejo aos princípios, especialmente da dignidade humana (FACHIN, 2006, p. 226). No mesmo sentido, Dias (2009, p. 109) aponta que só se fala em cidadania quando se aceita a diversidade com o devido respeito ao princípio da igualdade.

O julgador, ainda diante dos casos de lacuna, aplica os princípios gerais do direito. A cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da Constituição Federal (CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1988. Artigo 1º, incisos I e III). Outrossim, a dignidade deve ser o primeiro princípio a ser lembrado no reconhecimento da homoafetividade. Dias (2009, p. 132-133), ao trazer os ensinamentos do doutrinador Luiz Roberto Barroso, argumenta que a heterossexualidade não é a única opção existente e a exclusão pela orientação sexual, além de ofender o princípio da igualdade, em nada modifica a existência das relações homoafetivas que não podem ficar à mercê do reconhecimento do Estado, sob pena de insegurança.

Quando discorre acerca da interpretação dada ao artigo 226, §3º, da Constituição Federal, Toni (2008, p. 50-51 passim) argumenta que o legislador ressalta a importância da família, independentemente de sua formação. Neste ponto, ao citar José Carlos Teixeira Giorgis, Dias (2009, p. 181), reafirma que, uma vez caracterizados os requisitos da típica união estável, não será a igualdade de sexos óbice ao seu reconhecimento, em respeito aos princípios constitucionais e por aplicação da analogia.

Em suma, com a correta aplicação da norma, de acordo com seu real objetivo, propicia-se a proteção jurídica de forma mais ampla. A homoafetividade está abarcada pelos princípios basilares da Constituição Federal que afastam empecilhos ao seu reconhecimento, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana que deve nortear o caso tanto dentro da autonomia privada (garantia dos direitos individuais) quando da pública (efetivo respeito à diversidade), como mais uma vez lembra Dias (2009, p. 159).

Dessa maneira, como fato social permanente, a homoafetividade, em todas as suas nuances, deve ser amplamente respeitada em sociedade. Para os casos de uniões, é imperiosa a implementação legislativa a fim de garantir-lhes segurança jurídica, mas, até lá, considerar-se-



ão as uniões heterossexuais como parâmetro de integração para aplicação analógica, em consonância com os princípios constitucionais que subsidiam a democrática interpretação do artigo 226 da Constituição da República, bem como do 1.723 do Código Civil, os quais, afinal, consolidarão o bem de todos (ao menos de mais uma camada social), na forma como objetiva a República do Brasil (CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1988. Artigo 3º, inciso IV).

## CONCLUSÃO

O estudo em questão teve o intuito de demonstrar a necessidade do reconhecimento da homoafetividade em sociedade para que a parcela populacional LGBT possa efetivamente exercer sua cidadania.

Nesse sentido, a Constituição Federal, fundada na dignidade da pessoa humana, traz uma série de princípios que, interpretados de acordo com ela, abarcam as uniões homoafetivas na proteção estatal concedida às famílias pelo artigo 226, bem como às uniões estáveis, de acordo com o parágrafo 3º, tais como a isonomia e igualdade. Outrossim, há uma gama de mecanismos no ordenamento jurídico pátrio que possibilitam o reconhecimento, concessão de direitos e inclusão social das uniões homoafetivas.

O tema, todavia, ainda enseja amplo debate, especialmente por não estar regulamentado expressamente em lei que dê segurança jurídica à população LGBT e, por consequência, garanta o exercício da cidadania plena, que somente ocorrerá com a mudança e desapego de entendimentos normalmente lastreados em conceitos heteronormativos, os quais apenas consolidam óbices.

Não haverá cidadania sem a participação de todas as camadas sociais. Consequentemente, não haverá representatividade democrática na implementação de direitos, mormente das minorias que mais enfrentam problemas de exclusão. A homoafetividade é fato e não deve ser entendida como algo diferente que não mereça guarida jurídica e principalmente social. A questão da diversidade é patente em sociedade haja vista não mais encontrar amparo pelos direitos decorrentes da cidadania hoje compreendida, o que enseja a força da cidadania insurgente da qual faz parte a população LGBT.

A cidadania em questão deve ser ativa e não apenas utópica. A real participação de todas as camadas sociais é fundamental.

Por outro lado, tal só é possível por meio da inclusão em sociedade de todos, nos exatos termos do princípio da igualdade, e não de uns sobre outros, especialmente se o fator diferencial for a orientação sexual, que está completamente ligada à vida privada de cada um. Cidadania



deve ser entendida como a possibilidade de alcançar bens pretendidos e realmente participar. A exclusão da cultura LGBT por considerá-la inadequada não está de acordo com a Constituição Federal e não consolida o Estado democrático de direito.

## REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed., São Paulo: Saraiva. 2005.
- BENEVIDES, Maria V. **Educação em direitos humanos: de que se trata? \_\_\_\_\_**. A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular. 2.ed. São Paulo: Ática, 1996.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm). Acesso em: 06 fev. 2010.
- BRASIL. Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 set.1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 08 ago. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Direitos Humanos – SEDH. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbtt/planolgbt.pdf/view> . Acesso em 24 ago. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Plenário. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 24 jun. 2016.
- CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; DA SILVEIRA, Vladimir. O. **Dignidade, Cidadania e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3914.pdf> >. Acesso em 05 set. 2016.
- COUTINHO, Carlos Nelson. Notas sobre cidadania e modernidade. In: **Praia Vermelha. Estudo de Política e Teoria Social**, UFRJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1. sem.1997.



COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é cidadania**. 10.ed. São Paulo: Brasiliense, 2002. (Coleção primeiros passos).

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito e a Justiça**. 4.ed., Rio Grande do Sul: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5.ed., São Paulo: RT, 2008.

FACHIN, Zulmar Antônio. (Org.). **Direitos Fundamentais e Cidadania**. São Paulo: Método, 2008.

HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente: Disjunções da Democracia e da Modernidade no Brasil**. São Paulo: Schwarcz S/A, 2013.

LLOYD, Dennis. **A Idéia da Lei**. 2.ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual - A Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Estudo realizado pelo Instituto de Direito Civil - IDC**. 2006.

TONI, Cláudia Thomé. **Manual de Direitos dos Homossexuais**. 1.ed., São Paulo: SrS, 2008.