

Princípios Constitucionais e as Uniões Homoafetivas

Constitutional Principles and Homoaffection Unions

Fernanda Heloisa Macedo Soares^{*a}

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo trazer a tona o tema das uniões homoafetivas sustentadas nos princípios constitucionais que é base para garantir a todos direitos fundamentais previstos na Constituição, direitos estes inerentes ao ser humano independente de sua orientação sexual. Será tratado nesse enfoque que ao ignorar a existência das uniões entre pessoas do mesmo sexo, se nega a estes indivíduos o direito de fazer parte da sociedade, relegando-os a margem do ordenamento jurídico e as garantias constitucionais devidamente protegidas. Outro ponto de destaque neste artigo é o fato da insegurança jurídica gerada a esse grupo de pessoas e a terceiros que convivem com estes, não sendo esta relação reconhecida legalmente. Nesta pesquisa não há intenção defender ou não as uniões homoafetivas, mas discutir estas relações existem e necessitam de proteção legal.

Palavras-Chave: Princípios constitucionais. Uniões homoafetivas. Direitos Fundamentais. Orientação sexual.

Abstract

The current essay has the objective to bring forward the homoaffection unions sustained by the constitutional principles which is the basis to guaranteeing to every individual their fundamental rights provided by the Constitution, rights which are inherent to the human being regardless their sexual orientation. This essay will emphasize that by ignoring the existence of the union between two people of the same sex, it is denied to these individuals the right to be a part of the society, placing them aside of legal protection and the constitutional assurances duly protected. Another highlighted point is the legal insecurity generated in this group of people and in the people who live with them because of the illegal situation of their union. This research does not have the intention to defend or not the homoaffection unions, but to discuss that these relations exist and they need legal protection.

Key-words: Constitutional Principles. Homoaffection unions. Fundamental rights. Sexual orientation.

^a Mestranda em Direito - Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). E-mail: haja_fer@uol.com.br.

* Endereço para correspondência: Rua Olmira Pereira de Carvalho, 41 – Flândria – CEP: 17580-000 – Pompéia – SP.

1 Introdução

O homem é formado por diversos preceitos que fazem parte da formação de sua personalidade, visto que, para estabelecer como ser humano é preciso garantir tanto sua sustentabilidade material como também a emocional, na maneira de se expressar, pensar e sentir.

A sexualidade integra a personalidade do ser humano e conseqüentemente possui o direito de exercê-la livremente, tendo o Estado garantido essa liberalidade de conduta através de princípios constitucionais estabelecidos.

Posto isso, a livre manifestação da orientação sexual constitui como direito fundamental de um Estado Democrático de Direito, pois sua negação conferiria ao ser humano restrição à sua personalidade. Ao negar essa livre orientação sexual quebraria todos os princípios que o legislador originário embutiu como direitos e garantias fundamentais na nossa Carta Magna de 1988.

2 Homossexualidade

O termo “homossexual” foi usado pela primeira vez pelo escritor Karl-Maria Kertbeny, no ano de 1869. O vocábulo

homossexual tem origem etimológica grega, significando “homo” ou “homoe”, que exprime a ideia de semelhança, igual, análogo; e do latim “sexus” que significa sexo.

Historiadores afirmam que, embora o termo seja recente, a homossexualidade existe desde os primórdios da humanidade tendo havido diversas formas de abordar a questão.

A atração afetivo-sexual entre pessoas do mesmo sexo é vista de diferentes formas segundo a comunidade e a época em que se situa. Atualmente algumas idéias retrógradas ou fixadas por meios culturais rígidos e tradicionais, fazem com que se atrase a evolução legislativa de determinadas sociedades que tem como objetivo resguardar os direitos dos homossexuais como seres humanos.

2.2 Breves considerações acerca da homossexualidade: histórico e civilização

As questões referentes à sexualidade são tão antigas quanto à própria civilização. A homossexualidade já foi tratada pelos povos antigos de diferentes formas, percorrendo extremos: da tolerância à punição severa, mas o maior preconceito certamente veio das religiões.

Historicamente, tal abordagem limita-se a Grécia clássica e a Roma antiga, pela importância dessas civilizações para a civilização ocidental, tanto para os pensamentos quanto referente as questões jurídicas.

Na Grécia antiga, as relações homossexuais eram a iniciação sexual dos adolescentes, mas essa prática não era vista como subjugação ou efeminação, na verdade representava honra para aquele eleito que auxiliaria no seu processo de evolução. As condenações, social e legal, se prestavam a marginalizar os que se travestiam e o que se prostituíam. Ressalta-se que a sexualidade era praticada de forma livre, sem regras definidas.

Já na Roma antiga, a sodomia não era ocultada, mas também não era incentivada e a prática homossexual era vista como sinal de fraqueza que se refletia na política. Porém, era aceito as práticas de sodomia e perversão por parte do Imperador, por respeito a este, sendo vista como mero capricho. Também era tolerado a relação entre escravos e senhores, desde que coubesse aos escravos a parte passiva.

Segundo Souza (*apud* COSTA; VIEIRA; VIEIRA, 2009), a homossexualidade prevista e inserida nestas duas grandes civilizações antigas (Grécia e Roma) tão influentes na cultura ocidental, representa estágio na evolução da sexualidade.

Merece destaque, também, a tradição judaico-cristã, por sua influência na fé e religião ocidentais, pois a relação sexual somente era considerada lícita se praticada na constância do casamento e com o fim de procriação. A homossexualidade era vista como pecado. Este pensamento se estendeu até a Idade Média que guiada pelo cristianismo, foi testemunha de perseguição aos homossexuais e aos sodomitas, a ponto de serem punidas tais condutas consideradas anormais, até mesmo se praticadas dentro do casamento.

3 Dos Princípios Constitucionais

A noção de princípio ou sua conceituação, independente do campo do saber, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por ideia mestra e pensamento chave, de onde todas as demais ideias, pensamentos ou normas se derivam, se conduzem e se subordinam.

O conceito de princípio constitucional não pode ser tratado sem correlação com a ideia de princípio no Direito, visto que o princípio constitucional, além de ser princípio jurídico é princípio que tem sua força teórica e normativa do Direito enquanto ciência e ordem jurídica.

Pode-se afirmar que os princípios constituem verdadeiras proposições lógicas, sendo embasamentos do sistema jurídico. Nos princípios se encontrará as diretrizes valorativas válidas, aplicáveis à interpretação constitucional.

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica e neles condensam-se bens e valores considerados fundamentos de validade de todo o sistema jurídico.

Observa-se que os princípios constitucionais merecem menção especial. É o ápice do sistema jurídico, tudo que lhes segue têm que estar em perfeita harmonia e conformidade com seus preceitos. Tais princípios valores que servirão de critérios para as futuras normas e serão concretizados à medida que forem sendo editadas normas para sua efetivação (MARCO,

2009).

Um princípio está sempre relacionado com outros princípios e normas, que lhes dão equilíbrio e reafirmam sua importância. São verdadeiros alicerces e proposições lógicas, na estruturação de um sistema jurídico constitucional. Constatase tendência do Direito Constitucional contemporâneo, sendo a Constituição como estrutura sistêmica aberta, composta por princípios e regras.

3.1 Classificação dos Princípios Constitucionais

Alguns autores classificam princípios constitucionais, utilizando alguns critérios. Canotilho (*apud* MARCO, 2009, p. 9), classifica-os em:

Princípios jurídicos fundamentais: os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. [...] os princípios têm uma função negativa particularmente relevante nos ‘casos limites’ (Estado de Direito e de Não Direito, Estado Democrático e Ditadura). [...] eles fornecem sempre directivas materiais de interpretação das normas constitucionais. Mais do que isso: vinculam o legislador no momento legiferante, de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais.

Princípios políticos constitucionalmente conformadores: são os princípios constitucionais que explicam as valorações políticas fundamentais do legislador constituente. Neles condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da constituição. Os princípios políticos constitucionais são o *cerne político de uma constituição política*. [...] situam-se aí, os princípios definidores da forma de Estado. [...] os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios *normativos, retrizes e operantes*, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em actividades interpretativas, seja em actos inequivocadamente conformadores.

Princípios constitucionais impositivos: aqui, subsumem-se todos os princípios que, no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por “preceitos definidores dos fins do Estado”, “princípios directivos fundamentais” [...]. Como exemplo de princípios constitucionais impositivos podem apontar-se o princípio da independência nacional [...]. Traçam, sobretudo para o legislador, linhas retrizes da sua actividade política e legislativa.

Princípios-garantia: visam instituir directa e imediatamente uma *garantia* dos cidadãos. É-lhe atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se a título de exemplo, o princípio [...] do juiz natural [...], os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo*. [...] Estes princípios traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos e daí que os autores

lhes chamem “princípios em forma de norma jurídica” e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação.

Silva (2007, p. 93) resume as classificações dos princípios fundamentais, sintetizando-os em:

Princípios político-constitucionais – Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadoras em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, [...]. Manifestam-se como *princípios constitucionais fundamentais*, positivados em *normas-princípio* [...]. São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição. *Princípios jurídicos-constitucionais* - São *princípios constitucionais gerais* informadores da ordem jurídica nacional.

4 Princípios Constitucionais e as Uniões Homoafetivas

O ambiente filosófico do direito constitucional contemporâneo é o do pós-positivismo, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética. Segundo Barroso (2009, p.1):

Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito.

Em meio a vários princípios e direitos fundamentais apresentados pela Constituição Federal encontram-se alguns que são primordiais para o enquadramento ético e jurídico da questão da união homoafetiva. Em primeiro lugar, o mandamento magno da igualdade, manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da liberdade, que se colhe nos princípios da livre-iniciativa e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional. Acrescente-se, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, que ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na versão de integridade física como moral. Por fim, o princípio da segurança jurídica, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos.

O Estado tem o dever de promover esses valores atuando administrativa e juridicamente para satisfação dos interesses dos sujeitos de direito, sendo incumbido de agir ativamente para eficácia dos direitos fundamentais.

Ao afastar o indivíduo da proteção constitucionalmente garantida pelos princípios constitucionais, tendo como base sua orientação sexual, algo de sua vida privada e que não traz prejuízos a terceiros. Caracteriza uma das formas mais cruéis de preconceito existente, sendo portanto, combatido pela nossa constituição.

Interpretar a Constituição, segundo Bonavides (2002) é, sobretudo, atualizá-la. Trata-se, assim, de procurar concretizar os princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade

humana. Neste sentido, Welter (*apud* HOLANDA, 2009, p. 12), leciona:

As normas e os princípios constitucionais devem ser interpretados dentro de um contexto histórico, não podendo ignorar as transformações da sociedade, notadamente da relação entre pessoas do mesmo sexo, até porque a análise constitucional não é formada apenas pelo juiz, mas também pelos cidadãos e todos aqueles que participam da sociedade [...].

O intérprete deverá partir dos princípios constitucionais, que é o conjunto de normas que se espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. O princípio da unidade da Constituição estabelece que não haja hierarquia entre as normas constitucionais (COSTA; VIEIRA; VIEIRA, 2009).

Dias (*apud* ALMADA, 2009, p. 1), ao discorrer sobre o tema pondera que:

Impondo a Constituição respeito à dignidade humana, são alvos de proteção os relacionamentos afetivos, independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens. Mesmo que, quase intuitivamente, se conceitue família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher tendo por base o afeto, necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são cunhados também por um elo de afetividade.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não previstas expressamente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, existem e fazem jus à tutela jurídica. A ausência de regulamentação impõe que as uniões homoafetivas sejam identificadas como entidades familiares no âmbito do Direito de Família. A natureza afetiva do vínculo em nada o diferencia das uniões heterossexuais, merecendo ser identificado como união estável.

Preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, geram o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal.

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. O Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta leitura homofóbica,

deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno (BARROSO, 2009).

4.1 Princípio da igualdade

Santos (*apud* BARROSO, 2009, p. 1) trata sobre a igualdade da seguinte forma:

As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza.

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O art. 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O caput do art. 5º reafirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988).

O conjunto normativo supracitado é explícito ao afirmar que a Constituição proíbe todas as formas de preconceito e discriminação. Logo, não há que se falar em distinção entre direitos inerentes às relações homoafetivas e heteroafetivas, pois ambas se baseiam no respeito à reciprocidade afetiva, fundada no amor e na solidariedade entre seus membros. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar.

A lei e o intérprete do direito não podem e não devem tratar diferenciadamente indivíduos e fatos substancialmente iguais. Os aplicadores do direito têm, ainda, o escopo de atribuir alcance as leis de modo a evitar que estas produzam efeitos desiguais corrigindo desta forma eventuais distorções. Há que se salientar que nem toda desequiparação é inválida visto que podem ser utilizadas em prol de um bem comum, como forma de compensação, pois não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida

A orientação sexual é fator aceitável de diferenciação que deixa as relações homoafetivas à margem do amparo do regime jurídico brasileiro, mas o Estado ao omitir a existência desse grupo de pessoas quebra todo embasamento dos princípios constitucionalmente estabelecidos, desrespeitando o objetivo da República em promover o bem de todos, sem preconceitos e qualquer outra forma de discriminação.

4.2 Princípio da liberdade

Convém destacar o pensamento de Chauí (*apud* BARROSO, 2009, p. 1) sobre a liberdade das pessoas:

Se nascemos numa sociedade que nos ensina certos valores morais – justiça, igualdade, veracidade, generosidade, coragem, amizade, direito à felicidade – e, no entanto, impede a concretização deles porque está organizada e estruturada de modo a impedi-los, o reconhecimento da contradição entre o ideal e a realidade é o primeiro momento da liberdade e da vida ética como recusa da violência. O segundo momento é a busca das brechas pelas quais possa passar o possível, isto é, uma outra sociedade que concretize no real aquilo que a nossa propõe no ideal.

Historicamente a concepção de liberdade se contrapõe, pois no sentido aristotélico define-se como poder de autodeterminação sem interferências e na concepção oposta, a liberdade não é ato de escolha do indivíduo, mas o produto de contexto externo. Modernamente, uma terceira concepção tem prevalecido, reunindo elementos de uma e de outra, pois a liberdade tem como principal foco se situar no poder de decisão, mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas, tratando-se de capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade objetiva de decidir.

Assim, dentro de um Estado Democrático de Direito, a liberdade deve ser assegurada como prerrogativa do indivíduo de optar por várias alternativas e devem ser propiciadas condições necessárias para que essas decisões sejam concretizadas no mundo fático. Certas manifestações de liberdade estão diretamente ligadas com a formação e o desenvolvimento da personalidade do indivíduo merecendo, assim, proteção redobrada das instituições políticas e jurídicas.

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. A partir do momento que se não reconhece ao indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual de maneira plena é como de privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência, ferindo princípios constitucionalmente estabelecidos que seja a base para um Estado Democrático de Direito. Não reconhecer as relações homoafetivas seria uma maneira velada de cercear o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Ou seja, fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas, privando-o de se estabelecer plenamente como ser humano.

Pode-se delimitar o princípio da liberdade desde que seja dentro de uma razoabilidade, podendo sofrer restrições em decorrência da promoção de outros bens juridicamente tutelados; porém, não é o caso das uniões homoafetivas.

Ocorre, porém, que o não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas determinada concepção moral, que pode até contar com muitos adeptos, mas que não se impõe

como juridicamente vinculante em sociedade democrática e pluralista, regida por Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido (BARROSO, 2009).

4.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade humana apesar de não estar taxativamente expresso no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal é o princípio essencial à democracia, pois coloca o bem do ser humano como função primordial do Estado Democrático de Direito.

O poder constituinte originário enquadrando esse princípio como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, pois o Estado assume a função de garantidor de todas as pessoas, através de normas de direito e de atuação administrativa.

Traçando conceito simplista, a dignidade da pessoa humana é um valor absoluto inerente ao homem, tornando tudo que possa afetar a qualidade da vida humana, como valor, algo execrável, que deve ser banido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Daí o porquê de a dignidade da pessoa humana ser princípio fundamental da Constituição Federal de 1988.

Holanda (2009) dispõe que a dignidade da pessoa humana deve ser sempre respeitada, pois o ser humano é fim em si mesmo, não podendo, por isso, ser utilizado como instrumento de conquistas pessoais. Um ato indigno contra um único ser é ato de agressão contra todos.

A dignidade humana é uma das bases principiológicas fundamentais na qual se assenta o Estado e este responde por sua existência e finalidade. Promove-se o desenvolvimento da pessoa humana sob todos os aspectos ao se promover o ambiente adequado para o desenvolvimento individual em sua plenitude. A dignidade se refere a tudo que se diz respeito à essência do ser humano (COSTA; VIEIRA; VIEIRA, 2009).

Assim, a dignidade da pessoa humana é identificada como princípio que assegura a integridade de todas as pessoas só por sua existência no mundo, independente da forma que esse indivíduo está inserido no mundo. É considerado princípio constitucional geral ao demarcar o objetivo de todos os outros princípios e direitos fundamentais, ou seja, é o ponto máximo para a identificação dos demais direitos fundamentais sediados em outras partes da Constituição Federal.

Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas, segundo Barroso (2009), são reconhecidas pelo conhecimento convencional: ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”. Ao não atribuir de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola-se simultaneamente

essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

Logo se percebe que as uniões homoafetivas têm aplicação direta no princípio da dignidade da pessoa humana, pois a orientação sexual do indivíduo faz parte da formação da personalidade e seu cerceamento acarreta prejuízos ao desenvolvimento. Desta forma, excluir do mundo jurídico pessoas apenas por sua orientação sexual fere diretamente este princípio.

Ressalta-se, ainda, que a não normatização das relações entre pessoas do mesmo sexo é o mesmo que não atribuir respeito a identidade individual, desmerecendo-a comparativamente as relações heterossexuais, pois ambas têm o mesmo propósito que é a busca da felicidade.

O aplicador do direito não pode ser omissivo às existências das uniões homoafetivas, pois tais uniões têm como base os mesmos vínculos de uma relação de pessoas de diferentes sexos e ao deixá-los à margem do sistema jurídico afronta diretamente o princípio basilar do Estado e ferindo princípios fundamentalmente estabelecidos.

Dias (*apud* COSTA; VIEIRA; VIEIRA, 2009, p. 160), é categórica em afirmar que a proteção à dignidade da pessoa humana é o elemento norteador da Constituição da República de 1988:

A regra maior da Constituição Pátria é o respeito à dignidade humana, verdadeira pedra de toque de todo o sistema jurídico nacional. Este valor implica adotar os princípios da igualdade e isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas.

4.4 Princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica tem como principal foco promover estabilidade e a paz social, através de instituições e de institutos do Estado e do Direito que tem por finalidade assegurar o primado da Constituição e das leis. Logo, a exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista outro regime específico aplicável, é geradora de insegurança jurídica.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu enquadramento jurídico. Esse quadro de incerteza afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros, pois se cria incertezas tanto quanto a formalidades como quanto a aspectos de direito material envolvendo as relações entre parceiros homoafetivos e terceiros.

Conclui Barroso (2009), dessa forma, que se é possível interpretar o direito posto de modo a prestigiar o princípio da segurança jurídica, e inexistindo outro valor de estatura constitucional que a ele se oponha, será contrário à Constituição a interpretação que frustre a concretização de tal bem jurídico.

5 Livre Orientação Sexual e a Constituição

Conforme Dias (2009, p. 2):

A orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições. Qualquer interferência configura afronta à liberdade fundamental, a que faz jus todo ser humano, no que diz com sua condição de vida.

A liberdade pela orientação sexual só pode efetivar-se se garantida pela igualdade de tratamento (COSTA; VIEIRA; VIEIRA, 2009). A livre orientação sexual é direito personalíssimo e fundamental, pois além de traços essenciais à personalidade do indivíduo também tem como suporte princípios como a igualdade, liberdade e a dignidade da pessoa humana, visto que a relação homoafetiva não viola qualquer norma jurídica nem traz prejuízos a terceiros.

Com a falta de regulamentação na livre manifestação da orientação sexual e conseqüentemente em todos seus desdobramentos, o operador do Direito tenta utilizar de outros meios para suprir essa omissão legal, como a interpretação dos princípios constitucionais, porém as vezes essas interpretações se apresentam de formas conflitantes ao diferenciar casos essencialmente iguais com julgados diferenciados.

Cabe salientar que essas lacunas normativas apresentam resultados desastrosos ao mundo jurídico ao se distanciar de preceitos constitucionalmente estabelecidos, pois a Carta Magna não admite interpretações que tiram a legitimidade de relações duradouras amparadas no afeto e na solidariedade.

Logo, a livre manifestação da orientação sexual do indivíduo é garantida taxativamente pela Constituição Federal e também regulamenta seus desdobramentos, visando o Estado cumprir com a devida promoção do bem comum sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação.

Pode-se notar que os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e segurança jurídica servem como meio de sanar qualquer lacuna normativa que exista, pretendendo a equiparação em seus fundamentos igualitários das uniões estáveis entre homem e mulher e as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Em se tratando de homossexualidade, na atualidade, não se pode compactuar com qualquer juízo discriminatório fundado no critério da orientação sexual (COSTA; VIEIRA; VIEIRA, 2009).

6 Uma Abordagem Jurisprudencial

No direito brasileiro a convivência entre pessoas do mesmo sexo não possui regulamentação legal. O Poder Judiciário Pátrio vem presenciando situações em seus Juízos e Tribunais, as quais dividem as opiniões entre magistrados e juristas que se preocupam com a efetiva prestação jurisdicional do Estado ali personificado.

O fato de não haver previsão legal não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão

específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito. O silêncio do legislador precisa ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, costumes e princípios gerais de direito (DIAS, 2009).

De acordo com o Supremo Tribunal Federal se a sociedade é fruto de contrato consensual, realiza-se o seu objetivo, que é o interesse de ambos os contraentes, com a fusão dos seus esforços e recursos. Quando a lei menciona esforços, significa contribuição de natureza pessoal; quando se refere a recursos, refere-se a contribuições de natureza econômica (ELIAS, 2009).

No sentido do reconhecimento da união homoafetiva, estão dois julgamentos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2009):

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais de dignidade da pessoa, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, operase a partilha dos bens, segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas. (TJRS, Apelação Cível nº. 70005488812, 7ª Câmara Cível, Relator: José Giorgis, em 25/06/03).

RELACIONES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASOS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO.

Em se tratando de situações que envolvam relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (TJRS, Agravo de Instrumento nº. 599075496, 8ª Câmara Cível, Relator: Breno Moreira Mussi, julgado em 17/06/99).

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se

perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Ausência de regramento específico. Utilização de analogia e dos princípios gerais de direito. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (Apelação Cível nº 70009550070, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, julgado em 17/11/2004).

É função do direito regular a vida das pessoas. Daí o papel não só do legislador, mas também dos operadores do Direito de adequarem os institutos jurídicos à vida. Concordando ou não com o homossexualismo, ele está presente em número significativo no mundo, não podendo, o ordenamento jurídico, “fingir” que não existe e não operar em função do mesmo.

Convém destacar que em reportagem da Folha de São Paulo, demonstra que apesar de não existir oficialmente (legalmente), a união estável entre pessoas do mesmo sexo já foi reconhecida pela justiça brasileira em 9 Estados e no Distrito Federal segundo levantamento feito nos Tribunais de Justiça (FOLHA DE SÃO PAULO, 2009).

7 Conclusão

Não se pode “fechar os olhos” para a existência de uniões homoafetivas. Cabe ao Estado regulamentar esse tipo de relação, pois não há o impeça que sejam estabelecidas às necessárias tutelas aos indivíduos que optaram por esse tipo de relação afetiva, que necessitam de proteção legal, seja para quem está diretamente envolvido, como para terceiros.

Os preconceitos e discriminações existem, mas não podem servir de obstáculo à necessária proteção legal das uniões homoafetivas. Deve-se “abandonar” o conservadorismo e ceder espaço à pronta regulamentação da união formada por casais do mesmo sexo.

A falta de tutela jurídica afronta diversos princípios constitucionais, dentre os quais, o da dignidade da pessoa humana e gera insegurança jurídica. Tendo os aplicadores do direito que se valer da interpretação para incluir às relações afetivo-sexual entre pessoas do mesmo sexo respaldo dado às relações heterossexuais, pois em nada se distanciam.

Daí, conclui-se, necessidade de buscar a inserção das uniões homoafetivas no sistema jurídico. Sabe-se que o silêncio é a forma mais perversa de exclusão, pois impõe constrangedora invisibilidade que afronta um dos mais elementares direitos, o direito à cidadania, a base de um estado que se quer democrático de direito.

Referências

- ALMADA, R. M. União Homoafetiva: necessidade de pronta proteção legal. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=474>>. Acesso em: 22 jan. 2009.
- BARROSO, L.R. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=40507>. Acesso em: 22 jan. 2009.
- BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF; Senado, 1988.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2009.
- COSTA, M. E.O.; VIEIRA, M.A.M.B.; VIEIRA, V. Liberdade de Orientação Sexual como Direito da Personalidade: Homossexualismo – Limitações a Direitos em Face do Ordenamento Civil Brasileiro. In: MINHOTO, A.C.B. (Org.). Constituição. minorias e inclusão social. São Paulo: Rideel, 2009. Série Temas Especiais. p. 140-171.
- DIAS, M. B. Homoafetividade e direito à diferença. Revista Jurídica Areópago da Faculdade Unifaimi, v. 1, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao3/Homoafetividade%20e%20o%20direito%20à%20diferença%20-%20berenice.pdf>>. Acesso em: 22 jan, 2009.
- _____. União homoafetiva e a consagração legal da diferença. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/Conteudonoticia.asp?ID=2993>>. Acesso em: 22 jan. 2009.
- ELIAS, A. União homoafetiva dentro do Ordenamento Jurídico Pátrio. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/9662/1/uniao-homoafetiva-dentro-do-ordenamento-juridico-patrio/pagina1.html>> Acesso em: 10 ago. 2009.
- FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u613363.shtml>>. Acesso em: 22 ago. 2009.
- HOLANDA, C.S. A natureza jurídica da união homoafetiva. Disponível em: <<http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Caroline%20Satiro%20de%20Holanda.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2009.
- MARCO, C.F. Dos princípios constitucionais. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1400\(2\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1400(2).rtf)>. Acesso em: 17 ago. 2009.
- PEREZ, G.U.P. *O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar: compreendendo o conceito de família para além da norma*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080212110250150>. Acesso em: 1 fev. 2009.
- SILVA, J.A. Curso de direito constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

