Gustavo Junqueira

A RELAÇÃO HOMOAFETIVA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: uma leitura a partir do julgamento da ADI n. 4277

HOMO-AFFECTIVE RELATIONSHIP AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES: a reading from the trial of Adi 4277

Cleber Affonso Angeluci
Daiani Dela Justina
Rogério Dorneles do Nascimento

RESUMO

Objetivam analisar o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com base nos princípios constitucionais avaliados por meio da ADPF 178, convertida no julgamento da ADI 4277, e, desse modo trazer à tona críticas e comparações relacionadas ao tema.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; homoafetividade; princípio constitucional; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (APDF) 178; Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277.

ABSTRACT

The authors intend to discuss the acknowledgement of stable union between same-sex people, based on the constitutional principles evaluated by ADPF 178, converted into ADI 4277, and thus bring up criticism and comparisons relating to that issue.

KEYWORDS

Constitutional Law; homo-affectivity; constitutional principle; Claim of breach of constitutional precept (APDF) 178; Direct action of unconstitutionality (ADI) 4277.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se inicia com explanações sobre o contexto histórico da homossexualidade. Para complementar a discussão, passa-se para o estudo das relações homossexuais no reino animal; na sequência, com base nas noções sobre o que seja a homoafetividade, passa-se ao estudo dos princípios constitucionais que dão base ao reconhecimento da união entre homoafetivos. Ao final, avaliam-se as supostas razões existentes para justificar a impossibilidade de constituição de entidades familiares por pessoas do mesmo sexo. E, por fim, analisa-se o dispositivo 226, § 3°, da Constituição Federal.

2 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DA HOMOSSEXUALIDADE

A sociedade brasileira vive, por enquanto, repudiando as relações homoafetivas, ou ainda, não quis enfrentar essas situações que batem à sua porta. Questões que são enfrentadas não só pela cultura de nossa sociedade, mas também pela estrutura jurídica de nosso Estado. Primeiramente, para ater-se à problemática acerca do tema, deve-se realizar uma breve conceituação histórica, para sabermos como a homoafetividade se dinamizou ao longo da história, os obstáculos e preconceitos que se revestem no tema e por fim, conceituando o tema para uma maior completude da matéria.

Assim, interessante o conceito de Maria Berenice Dias e Roberta Vieira Larratea, estudiosas das relações homoafetivas, para se ter mais clareza sobre o que seja relação homossexual. Segundo elas, [o] *vocábulo homossexual tem origem etimológica grega, significando 'homo' ou 'homoe', que exprime a ideia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter* (DIAS; LARRATEA, 2009).

O estudo de Dias e Larratea (2009, p. 2) é relevante porque apresenta o contexto histórico da relação homoafetiva. Elas relatam os primeiros vestígios marcantes da relação homoafetiva na história da humanidade.

Conforme as autoras supracitadas, a primeira aparição da homossexualidade surgiu na Grécia Antiga, por meio das chamadas "olimpíadas" que os gregos criaram e cultivavam como uma cultura predominante. Nessas olimpíadas não havia qualquer participação da figura feminina, pois eles não tinham legitimidade para apreciar o belo, portanto, ficavam os homens nus a praticarem os esportes dotados pelo evento. Quando os gregos iam para as guerras não se tinha a presença das mulheres para satisfazerem as necessidades dos homens, por isso, muitas vezes alguns faziam o papel das mulheres para suprir tais anseios dos gregos. Outro ambiente em que as mesmas autoras mencionam o surgimento da homoafetividade entre os gregos foi nos teatros da Grécia antiga; somente o homem podia participar de tais apresentações e, como havia papéis femininos, alguns homens usavam máscaras ou se travestiam como mulheres, para representá-las nas peças teatrais.

Tais são as marcas evidentes dos primeiros traços da homossexualidade apresentadas para a sociedade, condutas estas que eram aceitas pela sociedade grega como algo comum, como formas de se expressar afeto por outras pessoas, ainda que do mesmo sexo.

A visão afetiva da sociedade grega fora destituída, anos depois, com o pensamento ideológico da Igreja Católica, condenando as pessoas que tinham relações com outras do mesmo sexo, tornando-as abomináveis e tipificando a prática homossexual como um grande pecado [...]

A visão afetiva da sociedade grega fora destituída, anos depois, com o pensamento ideológico da Igreja Católica, condenando as pessoas que tinham relações com outras do mesmo sexo, tornando-as abomináveis e tipificando a prática homossexual como um grande pecado; argumentava-se que a relação sexual entre homem e mulher tinha, tão somente, finalidade de procriação, o que não é possível entre pares do mesmo sexo, tornando-se, então, uma prática abominável pela sociedade ideologicamente católica. Infelizmente, ainda esta ideologia é fortemente impregnada em várias culturas do nosso mundo (DIAS; LARRATEA, 2009, p. 2).

Ainda é importante relatar que não só nos seres humanos se observa a homossexualidade, mas também no reino animal, Bagemihl (2010) relata estes acontecimentos supostamente 'anormais' do mundo animal, mostrando comportamentos homossexuais sobre diversas espécies da natureza animal. A prática homossexual animal não está estritamente ligada ao relacionamento sexual, por isso o autor demonstra cinco variedades de comportamentos.

A primeira delas é o cortejo, forma no qual os animais se exibem para os outros e, nesse caso, animais que se exibem para aqueles de mesmo sexo; a segunda é a afeição trocada pelos animais, carícias, carinhos de toda ordem; a terceira é formação de fato, de casais homossexuais, conforme o autor, várias aves e mamíferos estão dentro deste quadro; a quarta é a criação dos filhotes desses animais, que, durante a gestação até a criação, são conduzidos por pares do mesmo sexo, e a quinta, e não menos importante, consiste no momento em que há a estimulação dos órgãos genitais (BAGEMIHL, 2010).

3 A AFETIVIDADE E HOMOAFETIVIDADE

Antes de entrar no âmago da discussão, é importante destacar qual o verdadeiro sentido da palavra afetividade. Será que a afetividade se restringe à felicidade entre homem e mulher? A afetividade aqui tratada não se restringe somente à prática sexual, mas à essência do afeto que há entre pares do mesmo sexo. Segundo o dicionário Aurélio, a palavra afetividade significa: *Conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza. Força constituída por esses fenômenos, no intimo de um caráter individual* (AURÉLIO, 1994).

Por isso, parece ser claramente possível a união dos homoafetivos, porque esta conduta não se limita a uma mera "opção sexual"[1], mas sim à maneira pela qual se manifesta o afeto entre as pessoas, seja qual for a sua orientação sexual. Nesta seara, conforme anteriormente afirmamos (ANGELUCI, 2006), o

afeto, como expressão e contributo para a constituição da pessoa humana em sua dignidade, é de extrema relevância para o Direito, vez que não é concebível permitir a existência de seres de segunda classe, por simplesmente não comungarem da mesma orientação sexual ou de uma mesma orientação de pensamento.

Dessa forma, restringir a pessoa, levando em conta apenas sua orientação sexual é limitar sua existência em uma única expressão do seu ser, imaginá-la apenas do ponto de vista sexual, restringindo sua dignidade e contrariando o afirmado por Kant em 'Fundamentação da metafísica dos costumes', conforme adiante será mais claramente explicitado. Tal comportamento parece contrariar o primado pelo Estado democrático de Direito e contrariar os princípios basilares e estruturantes dispostos na Constituição Federal de 1988, não se conformando com o ordenamento jurídico vigente.

4 UNIÃO DE PESSOAS HOMOSSEXUAIS: O (NÃO) RECONHECIMENTO JURÍDICO

No início de julho de 2011, a Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 178), com o objetivo de reconhecer a entidade familiar dos casais homoafetivos, visando equiparar seus efeitos aos da união estável; em seus argumentos, fica clara a necessidade de cumprimento de alguns requisitos: a convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família, com fulcro no art. 1º da Lei n. 9.278/96.

O não reconhecimento jurídico da união de pares homossexuais é o ponto principal da discussão. O ordenamento jurídico[2] não contempla, de forma explícita, a união dos homossexuais, não tutela o reconhecimento desta união e, nem por consequência, os demais direitos decorrentes desse reconhecimento, como alimentos, sucessão e outros atribuídos à união estável e à união matrimonial. A jurisprudência anteriormente reconhecia a união dessas pessoas como "sociedade de fato", entretanto, lides suscitadas no Poder Judiciário eram resolvidas na seara do Direito Civil e não do Direito de Família, e, por muito tempo, essa visão foi difundida entre os tribunais e os juízes (DIAS; LARRATEA, 2009, p. 7), a exemplo do que ocorrera com a união estável, até seu reconhecimento como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988.

Parece ser legítimo, no Brasil, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar, observando os mesmos requisitos da união estável entre homem e mulher, aplicando a esta forma familiar os mesmos direitos e deveres da união entre heterossexuais, ou seja, estendendo-se aos companheiros homossexuais o reconhecimento de *status familiae*, interpretando-se de forma analógica às uniões estáveis.

A Constituição Federal de 1988 traz princípios que sustentam a tese do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, pois uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos da minoria diante do arbítrio ou do descaso das maiorias, a exemplo dos seguintes: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica.

Contudo, antes de se analisar o tema proposto com maior minudência, faremos, em primeiro lugar, uma análise do estudo dos princípios constitucionais, especialmente aqueles que nos são mais caros ao assunto proposto: tratamento às uniões homoafetivas como entidades familiares.

Para Leal (2003, p. 50) os princípios são: [...] *elementos que expressam os fins que devem ser perseguidos pelo estado (em sua acepção mais ampla), vinculando a todos os entes e valendo como um impositivo para o presente e como um projeto para o futuro que se renova cotidianamente, constituindo-se numa eterna construção da humanidade.*

A autora complementa dizendo que: *Por serem estes princípios os valores máximos expressos pelo pacto constitucional, eles se apresentam, por conseguinte, como imperativos por ocasião da elaboração da Constituição jurídica, estando Poder Legislativo constituinte (o poder constituído) a eles necessariamente obrigado, de modo que a ele somente cabe transportá-lo para o texto, razão pela qual entendemos ser este momento de cunho declaratório, pois o legislador não cabe a prerrogativa de deliberar acerca deles* (LEAL, 2003, p. 50).

A Constituição tem o dever de garantir esses princípios e que sejam essencialmente materiais e não meramente formais. Isso porque esses princípios fazem a base da Constituição, ou seja, dão norte para o sistema jurídico brasileiro. É nesse sentido que não se pode mais conceber a ultrapassada discussão da força normativa dos princípios, haja vista sua inserção no campo das normas, ao lado das regras, tendo cada um características e elementos constitutivos próprios[3].

Portanto, segundo Leal (2003, p. 54): [...] *fica afastada a possibilidade de se analisar a Constituição apenas sob uma ótica estritamente legalista, devendo ser considerada também em seu conteúdo, representado, a nosso ver, pelos direitos fundamentais, em especial pela dignidade da pessoa humana, cujos elementos essenciais são incorporados à ordem jurídica na forma de princípios constitucionais.*

Percebe-se que os princípios constitucionais têm como função proteger e garantir os direitos conquistados pela sociedade e aqueles que estão sendo conquistados que, no caso, constitui a condição de tratamento equivalente ao dado à união estável para pessoas do mesmo sexo. E são esses princípios constitucionais que dão sustentação para o reconhecimento desta união como entidade familiar, a par daquelas expressamente reconhecidas na Constituição Federal.

Nesta esteira, primeiramente, há o princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, é a base do reconhecimento dos direitos fundamentais e está previsto tanto na Declaração dos Direitos Humanos, quanto na Constituição Federal no art. 1º, inc. III como sendo um dos princípios fundamentais do Estado democrático de Direito: *A partir dos seus objetivos fundamentais, a Carta Constitucional de 1988 prima, sem sombra de dúvidas, pela dignidade da pessoa humana como valor fundamental. Constata-se, desta forma, uma nova dinâmica do ordenamento constitucional brasileiro, que passa a incorporar os direitos humanos com os princípios de justiça e valor ético, conferindo o suporte axiológico para todo ordenamento jurídico* (RODRIGUES, 2008, p. 63).

A dignidade é um atributo de toda e qualquer pessoa, que merece o respeito, independentemente de raça, origem,

sexo, credo, idade, condição social e até mesmo orientação sexual. Consiste em um valor inerente a pessoa humana e abarca o exercício e gozo de uma vida plena, é um direito fundamental previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal que lança efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, conforme referido anteriormente, já Kant expressara seu conteúdo[4].

Para Saulo Tarso Rodrigues *a dignidade da pessoa humana trata-se de valor supremo, que carrega consigo o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, alcançando desde o direito à vida e aos demais direitos relativos à pessoa direitos inalienáveis* (RODRIGUES, 2008, p. 72).

A Constituição Federal de 1988 traz princípios que sustentam a tese do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, pois uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos da minoria diante do arbítrio ou do descaso das maiorias [...]

Percebe-se, pois, que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes do ordenamento jurídico, um dos pilares dos direitos da pessoa humana e norteador dos direitos humanos. *A dignidade da pessoa humana pode ser dita como sendo o princípio material supremo do ordenamento jurídico, cujo conteúdo é determinado por outros princípios materiais, representados pelas diferentes gerações de direitos humanos e fundamentais, que denominamos de princípios de conteúdo, uma vez que o respeito aos núcleos se afigura como elemento essencial à concretização da dignidade humana. Em outras palavras, significa dizer que a dignidade da pessoa humana é o telos último, a ratio essendi de todo ordenamento jurídico, estando todos os demais valores constitucionais comprometidos no sentido de sua realização, ou seja, estes são concebidos como estando a serviço daquela. Assim, a dignidade da pessoa humana realiza-se por meio do respeito aos direitos fundamentais, que, ao mesmo tempo que lhe conferem o conteúdo, são também por ela conformados, pois esses direitos somente podem ser exercidos até o limite em que não comprometam outro dos aspectos essenciais a essa mesma dignidade* (LEAL, 2003, p. 70-71).

Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana não apresenta um conceito fixo e, em meio às várias discussões a respeito desse princípio, Rodrigues (2008, p. 59) aduz que a dignidade humana está [...] *fundamentada no próprio ser humano, que possui necessidades basilares da sua própria essência, intrínsecas em seu próprio ser, que, no mínimo, precisam ser preservadas, para que não sejam violadas, cabendo a uma figura superior que detenha autonomia e legitimidade para assegurar que essas mínimas necessidades sejam atendidas onde aparece o ícone ESTADO.*

Cabe, a respeito, uma importante observação: a expressão "dignidade da pessoa humana" não pode ser considerada apenas do ponto de vista externo, de sua garantia e de sua relação com o Estado e com os demais seres viventes, mas também importa ressaltar que a dignidade tem um viés individual, interno, psicológico que deve ser respeitado e preservado pelo direito posto.

É nesse aspecto que a preservação de um núcleo existencial mínimo e intangível, seja de privacidade, seja de intimidade, também contribui para a higidez de um estatuto jurídico preservador da dignidade humana; não se olvide, por conseguinte, que a orientação sexual pertence a este núcleo e, como tal, deve ser respeitada, preservada e garantida para a própria existência da pessoa humana digna.

Nesta senda, como o princípio da dignidade humana é um direito de todos e deve ser assegurado pelo Estado, consequentemente, os homossexuais também possuem esse direito, logo, o não reconhecimento da união vivida como entidade familiar corrobora para uma ofensa a esse princípio, pois atinge dois planos distintos: [...] *Por um lado, ela priva os parceiros homossexuais de uma série de direitos importantes, que são atribuídos aos companheiros na união estável: direito a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários, direitos no campo contratual, direitos na esfera tributária, etc. Por outro, ela é, em si mesma, um estigma, que explicita a desvalorização pelo Estado do modo de ser do homossexual, rebaixando-o à condição de 2º classe* (STF, ADPF 178, 2009, p. 20).

Verifica-se, desse modo, que os homossexuais, ao serem privados desse princípio constitucional, serão privados de uma vida digna, com respeito e de qualidade, além de não poderem exercer uma série de direitos que são atribuídos aos companheiros na união estável.

Pode-se dizer, também, que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, constitui violação a um direito fundamental, que é essencial no princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo esse direito: *a pessoa necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem este reconhecimento, ela perde a auto-estima* (STF, ADPF 178, 2009, p. 21).

É essencial esse reconhecimento não só no sistema Judiciário brasileiro, mas também pela sociedade brasileira, haja vista o disposto na Constituição Federal ser um dos objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma 'sociedade livre, justa e solidária'. De nada adianta estar legalmente descrito se a sociedade ainda continuar a descriminar os homossexuais; verifica-se, portanto, a questão envolve um viés legal e o lado do viés social.

Por isso que: [...] *quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, ele atenta profundamente contra a identidade dos homossexuais, alimentando e legitimando uma cultura homofóbica. Afinal, se o que o caracteriza o homossexual é exatamente o fato de que a sua afetividade e sexualidade são dirigidas às pessoas do mesmo sexo, rejeitar o valor das relações amorosas entre iguais é o mesmo que desprezar um traço essencial da sua personalidade. Há nisso, portanto, um grave atentado contra a dignidade da pessoa humana* (STF, ADPF 178, 2009, p. 22).

O não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo viola um dos aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana, que seria a não instrumentalização da pessoa, pois cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo pela ordem jurídica, e não como um meio, como já mencionado a partir de Kant.

Entretanto, quando o Estado nega o reconhecimento da

união homossexual consequentemente está instrumentalizando os homossexuais e, fazendo isso, sacrifica os direitos e a autodeterminação deles em nome de uma concepção tradicional (STF, ADPF 178, 2009, p. 23). Logo, o não reconhecimento da união estável representa uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro princípio constitucional violado é o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que preceitua: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.*

Essa igualdade expressa na Constituição refere-se aos direitos e garantias fundamentais do ser humano, permitindo-lhe exigir do Estado que não haja distinção entre pessoas seja pelo sexo, cor, raça, religião, seja pela opção sexual; isto é, este princípio impõe que todas as pessoas devem ser tratadas com o mesmo respeito não somente pelo Estado como também pela própria sociedade, porém, é dever do primeiro garantir a efetividade deste direito.

E qual é o significado deste princípio? *Reconhecer que todas as pessoas possuem o mesmo direito de formular e de perseguir autonomamente os seus planos de vida, e de buscar a própria realização existencial, desde que não implique na violação de direitos de terceiros* (STF, ADPF 178, 2009, p.10).

Pode-se perceber que isso não acontece em relação aos homossexuais, pois são impedidos de desfrutarem de algum direito devido ao preconceito em relação ao modo de vida que levam e, sendo assim, prejudicando a busca da sua realização existencial.

O tratamento desigual consiste no fato de o indivíduo heterossexual ter condições de formar uma família ou constituir uma união estável, sob a proteção do Estado; porém, ao homossexual, esse direito é negado sem qualquer justificativa aceitável (STF, ADPF 178, 2009, p. 10).

Constata-se, dessa forma, uma espécie de violação ao princípio da igualdade, pois se todos são iguais perante a lei, todos têm o direito de se relacionar e constituir uma união ou até mesmo uma família com a pessoa que se identificarem seja do mesmo sexo ou não. E é devido a isso que [...] *não há qualquer diferença entre negar ao gay ou à lésbica a possibilidade de constituir família com pessoa do mesmo sexo, e vedar que o homem ou mulher heterossexual façam o mesmo, mas com indivíduos do sexo oposto. Em ambos os casos, trata-se de impedir a constituição legal do único tipo de entidade familiar que faria sentido para cada uma destas pessoas, em razão da sua própria identidade* (STF, ADPF 178, 2009, p. 11).

A Constituição brasileira traz consigo a ideia de uma sociedade justa, fraterna e sem preconceitos, porém, não é o que vinha ocorrendo na realidade devido à interpretação constitucional e da própria legislação brasileira que, deixando margens à variada possibilidade de aplicação, poderia fundamentar apenas a proteção das relações heterossexuais, o que implicaria a transgressão do princípio da igualdade.

Outro princípio constitucional infringido, pelo rechaço de direitos aos homossexuais é o da ofensa à proibição de discriminação presente no art. 3º, inc. IV, da Constituição Federal que preceitua como objetivo da República: *promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Este princípio é assegurado também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, em que o Brasil é signatário. Este tratado internacional consagra o direito à igualdade nos seus arts. 2°, § 1°, e 26, ao proibir as discriminações; a vedação, por este tratado, das discriminações motivadas por orientação sexual representa mais uma razão para que a Constituição Federal de 1988 também proíba as mesmas práticas (STF, ADPF 178, 2009, p. 12-13).

Rios relata que: *Quando a constituição fala da proibição de discriminação por motivo de sexo, na verdade está fazendo uma declaração de proibição de discriminação por orientação sexual explícita. Em que sentido? A discriminação por motivo de orientação sexual pode ser entendida logicamente como uma espécie de discriminação por motivo de sexo. Por quê? Caso João se relacione com Maria, será tratado de uma forma diferente. Nesse exemplo, fica evidente que o sexo da pessoa com quem João se relaciona é que determina o tratamento por ele recebido. Nesse sentido, é evidente que a discriminação por orientação sexual é uma espécie de discriminação por motivo de sexo* (RIOS apud RODRIGUES, 2008, p. 65).

Logo, percebe-se que a discriminação por orientação sexual fere não só um dos princípios constitucionais como também um direito garantido internacionalmente, sendo odiosa e prejudicial à construção da pessoa em sua máxima expressão: a dignidade humana.

O princípio da liberdade é ofendido pelo não reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo previsto no art. 5º, *caput,* da Constituição Federal. *Um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento e proteção da liberdade individual. A premissa filosófica de que se parte é a de que cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando as sua escolhas existenciais básicas e perseguindo projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros* (STF, ADPF 178, 2009 p. 23).

Cada um tem o direito de liberdade de escolha, de se autodeterminar da maneira que melhor lhe aprouver; se uma pessoa constrói um projeto de vida com outra pessoa do mesmo sexo, está exercendo um direito seu, devendo o Estado e a sociedade respeitar a sua autonomia privada.

O não reconhecimento da união es-

[...] *os princípios constitucionais têm como função proteger e garantir os direitos conquistados pela sociedade e aqueles que estão sendo conquistados que, no caso, constitui a condição de tratamento equivalente ao dado à união estável para pessoas do mesmo sexo.*

tável implica a impossibilidade do homossexual em viver com dignidade, demonstrando sua orientação sexual e exercendo a sua liberdade e desenvolvendo a sua personalidade, ficando evidente a grave ofensa ao princípio constitucional de proteção da liberdade.

Nesta mesma esteira, há também violação ao princípio da proteção à segurança jurídica fundamentada no *caput* dos arts. 5º e 6º da Constituição Federal. A relação entre o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo e a segurança jurídica baseia-se na relação que envolve, além do Executivo e Legislativo, a função judiciária em que: [...] *uma vez que a incerteza sobre o entendimento jurisprudencial a propósito de determinadas questões pode ser um elemento provocador de grave intranqüilidade e insegurança na sociedade, que devem ser evitadas. E tal situação ocorre com a união entre pessoas do mesmo sexo, em vista da indefinição do seu enquadramento jurídico, alimentada inclusive por decisões judiciais conflitantes* (STF, ADPF 178, p. 26-27).

Tal insegurança jurídica, devido à inexistência de uma prévia definição sobre o regime jurídico dessas entidades, gera uma imprevisão não somente para os próprios homossexuais como para terceiros de boa-fé que: [...] *celebram negócios jurídicos com quaisquer dos membros da união também são atingidos por esta insegurança jurídica, na medida em que podem surgir, por exemplo, dúvidas sérias sobre a extensão da responsabilidade de cada companheiro por dívidas contraídas por um deles ou pelo casal, ou ainda incerteza sobre a validade de determinados atos jurídicos praticados por um companheiro sem o consentimento do outro, como fianças e alienação de bens do patrimônio comum* (STF, ADPF 178, 2009 p. 27).

Exemplos acima citados demonstram o quanto é importante a definição do regime jurídico, com respeito à diferença, para que haja a segurança jurídica tanto dos partícipes das uniões de pessoas do mesmo sexo quanto para terceiros.

[...] *o argumento em relação à procriação não persuade, porque o incentivo à procriação não é objetivo da tutela legal dispensada à união estável, tanto que nem mesmo se discute o direito à constituição de família por casais heterossexuais inférteis* [...]

Pode-se constatar que todos estes princípios constitucionais explicitados fundamentam a união entre pessoas do mesmo sexo e o não reconhecimento implicaria uma violação direta à Constituição Federal. Logo, se o reconhecimento da união tem base nos princípios constitucionais, quais seriam as razões existentes para justificar a impossibilidade de constituição de entidades familiares por pessoas do mesmo sexo?

Entre as razões destacam-se: [...] *além do argumento atinente à redação do art. 226, parágrafo 3°, do texto Magno [...] estas uniões seriam 'pecaminosas', contrariando a lei divina e o direito natural; elas atentariam contra a 'natureza das coisas'; elas não mereceriam proteção legal porque não dão ensejo à procriação; elas estimulariam comportamentos sexuais desviantes, enfraquecendo a família e o casamento; e elas não estariam em consonância com os valores predominantes na sociedade* (STF, ADPF 178, 2009, p. 14).

O argumento do pecado é incompatível com os princípios da liberdade religiosa e da laicidade do Estado (art. 5°, VI e 19, I, da Constituição Federal); foge do caráter jurídico, não sendo aceitáveis a discriminação e marginalização apenas com base nessa referência, em que pese o respeito e deferência que tem a religião para a sociedade brasileira.

O argumento da natureza das coisas não convence porque, do ponto de vista biológico, a homossexualidade é tão natural como a heterossexualidade, manifestando-se também entre outros seres vivos, além do mais, são encontrados registros antigos de sua existência (STF, ADPF 178, 2009, p. 16).

Já o argumento em relação à procriação não persuade, porque o incentivo à procriação não é objetivo da tutela legal dispensada à união estável, tanto que nem mesmo se discute o direito à constituição de família por casais heterossexuais inférteis, ou que não querem ter filhos. Além disso, a própria Constituição Federal reconhece a entidade familiar denominada monoparental em que, embora haja a constituição de filhos, não haverá 'desenvolvimento' de nova prole.

A alusão à contrariedade da moralidade dominante na sociedade não se satisfaz porque a visão sobre o tema homossexualidade vem se liberalizando progressivamente[5] nos últimos tempos em que o Direito deve possuir também uma dimensão transformadora em direção à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária (STF, ADPF 178, 2009, p.15-19).

O argumento que estimula práticas sexuais desviantes ou que coloca em risco o casamento e a família tradicional não justifica o não reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo; primeiramente este argumento parece ser incompatível com o princípio da isonomia e parte de uma precompreensão intolerância e preconceito, que não encontra qualquer fundamento na Constituição Federal, em seus objetivos e princípios basilares.

Além disso, com relação à família, há de se ter em mente que o seu modelo tradicional, patriarcal e de hierarquia atravessa hoje uma crise; não há dúvidas de que a ordem constitucional tutela a família, mas isso não significa que ela a tenha posto numa redoma jurídica, para abrigá-la diante das tendências liberais e igualitárias que ganham corpo na sociedade contemporânea, dentre as quais se insere o movimento de afirmação dos direitos dos homossexuais, pelo contrário, a Constituição institui um novo paradigma para família, assentado no afeto e na igualdade (STF, ADPF 178, 2009, p.16-18).

Segundo o art. 226, § 3º, da Constituição, *para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento* impediria o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e só poderia ocorrer esse reconhecimento se houvesse uma emenda constitucional alterando o texto em vigor. Porém, esse raciocínio não convence: *No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. Estes princípios* [...] *possuem uma importância maior na ordem constitucional, na medida em que têm um raio de incidência mais amplo, e atuam como vetores interpretativos na aplicação de todas as demais normas* [...]. *Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das*

normas setoriais da Constituição – como o parágrafo 3º do art.226 -, deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade (STF, ADPF 178, 2009, p. 28-29).

Os princípios constitucionais são utilizados como forma de interpretação do dispositivo mencionado em que esta interpretação é de inclusão da união entre pessoas do mesmo sexo por meio deste dispositivo e não uma forma de exclusão: *É verdade que toda argumentação principiológica ruiria por terra se houvesse vedação textual à união entre pessoas do mesmo sexo. Porém, não é isso o que ocorre. Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais* (STF, ADPF 178, 2009, p. 29).

Porém, o fato de a Constituição não ter um texto legal, reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo, não quer dizer que esse reconhecimento não seja assegurado por ela; esse reconhecimento implícito é equiparado por interpretação analógica à união entre homem e mulher, à estrutura da família hodierna e aos anseios de uma sociedade justa e plural: *A interpretação analógica justifica-se aqui porque as razões para a atribuição do caráter familiar à união estável não se prendem à diversidade do sexo dos companheiros – elemento meramente acidental – mas ao afeto que os une, à estabilidade dos laços e ao desígnio comum de constituição da família. Estes fatores são indiferentes em relação à identidade ou diversidade do sexo dos parceiros, podendo apresenta-se tanto nas uniões heterossexuais como nas homossexuais* (STF, ADPF 178, 2009, p. 31).

Logo, não se deve interpretar o art. 226, § 3°, da Constituição Federal como uma cláusula de exclusão social que faz com que haja discriminação e sim como uma forma de inclusão social dos homossexuais: *Assentada esta coordenada, cumpre destacar que a ausência de legislação infraconstitucional que expressamente tutele a união entre pessoas do mesmo sexo não representa obstáculo para o imediato reconhecimento judicial destas entidades familiares. Deveras, se premissa de que parte é a de que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação, da liberdade e da proteção à segurança jurídica impõem o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, cabe então invocar não só o postulado hermenêutico da afetividade ou força normativa da Constituição, como também a cláusula mais especifica de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, parágrafo 1º, CF), para afirmar a desnecessidade de mediação legislativa no caso* (STF, ADPF 178, 2009, p. 32).

Os princípios constitucionais acima apresentados são o suficiente para afirmar que a nossa Constituição de 1988 reconhece a união estável de casais homossexuais ainda que não tenha legislação infraconstitucional que expressamente tutele essa união, como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, num passo importante e histórico para o Direito de Família brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante disso, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, da liberdade e da proteção à segurança jurídica conferem o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo com base na hermenêutica e da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Desta forma, considera-se que não existem razões de peso suficiente que justifiquem qualquer discriminação contra homossexuais, no que tange ao reconhecimento jurídico das uniões afetivas que mantêm, pelo contrário, há argumentos pertinentes que defendem essa união homoafetiva como os princípios constitucionais analisados neste trabalho.

Esses argumentos, entre outros, fundamentaram, no dia 5 de maio de 2011, o julgamento da ADPF n. 132 e ADPF n. 178, convertida na ADI n. 4277, com relação à união estável entre homossexuais. Vê-se uma grande transformação no ordenamento jurídico brasileiro quanto à concretização dos Direitos Humanos cabendo, agora, ao Legislativo efetivar essa decisão, principalmente no tocante aos dispositivos infraconstitucionais discriminatórios e contrários a esta decisão, para que assim o tripé do Estado trilhe a solidificação dos preceitos e princípios do Estado democrático de Direito.

Salienta-se, uma vez mais, a necessidade de uma atitude ativa do Legislativo brasileiro para não haver margem a fundamentalismos contrários e discriminatórios aos direitos das pessoas que se unam em relação homoafetiva, vez que, onde o Estado não se faz presente impera o caos e a desordem.

NOTAS

1 É importante relatar, segundo Brito (2000, p. 46), que essa opção sexual é banalizada por muitos da sociedade, como também a sufixação da palavra "homossexualismo". Pois o sufixo "ismo" era considerado como uma doença no rol do catálogo da Organização Mundial de Saúde até 1985, substituindo para "dade" que quer dizer o ser da pessoa. Assim também houve reformulação do conceito da Psicologia em relação orientação sexual, por meio da Resolução n. 1/99 do Conselho Federal de Psicologia, orientando psicólogos sobre a postura discriminatória a propósito da orientação sexual.

2 Aqui deve ser entendido por 'ordenamento jurídico' apenas o direito positivado, ou seja, o conteúdo de normas (estas entendidas como leis) vigentes hodiernamente.

3 Para maior aprofundamento no tema recomendam-se: Rothenburg (2003); Barcellos (2011); Ávila (2011).

4 Conforme Kant: *No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento; aquilo, porém, que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é, dignidade* (Kant, 1995, p. 71-72).

5 A prova de que a sociedade está progredindo nesta questão é o fato de que as maiores e mais concorridas manifestações públicas que têm ocorrido no Brasil nos últimos anos são as paradas, passeatas e manifestações do movimento *gay,* que mobilizam centenas de milhares de pessoas em diversas capitais do país (ADPF 178, 2009, p. 20).

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 43-53, abr./jun. 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos prin-*

cípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
BAGEMIHL, Bruce. *Biological Exuberance* – Animal Homosexuality and Natural Diversity – Exuberância Biológica – Homossexualidade Animal e Diversidade Natural. Disponível em: <http://www.conscienciacomciencia.com.br/2010/07/22/a-homossexualidade-no-reino-animal-e-natural/>. Acesso em: 28 maio 2011.
BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988.
_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178, 2009.* Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277. Acesso em: 8 maio 2011.
BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos.* São Paulo: Ltr. 2000.
DIAS, Maria Berenice LARRATEA, Roberta Vieira**.** A constitucionalização das uniões homoafetivas. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 32, p. 47-61, set./out. 2009. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept>. Acesso em: 10 maio 2011.
DICIONÁRIO AURÉLIO, Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Editora Nova Fronteira. 1 cd-rom, 1994.
LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A constituição como princípios*: os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003.
RODRIGUES, Saulo Tarso; BORRALHO, Michelle Matsuura. *A (Im)possibilidade da adoção por homossexuais*: uma discussão a partir dos fundamentos político-constitucionais do estado democrático de direito e da teoria dos direitos fundamentais. Tangará da Serra: Gráfica e Editora Sanches Ltda., 2008.
ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

Artigo recebido em 7/8/2013.
Artigo aprovado em 7/3/2014.

Cleber Affonso Angeluci é professor de Direito Privado da UFMT – Universidade Federal de Mato Grosso, Campus Barra das Garças-MT.
Daiani Dela Justina é graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – Barra das Garças-MT.
Rogério Dorneles do Nascimento é graduando do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – Barra das Garças-MT.