

NÃO AO PRECONCEITO, SIM AO DIREITO! A UNIÃO HOMOAFETIVA E SUA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Rogério Turella¹

TURELLA, R. Não ao preconceito, sim ao direito! A união homoafetiva e sua interpretação constitucional. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc.* UNIPAR. Umarama. v. 13, n. 2, p. 231-245, jul./dez. 2010.

RESUMO: O presente artigo visa transmitir aos operadores do direito, a relevância do tema em pleno século XXI. Primeiramente, partindo das atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial, que motivaram a adesão dos países signatários, na busca pela liberdade e igualdade entre os povos, principalmente quanto à dignidade da pessoa humana, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em um segundo momento, a importância dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade, à luz da Constituição Federal. Na última parte, a União Homoafetiva, sua visão pela sociedade e igreja, e sua interpretação constitucional, quanto à lacuna e ausência de lei em nosso ordenamento jurídico. Conclui-se que a União Homoafetiva é instituto do direito de família, e como família deve ser reconhecida, por força do disposto no art. 226, § 3º da Constituição Federal, ou seja, União Estável entre pessoas, como forma de reconhecimento da afetividade.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade. Discriminação. União Homoafetiva. Interpretação.

1. Declaração Universal dos Direitos Humanos

Há sessenta anos atrás, em 1948, após as atrocidades da 2ª Guerra Mundial, surgia no mundo aquele que seria o principal mecanismo de defesa dos direitos de liberdade e igualdade entre os homens: “A Declaração Universal dos Direitos Humanos”, a qual tinha como objetivo, fazer com que os países os quais a ela aderiram tornam-se seguidores de seu texto.

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância des-

¹Especialista em Direito Constitucional, Professor de Ensino Superior (Efetivo) na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), no Curso de Direito Navirai/MS, nas seguintes disciplinas: Direito Civil Parte Geral e Direitos e Garantias Fundamentais. Atualmente é Assessor Jurídico na UEMS. Email: turella@uems.br

ses direitos e liberdades².

Assim, já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, destacava-se a importância da responsabilidade dos países signatários, quanto aos direitos humanos e liberdades fundamentais de seu povo, enfatizado de maneira ampla em sua proclamação.

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição³.

Mas, não seria suficiente definir direitos humanos e liberdades fundamentais, apenas em seu preâmbulo e nos motivos de sua proclamação, se não houvesse a força normativa em seu texto, a qual ficou evidenciada em alguns artigos de suma relevância ao referido tema.

Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Entretanto, com a formalização de seu texto, o qual passava a ter força normativa, bastava agora a sua aplicação prática, em face dos direitos e liberdades de todos os povos, motivos determinantes de seu surgimento, mas, por algumas vezes esquecidos pelos países signatários da declaração.

A simples declaração e reconhecimento de direitos, não confirmam sua

²Declaração Universal dos Direitos Humanos, Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

³Id.,

aplicabilidade, tanto no passado quanto no futuro, a busca é contínua, como nas palavras de José Afonso da Silva (2000, p.153) “O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos”.

Razão pela qual se faz necessária a conquista de direitos fundamentais, importantes para o desenvolvimento de uma sociedade justa, tanto com si próprio, principalmente quanto a seu semelhante. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi dado um grande passo rumo à dignidade da pessoa humana, por meio da liberdade e igualdade, hoje ratificadas em nosso texto constitucional.

2. Constituição Federal

Brasil ano 1988, promulgada uma nova constituição, conhecida como a “constituição cidadã”, como o próprio nome diz, referia-se a uma constituição destinada a defesa dos direitos do cidadão, principalmente seus direitos e garantias fundamentais, dentre eles a liberdade e a igualdade, os quais ressurgem para efetivar os direitos esquecidos. “A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direito, liberdade e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)” (CANOTILHO, 2003, p. 407).

Durante os anos que sucederam a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, várias conquistas foram realmente efetivadas, mas algumas delas com o passar do tempo, não foram se quer discutidas, por entenderem não serem adequadas ao modelo da legislação brasileira, e contrárias ao posicionamento da grande maioria de uma sociedade que desconhece o alcance de um direito fundamental. “A Constituição de hoje não pode ser abstrata, vaga, simples formalismo assubstancial. Tem de ser viva, palpável, normativa, e normativa assim para interesses como para legislações que dentro dela devam viver” (MIRANDA, 1970, p. 215).

A letra fria da lei às vezes acorrenta seu alcance, impossibilita sua aplicação e conseqüentemente reduz os direitos dos cidadãos, pois, não basta única exclusivamente reconhecer direitos, há necessidade de aplicá-los ao caso concreto, está é a finalidade da norma.

Assim, na Constituição Federal de 1988, motivada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito. Estendeu o alcance de seu texto passando a ter como princípio fundamental à dignidade da pessoa humana⁴, de modo a garantir a todos, sem qualquer

⁴SILVA, José Afonso da. p. 109. Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

tipo de distinção uma vida digna perante a sociedade.

3. Dignidade da pessoa humana

Na elaboração das leis, os legisladores sempre mantiveram a preocupação com os cidadãos, principalmente com aqueles que no decorrer dos séculos, foram alvos das atrocidades do poder, muito se falou sobre a dignidade da pessoa humana, ocorre que esta mesma dignidade passou a ser reconhecida e lembrada somente nos momentos em que os povos são esquecidos por seus governantes, e perante fatos de grande repercussão.

Assim como o arquiteto, antes de construir um grande edifício, sonda e examina o solo para ver se este pode sustentar o peso, o sábio instituidor não começa redigindo leis boas em si mesmas, mas verifica antes se o povo, ao qual são destinadas, está apto a suportá-las (ROUSSEAU, 1989, p. 52).

Admitimos e sabemos de sua existência, a preocupação, é quando, onde e como aplica lá. É justamente essa nossa maior busca em reivindicar efetivamente sua aplicabilidade, não só nos momentos de crises entre os povos ou uma classe minoritária, e sim a todo instante.

Ora, uma Constituição não tem que fazer declaração de deveres paralela à declaração de direitos. Os deveres decorrem destes na medida em que cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como a sua própria (ROUSSEAU, 1989, p. 199).

Reconhecer direitos únicos, ou seja, exclusivos a uma única pessoa, ou a seu interesse, é andar em sentido contrário aos direitos individuais. O direito utilizado a um, a todos se estendem, é consequência visível em se tratando da dignidade da pessoa humana, em que a liberdade e igualdade entre os povos são determinantes.

4. Liberdade

Elemento primordial em uma sociedade. A liberdade dentro das gerações (dimensões) dos direitos fundamentais foi a primeira a ser reconhecida, posteriormente, os demais foram sendo alcançados, pois, imaginamos a possibilidade de nos mantermos enclausurados, como exerceríamos nossos direitos. A

liberdade é a chave.

A sociedade clama por liberdade, mas uma liberdade palpável e efetivamente aplicada, de forma que o Estado não interfira contra, e seja mantida desde o momento que exista vida. “[...] a liberdade não é faculdade que se recebe, não e presente que se ganha, é abertura que se conquista” (AGUIAR, 1990, p. 163).

Na frase do Professor Roberto Aguiar, a liberdade se resume em poucas palavras, mas suficiente a conduzirem o leitor a seu significado, que se fez presente durante todos os séculos de nossa história, ou seja, é a busca contínua do cidadão na conquista de seus direitos.

Entretanto, mais uma vez discutimos a ausência da aplicabilidade da liberdade, até mesmo em países signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aqueles que se dizem detentores de uma democracia, continuam a violar os direitos. “No que respeita à promessa da liberdade, as violações dos direitos humanos em países vivendo formalmente em paz e democracia assumem proporções avassaladoras” (SANTOS, 1997, p. 24).

Renunciar a liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. Não há nenhuma reparação possível para quem renunciar a tudo. Tal renúncia é incompatível com a natureza do homem, e subtrair toda liberdade a sua vontade é subtrair toda moralidade a suas ações (ROUSSEAU, 1989, p. 14-15).

Dentro dessas circunstâncias, o homem pelo simples fato de ver-se impossibilitado de alcançar seus direitos, na maioria das vezes deixa de querer conquistá-los, consequência de uma liberdade inerte, atribuída ao Estado que deixa de aplicá-la, ocasionando a violação automática dos demais direitos fundamentais, principalmente quanto à igualdade, ceifada pela ausência da liberdade, mas digna dos direitos da humanidade.

5. Igualdade

Da mesma forma que a liberdade, se faz necessária à efetivação de sua conquista, de modo a possibilitar a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer tipo de distinção, é o que prevê nosso texto constitucional.

Propiciar a igualdade, ainda é parte de uma sociedade com paradigmas formados, e indiscutíveis. Ao referirmos a igualdade nos submetemos a um direito fundamental, passível de ser reconhecido e aplicado, mas ao mesmo tempo impossibilitado de ser conquistado, em face da desigualdade vivenciado a todo o momento no Brasil e no mundo, onde a figura da diferença prevalece estática e irremovível.

A igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, numa confrontação que em breve se transformou num vasto campo de análise sociológica e de inovação social centrado na questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais (SANTOS, 1997, p. 165).

Diferenciar determinadas classes sociais é reduzir sua capacidade pela busca de direitos fundamentais. A legislação existe, cabe ao operador do direito aplicá-la, reconhecendo esse direito. A ausência da aplicação da igualdade entre todos, por força da lei, permite de maneira clara e objetiva estabelecer o alcance da norma, ou seja, a igualdade posta a um, a todos deve servir, de forma a evitar que as diferenças sociais prevaleçam sob a igualdade de direitos.

Evitando sobremaneira que a busca pela igualdade, torne-se uma desigualdade desenfreada atingindo as classes menos favorecidas, discriminações que não fazem parte de um Estado Democrático de Direito.

Tudo isso é passado, mas cheio de lições. O problema, hoje, é mais profundo: quer-se mais democracia, o que significa, nos nossos dias, livrar da plutocracia as eleições, e mais igualdade, mais ciência, mais técnica. Igualdade não se faz em textos. Os homens não serão iguais enquanto a todos não se derem as mesmas oportunidades.

Liberdade e democracia fazem-se lá fora, em torno do Homem. Igualdade cria-se, porque se tem de diminuir, dentro do Homem, a desigualdade. Os homens são desiguais. Tem-se de diminuir a desigualdade (MIRANDA, 1970, p. 375).

Sábio o posicionamento de Pontes de Miranda, em seus comentários à constituição de 1967, especificando claramente, o que deve ser feito pelo homem em um país democrático. Reduzir a desigualdade é atribuição específica do Estado, intransmissível e irrenunciável, ou seja, cabe ao próprio homem, pois os textos já existem, e a ele é dada à responsabilidade de tornar essa igualdade uma realidade social.

6. Discriminação

A falência da inaplicabilidade do dispositivo constitucional pertinente à igualdade submete a sociedade a um posicionamento de desigualdade, consequentemente motivos determinantes conduzem a discriminação.

Quando mil homens têm de dar combate, o desaparecimento de um só pode passar despercebido; mas quando cem dentre eles abando-

nam a bandeira, a posição daqueles que ficam fiéis torna-se cada vez mais crítica; todo o peso da luta recai sobre eles exclusivamente. Este exemplo mostra exatamente segundo creio, o verdadeiro estado das coisas (VON IHERING, 2004, p. 47).

A Constituição Federal em seu art. 3º estabelece quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nesse momento o que mais nos interessa em saber é: “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Dentro de uma visão constitucionalista, a junção dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos e garantias fundamentais, nos submete a deduzir a ligação entre ambos na busca de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, dentre os quais são personagens o próprio cidadão e principalmente os operadores do direito.

É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (“direitos dos homossexuais”, “direitos das mães solteiras” “direitos das pessoas portadoras de HIV”) (CANOTILHO, 2003, p. 410).

Com o passar dos séculos, a evolução do pensamento humano os direitos a liberdade e a igualdade, fez com que a sociedade buscasse acompanhar essas transformações, entretanto, esses ideais às vezes não condizem com realidade de uma sociedade preconceituosa.

Numa sociedade aberta e democrática devem ser patentes as reais razões de qualquer escolha judiciária e revelados os conflitos entre as várias soluções possíveis, evidenciando-se, de tal maneira, também os elementos de incerteza, abrindo-se caminho, se for o caso, para intervenções reparadoras do legislador (CAPPELLETTI, 1993, p. 132).

Detentores das leis e operadores dela bastam agora a sua efetiva aplicabilidade, em face dos direitos fundamentais, os quais por diversos anos foram conquistados por várias gerações, entretanto, não tem sido possível adequá-los a finalidade e objetivos que foram criados.

7. A União Homoafetiva

A igreja posiciona-se de maneira contrária a qualquer mudança, quando contrariam seus dogmas, entende não ser necessário acompanhar a avanço de

uma sociedade, que contradiz com sua crença, pois, a interpretação de seus livros é literal e restritiva, não se submetem a qualquer outra forma de interpretação, assim, posiciona-se contrária as mudanças.

Da mesma forma, a família continua sendo o elo que a une com a igreja, fazendo com que algo que não se refira à entidade familiar (homem e mulher), também não seja visto com bons olhos, perante a sociedade, tornando as diferenças mais distantes de determinado grupo social.

Tais transformações decorrem, dentre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum (FACHIN, 2003, p. 123).

De fato a união de pensamentos majoritários, e legalistas tornam as pessoas detentoras de um preconceito nunca visto, pois, não admitem que alguém possa ser diferente. O simples “ser” faz com que pessoas sejam excluídas de grupos sociais, por não entenderem, ou opinarem contrariamente. Urge a discriminação, a qual sempre foi debatida Constitucionalmente.

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualdade a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem (SILVA, 2000, p. 227).

Agora já nos últimos anos, a defesa pelos interesses de uma minoria vem sendo discutida de um modo mais adequado e urbano, em que são observadas que as diferenças apenas são diferenças, e todos nós devemos respeitá-las, e não submetê-las ao preconceito de uma sociedade, que se diz moderna.

JÁ QUE O GRUPO MUDA, O DIREITO MUDA. Contrariamente a uma doutrina por muito tempo dominante, e ainda hoje muito difundida, as normas jurídicas, para o sociólogo, não têm caráter estável e perpétuo. Sua precariedade pode ser deduzida da própria definição que propus anteriormente com efeito, se o direito emana do grupo social, não poderia ter mais estabilidade que esse mesmo grupo. Ora, um agrupamento humano não é senão uma reunião mais ou menos natural, voluntária ou fortuita, de indivíduos de sexo e idade diferentes, grupo que nunca permanece semelhante a si mesmo, uma vez que os elementos de que se compõe modificam-se a todo instante pelo efeito

do tempo (LÉVY-BRUHL, 1997, p. 29-30).

O preconceito faz com que uma sociedade volta-se contrária a qualquer tipo de mudança, seja por ela causando desconforto, ou desinteresse, automaticamente as pessoas são excluídas de uma forma ou de outra por determinado grupo social, pelo simples fato de ser diferente, e não pertencer a esse grupo.

Os muros que separavam os homossexuais da sociedade posiciona-se que ser derrubados. Esse ato do governo soviético deu na ocasião enorme impulso ao movimento político-sexual da Europa ocidental e dos Estados Unidos. Não era um ato de propaganda, mas baseava-se no fato de que a homossexualidade, que seja concebida como inata ou como resultado de uma inibição do desenvolvimento, é uma atividade que não prejudica ninguém (REICH, 1985, p. 253).

Ao discutirmos o tema, podemos observar de uma maneira simples, as razões de tantas discussões quando tratamos sobre questões pertinentes a homossexualidade, e principalmente a união entre casais do mesmo sexo, se o primeiro já não visto com bons olhos, imaginem o segundo.

O relacionamento e convivência entre casais homossexuais demonstram que o ânimo de formar família supera em muito a união entre heterossexuais, uma vez que a relação homoafetiva impulsiona-se por valores próprios destinados da união de esforços mútuos na conquista de objetivos comuns, dentre eles a propriedade, sucessão e adoção.

Com o tempo ocorreu a evolução da sociedade, questões morais e religiosas continuam inteiramente ligadas ao tema, entretanto, ao poder judiciário cabe o dever de difundir a harmonia entre sociedade e as relações homoafetivas, as quais só serão realmente reconhecidas e aceitas, quando se tornarem entidades familiares.

Por vivenciarmos um avanço nas discussões pertinentes ao tema, devemos obter uma visão progressista, e adequada à época, uma vez que determinados grupos sociais, não devem ser excluídos por sua livre orientação sexual, ou seja, a diversidade de sexo, já não se faz necessária, a liberdade e a igualdade, não permitem que a união de pessoas do mesmo sexo sofra qualquer tipo discriminação. Assim, Foucault relata sobre a sexualidade:

É verdade que já há muito tempo se afirma que um país devia ser povoado se quisesse ser rico e poderoso. Mas é a primeira vez em que, pelo menos de maneira constante, uma sociedade afirma que seu futuro e sua fortuna estão ligados não somente ao número e à virtude dos cidadãos, não apenas às regras de casamentos e à organização familiar, mas à maneira como cada qual usa seu sexo (FOUCAULT,

1977, p. 28-29).

A identidade buscada por casais do mesmo sexo, é a mesma identidade já reconhecida por nosso ordenamento jurídico, já na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Cabe agora aos operadores do direito concretizarem essa conquista, efetivando reconhecimento, por pertencermos a um Estado Democrático de Direito.

Diante dos fatos, necessário se faz o direito, conhecido por muitos e aplicados por poucos. A legislação brasileira, às vezes nos torna reféns da legalidade e do positivismo jurídico, já inadequado quanto ao avanço da sociedade mas de alguma forma presentes e necessários ao bom andamento da justiça.

8. A Interpretação

Em um primeiro momento na busca por esse direito, verificamos que o posicionamento majoritário de doutrinadores e juristas, dentre eles algumas decisões do poder judiciário, estão voltadas única e exclusivamente a motivos religiosos, familiares e legalistas. Ou seja, este último o mais utilizado, por entenderem que não existindo lei, impossível é o pedido. Levando-se em conta o disposto no art. Artigo 226, § 3º da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Assim, onde se lê homem e mulher, deve ler homem e homem, ou mulher e mulher. Essa é a responsabilidade do intérprete em adequar sua interpretação ao caso concreto, e dilapidar a forma adequada com o tempo de seu julgamento, de modo a não se ater única e exclusivamente à literalidade de nossa legislação, a qual tem obrigatoriedade de ser analisada e interpretada a luz da lei de introdução ao código civil e a constituição federal.

Lei de Introdução ao Código Civil:

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

Ou seja, a simples ausência de previsão legal, não inibe ao operador do direito a interpretação. “A interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco

pode livrar-se da interpretação” (BONAVIDES, 2004, p. 97-98).

A união homoafetiva é algo que tem que ser reconhecido e aplicado pelo direito, não necessitando de legislação específica, sim de uma interpretação adequada à lei e ao tempo de sua aplicação, a ausência de dispositivo legal nesse tempo, impossibilita sua aplicabilidade. Pois, sábio é o legislador, que ao redigir a lei de introdução ao código civil brasileiro, não só o fez para ser utilizada como simples leitura, e sim como verdadeiro escudo de proteção para aplicação do direito no tempo e caso concreto, cabendo ao magistrado o dever.

Pelo que sei, esse ponto de vista nunca foi melhor expresso que por Ballot-Beaupré, primeiro presidente da Corte de Cassação, que escreveu em 1904: “O juiz não deve empenhar-se em investigar obstinadamente qual foi, há cem anos, o pensamento dos autores do Código ao redigir este ou aquele artigo. Deve perguntar-se o que ele seria se, em presença de todas as mudanças que, de um século para cá, se operaram nas idéias, nos costumes, nas instituições, no estado social e econômico da França, a justiça e a razão recomendam adaptar liberalmente o texto às realidades da vida moderna (LÉVY-BRUHL, 1997, p. 72-73).

Alegar falta de dispositivo legal é se eximir da responsabilidade de interpretar e até mesmo de julgar, em face da literalidade da lei nasce à necessidade de interpretá-la, e sua interpretação deve estar em perfeita harmonia com a Constituição Federal. Desnecessário talvez seria conhecê-la como um todo, mas obrigatoriamente, seus primeiros artigos, que retratam de maneira simples e objetiva o que é Estado Democrático de Direito.

Este sim soberano, ante ao preconceito quanto às diferenças, pois, ao adotarmos a democracia como alicerce de nossa estrutura constitucional, permitimos que nossa liberdade e igualdade tornem única toda uma sociedade, por uma vida digna independente da forma, e da maneira de pensar ou agir. Pautado simplesmente na busca por seus ideais, e pela convivência harmoniosa e pacífica entre as pessoas, as quais são indispensáveis na luta pela igualdade.

À medida que ascendeu nas linhas da democracia, da liberdade e da igualdade, aquela concepção, ainda dosada de pré-humano, de equilíbrio de forças, foi cedendo lugar a outra: a Constituição feita pelo povo, ou pela Assembléia eleita (deliberação, democracia), com os propósitos de atender ao bem de todos e de assegurar liberdade e igualdade. Tornou-se problema da ciência e da técnica. As crises sociais e políticas provêm dos erros ou da deficiência das soluções (MIRANDA, 1967, p. 195).

Reconhecer a união entre casais do mesmo sexo (união homoafetiva), é garantir que a evolução de uma sociedade, inteiramente ligada ao ordenamento jurídico, e na ausência de legislação, devemos aplicar ao caso concreto os dispositivos legais que se assemelham a tutela jurídica pretendida, de modo a permitir que na lacuna da lei, e na ausência de proibição legal, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, sejam efetivamente utilizados no momento da interpretação.

A interpretação constitucional quanto a União Homoafetiva, não torna o intérprete contrário a lei, e sim com a lei, a busca por uma solução judicial, está evidente no direito humanista e necessário se faz utilizar-se do direito positivista.

O positivismo, de qualquer sorte, é uma redução do Direito à ordem estabelecida; o iurisnaturalismo é, ao contrário, um desdobramento em dois planos: o que se apresenta nas normas e o que nelas deve apresentar-se para que sejam consideradas boas, válidas e legítimas (LYRA FILHO, 2003, p. 29).

Ao reconhecer a união homoafetiva, pelo nosso ordenamento jurídico, tomaremos uma postura evolutiva. “Todo poder efetivo precisa fundamentar-se, em princípio, no consenso universal: todos os integrantes da sociedade devem participar do discurso, pelo menos tendencialmente” (HABERMAS, 1993, p. 24). Posicionamento adequado ao seu tempo, e indispensável a um Estado de direito.

A afetividade se faz presente no direito de família, nos permitindo entender que a relação entre as pessoas do mesmo sexo deve ser discutida no âmbito do direito de família. E não, como uma mera sociedade de fato a qual carece deste requisito, por tratar-se de sociedade irregular, ou seja, com apenas interesses individuais, sem vínculo afetivo.

Tais direitos são eivados de legalidade e primordiais em um Estado Democrático de Direito, nos quais a dignidade da pessoa humana, por analogia é imprescritível e irrenunciável, tornando-a objetivo fundamental de nossa Constituição Federal. Alegar o desconhecimento da união homoafetiva, por ausência de previsão legal, e rejeitar os valores sociais em face da mutação constitucional⁵.

As famílias do século XXI são reconhecidas por nosso ordenamento jurídico, apesar de contrárias ao posicionamento da igreja, mas oportunas a sua

⁵CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição p. 1228. Em sua obra define mutação constitucional ou transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.

época, como a união estável entre homem e mulher, conseqüentemente a necessidade visível e oportuna ao seu tempo, em relação reconhecimento da união homoafetiva. “A constituição de família é um ato de liberdade, tal como formalmente prevista a liberdade, seja a família matrimonializada ou não” (FACHIN, 2003, p.76).

Ante o exposto são em resumo as palavras de Roberto Lyra Filho (2003, p. 85) “O legalismo é sempre a ressaca social de um impulso criativo jurídico. Os princípios se acomodam em normas e envelhecem; e as normas esquecem de que são meios de expressão do Direito móvel, em constante progresso, e não Direito em si”. Assim, observamos que o direito positivista em face de sua não adequação ao tempo na maioria das vezes impede os cidadãos de exercerem seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, R. A. R. de. **Direito, poder e opressão**. 3. ed. São Paulo: Alfa - Omega, 1990.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

FACHIN, L. E. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1977.

HABERMAS, J. **Sociologia**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1993.

LÉVY-BRUHL, H. **Sociologia do direito**. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LYRA FILHO, R. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MIRANDA, P. de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I.

REICH, W. **A revolução sexual**. São Paulo: Circulo do livro, 1985.

ROUSSEAU, J. J. **O contrato social**. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

SANTOS, B. S. de. **Pela mãos de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

_____. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VON IHERING, R. **A luta pelo direito**. Tradução João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NO TO PREJUDICE, YES TO THE RIGHT! HOMOAFECTIVE UNION AND ITS CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

ABSTRACT: This article aims to propose to law enforcement officers, the relevance of the topic in the XXI century. First, from the atrocities committed in the Second World War, which led to the accession of the signatory countries, in search for freedom and equality among nation, particularly regarding human dignity, through the Universal Declaration of Human Rights. Second, the importance of fundamental rights and its applicability in light of the Constitution. In the last part, the Homoaffective Union, its vision for the church and society, and their constitutional interpretation, as the gap and lack of law in our legal system. It is possible to conclude that the homoaffective union is precept of family law, and as a family shall be recognized under the provisions of art. 226, § 3 of the Constitution, that is, stable union between two people, in recognition of affect.

KEYWORDS: Equality. Discrimination. Homoaffective Union. Interpretation.

¡NO AL PREJUICIO, SÍ AL DERECHO! LA UNIÓN HOMOAFECTIVA Y SU INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

RESUMEN: Esta investigación busca transmitir a los operadores del derecho, la

relevancia del tema en pleno siglo XXI. Primeramente, partiendo de las atrocidades cometidas en la 2ª Guerra Mundial, que motivaron la adhesión de los países signatarios, en búsqueda de libertad e igualdad entre los pueblos, principalmente cuanto a la dignidad de la persona humana, por medio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En un segundo momento, la importancia de los derechos fundamentales y su aplicabilidad a la luz de la Constitución Federal. En la última parte, la Unión Homoafectiva, su visión por la sociedad e iglesia, y su interpretación constitucional, cuanto a la laguna y ausencia de ley en nuestro ordenamiento jurídico. Se concluye que la Unión Homoafectiva es instituto del derecho de familia, y como familia deber ser reconocida, por fuerza del dispuesto en el artículo 226, §3º de la Constitución Federal, o sea, Unión Estable entre personas, como forma de reconocimiento de la afectividad.

PALABRAS CLAVE: Igualdad. Discriminación. Unión Homoafectiva. Interpretación.