

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A efetivação de direitos fundamentais da Família Homoafetiva

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES: The effectiveness of fundamental rights of homo-affective Family

Jackelline Fraga Pessanha¹

RESUMO: Os direitos fundamentais são normas garantidoras da sociedade, considerados necessários para a concretização dos direitos humanos pertinentes a cada cidadão e que devem reunir todos os direitos sem quaisquer discriminações, como devidamente instruído pela Constituição Federal. Por isso, a família homoafetiva, formada por duas pessoas do mesmo sexo com o intuito de formação familiar, de forma pública contínua e duradoira, tem os mesmos direitos fundamentais de qualquer ser humano, uma vez que todos são merecedores de proteção estatal, por meio de princípios explícitos no texto normativo, como o direito à liberdade, à igualdade e respeito às diferenças, bem como implícitos como o princípio da afetividade.

PALAVRAS-CHAVES: Afeto; liberdade de orientação sexual; respeito às diferenças; igualdade; família homoafetiva.

ABSTRACT: Fundamental rights are guarantors norms of society, considered necessary for the achievement of the relevant human rights to every citizen and must gather all rights without any discrimination, as duly instructed by the Federal Constitution. Therefore, the homo-affective family formed by two people of the same sex with the purpose of family formation, continuous and lasting public way, have the same fundamental rights of every human being, since all are deserving of state protection through explicit principles in the normative text, such as the right to freedom, equality and respect for differences, as well as the implicit principle of affectivity.

KEYWORDS: Affection; freedom of sexual orientation, respect for differences, equality, homo-affective family.

¹ Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vila Velha. Professora Universitária na Faculdade São Geraldo, Cariacica/ES. Assessora do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. E-mail: jackellinepessanha@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, que estão previstos em várias partes da nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas, principalmente, nos cinco primeiros artigos, compreendem a materialização dos direitos humanos do nosso país, sendo de aplicação imediata, não precisando de regulamentação para serem efetivados, podendo ser resguardados até mesmo direitos implícitos, como é o caso do afeto no direito de família contemporâneo.

Além disso, os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas, por força do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, bem como possuem hierarquia constitucional, ou seja, não pode haver confecção de lei que dificulte ou impeça a sua efetivação.

Verifica-se o artigo 226, da Constituição Federal, que também é considerado direito fundamental e estabelece que a família é a base da sociedade, devendo ter especial proteção estatal, sem qualquer restrição. Isso porque, o modelo de proteção que a Constituição determinou às entidades familiares, bem como a análise da realidade familiar sob a ótica interdisciplinar, faz o operador do direito observar as mudanças ocorridas no contexto social e aplicar às relações familiares, pois, assim, terá condições de apreciar o complexo de relações existenciais que a caracteriza.

A Constituição elencou algumas formas de entidades familiares, ou seja, a família advinda do casamento, da união estável e a monoparental². Mas, o seu rol não é taxativo, podendo haver outros entes familiares em que deve ser garantida a proteção estatal da mesma forma.

O fundamento acerca da possibilidade jurídica da formação da família homoafetiva, está alicerçado nos embasamentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como nos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e respeito às diferenças, que versam sobre a existência e reconhecimento da família homoafetiva, sendo aquela formada pela união de duas pessoas do mesmo sexo, unidas pelo amor, de forma pública, contínua e duradoura.

Na doutrina, a união homoafetiva é reconhecida como família, ancorados nos princípios constitucionais, já os Tribunais Superiores têm se manifestado no sentido de que existem

² A união estável é formada por homem e mulher, com a intenção de constituir família de forma pública, contínua e duradoura. Já a família monoparental é aquela constituída de um descendente e seus ascendentes.

várias formas de concepção familiar, pois o rol descrito no artigo 226, da Constituição não é taxativo.

A Constituição busca integrar no seio da sociedade todos os cidadãos, ao ser enfática em vetar qualquer discriminação em nosso ordenamento jurídico, por isso, acabou conferindo proteção estatal às entidades familiares formadas por homem e mulher.

Além disso, é impossível que o direito regule todas as situações que podem gerar ameaça ou violação aos direitos constitucionais, por isso, a não regulamentação das famílias homoafetivas não tira os seus direitos fundamentais resguardados pela Constituição, uma vez que não há norma proibitiva expressa sobre o relacionamento homoafetivo.

2 DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A sociedade muda constantemente e essa mutação ocorre por fatores, históricos, sociais, econômicos, entre outros, mas o principal catalisador da mudança é o afeto, uma vez que

Nós somos alimentados pelo afeto. Ele é o combustível essencial para a nossa formação. Somos seres mais seguros quando fomos amados em nossa infância de maneira explícita. A bem-querência nos permite ousar os primeiros passos e nos ampara nas explorações do desconhecido, que são tão importantes para a formação do nosso caráter (BITTENCOURT, 2010, p. 59).

A família nos dias de hoje, não tem mais o seu alicerce na dependência econômica do homem. Desta forma, o afeto assume uma posição prioritária de elemento embrionário a estruturação familiar, juntamente com a cumplicidade, solidariedade, assistência mútua, fatores emblemáticos e fortalecedores da constituição da família.

O ambiente familiar tornou-se ligado em laços afetivos, de forma pública, contínua, duradoura e com a mútua assistência entre seus sujeitos, com o objetivo de realização pessoal e familiar, tendo essa nova concepção de família modificado os antigos papéis que ocupavam, como econômico, político, religioso ou mesmo para a procriação da espécie humana.

Por isso, a família é a base da sociedade brasileira, ancorada na Constituição Federal, sabendo-se que o amor é o elo da comunhão de vida plena entre pessoas, de forma pública, contínua e duradoura, firmado em laços de afetividade, sendo, assim, a família uma

construção da sociedade formada através de regras culturais, jurídicas e sociais.

Afinal, é por meio da família que o ser humano torna as suas relações mais profundas, duradouras e significativas, pois é o suporte espiritual e afetivo mais importante para a construção do seu projeto de vida, com apoio moral, ético e material em momentos de alegrias e tristezas (SARMENTO, 2010, p. 124).

Com a evolução social, a compreensão de família elevou o afeto, com a intenção de constituir família, a elemento essencial para a concretização familiar, eis que dispensa declaração formal, como o instituto do casamento.

Dessa maneira, o vínculo do afeto tornou-se condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana, visto que é por meio do afeto que as famílias se aproximam e garantem o direito à felicidade e a uma vida digna, sendo pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil.

O princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e a busca da felicidade plena, seja pelo princípio da liberdade de orientação sexual, da igualdade e do respeito às diferenças ou, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do “status” às famílias ancoradas em laços afetivos, como as famílias homoafetivas.

Assim, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 223) descreve que

O amor familiar é o elemento essencial das relações interpessoais que dão origem às famílias oriundas da união amorosa. Sem ele, não há como falar em ‘casal’, pois duas pessoas que não sintam amor profundo uma pela outra não terão a livre vontade de se relacionar em uma comunhão de vida e interesses. Por mais que o Direito não regule os sentimentos puros, isoladamente considerados, a partir do momento em que estes são associados a outros fatores (comunhão de vida plena e interesses, de forma contínua e duradoura), passam a produzir efeitos no mundo jurídico e, portanto, a merecer a proteção jurídica do Estado.

Neste intuito, a família encontrou na afetividade o fundamento para a sua construção, ou seja, é por meio da comunhão de afeto que a família, a Constituição, os psicólogos, os educadores e, principalmente, os juristas, buscam explicar as famílias da contemporaneidade, uma vez que não é fruto da biologia, e sim da solidariedade e da comunhão de vida plena.

A família que se insere no âmbito da juridicidade é ancorada no vínculo afetivo, com o intuito de unir pessoas que tenham o mesmo projeto de vida, pois a Constituição Federal é o marco

dessas transformações, seja com a consagração da igualdade entre os cônjuges e a dos filhos, a primazia dos interesses da criança e do adolescente, seja pelo reconhecimento, expresso, de que outras formas de constituição familiar, não fundadas no casamento, merecem a proteção do Estado.

Isso porque, a família vem evoluindo e modificando seus paradigmas, haja vista que acentuam as relações ligadas aos sentimentos de afeto, felicidade e amor familiar, que para Daniel Sarmiento (2010, p. 121)

A união entre pessoas do mesmo sexo é hoje uma realidade fática inegável, no mundo e no Brasil. Embora as parceiras amorosas entre homossexuais tenham sempre existido na história da Humanidade, é certo que com a liberalização dos costumes, o fortalecimento dos movimentos de luta pela identidade sexual dos gays e lésbicas e a redução do preconceito, um número cada vez maior de pessoas tem passado a assumir publicamente a sua condição homossexual e a engajar-se em relacionamentos afetivos profundos, estáveis e duradouros.

Afeto significa sentimento de afeição ou inclinação para alguém, amizade, paixão ou simpatia, portanto é o elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos atuais, pois somente com laços de afeto consegue-se manter a estabilidade de uma família. A afetividade é um elemento essencial de suporte na família atual, pois é considerada a base da sociedade e é resultado da modificação da social que se converte em fatos jurídicos, posteriormente.

Neste alicerce, Paulo Lôbo (2008, p. 11) prevê que

a família, ao converte-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômico-religioso-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado personalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou retificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da responsabilização do direito.

O afeto pode ser considerado um laço que une não só integrantes de uma família, mas que une qualquer pessoa, com a finalidade de garantir a felicidade de todos que pertence àquele meio, seja amigos, familiares ou conviventes.

Sem a existência do princípio afetivo para ancorar as famílias contemporâneas, não há norte para existência familiar. Mas não há que se olvidar que não deve ser também o único norteador, uma vez que os sujeitos familiares devem ter como ingrediente primordial a sua formação e manutenção da entidade familiar, ou seja, a sua essência também tem que estar na

mútua assistência.

Ainda, citando Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 222), que comenta sobre a afetividade, entende que

a família hoje só pode ser compreendida sob a luz da dignidade da pessoa humana, que é a base de toda a Constituição Federal, e considerando que a valoração da afetividade na entidade familiar é decorrência da dignidade da pessoa humana, então se torna inegável que a afetividade tem a condição de princípio jurídico-constitucional, ainda que implícito.

Assim, a afetividade é o norte de cada família, já que esta é uma relação que tem como pressuposto o afeto, devendo todas as espécies de vínculos ancorados no afeto terem a proteção do Estado, haja vista que os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.

Uma vida de forma pública, contínua, duradoura e de mútua assistência, faz ver o afeto como valor jurídico fundante do grupo familiar, isto é, o afeto possibilita maiores sentimentos entre os membros da família, alargando preocupações, colaboração uns com os outros, entretida, devendo emergir, assim, como uma forma de proteção estatal àquela família.

O afeto é a forma mais concreta de demonstrar o amor, tornando-se de grande relevância jurídica para a formação e estruturação familiar, merecendo todas as famílias baseadas na afetividade a proteção do Estado. Neste sentido, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 215) alerta que a Constituição brasileira consagra o princípio de que o amor familiar representa

o elemento formador da família contemporânea, visto que se não é alguma formalidade que gera a entidade familiar juridicamente protegida, então só pode ser o sentimento de amor, aliada a comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, o que forma a entidade familiar protegida pela Constituição Federal.

Assim, entende-se o amor ligado a comunhão de vida plena entre duas pessoas, não importando o sexo delas, que seja de forma pública, contínua e duradoura como elemento protegido pelo Estado, por sua Constituição e pelas Leis Infraconstitucionais.

Por isso, para a constituição familiar, onde todas as famílias têm proteção do Estado, encontra-se o afeto como elemento essencial, que pode ser alcançado através do amor e a convivência familiar, com a intenção nítida de comunhão de vida plena, seja entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos opostos. Maria Berenice Dias (2008, p. 15) ensina que

Às claras que os vínculos constituídos por pessoa do mesmo sexo são uma sociedade de afeto. Assim, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma entidade familiar. Quer as uniões formadas por homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram famílias. [...] a partir da nova definição de entidade familiar, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo.

O afeto é elemento essencial às relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à intimidade, garantido pela Constituição Federal. A afetividade, considerada como princípio constitucional implícito, se aproxima das pessoas dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, formando o “status” familiar, que contribui para a felicidade individual e/ou coletiva, fundamento da conduta humana.

Desta maneira, a família passou a ser alicerçada nos laços de afetividade, garantindo, portanto, o primado básico da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana, onde a sociedade busca a felicidade entre as pessoas. Foi com esse intuito que, também, surgiu no ordenamento brasileiro a união estável.

É a presença de um vínculo familiar baseado na afetividade, que gera uma entidade familiar merecedora de abrigo pelo Direito de Família, tornando-se um instituto, previsto no artigo 226 da Constituição Federal, que consagra a regra geral de inclusão de qualquer entidade que preencha os requisitos essenciais, quais sejam, a afetividade, a estabilidade e a ostensividade. Sendo, portanto, entidade familiar merecedora de tutela e proteção do Estado, haja vista ter tal entidade vínculo afetivo.

Assim, o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, no que dispõe sobre a existência de princípios e garantias constitucionais implícitos e explícitos, decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional vigente, é capaz de mostrar que a afetividade tornou-se elemento formador da entidade familiar da nossa sociedade atual, sendo considerada, então, princípio constitucional implícito.

A positivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ligado ao artigo e parágrafo citados anteriormente, haja vista serem cláusulas de abertura principiológica, geram um avanço considerável à proteção institucional aos direitos fundamentais, abrindo um leque de oportunidades aos princípios implícitos como o da afetividade.

Dessa maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana, por ser considerado um macroprincípio que norteia e orienta todo o ordenamento jurídico, também deve ser aplicado

às famílias homoafetivas, pois é núcleo fundamental, estruturante e essencial a todos os direitos fundamentais e a todos os cidadãos.

O princípio implícito da afetividade, tem, de acordo com Mônica Guazzelli Estrougo (2004, p. 335), quatro fundamentos essenciais

(a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 § 6º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5º e 6º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4º); e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (CF 227).

Logo, o objetivo destes princípios implícitos deriva da convivência familiar, que permita a felicidade como um direito a ser alcançado na família, por isso que o legislador estabeleceu o princípio do afeto como norteador das famílias, constituindo-o como instrumento de manutenção da união familiar, ancoradas no respeito consideração, amor e principalmente afetividade. O afeto tornou-se, a partir do momento em que as famílias deixaram de ser um núcleo essencialmente econômico e de reprodução, em um princípio jurídico norteador das famílias contemporâneas, nas quais englobam as famílias homoafetivas, o que faz considerar um pressuposto essencial à constituição familiar.

Portanto, com a família homoafetiva baseada nos laços afetivos, temos que o amor e o afeto são capazes de sustentar laços familiares, modificando os conceitos de uma família, que somente poderia ser formada por homem e mulher ligados pelo vínculo do casamento ou pela união estável, sendo que o mais importante hoje nas famílias é o princípio da afetividade.

3 DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DO RESPEITO ÀS DIFERENÇAS

Por meio de um processo histórico em que se muda a cultura da sociedade, há o acolhimento ou a exclusão das formas em que é vista a família, pois a própria cultura estabelece um limite para o que é permitido e o que não será aceito no contexto social, e a exclusão da normalidade é traduzida por normas jurídicas proibitivas.

Entretanto, pode-se perceber que os laços de afeto que unem dois homossexuais, bem como a não proibição de se juntarem e constituírem uma família, são elementos garantidos pela Constituição Federal ao descrever como princípios fundamentais o da igualdade, respeito às

diferenças e da liberdade.

A igualdade, a liberdade e a cidadania são consideradas marcos emancipatórios da vida social da modernidade, em que um sistema de desigualdade e exclusão fere frontalmente tais princípios, que tendem a serem norteadores da conduta humana, pois

as sociedades modernas ocidentais passaram a viver de uma dupla contradição: da contradição entre princípios ditos universais mas confinados na sua vigência às sociedades metropolitanas, e, no seio destas, da contradição entre os princípios de emancipação, que continuaram a apontar para a igualdade e a inclusão social e os princípios da regulação, que passaram a gerir os processos de desigualdade e de exclusão produzidos pelo próprio desenvolvimento capitalista (SANTOS, 2006, p. 280)

Dessa forma, durante séculos, ocorreram tendências que levaram os princípios norteadores a se amoldarem ao sistema capitalista, haja vista ser um sistema que auxiliou a desigualdade entre as sociedades e, também, entre as classes trabalhadoras e de patrões, alicerçada na exploração de mão de obra.

Com esse sistema de desigualdade e de exclusão social, causado pelo sistema econômico e social, a partir do capitalismo já enraizado na sociedade, percebe-se a exclusão através dos movimentos culturais e sociais, eis que por meio de um discurso cria ou rejeita determinada família, pois não formada pelo vínculo matrimonial.

Além disso, a desigualdade gera a exclusão social, o que deriva de um processo histórico em que todos os grupos sociais minoritários (homoafetivos) devem ser conhecidos como tabu social, pois são privados do exercício da integração social para ser desvalorizada a força da categoria majoritária (heteroafetivos).

Neste sentido, Boaventura de Sousa Santos (2006, p. 281) descreve que

o sistema da desigualdade assenta paradoxalmente no essencialismo da igualdade, sendo por isso que o contrato de trabalho é um contrato entre partes livres e iguais, o sistema da exclusão assenta no essencialismo da diferença, seja ela a cientificação da normalidade e, portanto, do interdito, ou o determinismo biológico da desigualdade racial ou sexual. As práticas sociais, as ideologias e as atitudes combinam a desigualdade e a exclusão, a pertença subordinada e a rejeição e o interdito.

Tal proibição consolida a exclusão das entidades familiares que não sejam expressamente previstas na Constituição Federal. É o que acontece com as famílias homoafetivas, ao serem discriminadas e excluídas do seio social, por regras que ferem frontalmente o princípio da igualdade e do respeito à diferença de cada ser humano.

Verifica-se, neste contexto, que a desigualdade é fundamentada pela igualdade, pois as partes são livres e iguais em direitos e obrigações. Entretanto, é pela diferença que o sistema de exclusão se manifesta, ao demonstrar que as famílias homoafetivas não podem ser consideradas normais no seio social, o que gera a discriminação e preconceito.

De acordo com os ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos (2006, p. 284)

É que, no Estado nacional moderno, o que passa por universalismo é, de facto, na sua génese, uma especificidade, um particularismo, a diferença de um grupo social, de classe ou étnico, que consegue impor-se, muitas vezes pela violência, a outras diferenças de outros grupos sociais e, com isso, universaliza-se. Na maior parte dos casos, a identidade nacional se assenta na identidade da etnia ou grupo social dominante. **As políticas culturais, educativas, de saúde e outras do Estado visam naturalizar essas diferenças enquanto universalismo e consequentemente transmutar o acto de violência impositiva em princípio de legitimidade e de consenso social. [...] Quanto mais vincado é esse processo, mais distintamente estamos perante um nacionalismo racionalizado ou, melhor, perante um racismo nacionalizado** (destaquei)

Por isso, as práticas sociais devem a todo tempo evitar a discriminação, preconceito, exclusão ou desigualdade entre qualquer membro da sociedade, independentemente de sua orientação sexual, normalizando as diferenças e entendendo cada um e seu individual.

Atinge-se que o Estado moderno capitalista tenta lutar contra a exclusão e desigualdade social por meio do princípio da igualdade e do respeito às diferenças, mas continua a afirmar as antigas crenças religiosas, culturais e/ou sociais, que vigoraram durante bom tempo, mas que agora precisa ser as diferenças naturalizadas e garantir a todos os cidadãos a igualdade plena.

Na eterna busca de terem seus direitos respeitados o grupo LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis) se uniu para discutir em bancadas políticas os seus direitos e do seu grupo, no intento de garantir os princípios previstos na Constituição Federal. E a primeira grande vitória que se pode ver, é o Supremo Tribunal Federal reconhecer à união homoafetiva os mesmos direitos que a união estável encontra no ordenamento jurídico brasileiro, mas não para, a próxima batalha é a Lei contra homofobia.

Os estudos do autor supracitado (2006, p. 293) destacam que

Em nenhuma destas políticas se tratou de eliminar a exclusão, mas tão só de fazer a sua gestão controlada. Tratou-se de diferenciar entre as diferenças, entre as diferentes formas de exclusão, permitindo que algumas delas passem por formas de integração subordinada, e outras fosse confirmadas no seu interdito. No caso das exclusões que foram objecto de reinserção/assimilação, significou que os grupos sociais por elas atingidos foram socialmente transferidos do sistema de exclusão para o sistema de desigualdade.

Assim, as políticas sociais aplicadas não estão sendo suficientes para coibir a discriminação e preconceito existente na família homoafetiva, o que desrespeita os princípios constitucionais da igualdade e do respeito às diferenças, pois cada cidadão tem direito de ser o que deseja, sem a interferência de qualquer ente estatal.

Isso porque, a Constituição Federal protege através de seu preâmbulo, quando nos revela, primeiramente, a intenção da Assembleia Nacional Constituinte em instituir e instaurar um Estado Democrático de Direito, com o desígnio de garantir os direitos individuais e sociais de cada cidadão brasileiro, principalmente, os princípios da liberdade, igualdade, segurança e justiça, como valores soberanos a uma sociedade fraterna, pluralista e sem qualquer preconceito.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, destaca a expressão de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esse direito, que tem por base também o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o alicerce da nossa sociedade ao estabelecer a igualdade e o respeito ao próximo, às diferenças, na intenção de combater qualquer tipo de preconceito.

Neste sentido, Roger Raupp Rios (2002, p. 93-94) ensina que

o princípio da igualdade é relacional: exige a correção da disciplina jurídica dispensada a uma situação em face dos tratamentos destinados a outras hipóteses. Daí resulta que, diante dele, sempre inexistiu uma justificação racional plausível para a imposição de um tratamento diferenciado, é obrigatório igual tratamento para as situações ocorrentes, sob pena de violação à norma do direito fundamental à igualdade.

Não se podem tratar diferentes as pessoas em situações iguais, uma vez que não existem em nosso ordenamento jurídico, principalmente pela vedação constitucional, cidadãos de segunda categoria, seres humanos privilegiados, ou passíveis de serem discriminados por qualquer pessoa. Pelo contrário, todos são iguais, independente de raça, cor, credo ou orientação sexual.

Por isso, o respeito às diferenças é uma proteção constitucional de modo em que todos devem ser tratados de forma igualitária, seja pelo público ou pelo privado, que de acordo com Marco Túlio de Carvalho Rocha (2009, p. 128)

o princípio geral de igualdade determina deva ser observada a igualdade com a maior amplitude possível, diante das circunstâncias de fato e de direito; admite distinções baseadas em objetivos públicos legítimos eleitos pelo legislador e, de

outro lado, proíbe discriminações arbitrárias.

Quanto à proteção estatal da família, levando-se em conta a pluralidade de formas de que se pode revestir, verifica-se que na Constituição da República não há qualquer princípio especial de igualdade relativo a essas diferentes formas, razão pela qual as diferenciações legislativas, para atenderem ao princípio geral da igualdade, necessitam apenas denotar razoabilidade em relação aos fins públicos eleitos pelo legislador.

A família merece e detêm proteção estatal conferida constitucionalmente, sendo vedada qualquer discriminação em razão da instituição familiar. Por isso, como na sociedade brasileira há diversos tipos de famílias, devem ser todas respeitadas e resguardadas pelo princípio da igualdade.

Ademais, a Constituição fez questão de frisar em seu artigo 3º, inciso IV, que é objetivo fundamental da República Federativa a promoção do bem de toda a coletividade, sem que haja preconceitos em razão de origem, cor, credo, raça, sexo, idade ou nenhuma outra formas de discriminação, isso porque, pretende-se a igualdade a toda sociedade.

Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 48) ensina que “a igualdade formal já está posta na Lei, mas o princípio da igualdade vai mais além de uma simples regra. É que a igualdade deve pressupor a diferença e esta não está totalmente equacionada”. O princípio da igualdade costuma ser distinguido entre igualdade na lei e igualdade perante a lei. O primeiro, que é dirigido ao legislador, estabelece que as normas abstratas a serem editadas devam ser igualitárias a todos os cidadãos. O segundo ramo, que é o ato de colocar em prática a legislação, entende que a sua concretização pelos operadores do direito tem que ser geridas sem qualquer comportamento preconceituoso.

O ordenamento jurídico brasileiro adota duas formas do princípio da igualdade, ou seja, o formal e material, sendo unânime a aguda proibição de discriminação por orientação sexual. As famílias homoafetivas não podem ser discriminadas ou mesmo deixadas de lado pelo Estado, se estão plenamente resguardadas pelo princípio da igualdade e respeito às diferenças previsto na Constituição.

De acordo com Daniel Sarmiento (2010, p. 136) “um dos corolários mais evidentes deste princípio consiste em impedir que se negue aos integrantes de um grupo a possibilidade de desfrutarem de algum direito, apenas em razão de preconceito em relação ao seu modo de vida”. Desta maneira, impedir os homossexuais de constituírem uma família e terem total proteção do Estado demonstra afronta aos princípios constitucionais vigentes, bem como

evidencia o preconceito existente com as minorias.

Isso porque, as formas preconceituosas em que as famílias homoafetivas são atingidas diariamente, ao terem seus pedidos negados pelo Poder Judiciário, simplesmente pela orientação sexual, bem como a violência que atualmente está estampada em todos os noticiários brasileiros (homofobia), que ferem frontalmente os direitos fundamentais à igualdade e de respeito à diferença.

Por força do princípio da igualdade há o dever de não discriminar, isto é, a Constituição proíbe qualquer tratamento discriminatório e diferenciado como: categorias de pessoas ou tipos de famílias, visando prejudicá-las, pois todos os benefícios jurídicos são concedidos a qualquer pessoa, não podendo serem negados sem justificativa plausível, vez que

A desigualdade e a exclusão têm, pois, de ser justificadas com exceções ou incidentes de um processo societal que lhes não reconhece legitimidade, em princípio. E, perante elas, a única política social legítima é a que define os meios para minimizar uma e outra (SANTOS, 2006, p. 279).

A exclusão do que se considera “normal” é traduzida em normas jurídicas, por meio da atuação do Juiz monocrático, viciadas pela desigualdade em que pretende justificá-las. Entrementes, não há qualquer justificativa plausível para a universalização da desigualdade e da exclusão social das famílias homoafetivas, pois a Constituição Federal resguarda proteção estatal às entidades familiares.

A legislação infraconstitucional, bem como os Magistrados ao analisarem casos específicos sobre as famílias homoafetivas, acaba não reconhecendo seus direitos, ferindo frontalmente a Constituição, uma vez que bate frontalmente com o princípio da igualdade.

Neste sentido, Roger Raupp Rios (2002, p. 94) versa que

Nesta matéria, o caráter do direito de igualdade apresenta o binômio orientador dos juízos comparativos de equiparação ou diferenciação que pretendam justificar as discriminações: heterossexualidade /homossexualidade. Ao passo que a primeira é tida como padrão legítimo e normal de conduta, além de confortável parâmetro de identificação, a segunda designa precisamente o oposto: desvio de conduta e estigma de identidade marginal.

O que é consagrado como “comum” tem a tutela e proteção do Estado, ou seja, os heterossexuais possuem toda a legitimidade e direito de formar a sua família, seguindo a sua orientação sexual. Contudo, o homossexual, além de discriminado pela própria sociedade, tem as mesmas possibilidades denegadas pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Logo, a existência de um princípio constitucional da igualdade, que veda qualquer discriminação, bem como pleiteia o respeito à diferença, proclama uma ampla visão da homossexualidade enquanto orientação sexual específica, do qual não há qualquer fundamento para a sua discriminação.

Desta maneira, conforme exarado por José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia (2011, p. 186),

Não se pode permitir uma interpretação meramente literal se sobreponha ao desiderato e ao conjunto de princípios encartados numa Constituição que, no caso da brasileira, não autoriza, em hipótese alguma, qualquer discriminação com fundamento na orientação sexual.

A interpretação constitucional deve ser usada como forma da família homoafetiva ter proteção estatal, independentemente do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, afirmar que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 2013).

Isso porque, os princípios constitucionais elencados na própria Carta Magna não autorizam a exclusão de entidades familiares, utilizando-se da mutação constitucional para que a sociedade seja justa e desprovida de preconceitos, pois a mutação constitucional consiste na mudança do significado dos dispositivos legais, sem, contudo, alterar o texto da lei, utilizando da interpretação sistemática dos costumes e normas infraconstitucionais.

Assim, não existe possibilidade jurídica de identificar o direito e a sociedade de forma discriminatória, que não respeite o princípio da igualdade e busque o respeito às diferenças existentes, principalmente no que tange às famílias homoafetivas, haja vista não existir qualquer fundamento plausível para a sua discriminação.

Neste sentido, Walter Claudius Rothenburg (2009, p. 354) ensina que

A igualdade significa, portanto, evitar discriminações injustificáveis, proibindo-se o tratamento desigual de quem esteja numa mesma situação, bem como promover distinções injustificáveis, oferecendo um tratamento desigual para quem esteja numa situação diferenciada (injusta).

O princípio da igualdade tem que ser interpretado de maneira expansiva e sistemática, para que não haja qualquer discriminação entre os seres humanos, pois todas as normas constitucionais e infraconstitucionais não podem deixar de respeitar a soberania dos princípios normativos.

Neste contexto, é por meio da igualdade que o respeito à diferença se amplia, pois não há qualquer hipótese de legitimidade quando se fala discriminação por orientação sexual das pessoas que querem unir-se, criar sua família com filhos, devendo ser assegurada a eles toda a proteção, direitos e consequências jurídicas que qualquer família detém, pois

as uniões homoafetivas só poderão ser discriminadas se apresentado um fundamento lógico-racional que justifique a discriminação pretendida com base no critério diferenciador erigido, o que não é satisfeito por um mero moralismo majoritário por força dos princípios constitucionais da igualdade e do pluralismo (VECCHIATTI, 2011, p. 222).

Como o fundamento lógico-racional não existe em nosso ordenamento jurídico, isso porque a Constituição Federal nos assegura os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do respeito às diferenças, não há que se falar em critério diferenciador, ou seja, a todos os seres humanos devem ser resguardados os mesmos direitos e garantias fundamentais, independentemente da opção sexual.

O princípio da isonomia veda qualquer discriminação arbitrária à família homoafetiva, pois o enfoque deste é a proibição de quaisquer discriminações injustas, onde também se alberga o direito de liberdade. Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo é um desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, é preciso discutir, debater e desenvolver na sociedade a ideia de que vivemos e devemos respeitar as diferenças de cada um e de cada família, tendo que respeitar acima de tudo a opinião do outro, sem que haja qualquer preconceito. Não se podem aceitar quaisquer discriminações, uma vez que tem que ser resguardados a todos os seus direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal.

4 DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL

O princípio da afetividade está muito ligado ao direito à liberdade, principalmente, de orientação sexual, à igualdade e ao respeito às diferenças, haja vista ser norteador da escolha entre as famílias homoafetivas, pois

subsiste uma unidade originária entre liberdade e responsabilidade: a liberdade na família encontra na unidade e nos relativos deveres não tanto o limite, mas, sim, a função, o fundamento da sua própria titularidade. O sangue e o afeto são razões

autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida (PERLINGIERI, 2008, p. 973).

Com o caráter voluntário na construção familiar, ancorada em laços de afetividade, de forma pública, contínua e duradoura, é que as famílias homoafetivas encontram respaldo e merecem toda a proteção estatal, com a garantia do direito de liberdade.

Neste sentido, é preciso conceituar os direitos em que a família homoafetiva está alicerçada e principalmente seu norte, conforme salientado, vez que muitos juristas ainda teimam em inviabilizar as uniões em razão da omissão legislativa. O Estado, ao inviabilizar as uniões homoafetivas, em razão da omissão legislativa, compromete a capacidade desta família de viver plenamente a sua liberdade de orientação sexual, deixando as sua afetividade e vontade de comunhão de vida plena de lado.

Neste sentido, Daniel Sarmiento (2010, p. 148-149) ensina que

a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando as suas escolhas existenciais básicas e perseguindo os seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros. [...] É certo, porém, que as liberdades individuais, mesmo as de natureza existencial, não são de natureza absoluta. Como os demais direitos fundamentais, elas podem ser restringidas, de forma proporcional e razoável, em face de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Contudo, não há qualquer interesse legítimo que justifique o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. O relacionamento em questão não afeta qualquer direito de terceiros, ou bem jurídico que mereça proteção constitucional.

Percebe-se que o aspecto essencial da liberdade, constitucionalmente assegurado, diz respeito à autodeterminação de cada cidadão ter autonomia para escolher a pessoa com quem deseja conviver afetivamente, com “status” familiar. Por isso, não pode haver qualquer legislação que venha a ferir direito de liberdade do ser humano, sem qualquer fundamento que justifique.

Dessa maneira, a liberdade, um dos mais importantes princípios do direito constitucional brasileiro, consagrado no “caput” do artigo 5º, da Constituição Federal, bem como fundamento do Estado Democrático de Direito, mostra que cada indivíduo pode escolher, com autonomia e o devido respeito, a pessoa com quem vai conviver, mantendo relações afetivas de caráter familiar.

O princípio da liberdade tem conteúdo emblemático, pois garante a qualquer pessoa o poder

de decisão, deliberar suas escolhas independentemente do que quer que seja, consistindo em momento de oportunidade objetiva de decidir sobre o que deseja, sem poder, contudo, ferir direito adquirido ou de terceiro.

Neste sentido, José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia (2011, p. 193-184), ensinam que

não há como dissociar o direito de liberdade da concepção de dignidade da pessoa humana, que se liga à noção de liberdade pessoal do indivíduo. [...] A autodeterminação da conduta, pressupondo decisão própria, só é possível na medida em se assegure ao ser humano, como faceta de sua dignidade, o exercício pleno da liberdade. [...] Tamanha a sua amplitude, o direito de liberdade é multifacetado, pois várias são as situações da vida em que o ser humano, exercendo sua autonomia pessoal, poderá escolher o caminho que melhor lhe convier. [...] como liberdade de amar e se relacionar com quem quer que seja, independentemente do sexo. A liberdade sexual, portanto, como toda e qualquer outra liberdade, decorre da autonomia privada de cada um e não pode ser tolhida ou simplesmente ignorada pelo Estado, cujo papel, neste seara, é exatamente o de garantir que os cidadãos gozem plenamente delas.

Isso porque, há uma proteção à autonomia de vontade de cada cidadão, prevista na Constituição, na qual entende-se que qualquer indivíduo tem o direito de tomar suas decisões de acordo com suas próprias vontades e interesses, desde que não fira o direito assegurado a terceiro. O princípio da liberdade tem que ser entendido como a “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal” (BAHIA, 2006, p. 57).

É por meio da liberdade que é o autêntico momento de propiciar à família a felicidade pessoal de seus membros, que gera a efetivação da personalidade individual, por isso, cabe ao Estado libertar qualquer barreira que impeça ou impossibilite a almejada felicidade, haja vista ser um opressor do princípio da liberdade.

Por isso, a cada vez que o Estado restringe, nega ou suprime direitos à liberdade de qualquer pessoa, fere direito de todos os brasileiros, principalmente no que tange a homoafetividade, uma vez que cada indivíduo tem o direito de ter sua orientação sexual, estando resguardados pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

A orientação sexual seguida por uma pessoa não pode ser considerada fator para tratamentos discriminatórios entre as pessoas, eis que

pode-se exarar conclusão no sentido de que o Estado jamais poderá impor, pressionar ou determinar a heterossexualidade de seus cidadãos, furtando a edição de normatização específica para a tutela de situações envolvendo pessoa

homossexuais, mesmo porque [...] a orientação sexual de cada indivíduo consiste em um direito humano fundamental amplamente albergado pelos princípios constitucionais (BAHIA, 2006, p. 77).

É o caso dos princípios vigentes da dignidade da pessoa humana e da liberdade de orientação sexual, que o Estado tem o dever de assegurar o verdadeiro apoio para a atuação dos órgãos públicos e dos particulares, sendo pessoas físicas ou jurídicas, para a não discriminação ou tratamentos diferenciados.

É o que ocorre nas famílias, uma vez que cada um tem a autonomia de escolher o parceiro que deseja conviver, seja maritalmente, ou em outras formas familiares, como a união estável e famílias homoafetivas, monoparentais, socioafetivas, entre outras. A Constituição Federal baseia-se em atos de liberdade, em que cada ser humano tenha a oportunidade de escolher o parceiro ou parceira que pretende compartilhar a sua vida, bem como na dignidade da pessoa humana

que confere a todo ser humano a prerrogativa de autodeterminar-se como pessoa e como sujeito de sua própria existência, é que faz sentido para o direito o reconhecimento e a promoção do respeito à orientação sexual como direito personalíssimo (GIRARDI, 2005, p. 57)

A liberdade e a liberdade de orientação sexual como princípio constitucional, verifica-se a naturalidade e a proteção estatal dos homossexuais expressarem seu modo de ser e exteriorizar a sua sexualidade, seja por meio de união estável homoafetiva ou casamento homoafetivo, pois o que deve prevalecer é a felicidade, com o reconhecimento de seus direitos constitucionalmente assegurados.

A proteção ao princípio da liberdade é dada pela autonomia de vontade, com o objetivo de que cada cidadão tenha o direito à autodeterminação, isto é, a escolha do seu próprio destino, tendo plena liberdade para definir, manter e tornar público a sua orientação sexual. Maria Berenice Dias (2009, p. 105), destaca que

A liberdade geral de ação implica em um direito e em uma permissão *prima facie*. Cada um tem o direito a que o Estado não impeça as suas ações e/ou omissões, bem como a premissa para fazer ou não fazer o que quiser. Qualquer restrição a esta liberdade deve estar assentada em lei que, para isto, apresente razões relevantes e constitucionalmente válidas, assentadas, em geral, no direito de terceiros ou no interesse coletivo. Partindo dessas premissas, o direito geral de personalidade não permite influência do Estado na vida afetiva do indivíduo, tampouco na sua opção sexual, devendo ser-lhe assegurado o direito de constituir família com pessoa do mesmo ou do sexo oposto; a procriação natural ou assistida; o direito à adoção, ou mesmo o direito de não ter filhos.

É por meio da consagração e respeito ao princípio da liberdade, que há a proteção da personalidade do indivíduo para o seu desenvolvimento, dos seus projetos de vida e o direito de escolha da pessoa para conviver socialmente e afetivamente.

Corroborando com esse entendimento, Claudio José Amaral Bahia (2006, p. 75) destaca que

A amplitude de atuação material do princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta ainda mais evidente quando a questão envolve a plena liberdade de escolha da orientação sexual que melhor satisfaz o indivíduo, tendo em vista que inegável se mostra a assertiva de que a sexualidade é um dos componentes intrínsecos a qualquer ser humano e, como tal, deve, obrigatoriamente, estar sob a égide protetiva do dogma fundamental em apreço.

A cada ser humano é dado a condição de escolha da sua orientação sexual, uma vez que se tem como condição de a pessoa escolher com quem deseja relacionar-se afetivamente, não tendo justificativa plausível a aplicação de tratamentos diferenciados entre as pessoas.

Assim, não se vê no ordenamento jurídico brasileiro razões lógicas, jurídicas e sociais para a utilização de critério diferenciador entre pessoas heterossexuais, homossexuais, bissexuais, entre outros, pois são fontes formadoras da identidade individual de cada pessoa, indispensáveis à correta formação do ser humano, baseado nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

Importante acrescentar que apesar da legislação e a abertura do tema perante os psicólogos e a médicos, ainda existe em seu meio muito preconceito e homofobia, entretanto, é necessário apresentar o grande avanço de tais resoluções para a questão da discriminação em razão da orientação sexual.

Corroborando com o entendimento citado acima, Viviane Girardi (2005, p. 64) versa que

Prescrevendo esta máxima da identidade física determinar a futura orientação sexual, o direito desconsiderava uma verdade o que mais tarde a psicanálise e outras ciências afins, vieram descortinar, ou seja, a não identificação necessária entre o sexo genital e exercício da sexualidade, pois a sexualidade é da ordem do desejo, e o desejo por essência está fora do normalizável. Com o reconhecimento de formas não convencionais de exercício e vivência da sexualidade humana, abriu-se o caminho para a constatação da necessidade de se reconhecer o direito à orientação sexual, porque diretamente ligado à plena realização da personalidade do indivíduo e, como tal, inserto num contexto maior de promoção da essência pessoal de cada um, assegurado em última instância pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, a liberdade de orientação sexual, como está posta na Constituição, vedando qualquer tipo de discriminação em razão de sexo, significa que os indivíduos têm direito a

submeter-se a sua própria vontade, sem ferir direito de terceiro.

É por isso que todos os cidadãos devem ser respeitados, independentemente da orientação sexual, pois discriminar as supostas minorias, em razão de uma possível maneira “correta” de vida, é violar frontalmente os princípios da igualdade, liberdade de orientação sexual e, principalmente, da dignidade da pessoa humana. Ensina, ainda, Viviane Girardi (2005, p. 64) que

A noção jurídica de personalidade deve reconhecer a existência de direitos subjetivos inatos às pessoas. E, sendo assim, o sistema jurídico tem a função de tutelar tais direitos subjetivos cumprindo a máxima constitucional da promoção da pessoa.

Portanto, para os homossexuais um direito personalíssimo que visa a promover a ampla realização de tais direitos inatos, é a consagração jurídica do direito ao exercício livre da sexualidade. Direito este, que não significa simplesmente a exteriorização pública da natureza sexual dos homossexuais, mas sim o direito a não ser preterido, discriminado, distinguido dos demais cidadãos por conta da opção sexual exercida.

O direito à liberdade de orientação sexual é personalíssimo, resguardado pelos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana, com a intenção de buscar a felicidade individual daquele que se percebe homossexual, não podendo qualquer lei inferior a Constituição, juridicamente, impedir tal direito.

Cada ser humano deve ser respeitado, independentemente de sua orientação sexual, pois o respeito tem que ser entendido como forma de tratamento cordial, com tolerância, não violência (homofobia), admitindo várias maneiras de pensar e agir entre as pessoas, como é o cotidiano da vida na sociedade.

Ademais, a orientação sexual de cada um é direito constitucionalmente assegurado, uma vez que “o gênero da pessoa eleita não pode gerar tratamento desigualitário com relação a quem escolhe, sob pena de se estar diferenciando alguém pelo sexo que possui: se igual ou diferente do sexo da pessoa escolhida” (DIAS, 2009, p. 106). Isso porque, a todos são assegurados a autonomia individual de escolha do modo de vida, da maneira que melhor lhe couber, independente da opinião de terceiros.

Deste modo, qualquer tratamento diferenciado entre os homossexuais evidencia a clara discriminação, vedada pela Constituição Federal, bem como a discriminação da própria pessoa de não poder escolher a sua identidade sexual e a do seu (sua) parceiro (a). Nesta acepção, José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia (2011, p. 184), abordam que

nos espaços da vida e da convivência social onde deva prevalecer a liberdade de escolha, com o reconhecimento da autonomia privada de cada um, não é legítima a imposição de determinadas condutas ou comportamentos. Mais ilegítimo ainda é a negação de direitos aos que fizeram uma escolha diferente do que convencionado pela maioria.

Logo, restringir a liberdade de escolha ou negar direitos aos que, por qualquer modo, se afastam do padrão dito 'convencional', em qualquer seara, é subtrair do ser humano a sua própria dignidade, liberdade e direito à autodeterminação. É dizer a ele que sua conduta deve ser pautada pela racionalidade da maioria e não pela sua própria vontade.

Não há que se infringir o direito à liberdade de orientação sexual, assegurado constitucionalmente, bem como por outras áreas especializadas, como a Medicina e a Psicologia, que enfrentando e mitigando o preconceito, seja por meio de movimentos educativos, resoluções do Conselho Superior, e, principalmente, através de decisões dos juízes e acórdãos dos Tribunais de Justiça, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Assim, a convivência social e a sociedade abraçam o casal homoafetivo, resguardados pelos princípios da igualdade, respeito às diferenças, liberdade e liberdade de orientação sexual, como família ancorada no afeto, em que tem autonomia e legitimidade para a sua formação.

Portanto, com a interpretação dos princípios constitucionais e sua aplicabilidade, já seria instrumento suficiente para atribuir "status" de família à união entre homossexuais, bem como conferir aos casais homoafetivos todos os direitos consagrados e conferidos aos casais convencionais, sem qualquer distinção ou preconceito.

5 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA POR MEIO DA CONSTRUÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA

A família é formada por indivíduos ligados entre si ancorados em fatos de ordem biológica ou de ordem afetiva, tendo uma de suas finalidades a busca de alegria e felicidade.

Importante ressaltar que sob a visão dos direitos e garantias constitucionais, como meio de resguardar os princípios da liberdade de orientação sexual, afetividade, igualdade e respeito às diferenças, os casais homoafetivos tem o direito de constituir e ser reconhecida como família, independentemente do sexo ou da orientação sexual. Apoiando o entendimento acima, Sumaya Saady Morhy Pereira (2007, p. 155) destaca que

A situação deve ser enfrentada, portanto, sobre dois ângulos: o reconhecimento aos casais homossexuais do direito de constituir família – em que está em questão do direito fundamental da igualdade e o da liberdade de orientação sexual – e o reconhecimento das obrigações recíprocas entre os companheiros integrantes de entidade familiar homoafetiva, tendo em vista o papel dos membros da família em face dos direitos fundamentais, em decorrência dos quais não podem se eximir do dever de promover e garantir as condições necessárias para a sobrevivência e o desenvolvimento digno das pessoas que integra o grupo familiar.

A inclusão social de todas as entidades familiares, alicerçadas em laços de afeto, independentemente, de matrimônio ou união estável, como a família homoafetiva, que é formada por duas pessoas do mesmo sexo, com o intuito de formar uma entidade familiar, que vise à comunhão plena de vida e de interesses, de forma pública, contínua e duradoura, refletem o perfil da Constituição em proteger a família de maneira ampla.

Por livre exercício da homoafetividade entenda-se o direito de casais homoafetivos de apresentarem à sociedade como casal, da mesma forma que os casais heteroafetivos, sem discriminações de qualquer natureza.

Outro ponto de grande relevância para as famílias homoafetivas, é o reconhecimento de seus “status” familiar, pois assim, vão deixar de ser tratadas no âmbito obrigacional, e serão inseridas no Direito de Família, já que efetivamente formam um vínculo familiar, conforme frisado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4277³.

Corroborando com este entendimento, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 224) demonstra que

[...] as uniões homoafetivas possuem o mesmo elemento valorativamente protegido nas uniões heteroafetivas, que é o amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, que é o elemento formador da família juridicamente protegida (*affectio maritalis*), razão pela qual merece ser enquadrada no âmbito de proteção do Direito de Família. Afinal, o direito de Família visa garantir especial proteção às famílias que não sejam expressamente proibidas por lei.

Dessa forma, se é uma faculdade do ser humano a orientação da sua sexualidade, então, o

³ Ação Direita de Inconstitucionalidade ainda sem publicação no Diário da Justiça da União, mas tem como íntegra da decisão: “Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.05.2011” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

exercício da homoafetividade é decorrência de direitos fundamentais, consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente o da dignidade da pessoa humana, ao livre exercício da afetividade, liberdade de orientação sexual, igualdade e respeito às diferenças.

A proteção constitucional às entidades familiares deve ser entendida de maneira ampla, uma vez que todas as entidades familiares, independente de casamento civil ou de declaração de união estável ou de orientação sexual, resguardadas pelos princípios da afetividade, igualdade e liberdade de orientação sexual, para a plena busca por felicidade.

Excluir qualquer entidade familiar, ancorada no afeto da proteção estatal, como a família homoafetiva, funda uma injustiça de exclusão e expropriação da cidadania de todos os membros da entidade familiar.

Ademais, diante da proteção integral à família, garantido constitucionalmente, não pode haver qualquer regra de exclusão de entidades familiares, a não ser que seja expressamente regulada, o que não é o caso da família homoafetiva, uma vez que tem-se primordialmente que respeitar os princípios explícitos e implícitos na Constituição Federal, não sendo o rol do artigo 226 considerado taxativo.

Confirmando o entendimento acima, Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 197) descreve que

Não incluir as entidades familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo no elenco das várias formas e possibilidades de constituição de famílias seria negar não apenas direitos, mas principalmente negar que o afeto e afetividade constituem elo formador e sustentador de todas as relações familiares. Seria negar toda a evolução do direito de família.

As famílias homoafetivas merecem respeito e resguardo de todos os direitos que lhes são inerentes, eis que não se pode entender o rol da Constituição ao descrever, união estável entre homem e mulher, casamento e família monoparental, como as únicas entidades familiares existentes, vez que os princípios constitucionais são norteadores a confirmar a família homoafetiva como merecedora de proteção estatal.

Hoje, as famílias homoafetivas são cercadas de preconceitos, pois a sociedade esta timidamente abraçando a família de duas pessoas do mesmo sexo, baseado na afetividade, pois

a sociedade humana em geral considera a vida a dois como a única forma de atingir

a felicidade plena. Tanto isso é verdade que a cultura humana foi construída ao longo dos milênios no sentido de estimular a vida amorosa a dois que tenha, ainda, descendentes criados pelo par, formando-se daí o modelo familiar culturalmente estimulado (VECCHIATTI, 2008, p. 531).

Desta maneira, com o passar dos séculos, foi aumentando a consciência coletiva de que se deve ter um modelo familiar equilibrado, com o objetivo de alcançar a felicidade, tendo, ainda, o pensamento preconceituoso de que a família homoafetiva não é merecedora de ostentar tal felicidade, não tendo razão em formar uma família digna de proteção como qualquer outra.

Este pensamento se mostra equivocado, pois independentemente de haver ou não legislação autorizativa às famílias homoafetivas, elas também encontram respaldo no direito para consolidar seus laços familiares, haja vista serem baseado no amor familiar, que é o elemento fundamental para a configuração da família contemporânea.

Além disso, ensina Luiz Carlos de Barros Figueiredo (2002, p. 68), que “[...] o direito varia conforme a realidade sociocultural no qual se insere. O Direito só é universal no sentido de que em toda a sociedade existem normas, regras, com pretensão de controle social”.

Por isso, com a mudança da sociedade e do direito, se torna necessário os princípios norteadores da Constituição Federal da República de 1988, pois somente ancorado no princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da liberdade de orientação sexual e da afetividade que podemos modificar a forma que a sociedade está aceitando as famílias homoafetivas, pois não estão, em momento algum, infringindo qualquer normativo legal.

A sociedade não é estática e está em constantes modificações, o direito tem que ser modificado sua interpretação com a mudança da sociedade. O direito deve acompanhar o movimento social. Como sempre, em uma perspectiva histórica, o fato social antecipa-se ao jurídico e a jurisprudência antecede a lei. Assim, durante um tempo a justiça acaba decidindo e o que ocasiona a mutação da lei informalmente, pois o texto normativo permanece intacto.

Deste modo, cabe ao legislador acompanhar as modificações que ocorrem na sociedade, pois o não tem como prever quais são as mudanças que irão ocorrer, por isso cabe ao magistrado, no caso de omissão do texto legislativo, utilizar a Lei de Introdução ao Código Civil, em especial os costumes, a analogia e os princípios gerais do direito, para o exame e a resolução dos casos concretos.

Importante frisar que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui uma proteção ao ser humano, contra quaisquer preconceitos da sociedade, que garante a todos também o direito a felicidade, não podendo o Estado deixar de conceder às famílias homoafetivas o direito de constituir família e terem total proteção estatal, utilizando-se da analogia e dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da igualdade.

O caráter jurídico da família homoafetiva está previsto, implicitamente, na Constituição Federal da República de 1988, devendo ser respeitada, merecendo, inclusive, a proteção do Estado a fim de ser considerada como entidade familiar.

Portanto, nessa nova concepção de família, em que se encontra inserida a família homoafetiva, garantida pelos princípios da igualdade, respeito às diferenças e da liberdade de orientação sexual, nos faz refletir que existem outras formas vínculos ligados à filiação (maternidade e paternidade), onde o que deve e sempre deverá prevalecer é o melhor interesse da criança e/ou do adolescente.

6 CONCLUSÃO

A Constituição Federal consagra a família como a base da sociedade, tendo a proteção estatal, pois deve-se analisar a realidade familiar sob a ótica interdisciplinar, para que o operador do direito observe as mudanças sociais e aplique as mutações também às relações familiares.

No contexto constitucional, existem algumas formas de entidades familiares, ou seja, a família advinda do casamento, da união estável ou monoparental. Mas, o presente rol não é taxativo, podendo haver outros entes familiares em que deve ser garantida a proteção estatal da mesma forma, como é o caso das famílias homoafetivas.

Por isso, não há que se ter qualquer tipo de preconceito e/ou discriminação, uma vez que a Constituição é enfática ao vetar qualquer discriminação em nosso ordenamento jurídico. Além disso, a compreensão de família elevou o afeto, com a intenção de constituir família, a elemento essencial para a concretização familiar, eis que dispensa declaração formal, como o instituto do casamento.

A família atualmente, não tem mais o seu alicerce na dependência econômica do homem. A

mulher tem uma função dentro do lar cada vez menos domésticas e mais econômica, ajudando no sustento e manutenção da família. Desta forma, o afeto passou a assumir uma posição prioritária de elemento embrionário a estruturação familiar, juntamente com a cumplicidade, solidariedade, assistência mútua, fatores emblemáticos e fortalecedores da constituição da família.

A afetividade, considerada como princípio constitucional implícito, se aproxima as pessoas dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, formando o “status” familiar, que contribui para a felicidade individual e/ou coletiva. No Direito de família contemporâneo, a afetividade se tornou o marco inicial para a construção familiar, pois é por meio de uma união de duas pessoas, seja do mesmo sexo ou de sexo oposto, com o intuito de constituir família, já ter o “status” de família e merecer a proteção estatal.

Além do princípio implícito da afetividade, os direitos fundamentais da família homoafetiva são baseados no princípio da igualdade, ao descrever que as partes são livres e iguais em direitos e obrigações. Por isso, as práticas sociais devem a todo tempo evitar a discriminação, preconceito, exclusão ou desigualdade entre qualquer membro da sociedade, independentemente de sua orientação sexual, normalizando as diferenças e entendendo cada um e seu individual.

Logo, a existência de um princípio constitucional da igualdade, que veda qualquer discriminação, bem como pleiteia o respeito à diferença, proclama uma ampla visão da homossexualidade enquanto orientação sexual específica, do qual não há qualquer fundamento para a sua discriminação ou exclusão da sociedade.

Outro princípio constitucional fundamental é o da liberdade de orientação sexual, que diz respeito à autodeterminação de cada cidadão ter autonomia para escolher a pessoa com quem deseja conviver afetivamente, pois cada ser humano é detém a condição de análise da sua orientação sexual, não tendo justificativa plausível a aplicação de tratamentos diferenciados entre as pessoas.

Importante ressaltar que sob a visão dos direitos e garantias constitucionais, como meio de resguardar os princípios da liberdade de orientação sexual, afetividade, igualdade e respeito às diferenças, os casais homoafetivos tem o direito de constituir e ser reconhecida como família, independentemente do sexo ou da orientação sexual.

Dessa forma, se é uma faculdade do ser humano a orientação da sua sexualidade, então, o exercício da homoafetividade é decorrência de direitos fundamentais, consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente o da dignidade da pessoa humana, ao livre exercício da afetividade, liberdade de orientação sexual, igualdade e respeito às diferenças.

Nestes termos, a homossexualidade deve ser entendida como a livre manifestação da sexualidade humana, sendo tão normal quanto a heterossexualidade, percebendo que a orientação sexual daqueles que criaram as criança e os adolescente em nada pode influenciar na opção sexual futura das crianças.

O não reconhecimento dos efeitos jurídicos das uniões homoafetivas no Direito de Família, caracteriza afronta aos princípios da Constituição Federal da República de 1988, como o da isonomia, que não admite tratamento discriminatório, para quem quer que seja e, principalmente, sem qualquer previsão expressa da lei, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que garante que todas as pessoas são iguais pelo fato de serem pessoas humanas dignas de respeito.

Importante ressaltar que há vários valores culturais dominantes em cada época, o que faz a sociedade e tais valores evoluir com o tempo. Por isso, tudo que se encontra fora do estereótipo acaba rotulado como anormal, como aquele que não se encaixa nos padrões da sociedade.

Mas precisa-se esclarecer que a homossexualidade não é algo novo, sempre existiu e já passou a época de ser rotulado como anormalidade, merecendo a tutela e a proteção estatal, com a modificação de valores, dogmas, princípios e preconceitos, discutindo o tema em todos os meios.

Portanto, uma sociedade que se considera aberta, justa, solidária, pluralista, fraterna e democrática não pode tolerar qualquer discriminação em face das famílias homoafetivas, pois se considera direitos fundamentais todos os direitos pertinentes e incorporados a qualquer ser humano, pelo seu conteúdo ou importância, todos merecedores de proteção estatal, por meio de princípios explícitos no texto normativo, como o direito à liberdade, à igualdade e respeito às diferenças, bem como implícitos como o princípio da afetividade.

BIBLIOGRAFIA

BAHIA, Claudio José Amaral. **Proteção constitucional à homossexualidade**. Leme: Mizuno, 2006.

BITTENCOURT, Sávio. **A revolução do afeto: dez passos para a felicidade**. Aparecida, SP: Santuário, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12/02/2014.

_____. **Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 12/02/2014.

DIAS, Maria Berenice. **A invisibilidade das uniões homoafetivas e a omissão da Justiça**. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coord.). *Escritos de Direito de Família: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre, Magister, 2008.

_____. **União homoafetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ESTROUGO, Mônica Guazzalli. **O princípio da igualdade aplicado à família**. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos Fundamentais do direito e família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2002.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da Afetividade**. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. **Princípios constitucionais**. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais e Estado constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: Possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

_____. **Os princípios fundantes**. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.