

DIREITO À INTIMIDADE E A MITIGAÇÃO DO REQUISITO DE PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.

BACILDES TERCEIRO

Mestrando em *Direito, Governança e Políticas Públicas*/Universidade Salvador/UNIFACS
e-mail: bacildes@gmail.com.

RODOLFO PAMPLONA FILHO

Docente e pesquisador nos Programas de Stricto Sensu em *Direito* na Universidade Federal da Bahia/UFBA, bem como em *Direito, Governança e Políticas Públicas*/Universidade Salvador/UNIFACS.
e-mail: rpf@rodolfopamplonafilho.com.br.

RESUMO: Este artigo busca elucidar em que medida a obrigatoriedade do preceito cível de publicidade é nociva para a diversidade sexual. Visa-se, destarte, demonstrar da necessária mitigação do requisito para a caracterização das uniões estáveis quando se tratarem de casais em posição de diversidade sexual, tudo em nome da preservação da dignidade do par, garantindo seus direitos fundamentais num cenário social crescentemente homofóbico. Para tanto, discorrer-se-á acerca do direito à intimidade, contextualizando-o com fatores e estatísticas que demonstram o desprezo social pela figura do não-heterossexual e o perigo real em assumir-se, por exemplo, homoafetivo em tal conjuntura. Conclui-se pela inevitável necessidade em se relativizar o fator “notoriedade social” quando da investigação judicial da existência de união estável, não antes, entretanto, de um escorço acerca do multimencionado requisito. O método utilizado é o dialético e os procedimentos metodológicos são a revisão de literatura e análise quantitativa de dados.

Palavras chave: Direito à intimidade. Publicidade. União estável homoafetiva. Diversidade sexual.

ABSTRACT : This article seeks to elucidate the extent to which the mandatory nature of the civil rule of advertising is harmful to sexual diversity. The aim, therefore, is to demonstrate the necessary mitigation of the requirement for the characterization of stable unions when it is related to couples in a position of sexual diversity, all in the name of preserving the dignity of the couple, guaranteeing their fundamental rights in an increasingly homophobic social scenario. To do so, we will discuss the right to intimacy, contextualizing it with factors and statistics that demonstrate the social disregard for the figure of the non-heterosexual and the real danger of assuming oneself, for example, homoaffective in such a conjuncture. It is concluded by the inevitable need to relativize the "social notoriety" factor when from judicial investigation of the existence of a stable union, not before, however, a foreshortening about

the multimentioned requirement. The method used is the dialectical and methodological procedures of literature review and quantitative data analysis.

Key words: Right to intimacy. Publicity. Stable homoaffective union. Sexual Diversity.

Uma nova concepção de família reluz no horizonte. As trevas da ignorância jurídica dissipam-se, puxadas “à carroça” por transformações no seio de uma sociedade profundamente marcada por contradições. No ringue dos conflitos de interesses, aquece-se, de um lado, o bravo - mas ainda aquém de suas possibilidades - movimento pelo direito às livres identidade de gênero e orientação sexual (diversidade como um todo); do outro, porém, assombra-lhe o gigantesco conservadorismo, “campeão” das massas desesperadas, paladino da aparentemente imutável elite heterossexual dita hegemônica, em preparação a uma luta nada justa, porém não mais previsível.

Eis que o reconhecimento da união homoafetiva, às vésperas de completar seus 06 anos (desde que o Supremo Tribunal Federal reconheceu-lhe formalmente como entidade familiar), ainda não encontra respaldo no seio da “ama seca” da sociedade brasileira, cujas cicatrizes homofóbicas, frutos de uma herança machista que deita raízes tanto ibéricas quanto africanas (prova da transversalidade do preconceito através de nações e etnias), cindem a terra infértil e a carne podre da ignorância. Exemplificativamente, até nos dias atuais, o eterno Sr. Presidente do Zimbábue, Robert Mugabe, afirmou que “os homossexuais são ferramentas ocidentais para destruir a população africana através da SIDA (sic)” (MONTEZINHO, 2017, p. 1)...

Se homossexualidade fosse opção (e não orientação pessoal - mais enraizadas no âmago do ser¹), não seria a mais fácil no Brasil (e, em verdade, na maioria do planeta). A recrudescência de instituições sociais como família, fábrica (hodiernamente, “empresa”) e igreja, que aparenta originar-se em causas como a fobia coletiva da insegurança e a procura

¹ Há debate quanto o uso do termo. Neste artigo, preferimos a ideia de que sexualidade não se consubstancia em opção, mas em bagagem psíquica própria de cada ser. Cf, entretanto, opinião contrária: FILHO, Alípio de Souza. **A política do conceito: subversiva ou conservadora? - crítica à essencialização do conceito de orientação sexual.** Disponível em <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2296/1729>> Acesso em 21 mar 2017. Para o autor, a noção de orientação pressuporia uma predestinação genética ou bio-fisio-psicológica, inadmissível quando se imagina o ser social, produto das próprias experiências, importante naquilo que chamou “politização da sexualidade”.

por um “inimigo” no qual aliviar tensões e atribuir culpas, torna a vida local mais nociva aos considerados “diferentes”, demonizados e, com certa pitada amargura, invisíveis.

Se a invisibilidade social é ruim, a experiência denota a possibilidade de que vários dos que são vistos e tratados como aberrações muito rapidamente vestiriam o manto da invisibilidade, somente pelo simples e sagrado sacramento do sossego.

Os dados não tendem a mentir. O relatório de violência homofóbica apresentado pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), órgão da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, apontou um crescimento de 166% no número de notícias de violência contra LGBT. Isso apenas de 2011 a 2012 (BRASIL, 2013b). Não gostar exclusivamente de meninas é, portanto, labor pircilicante.

Sob essa ótica, ousa-se afirmar que a exigibilidade da publicidade de uma união estável homoafetiva é notória empreitada de heróis. Só que “o Direito não exige heróis” e, portanto, configuraria irresponsável atentado ao direito à integridade física e moral – bem assim a liberdade de escolha na intimidade – demandar que, sob um pretenso manto de igualdade (formal, destarte), vire-se as costas à realidade patente e requisite-se as mesmas premissas conceituais da união heteroafetiva à sua (preconceituosamente) menos bem quista contraparte.

As implicações práticas refletem-se quando da judicialização das demandas que envolvam tal reconhecimento, como nas Ações de Reconhecimento e Dissolução de União Estável, de Alimentos ou mesmo a Abertura de (ou habilitação em) Inventário, o que não franquia os perigos de tal concretização, especialmente em vista de interesses jurídicos contrapostos e possivelmente proeminentes, em sede de proporcionalidade, tal qual se verá mais a diante.

INTIMIDADE E DIGNIDADE: O PESO CONCRETO DO “NÃO É DA SUA CONTA”.

É interessante notar o quanto, na era digital das redes sociais, se costuma pensar que a vida do outro é pasto comum. A frequente exposição da vida privada incute, no imaginário popular, a ideia de que conceitos como “intimidade” e “privacidade” sejam monumentos a um passado longínquo.

Prescreve, todavia, a Constituição Federal que são invioláveis a intimidade e a vida privada (BRASIL, 1988, art. 5º, X). Invioláveis. A ciência jurídica - sempre ela - traz, em sua doutrina, um arcabouço conceitual que infere as características da vida íntima. Nesse diapasão, Miranda (2005, p. 208) indica que “a intimidade consiste na esfera particular do indivíduo, seus costumes, manias, cacoetes, fragilidades, sentimentos e sensações”.

Já Silva (2000, p. 212) vai mais além e dá início aos problemas a serem discutidos neste texto: adverte para o fato da noção de intimidade estar umbilicalmente ligada à de honra, que, para o jurista mineiro, consiste no arcabouço de qualidades que formam o espectro subjetivo da dignidade. E isso é muito sério, não somente pelo peso do intelectual referido, mas pelo fato de a dignidade da pessoa consistir em fundamento da República, de acordo com o art. 1º, III, da Carta Régia (BRASIL, 1988), e, principalmente, dada a qualidade de garantidora-mor das bases axiológicas sobre as quais se fixam nada menos que toda a plêiade de Direitos Humanos. A significância do princípio, pois, beira o absurdo em termos superlativos.

Os dois grandes pactos internacionais que consolidaram a doutrina dos Direitos Humanos - para direitos de primeira e segunda dimensões -, nacionalizada, qualificada por regimes jurídicos próprios e transmutadas em direitos fundamentais pelas constituições nacionais ao redor do mundo ocidental, nos seus preâmbulos, estatuem que a dignidade é “inerente a todos os membros da família humana” (BRASIL, preâmbulo); mais cedo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, também em fase preambular, estabelece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (ONU, 1948). Já a Convenção Americana de Direitos humanos demanda que se tratem os reclusos com a dignidade inerente ao ser humano (OEA, 1948, art. 5º, 2). Outrossim, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, já em seu art. 1º (UE, 2000), arremata a inviolabilidade da dignidade do ser humano ao plano principal de suas disposições.

Todavia apesar da importância enorme e da já avolumada doutrina acerca do tema, não crê-se haver consenso definido acerca de um conceito uno para o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Não por menos, aliás, dada a enorme amplitude semântica do termo.

Basta, contudo, mencionar-se que, na qualidade de princípio fundamental, Canotilho (*apud* SILVA, 2005, p. 94-95) a põe como marco definitorial da própria noção de Estado enquanto coletividade política, enunciando suas opções político-constitucionais e se auto-definindo como garantidora da qualidade de ser humano.

Em sede nacional, ateando pá de cal sobre o já estabelecido, a tal ponto a dignidade humana fundamenta o Estado Brasileiro que Araújo (2001, p. 76) afirma que toda a gama de direitos fundamentais foram esculpidos com a finalidade de proteger-lhe a existência e garantir-lhe a eficácia. Outras aparições constitucionais do princípio se concentram em vertentes e instituições sociais seculares (BRASIL, 1988): arts. 170 (economia), 226, §7º (família); 227 (crianças e adolescentes) e 230 (idosos).

Num vetor menos jurídico que sociológico, destaca-se a doutrina de Ramos (2014, p. 69), cuja pesquisa revelou que “dignidade” vem de “dignus” (o que possui honra, importância). Mais adiante, cita Tomás de Aquino (ou “São”, para a doutrina católica), que reconhecia a dignidade humana como qualidade inerente a todos os humanos, apartando-lhes dos demais seres, sustentando que a pessoa seria uma individualidade racional e semelhante ao divino. Cuida-se das origens jusnaturalistas dos direitos humanos que, no início, extraíam origens no sobrenatural, no homem como a “imagem e semelhança” do criador². Já citando Kant (*apud* RAMOS, 2014, p.69), afirma que:

(...) tudo tem um preço ou uma dignidade: aquilo que tem um preço é substituível e tem equivalente; já aquilo que não admite equivalente, possui uma dignidade. Assim, as coisas possuem preço; os indivíduos possuem dignidade.

Seguindo uma linha antropocentrismo, mais condizente com o pensamento filosófico dominante à sua época, Kant afirma que cada indivíduo é um fim em si mesmo:

(...) com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo preço. Consequentemente, o ser humano tem o direito de ser respeitado pelos demais e também deve reciprocamente respeitá-los. Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. (*apud* RAMOS, 2014, p.69)

² A história, contudo, provou-se mais amarga na constatação de que a Igreja Católica, ao contrário de conclamar os direitos de igualdade subjacentes à noção de Direitos Humanos e à própria doutrina cristã de que todos seriam filhos de Deus, prestava seu suporte à exploração do homem pelo homem, movidos sempre no interesse de uma aristocracia legitimada por discursos deterministas da riqueza e do poder, tudo movido ao mais ofuscante brilho da prata, mudando seu posicionamento ao ácido sabor do mesmo mineral, quando a burguesia liberal clássica suplantou o antigo regime feudal, chegando mesmo a abandonar sua militância política na Alemanha Nazista, por convencimento por parte do “Führer”. Cf. DE LIMA TRINDADE, José Damião. **História social dos direitos humanos**. Editora Peirópolis, 2002.

Sendo a dignidade inerente ao homem, não importam, para seu reconhecimento e fruição, as escolhas, o proceder ou o ser: basta que seja humano. Esta afirmação é de uma carga anti-preconceito gigantesca. Seja qual for o posicionamento que se adote para conceitualizar, explicar ou de qualquer outra forma tentar planificar um entendimento pseudo-doutrinário acerca do homossexualismo como fenômeno supostamente anormal, esbarra-se na liberdade de escolhas, procedimentos e pertencimento, em suma: de identidade.

Ousa-se, portanto, dedutivamente, vincular a ideia de intimidade (em sua acepção “honra-dignidade”) à de identidade. Portanto, gozar de intimidade é gozar do direito de pertencer a si mesmo³; a si mesmo, e não a outrem, concreta ou figurativamente. Em bom português: assimilados os conceitos supra, mesmo numa sociedade chafurdada no preconceito e na devassa da vida alheia, ainda que não se esconda ou disfarce (ou mesmo que se brade ou se divulgue) a intimidade sexual dos outros não é da conta de ninguém.

A EXCLUSÃO DO MUNDO SIMBÓLICO: O MONSTRO E O INVISÍVEL.

Xiberras (*apud* PIMENTA; ALVES, 2010, p. 35) traz à tona o torturante fenômeno da exclusão do mundo simbólico. Aduz que:

(...) os excluídos não são simplesmente rejeitados fisicamente (racismo), geograficamente (gueto) ou materialmente (pobreza). Eles não são simplesmente excluídos das riquezas materiais, isto é, do mercado de trocas. **Os excluídos são-no também das riquezas espirituais: os seus valores têm falta de reconhecimento** e estão banidos do universo simbólico.” (grifo nosso)

Trata-se de uma situação do mais absoluto desrespeito, da negativa categórica da mais elementar noção de autonomia moral do ser humano, uma vez que pensar em “autonomia” rapidamente direciona o raciocínio lógico à necessidade de se haver outros em relação aos quais firma-se autônomo, ou seja, da existência de seres aos quais opor tal reconhecimento. Mas, quando se trata da exclusão das opiniões, dos valores, dos costumes e dos modos, apaga-se o indivíduo do sistema de reprodução de realidade social e aniquila-lhe a viabilidade de

³ Na esteira, cf. VEIGA JR., Hélio. **O direito de pertencer a si mesmo: a despatologização do transexualismo e sua regulamentação jurídica como direito fundamental ao gênero.** Disponível em <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/137885/veigajunior_h_me_fran_par.pdf?sequence=3&isAllowed=>>. Acesso em: 21 mar. 2017. Trata-se de dissertação de Mestrado apenas parcialmente disponível em acervo virtual, por questões autorais, mas que cuida da crítica acerca da permanência da transexualidade no campo dos “ismos”, sendo, ainda, considerada como patologia (CID - 10 F 64.0 - transexualismo).

participação em instituições sociais fora de nichos, guetos ou setores bem específicos, atraindo mais ignorância, preconceito negativo e exclusão (física, até), num ciclo vicioso aparentemente incindível.

Contrariamente, todavia, dada a força acedente dos movimentos sociais LGBT⁴, unida a uma aparente e paulatina conscientização social acerca dos direitos humanos em plano nacional e estrangeiro, a notoriedade resultante, inclusive midiática, impede a erradicação das zonas de visibilidade física ou geo-sociais.

O resultado é catastrófico. A soma da ausência de relevância no mundo cultural hegemônico com a visibilidade daquilo que é diferente, causa somente a incompreensão e a ignorância. Surgem, destarte, os monstros sociais. As aberrações saídas de um “locus” quase surreal (porque ignoradas origens), estranho e sem pertencimento num mundo que os enchota.

Ser “invisível” (excluído física, geográfica e materialmente) é terrível, mas muitos dos “monstros” (excluídos do mundo simbólico) sem demora vestiriam o manto da invisibilidade para viver com sossego. Trata-se, pois, não da obrigatoriedade de assumir a própria sexualidade à sociedade, muito menos da de escondê-la, mas da liberdade de optar, livremente, entre um, outro ou nenhum deles.

FILHOS DA TEMPESTADE E DA BONANÇA: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A GENEALOGIA DA ENTIDADE FAMILIAR HOMOAFETIVA.

A moderna sociologia aponta uma polarização semi-tensa entre os detentores do poder. Não somente a classe política divide o empoderamento, como se torna progressivamente mais dependente de uma tecnoburocracia estatal monopolista do arcabouço técnico-científico (e, portanto, de certa dose de legitimação racional) e da administração dos interesses da sociedade. Assim é definida por Motta (1988, p. 15), num ainda muito atual (intertemporal, arriscar-se-ia dizer) ensaio de 1988:

Por definição a tecnoburocracia é autoritária, na medida em que o que a legitima é a técnica desenvolvida a serviço de seu poder, o que também não significa que a sociedade não se possa beneficiar dessa técnica ou até mesmo

⁴ Aqui, preferiu-se adotar a sigla corrente nos movimentos ideológicos, abarcando, em geral, os não heterossexuais, ou seja, toda uma zona de exclusão de gênero, como no caso dos homossexuais dos sexos masculino ou feminino, bem assim transexuais, travestis, transgêneros, bissexuais, pansexuais...

do exercício desse poder em casos determinados. É por essa razão que a análise organizacional convencional é uma ideologia política repressiva, a serviço da categoria social que precisa submeter o Estado e controlar a sociedade. Daí decorre a necessidade da análise do Estado para a compreensão das formas contemporâneas e antigas de dominação.

A antiga divisão de classes, destarte, rompe-se em novos paradigmas de poder, enquanto uma administração pública pretensamente gerencial expande e espalha os centros de decisões. O Poder Judiciário, em tal cenário, não foge à regra e exerce o poder do qual dispõe, muitas vezes tomando decisões que, originalmente, pertenceriam aos outros poderes da república (ou outras funções do Poder, que é uno e emana do povo). É a chamada judicialização da política, muitas vezes provocada por demandas oriundas dos próprios políticos, quando não em legítimo socorro à população socialmente vilipendiada. O fenômeno não é novo nem, muito menos, restrito a Brasil. Em 1997, De Castro (1997) discorreu sobre o tema. Se trabalho ilustrou a situação de proatividade judicial em temas classicamente reservados ao legislativo:

Tabela 1 – Quantitativo de processos que tramitaram na Suprema Corte francesa – 1959-1990.

	1959-73	74-80	81-87	88-90
Recursos	9	66	136	47
Decisões	9	46	92	31

Fonte: De Castro, 1997.

Tabela 2 – ADI impetradas por partidos políticos – 1988-1992.

	1988	1989	1990	1991	1992
ADIns	2	15	30	40	26
Decis. Subst.. de mérito	1	0	2	3	0
Contra a norma impugnada	1	0	1	1	0
A favor da norma impugnada	0	0	1	2	0

Fonte: De Castro, 1997.

Tabela 3 – Matérias julgadas pelo Supremo Tribunal Federal – quantitativo e percentuais.

MATÉRIA	PROCESSOS	%
Pol. Fisc./Trib.	720	58,1
Mat. Processual	288	23,2
Pol. Penal	106	8,55
Pol. Setorial	38	3,06
Pol. Local	30	2,42
Pol. de rendas	26	2,10
Não-classificadas	11	0,89
Pol. Monetária	11	0,89
Pol. Externa	6	0,48
Proc. Eleitoral	2	0,16
Proc. Pol. Naciona	2	0,16
TOTAL	1.240	100

Fonte: De Castro, 1997.

Paradigmático ao presente estudo, contudo, foi a ADPF 132, através da qual o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011) simplesmente provocou uma nova política pública (ação) afirmativa: o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas e, por via de cascata, da entidade familiar de índole LGBT:

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. (...)

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-

CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...)

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. (...)

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. (...)

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.

O julgamento foi paradigmático e logo espalhou-se ao Superior Tribunal de Justiça, que no REsp. 1183378/RS (BRASIL, 2012), chancelou o entendimento do Pretório Excelso:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ EDA ADI N. 4.277/DF.

O Conselho Nacional de Justiça foi mais adiante e, lastreando-se nos dois acórdãos anteriores, editou a Resolução 175 (BRASIL, 2013), “in verbis”:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. (...)

O foi feito foi, simplesmente, a regulamentação do casamento entre pessoas do mesmo sexo (e não somente a união), bem como a facilitação da conversão da união estável homoafetiva em matrimônio da mesma ordem, num salto evolutivo frente ao moroso, desacreditado, socialmente odiado e ultraconservador Poder Legislativo Federal. A discussão travada fervilhou acerca de uma possível (e bem provável) extrapolação do poder normativo do Conselho, temática esta que foge ao objetivo deste trabalho.

Mas, o que interessa, é a certidão social de nascimento - empurrada goela abaixo pelo representante máximo da justiça no ideário nacional - da entidade familiar não heterossexual, que teve origem na tempestuosa judicialização de assuntos classicamente políticos (tenham, ou não, sido nobres seus objetivos), gestacionada por ação da mutação constitucional, ou seja, da alteração do conteúdo da constituição, sem alteração da forma, entendendo-se a união de pessoas do mesmo sexo como completude semântica necessária ao Texto-Mor, para sua atualização frente às demandas por efetivação contramajoritária dos direitos fundamentais e as concepções de justiça igualitária.

A partir de então inicia-se a aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) – que traça os requisitos para a configuração de união estável - às uniões homoafetivas. Vide:

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. (**grifo nosso**)

A OBRIGATORIEDADE DA PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E A PENA DE MORTE SOCIAL DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA.

Até então, grande evolução. Os fogos da liberdade comemoram a concepção de “família” não mais como aquele núcleo social embrionado por casais heterossexuais. Destarte, nas palavras de Amaral *et al.* (2014), a família é o seio de realização existencial dos seus participantes, os quais compartilham um espaço de afirmação de uma dignidade humana outrora rechaçada.

Mas, como toda evolução em matéria de direitos humanos, nunca é um fim em si mesma, mas expressa um processo evolutivo dos direitos individuais, permanentemente em curso progressivo (princípios da progressividade e da proibição de retrocesso social⁵). Como tal, não se pode deixar de analisar a realidade subjacente nas entrelinhas e a possível derrocada da ascensão histórica dos direitos fundamentais, a partir da capacidade aparentemente infinita do próprio ser humano em estragar tudo.

Sob tal ótica, em conformidade com os argumentos explanados em tópicos anteriores, há de se propor uma relativização do quesito “publicidade” para a configuração da união homoafetiva, sob pena de ou se obrigar o casal ao muitas vezes lesivo conflito social, expondo-o às mazelas do preconceito, ou de se condenar a evolução jurídica dos reconhecimentos de posições anti-preconceito em à morte sociológica e a uma ineficácia mais que pontual.

Há que se ter em mente, por exemplo, que, muitas vezes, parte da própria população LBGT, por questões de criação e convivência, não se aceita como tal, não admite seu enquadramento como tal e prefere arcar com os custos psíquicos da autonegação do que com os custos sociais da aceitação. E isso para se falar de condições psíquicas individuais. Quando se passa à análise dos fatos, são assombrosas as possibilidades, principalmente diante da assustadora casuística relacionada à violência homofóbica no Brasil.

O já mencionado relatório de violência homofóbica (BRASIL, 2013b) relata que, no ano de 2013, foram registradas (através do canal “Disque Direitos Humanos”, famoso pela alcunha de “Disque 100”) 1.695 denúncias de 3.398 violações relacionadas à população

⁵ A propósito, cf. SPERB, Arthur Coelho. **O princípio da progressividade e a vedação do retrocesso social.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20776/o-principio-da-progressividade-e-a-vedacao-do-retrocesso-social>. Acesso em: 22 mar 2017.

componente da diversidade sexual, com 1.906 vítimas e 2.461 suspeitos. Ademais, a conjuntura alarmante mostra que há um grave quadro de violências homofóbica – das mais distintas ordens – no país, tendo sido reportadas, ainda no ano de 2013, uma média de 9,31 violações de direitos humanos, com o fator discriminante da homofobia, do total de violações diárias. Aponta-se, também, que, cada dia, mais de cinco pessoas foram vítimas de violência homofóbica do total de casos reportados no país (BRASIL, 2013b).

CONCLUSÃO.

Inegáveis são os avanços sociais conquistados a partir da compreensão de que as pessoas têm o direito de buscar sua própria felicidade, independentemente do dizem antigas escrituras ou costumes insustentáveis do ponto de vista racional, desde os idos do Século das Luzes.

O direito de pertencer a si mesmo, englobando a intimidade como aspecto indissociável da honra e materialização da dignidade da pessoa humana não pode se perder no conformismo da estagnação científica e suas implicações não podem deixar de serem estudadas e, sobre elas, assim como todas coisas, lançado um olhar acurado de reflexão filosófica. O receio de que os avanços se percam por deslizes na aplicação social de suas premissas impele um maior grau de aprofundamento em suas ramificações.

Nesse diapasão, é necessária uma reflexão acerca da necessidade da publicidade como fator de reconhecimento das uniões estáveis não heterossexuais, sobretudo sob a perspectiva da proporcionalidade, que envolve a aceitação dos fatores casuísticos e sociais como fundamentais à compreensão de prescrições normativas no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais. Questiona-se, dessarte, se, em nome de apenas um dos requisitos para a formalização jurídica da convivência familiar, seria mesmo razoável esperar que pessoas arriscassem suas integridade, segurança, honra e vida íntima num cenário crescentemente homofóbico, em que os direitos de identidade de gênero não se conquistam senão à *via crucis* dos incompreendidos (e, muitas vezes, mal executados) movimentos sociais ou da difícil senda contramajoritária dos direitos fundamentais como “escudos das minorias”.

O questionamento não encontra resposta fácil, sobretudo em vista das possíveis implicações jurídico-processuais e do risco, inclusive, da produção de injustiças e da mitigação de direitos ou princípios conflitantes, eventualmente dotados de maior peso

axiológico nos casos concretos. Nada disso, contudo, diminui a necessidade de reflexão científica que, dada a imaturidade da discussão do tema, bem feliz já estará se provocar, ao menos, uma avaliação menos mecânica ou mais atenciosa quando da avaliação judicial da existência, ou não, de união estável, atribuindo-se, quando nada, menor peso à publicidade da relação.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Daiane Acosta; DE SOUZA, David Silva; COSTA, José Ricardo Caetano. 2014. **A União Homoafetiva como Entidade Familiar: breves apontamentos**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/m/texto.asp?id=3692>>. Acesso em: 22 mar 2017.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL, CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Resolução 175. **Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo**. 2013a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos - Secretaria Especial de Direitos Humanos. 2013b. **Relatório de violência homofóbica no Brasil: ano 2013**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

BRASIL, STF – Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADPF 132 RJ**. Rel. Min. Ayres Britto, Julg. 05 mai. 2011. DJe-198, pub. 14-10-2011. 2011.

BRASIL. STJ, Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1183378 RS**, 2010/0036663-8, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, Julg. 25/10/2011, T4, pub. DJe 01 fev. 2012. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. *In*: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros. 2005.

DE CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** 1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 20 mar 2017.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. - Brasília: Senado Federal. 2005. p. 208.

MONTEZINHO, Jorge. **Homossexualidade em África: Cabo Verde é o país mais tolerante do continente.** Disponível em: <<http://www.expressodasilhas.sapo.cv/sociedade/item/48180-homossexualidade-em-africa-cabo-verde-e-o-pais-mais-tolerante-do-continente>>. Acesso em: 21 mar 2017.

MOTTA, F. C. P. **As formas organizacionais do Estado.** Revista de Administração de Empresas. - São Paulo, out-dez. 1988.

OEA, Organização dos Estados Americanos. **Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.** 1948. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 21 jun. 2016.

PIMENTA, Carlos Alberto Máximo; ALVES, Cecília Pescatore. **Políticas públicas & desenvolvimento regional.** Campina Grande: EDUEPB, 2010. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/j8gtx>>. Acesso em 17 ago. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 1. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 18. ed. - São Paulo: Malheiros, 2000.

UE, União Europeia. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.** 2000. Disponível em: < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf >. Acesso em: 17 ago. 2017.

XIBERRAS, M. **As teorias da exclusão: para uma construção do imaginário do desvio.** 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.