

A CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DIANTE DO DIREITO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DA FELICIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA UNIÃO HOMOAFETIVA

THE CONCRETIZATION OF CONSTITUTION BEFORE THE CONSTITUTIONAL LAW IMPLIED OF HAPPINESS AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON IN HOMOSEXUAL UNION

Alexandre Gazetta Simões¹

Celso Jefferson Messias Paganelli²

RESUMO

Apesar do progresso sentido na defesa dos direitos e garantias fundamentais às minorias, ainda vivemos em uma época que claramente apresenta transição entre um pensamento extremamente conservador para um novo ideal de convivência e de aceitação das particularidades de cada indivíduo. A união homoafetiva e todos os direitos consequentes já ganha o espaço no qual deve ter o devido respeito de toda a sociedade e a garantia de efetividade dos direitos consequentes da convivência entre as pessoas do mesmo sexo. A interpretação do texto constitucional não pode mais se dar apenas com o sentido literal, a hermenêutica exige mais do que isso, pois já está consagrado que para se atingir o ápice de aplicação da Carta Magna é necessário a observação dos mandamentos não isoladamente, mas sim como parte de um conjunto, levando em conta também o caso concreto, de forma que se extraia o máximo de efetividade das normas. Desta hermenêutica resulta a consagração de princípios que estão implícitos na Constituição, como o princípio implícito da felicidade, tão almejada e buscada por qualquer indivíduo e, obviamente, também é aplicável a qualquer minoria, inclusive casais homossexuais, que encontram dificuldades extremas, também para garantir direitos previdenciários. A interpretação das normas constitucionais com as novas teorias que buscam superar o positivismo (legalista), juntamente com a análise do caso concreto, promete efetivar tais direitos e garantias, proporcionando assim a tão almejada felicidade, garantida também, ainda que de forma implícita, dentro da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Concretização da Constituição; Constituição e realidade; Direito à felicidade; Dignidade da pessoa humana; União homoafetiva.

ABSTRACT

Despite progress towards the defense of fundamental rights and guarantees for minorities, we still live in a time that clearly shows the transition between an extremely conservative thinking to a new ideal of coexistence and acceptance of the characteristics of each individual. The homosexual union and all consequential rights already won the space in which it shall have due regard to the whole society and ensuring realization of the rights ensuing coexistence between people of the same sex. The interpretation of the constitutional text can no longer be given only with the literalness, hermeneutics requires more than that, because that is already dedicated to

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, Pós Graduado com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC), Direito Constitucional (UNISUL), Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON) e Direito Tributário (UNAMA), Graduado em Direito (ITE-BAURU), Analista Judiciário Federal – TRF3 e Professor de graduação em Direito (EDUVALE AVARÉ).

² Doutorando em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Juruimir. Professor de Direito. Advogado.

reaching the apex of application of the Constitution is necessary observation of the commandments not in isolation but as part of a whole, taking into account also the case, so that extract the maximum effectiveness of the standards. This follows the consecration of hermeneutical principles that are implicit in the Constitution, the principle of happiness, much desired and sought by any individual and obviously also applies to any minority, including gay couples, who find extreme difficulties also to ensure rights pension. The interpretation of constitutional norms with new theories that seek to overcome positivism, along with analysis of the case, promises to carry such rights and safeguards, thus providing the much desired happiness, guaranteed also, albeit implicitly, within the Federal Constitution.

KEYWORDS: The concretization of Constitution; Constitution and reality; Right to happiness; Dignity of the human person; Homosexual union.

INTRODUÇÃO

O ser humano tem um objetivo muito claro: ser feliz. Reconhecidamente tal meta não é algo fácil de se atingir, no entanto, é insofismável que as minorias encontram dificuldades a mais, já que há grande carga de preconceito, o que faz surgir entraves a mais para que possam viver adequadamente e sejam felizes. Neste vasto grupo de minorias há que se destacar os casais homossexuais, que enfrentam há muito tempo a resistência da sociedade como um todo para o exercício de direitos assegurados e consagrados na própria Constituição, que diante de interpretações literais e minimalistas acabavam por ter o efeito contrário ao desejado, ou seja, havia clara limitação dos direitos e garantias àqueles que tinham união homoafetiva.

Com o passar do tempo e análise de diversos casos concretos houve uma nova configuração da interpretação da constituição, principalmente por parte de estudiosos do texto constitucional, pois perceberam que já não era mais possível limitar direitos e garantias pela análise fria e simples de mandamentos constitucionais de forma isolada, sem correlacionar os pontos desejados com a Constituição como um todo.

Entre inúmeros direitos e garantias fundamentais existentes na Constituição Federal de 1988, não está escrito expressamente o “direito a felicidade”. Mas, será que é possível abstrair do texto constitucional o direito a felicidade? Será que as pessoas que lutam pelo reconhecimento da união homoafetiva estão abarcados por esse direito?

A resposta a essas questões passa pela hermenêutica constitucional e as novas teorias que visam superar o positivismo jurídico, de modo que a aplicação da lei como um todo consiga atingir seu ápice, preservando e garantindo aos indivíduos a dignidade tão esperada e a felicidade que é almejada, independente da orientação sexual que a pessoa em questão tiver.

O Estado deve ser o primeiro a levantar as questões para a defesa do interesse das minorias e, claro, das pessoas que têm relações homoafetivas. Isso inclui também direito a

pensão por morte, por exemplo, que pode também ser traduzido como efetividade do direito constitucional a felicidade, vez que neste momento de dor e perda, o cônjuge sobrevivente receberá um alento do Estado, vez que o reconhecimento da união estável homoafetiva e conseqüentemente todos os direitos daí recorrentes não suplantarão o sentimento de pesar, mas certamente fará com que essa pessoa sinta-se melhor. Além do mais, trata-se de uma questão de justiça aritmética, considerando o caráter contraprestacional inerente ao pagamento de contribuições que irão viabilizar o pagamento de benefícios previdenciários, tanto aos segurados como aos seus dependentes. Destarte, é fácil perceber que a dignidade da pessoa humana se destaca em toda sua exuberância em tal episódio, assim, qualquer tipo de limitação aos direitos dos homossexuais só pode ser considerado como verdadeira limitação ao texto constitucional, o que já não é mais concebível nos dias atuais.

Esse é o âmago do presente artigo, cujo objetivo é abordar a dignidade da pessoa humana, união homoafetiva e direito a felicidade, sob o olhar constitucional e suas garantias e direitos. A discussão acadêmica se justifica, pois atualmente experimentamos inúmeros casos nos quais para que seja possível o exercício do que já é determinado pela Constituição, tais pessoas, minorias discriminadas, precisam recorrer ao Judiciário. O Estado assim não está efetivamente garantindo o tratamento adequado a tais pessoas, já que só o faz quando ocorre a determinação judicial, o que não é o ideal. Em um mundo perfeito, que é sabido é impossível de ser alcançado, mas altamente desejável, essas minorias deveriam ter seus direitos atendidos e garantidos já pela população e pelo Estado em fase administrativa, sem a necessidade de se utilizar o Judiciário para a concretização dos mandamentos constitucionais. Assim, se pretende fazer uma crítica ao sistema existente, buscando, por meio do método indutivo-dedutivo chegar à conclusão de que o direito a felicidade está descrito implicitamente na Constituição, atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo essencial a qualquer pessoa.

1 A APLICAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL ESTÁ INTRINSECAMENTE LIGADA À REALIDADE DO COTIDIANO

Conforme a concepção apresentada por Friedrich Müller (2007, p. 12), a aplicação do direito não pode ficar estagnada ao paradigma antigo do positivismo, ou seja, de que a lei é “os caracteres sobre o papel dos textos legais”. Propondo um novo paradigma ele observa que a ação jurídica é complexa, que para a devida solução há que se levar em conta muito mais do que apenas a semântica da frase, do texto e do contexto. Tal teoria ficou mundialmente conhecida como “Teoria Estruturante do Direito”.

Segundo essa teoria, a aplicação prática do direito não deve ficar restrita a “norma e fato”, deve-se levar em consideração a estrutura da normatividade jurídica. Destarte, a normatização jurídica, levando em consideração o direito e a realidade, deve ser analisada como problema do bom emprego do direito. O raciocínio dessa questão só se completa com o estudo aprofundado da jurisprudência constitucional.

Assim considera Friedrich Müller (2007, p. 17):

Com especial rigor, o direito constitucional faz tomar consciência sobre a questão em torno do direito normativo e da realidade normatizada. À primeira vista já demonstra que é precisamente neste terreno que se vê a jurisprudência, ante a necessidade de recorrer a fatos empiricamente demonstráveis do mundo social, para assim apoiar a interpretação de disposições legais ou mesmo para definir o conteúdo destas.

Como se vê, Müller, em sua Teoria Estruturante do Direito, afirma que o tratamento da problemática da aplicação exige uma reformatação do que é norma, de modo que deve ser levado em conta a materialidade inerente e intrínseca à realidade que circunda o direito na ocasião de sua integração e aplicação.

A norma, portanto, deve ser estudada a partir de reflexões internas da própria ciência jurídica e não deixando de lado mesmo outras ciências ou a filosofia e sempre levando em consideração a própria realidade em si.

Diz Friedrich Müller (1996, p. 12) com propriedade:

(...) a ciência do direito é suficientemente rica de impulsos práticos assim como de um potencial de reflexão para se mover a uma teoria moderna, enquanto procedendo de forma indutiva e imanente, aprofundada pela sua própria reflexão, em vez de desviar sua rota pelos planos de disciplinas não-jurídicas. (nossa tradução)³

Há de se notar que a teoria formulada por Müller coloca em foco a relação entre texto de norma (dados linguísticos) e a realidade, sendo que os elementos constantes e inerentes a ambos são codeterminadores do conteúdo da norma, que nada mais é do que o produto de um trabalho progressivo, dinâmico e materialmente vinculado. A norma jurídica, assim, não é apenas um dever-ser, mas é entendida como um fenômeno real formada de linguagem e de fatos. A conclusão, portanto, é que não faz sentido haver oposição entre dever-ser e ser. A teoria estruturante da norma jurídica reveste de caráter normativo tudo aquilo que determina o caso concreto a ser decidido, tudo o que possibilita à sua solução. A norma deve ser estabelecida para o caso concreto partindo de um trabalho sobre os textos (que são os dados linguísticos) e

³ Traduzido do original: “(...) la science du droit est suffisamment riche d’impulsions pratiques comme d’un potentiel de réflexion pour se mouvoir au niveau d’une théorie moderne tout en procédant de façon inductive et immanente, par approfondissement de sa propre réflexion plutôt qu’en détournant sa route pour les terres des disciplines non-juridiques”.

sobre os dados baseados em fatos (que são os dados da realidade). Desse duplo trabalho emana a estrutura da norma em um programa normativo (que é o resultado do trabalho de interpretação) e um âmbito normativo (que é resultado da análise do segmento da realidade pertinente ao caso).

A concretização da norma, assim, pode adequadamente designar o processo real de criação normativa, aliás, tal concepção é adotada por várias diferentes correntes do pensamento hermenêutico, com significados muito distintos, sendo, inclusive, por vezes antagônicos. Dessa forma a concretização pode e deve ser entendida como uma construção estruturada da norma jurídica, e não apenas e tão somente como especificação, densificação, individualização ou justificação. É comum acontecer na jurisprudência a apresentação que precedendo a decisão, exhibe os motivos determinantes da decisão: eles proclamam o texto da norma jurídica em um caso (não apenas o texto de norma), para em seguida se chegar à norma-decisão que dá solução ao caso da espécie.

Ao moldar a teoria da norma jurídica como um processo dinâmico materialmente ordenado segundo os pressupostos de uma teoria constitucional adequada às exigências estruturais do que hoje é conhecido como Estado Democrático de Direito, a ciência jurídica exsurge como ciência eminentemente decisória e a construção normativa resulta dos diversos operadores do direito envolvidos – ação constitucionalmente orientada, dirigida e vinculada, da jurisprudência, da ciência jurídica e da legislação, bem como da administração e do governo. É por isso que se pode dizer que a norma jurídica não é criação do processo legislativo, mas sim resulta da participação de todos os agentes, aqui compreendido os poderes públicos e também os atores privados, envolvidos na solução do caso concreto.

A teoria estruturante do direito afasta a concepção tradicional da função da metódica (a importância da metódica jurídica é relativa em dois sentidos: é específica para a ciência jurídica e é limitada pela racionalidade possível no direito), imaginada como uma arte da justificação, para uma concepção pós-positivista de ponderação sobre a produção do direito que seja, ao mesmo tempo, realista e respeitosa, dos princípios da democracia e do Estado de Direito. Aliás, Dworkin, que também pretende superar o formalismo positivista, aponta que no positivismo a fundamentação da decisão busca a sua justificação. Pode-se acrescentar que não busca a construção da norma, atividade que aquele que decide está verdadeiramente realizando. Ronald Dworkin (1977-1978, p. 51) dissecou o positivismo na versão que considera a mais elaborada, a exposta por Herbert Hart, como se vê:

Quando um juiz recorre a uma regra de qualquer norma que a legislatura emite é lei, ele está tomando um ponto de vista interno que o efeito existe, mas ele vai além de

simplesmente dizer que é assim. Ele sinaliza sua disposição de considerar a prática social como uma justificação para sua conformidade com ela. (nossa tradução)⁴

Destarte, da perspectiva do pós-positivismo, o magistrado em sua atuação quando toma decisões, ou seja, quando decide casos jurídicos, é verdadeiramente um construtor da norma jurídica, não podendo ser considerado apenas como mero justificador das decisões tomadas.

Friedrich Müller (2007, p. 110) continua explicando:

Como ciência social normativa, a ciência jurídica deve, para além de toda e qualquer mediação meramente linguística e conceitual, incluir com a maior abrangência possível os teores materiais envolvidos a serviço da implementação prática, da objetividade normativamente fundamentada e da validade universal plausível no âmbito do ordenamento jurídico positivo. (...) A racionalização da aplicação do direito visa portanto, não em último lugar, a inserção metodicamente controlada dos teores materiais envolvidos na concretização de prescrições jurídicas.

A norma jurídica, então, deve e precisa ser produzida no decurso temporal da decisão proferida. Assim, não existe um tempo antes do caso, o próprio caso da decisão lhe é coconstitutivo. O texto que está descrito na lei é tão somente um dado de entrada do processo que pode ser chamado de concretização. A norma jurídica que é criada no caso está estruturada segundo “programa da norma” e “âmbito da norma”, ou seja, “segundo o resultado da interpretação linguística e o conjunto dos fatos individuais e gerais do caso/tipo de caso conformes à interpretação linguística” (MÜLLER, 2007, p. 137).

Desse modo, o “direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador”. Assim, o intérprete “desvencilha a norma do seu invólucro (o texto), nesse sentido ele ‘produz’ a norma”, portanto, o significado, ou seja, a norma, é o resultado da atividade interpretativa. Desse modo, as normas resultam da interpretação, de modo que o ordenamento “é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas” (GRAU, 2009, p. 30).

A efetividade da Constituição, portanto, está ligada à realidade do momento atual e também do caso concreto. Destarte, quanto a questões de direitos fundamentais e previdenciários ligados a casais homossexuais, não se pode imaginar uma interpretação literal ou gramatical, pois estar-se-ia assim violando o espírito da Constituição e demais princípios que regem a Carta Magna como um todo. O texto constitucional deve ser interpretado como máxima de garantias e direitos fundamentais, não o contrário. Imprescindível, portanto, a análise do caso concreto para possibilitar ao julgador exarar sua decisão de forma a possibilitar

⁴ Original: “When a judge appeals to the rule that whatever the legislature enacts is law, he is taking an internal point of view that effect exists, but he goes beyond simply saying that this is so. He signals his disposition to regard the social practice as a justification for his conforming to it”.

às minorias, mesmo que de relações homoafetivas, apesar de não citadas expressamente pelo texto constitucional, a efetiva garantia de benefícios previdenciários, realizando assim o que realmente se espera da aplicação da Constituição Federal, ou seja, a defesa dos interesses da população, principalmente de pessoas ou grupo de pessoas menos favorecidas, que justamente por puro preconceito da sociedade muitas vezes ficam marginalizadas, sofrendo a consequência de algo que não deveria pesar em sua vida como um todo.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PESSOA HUMANA

A Constituição Federal em seu artigo 5º traz insculpidos os direitos fundamentais garantidos a todos os residentes no Brasil⁵. Não obstante, temos também o Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, que traz diversas proteções ao indivíduo⁶.

A Constituição tem sentido sociológico, político e jurídico. Com o sentido sociológico ela se aproxima do poder social, foi concebida como fato social, não como norma propriamente dita. A Constituição é o resultado do momento histórico do país, de sua realidade social, das forças que exercem o poder na sociedade. A representação desse poder se dá de forma escrita, mas não pode apenas ficar como “folha de papel”, conforme ensina Michel Temer (2010, p. 22):

Representante mais expressivo do sociologismo jurídico é Ferdinand Lassalle, que, em obra clássica, sustentou que a Constituição pode representar o efetivo poder social ou distanciar-se dele; na primeira hipótese ela é legítima; na segunda, ilegítima. Nada mais é que uma ‘folha de papel’. A sua efetividade derivaria dos fatores *reais* do poder. Espelha o poder. A Constituição efetiva é o fato social que lhe dá alicerce. Assim, a ‘folha de papel’ – a Constituição – somente vale no momento ou até o momento em que entre ela e a Constituição efetiva (isto é, aquele somatório de poderes gerador da ‘folha de papel’) houver coincidência; quando tal não ocorrer, prevalecerá sempre a vontade daqueles que titularizam o poder. Este não deriva da ‘folha de papel’, da Constituição escrita, mas dos *fatores reais de poder*.

⁵ Veja o artigo 5º, incisos IX e X da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁶ Pacto de San Jose da Costa Rica, artigo 11:

(...)

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

O texto constitucional, portanto, não é apenas para ficar “no papel”. Ele deve ser aplicado com sua máxima força, a fim de servir a todos os seus objetivos, principalmente visando o bem estar social. A sociedade, legitimadora do poder que possibilitou a Constituição, espera dos Poderes o retorno adequado a todos os seus anseios, ou seja, as liberdades, garantias e, principalmente, direitos fundamentais.

Cabe, portanto, aos operadores do direito a responsabilidade de fazer valer o texto constitucional, em seu verdadeiro propósito, considerando, principalmente, o conceito da dignidade da pessoa humana, visto que “as normas atinentes à justiça não são apelos duvidosos, sendo, no núcleo essencial, dotadas de eficácia direta e imediata” (FREITAS, 2010, p. 145).

Desse modo, os princípios constitucionais podem e devem ser aplicados autonomamente, utilizando toda a força emanada por estes, sempre considerando o sopesamento do indivíduo com a sociedade. Não se deve, no entanto, utilizar a dignidade da pessoa humana de forma superficial, para que esta não caia em vala comum, conforme ensina Alexy (2009, p. 454):

O que se pergunta é se o indivíduo tem um direito subjetivo constitucional a essa proteção, e como esse direito deve ser fundamentado. (...) dever estatal de proteger a dignidade humana, (...) transfere o dever de proteção aos direitos fundamentais subsequentes. A vantagem dessa construção reside no fato de ela se apoiar diretamente no texto constitucional; sua desvantagem, no fato de que ela se vê diante do dilema de ou ampliar de forma extrema o conceito de dignidade humana, para poder abarcar tudo aquilo que seja digno de proteção, o que implica o sempre suscitado risco de trivializar a dignidade humana, ou renunciar a abarcar algumas coisas dignas de proteção.

Para que haja a efetivação das normas constitucionais, não permitindo que sejam apenas “pedaço de papel”, basta a aplicação do disposto na Carta Magna para obter a plenitude de seus mandamentos, reservando conceitos que exigem uma maior dose de subjetividade para os casos nos quais serão imprescindíveis, ou seja, para a utilização da dignidade da pessoa humana deve-se ter precisão cirúrgica, atingindo o propósito adequado, não suscitando-a de forma genérica, para que assim atinja a aplicação desejada, impedindo argumentação em sentido contrário.

Não existem “classes” de direitos constitucionais. Um direito não está acima do outro, então há que se fazer um sopesamento dos direitos envolvidos quando da análise do caso concreto, já que este é que fornecerá os elementos necessários para que o operador do direito tenha condições de estabelecer quando é o caso de prevalecer determinado mandamento constitucional. Não há uma regra que possa ser aplicada a todos os casos igualmente, pois há uma carga subjetiva considerável a ser levada em conta quando se fizer o sopesamento entre tais direitos.

Para Gomes Canotilho as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são utilizadas corriqueiramente como sinônimas, no entanto, uma distinção entre ambas pode ser feita: direitos do homem são aqueles válidos para todas as pessoas e em todos os tempos, representando assim uma dimensão jusnaturalista-universalista. Já os direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalizadamente garantidos. Os direitos do homem emanam da própria natureza humana e assim tem o seu caráter inviolável, bem como atemporal e universal. Os direitos fundamentais, por outro lado, são os direitos vigentes dentro de uma ordem jurídica (1993, p. 547).

Norberto Bobbio ensina que saber os direitos fundamentais não é tão importante quanto a sua devida aplicação, pois de nada adianta a definição de quais e quantos são se não houver a efetiva utilização destes, os transformando em garantias que possam ser exercitadas de fato pelas pessoas. Bobbio (2004, p. 30) preleciona:

Não está em saber quais, quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos; mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Dessa forma, para a aplicação dos direitos fundamentais, há que se passar também pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que foi insculpido na Constituição Federal de 1988 e constitui, sem dúvida alguma, um dos marcos do direito nos dias atuais e, portanto, um enorme avanço ao se tratar do bem estar de todas as pessoas⁷.

O homem precisa e deve ser respeitado em toda a sua dignidade, levando em consideração seu valor de fim e não apenas de meio, vez que a dignidade da pessoa humana eleva por meio de uma imposição o ser humano ao ponto central de todo o sistema jurídico, no sentido de que o direito positivo é feito para a pessoa e sua realização existencial. A Constituição Federal de 1988 elevou a tutela e promoção da pessoa humana a um valor máximo, exarando que a dignidade do homem, ou seja, a dignidade da pessoa humana, é inviolável.

O Estado deu uma garantia a todos quando insculpiu a dignidade da pessoa humana como garantia fundamental, pois deste princípio emana a segurança que todos podem e devem ter de que poderão viver de forma digna.

⁷ Apenas para relembrar, veja-se o artigo primeiro da Carta Magna:

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

3 SOPESAMENTO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Alexy (2009, p. 614 e 615) traz importante doutrina sobre o tema:

A teoria dos princípios pode se alinhar quase que automaticamente a essas considerações gerais sobre a estrutura da discricionariedade cognitiva. Direitos fundamentais, compreendidos como princípios, exigem uma realização máxima diante das condições fáticas e jurídicas presentes. Reconhecer ao legislador uma discricionariedade cognitiva de tipo empírico significa a possibilidade de se admitir que, diante das possibilidades fáticas presentes, esses direitos não sejam realizados na extensão do que seria possível. Diante disso, o princípio de direito fundamental afetado negativamente exige, enquanto mandamento de otimização, que não seja reconhecida nenhuma discricionariedade cognitiva. Se esse fosse o único fato relevante, um direito fundamental só poderia ser restringido em virtude de premissas empíricas cuja veracidade fosse certa. Se essa veracidade não puder ser comprovada, seria autorizado partir apenas das premissas empíricas que forem mais vantajosas ao direito fundamental, que são aquelas sobre cuja base a intervenção ou a não-garantia de proteção não tem como ser justificada.

Os direitos fundamentais geram calorosas discussões, ainda mais quando há provável “colisão” entre estes, forçando que um ganhe mais destaque do que outro, ou seja, sempre um terá que prevalecer sobre o outro. Por isso mesmo, tal aflição, como se vê, já ocorre no âmago do próprio surgimento da norma, no processo legislativo, pois não há como se negar que o legislador tem uma enorme carga empírica própria ao criar uma norma, posto que sua experiência é fator determinante à sua conclusão.

A discricionariedade não é apenas uma possibilidade legislativa, mas também jurídica, na qual os juízes podem e devem julgar de acordo com sua convicção, lastreados pela lei e pelas provas apresentadas, sem dúvida, mas conforme suas consciências assim apontam para a resolução do caso concreto. Natural, portanto, que surjam conflitos, colisões, entre direitos fundamentais também para o julgador, que deverá sopesá-los para exarar sua decisão.

Canotilho (1993, p.643), em sua doutrina sobre direito constitucional, ensina:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um «choque», um autêntico conflito de direitos. A colisão ou conflito de direitos fundamentais encerra, por vezes, realidades diversas nem sempre diferenciadas com clareza.

Quando o legislador está criando a norma, principalmente a Constituição, não há como prever cada aspecto que será enfrentado no dia a dia dos cidadãos ou mesmo pela Justiça, obviamente, de acordo com sua experiência é possível prever uma quantidade de acontecimentos que possivelmente poderão ocorrer e assim determinar os direitos fundamentais para toda a sociedade. Ocorre que, não raras vezes, há um conflito entre tais direitos, o que

exige do julgador uma cautela maior no uso de sua discricionariedade para julgar o caso concreto, de modo que não se viole nenhum princípio constitucional.

O eminente doutrinador continua a ensinar (CANOTILHO, 1993, p. 646 e 647):

Os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*. Se, nas circunstâncias concretas, se demonstrar, por ex., a alta probabilidade de o julgamento público de um indivíduo pôr em risco o seu direito à vida (risco de enfarte), a ponderação de bens racionalmente controlada justificará, nesse caso, o adiamento da audiência de discussão e julgamento. O direito à vida tem, nas circunstâncias concretas, um peso decisivamente maior do que o exercício da ação penal. Do mesmo modo, a colisão entre o direito à vida, mais concretamente, o direito a nascer, e o direito à interrupção da gravidez por motivos criminosos (a gravidez resulta de crime de violação), só pode decidir-se quando se demonstre que, num caso concreto, o nascituro é «filho do crime», podendo o legislador solucionar o conflito, excluindo, nestes casos, a ilicitude ou a culpa no comportamento dos intervenientes na interrupção da gravidez. Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C).

Conforme se observa há que se atribuir pesos aos direitos fundamentais quando do julgamento do caso concreto, que é definido por Canotilho como “harmonização dos direitos”. Partindo da premissa de que “a realização de um regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia” (ÁVILA, 2009, p. 146), há colisão entre direitos fundamentais nos casos que é possível identificar o exercício de diferentes direitos individuais por titulares também diferentes. Nesses casos deve-se identificar o âmbito da proteção do direito em questão com a finalidade de determinar se a conduta está ou não protegida, haja vista não ser raro se deparar com situações na quais se imagina que há conflito de direitos fundamentais, mas que com uma melhor análise se percebe que a ação não encontra respaldo em um direito fundamental para lhe dar suporte.

Nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida. Quando há colisão de direitos fundamentais não é possível uma solução adequada abstratamente, esta somente poderá ser estabelecida à vista dos elementos do que aconteceu no caso concreto, devendo o operador do direito utilizar-se dos princípios informadores da hermenêutica constitucional, que servem como parâmetros para ponderação de valores e interesses e que levará a uma solução aceitável para todas as partes como modo de se obter justiça.

Assim, nos casos de conflitos entre direitos individuais, devem ser levados em conta no juízo de ponderação os valores relativos a esse princípio, quais sejam, inviolabilidade da pessoa humana, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade, entre outros.

Destarte, o artigo 32 do Decreto n° 678 de 06/11/1992, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – diz: "Art.32. (...) 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática."

Porém, não existe uma resposta pronta nem um roteiro a ser usado para se ter uma solução justa quando o conflito surgir, mas sim, há que se analisar caso a caso, com todas as suas variáveis e interesses em conflito, o que sem dúvida será desafiador a qualquer magistrado que venha a enfrentar a situação.

Destarte, para saber o princípio que preponderará no caso concreto, aquele que está interpretando as normas deverá sopesar os princípios em conflito, lançando mão da máxima da proporcionalidade, composta dos elementos da adequação, necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*, chegando, assim, à decisão mais apropriada no caso analisado.

Para Müller, o sopesamento é um método irracional, sendo sujeito a diferentes valorações, versando mais em uma "pré-compreensão" do que, de fato, em uma decisão fundamentada. Para ele, a possibilidade de decisões diferentes em casos similares, quando ora um princípio prevalecerá, ora outro, é a comprovação da impossibilidade do emprego deste método, em um Estado que ambicione ser Estado de Direito.

Robert Alexy refuta a tese de Müller afirmando que este expande inaceitavelmente o conceito de norma, abrangendo conceitos que excedem o direito posto. Ambos concordam, no entanto, ser necessária uma fundamentação sólida, coerente e lógica na decisão judicial (ALEXY, 2009, p. 83-84):

A possibilidade de uma fundamentação correta para a atribuição a uma disposição de direito fundamental é um critério para identificar a norma em questão como uma norma de direito fundamental. (...) No final das contas, as normas atribuídas fazem com que fique claro o papel decisivo da argumentação referida a direitos fundamentais na resposta à questão acerca daquilo que é válido no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse ponto é necessário concordar com Müller já que sua teoria da norma salienta essa importância.

Aos magistrados, portanto, cabe o devido sopesamento dos direitos e garantias fundamentais existentes na Carta Magna, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, quando houver o julgamento de demandas que tratem de temas extremamente sensíveis às pessoas.

Espera-se, assim, que o Poder Judiciário tenha a parcimônia e esclarecimento esperados e imperativos, levando em consideração não apenas as características necessárias para a convicção do magistrado a respeito de uma lide, mas também o aspecto da dignidade das partes

envolvidas, não permitindo que um pensamento retrógrado permaneça exercendo controle da população com posicionamentos arcaicos.

4 DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DERIVADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Aqui a discussão pode começar a ser tratada com a leitura do artigo 226, da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. A principal argumentação daqueles que são contrários à união homoafetiva e, por conseguinte, também às consequências da legalização desse ente familiar, como casamento, adoção, entre outros, é justamente com o parágrafo 3º, que diz: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Estes se apegam à literalidade do texto, ou seja, “homem e a mulher”, para defender que não há previsão legal para que o Estado reconheça a relação homoafetiva.

Os que são contra ao reconhecimento da união estável homoafetiva sempre argumentam que o disposto no artigo 226, §3º, da Carta Magna, é claro. O alegado é que este preceito constitucional barraria, portanto, a possibilidade do reconhecimento da união homossexual, e que deveria haver, então, uma emenda constitucional para alterar o texto de modo que fosse possível tal reconhecimento. No entanto, esta interpretação literal do texto já não tem mais lugar dentro do ordenamento jurídico, vez que não considera os demais dispositivos constitucionais e tão pouco a realidade da sociedade.

O Texto Magno não é um conjunto de mandamentos isolados, sem conexão alguma. É na verdade justamente o oposto, pois trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, assim, cada mandamento, cada um dos elementos, deve ser compreendido à luz de todo o texto constitucional. Aqui se revela um importante princípio da própria hermenêutica constitucional, qual seja, a unidade da Constituição.

A Constituição brasileira possui princípios que desempenham um valor mais destacado, compondo a sua estrutura básica, que encontram-se insertos no Título I da Carta, que se intitula “Dos Princípios Fundamentais”. E é justamente neste tópico que estão as cláusulas essenciais para a hermenêutica em sua plenitude: princípios da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, livre de preconceitos e discriminações, justa e solidária, do Estado Democrático de Direito, dentre outros.

Fica evidente que quando da interpretação de mandamentos setoriais constitucionais há a necessidade de se buscar a inclusão e não a exclusão das minorias, o que também deve ser feito com o §3º do art. 226, o objetivo é justamente a garantia de direitos fundamentais aos grupos menos favorecidos e não a manutenção do preconceito e da desigualdade. Ademais, é fácil perceber pela leitura da norma em comento que há a garantia expressa do reconhecimento da união estável entre homem e mulher, no entanto, não há como se concluir que a ausência de texto sobre união homoafetiva signifique a proibição.

O plenário do Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão reconhecendo como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo⁸, observando que devem ser atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. A decisão proferida foi além, já que fixou que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas também se estendem aos companheiros na união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Fica cristalino, portanto, que a Suprema Corte declarou que ninguém, absolutamente nenhuma pessoa, pode ser privada de direitos ou tampouco suportar quaisquer restrições de ordem jurídica por pretexto de sua orientação sexual.

Isso significa que homossexuais têm direito de receber o igual amparo das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição Federal, mostrando-se arbitrário e completamente intolerável e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou mesmo que promova a intolerância, incite o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua preferência e orientação sexual.

O que se percebe, portanto, é que o Estado não pode adotar nenhum tipo de medida ou tampouco formular leis que tenham conteúdo discriminatório, cujo efeito prático seja a exclusão de determinados grupos, que podem ou não ser minoritários, mas que integram a população, que tal qual qualquer cidadão, tem como prerrogativa essencial garantido pela Carta Magna, as liberdades públicas.

Vê-se que há a necessidade de se viabilizar a completa realização dos valores igualdade, da liberdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à conformação de uma sociedade genuinamente democrática, tornando efetivo o princípio da igualdade, assegurando o devido respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, conferindo prioridade à dignidade da pessoa humana, esmigalhando paradigmas históricos, também

⁸ ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto.

culturais e sociais e removendo barreiras que, até então, inviabilizavam a busca da felicidade de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório.

Destarte, deu-se um passo expressivo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que a todo momento têm marginalizado grupos minoritários, viabilizando-se a instauração e também a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

A doutrina - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios fundamentais, como os já citados, dignidade da pessoa humana, da autodeterminação, da liberdade, do pluralismo, da igualdade, da intimidade, da não discriminação e, por fim, da busca da felicidade, tem revelado assombrosa percepção quanto ao sentido de que se revestem tanto o reconhecimento do direito individual e personalíssimo à orientação sexual quanto ao manifesto da legitimidade ético-jurídica da união de casais homossexuais como entidade familiar, em ordem a possibilitar que se extraiam, em favor destes parceiros, relevantes consequências no plano concreto do Direito, especialmente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares⁹.

5 PENSÃO POR MORTE AOS CASAIS HOMOSSEXUAIS: GARANTIA CONSTITUCIONAL LIGADA À DIGNIDADE E FELICIDADE

Quando se aborda a temática adstrita à concessão de pensão por morte, considerados os dependentes de primeira classe, a questão referente à concessão daquele benefício aos casais de homossexuais avulta. Assim, a título de introdução, tem-se que o benefício de pensão por morte apresenta previsão no artigo 74 da Lei nº 8213/01. Portanto, tem-se que: “Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não [...]”. Trata-se, pois, de um benefício previdenciário devido aos dependentes quando ocorre a morte do segurado.

Em um primeiro momento pode-se até mesmo estranhar dizer que a pensão por morte estaria ligada também ao direito constitucional implícito de felicidade. No entanto, é justamente

⁹ Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado: “Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.” (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil, Tribunal Regional Federal da 4ª Região)

nesse momento de dor, que uma minoria, qual seja, os casais homoafetivos, podem encontrar o mínimo de conforto proveniente do Estado através do pagamento de pensão pela morte de seu cônjuge. Este benefício previdenciário, longe de ser uma espécie de “favor”, revela a plena aplicação prática da Constituição Federal com todo o seu fervor. Nem poderia ser diferente, pois é inimaginável que uma pessoa que efetivamente dedicou e passou boa parte de sua vida dividindo todos os acontecimentos diários, alegrias e frustrações, não pudesse receber o devido amparo estatal em hora tão difícil. Assim, também está a se falar no princípio da felicidade, através do conforto material almejado que o cônjuge sobrevivente alcança através do benefício da pensão por morte, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana é totalmente aplicável, demonstrando o caráter humanitário esperado pela aplicação do texto constitucional.

Nesse sentido, Frederico Amado (2013, p. 658) explica que:

A pensão por morte é um benefício previdenciário dos dependentes do segurado, assim considerados as pessoas listadas no artigo 16, da Lei 8213/91, devendo a condição de dependente ser aferida no momento do óbito do instituidor, e não em outro marco, pois é com o falecimento que nasce o direito.

Por seu turno, no que tange aos dependentes, os mesmos encontram-se listados no artigo 16 da Lei 8213/91¹⁰. Desse modo, quanto aos dependentes de primeira classe, ou seja, os mencionados no inciso I, do artigo 16, lista-se a parceria homoafetiva, onde se inclui no conceito de companheiro, o parceiro homossexual, ante a aplicação do princípio da isonomia.

Assim, a exclusão dos dependentes homossexuais do regime geral, considerando que o segurado verteu contribuições ao regime geral de seguridade social, não se justifica quando confrontada com o princípio da universalidade, esculpido no artigo 194, Parágrafo Único, da Constituição Federal.

Tal acepção, ao ser conjugada, sobremaneira, com o teor o artigo 3º, IV, da Constituição Federal, apresenta-se ainda mais inaceitável, ante o teor daquele dispositivo legal¹¹. Por sua vez, a jurisprudência pátria aponta também essa abordagem:

¹⁰ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

¹¹ Art. 3º. Constituem-se objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

[...]

3 - A pensão por morte é: "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes. " (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251).

4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5 - Diante do §3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: "Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no §2º."

7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento.

9 - Recurso Especial não provido. (REsp 395904/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 06/02/2006, p. 365)

Portanto, ante tais ponderações, mostra-se inviável a consideração isolada do disposto no artigo 226, §3º da Constituição Federal, para deixar de incluir, em seu teor, as uniões homoafetivas no conceito de entidade familiar. E, de forma concludente, a acepção apontada pelo já mencionado no artigo 5º da Constituição Federal aponta nessa direção.

De outra parte, em um ponto de vista estritamente ligado à principiologia adstrita ao regime geral de previdência social, avoca-se sua natureza contributiva, o que impede a não

concessão de um benefício previdenciário se todas as suas condições legais para sua concessão foram cumpridas pelo beneficiário.

Desse modo, é assegurado, por disposição Constitucional e derivação legal, o direito à concessão de pensão por morte do segurado, não só ao cônjuge, homem ou mulher, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo e dependentes.

CONCLUSÃO

Friedrich Müller já afirmava que os Estados Constitucionais atuais devem procurar reelaborar a textualidade, dentro de um contexto empírico. Fica evidente assim a estrutura textual da democracia e também do Estado de Direito. Na esfera desse conjunto estruturado a Carta Magna, ou seja, a Constituição, é distinguida em nível supremo, assim a concretização da constituição é relevante para a práxis em nível supremo. A constituição, portanto, não é algo meramente formal, sob qualquer ponto de vista, e tampouco diz respeito à mera lei constitucional. Assim, considerando-se o texto constitucional como dado de entrada de um conjunto de prescrições hierarquicamente soberanas a ser considerado, é a Constituição nesse sentido operacional, que a ciência fundamenta e elabora e do qual o trabalho jurídico efetivo carece.

A norma jurídica, portanto, aparece com a aplicação do texto da lei, principalmente da Constituição, com o caso concreto. As proteções e garantias da Carta Magna devem levar em conta a práxis, o trabalho empírico, fazendo com que surja a norma em seu sentido mais amplo e verdadeiramente reconhecível, como forma de total ajuste aos mandamentos constitucionais, valorizando os objetivos sociais, valorizando o que de mais essencial existe em um Estado Democrático de Direito, buscando assim o bem estar, a saúde e plena satisfação da dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna, portanto, conforme aqui demonstrada, atinge plenamente o esperado pelos cidadãos e também por sua própria força de expressão, seja através da proteção já externada em vários mandamentos constitucionais para a devida proteção da dignidade da pessoa humana, inclusive para abarcar os acontecimentos sociais vividos hodiernamente, não sendo possível aceitar quaisquer limitações a direitos fundamentais com uma interpretação restritiva ou meramente gramatical do texto constitucional.

O imperativo das normas constitucionais reforça a proteção estatal para todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual, inclusive para a percepção de benefícios previdenciários. A não realização de tais benefícios previdenciários significaria ato

discriminatório do Estado, deixando sem proteção justamente as pessoas que mais necessitam, por encontrarem-se em flagrante situação de minoria, o que nem sempre conta com a boa vontade da sociedade na defesa de seus interesses, razão pela qual que nessas situações é que se espera o pleno desenvolvimento do texto constitucional e sua aplicação com toda a sua abrangência possível.

O simples fato de imaginar a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a qualquer pessoa em função de sua orientação sexual seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente distintiva e constitutiva de sua identidade única e pessoal, na qual, sem dúvida, se inclui a orientação sexual, como se tal aspecto não abrangesse nenhuma relação com a essencial dignidade humana.

É perceptível através da história as mudanças do que é considerado casamento, até mesmo do conceito de amor, ficando evidente que têm assumido contornos e formas de manifestação e institucionalização em vários sentidos. O assentimento das uniões homoafetivas é um fenômeno mundial, que em alguns países pode ser visto de forma mais implícita, com a expansão da compreensão do conceito de família dentro do ordenamento jurídico já existente; em outros de maneira bem mais explícita, pois é feita a modificação do ordenamento jurídico de modo a legalizar textualmente a união homoafetiva.

A verdade é que mudanças legislativas podem demorar a ocorrer, assim, o Judiciário não pode ignorar as transformações pelas quais a sociedade passa, que, não raro, muitas vezes se antecipam à essas modificações das leis. Uma vez que seja reconhecida com o auxílio dos princípios norteadores contidos na constituição pátria e a sua devida interpretação, a união homoafetiva como passível de ser englobada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer barreiras de natureza atuarial, deve a Previdência tratar os casais de mesmo sexo nos mesmos moldes das uniões estáveis que ocorrem entre heterossexuais, devendo ser exigido daqueles o mesmo que se exige destes para fins de demonstração e comprovação do vínculo afetivo e também de dependência econômica presumida, entre os casais, quando do processamento de eventuais pedidos de pensão por morte ou mesmo auxílio-reclusão, dentre outros benefícios.

É evidente, portanto, que é totalmente justificável a extensão às uniões homoafetivas do mesmo regime jurídico que é aplicável à união estável entre pessoas heterossexuais, sendo que tal incidência é legitimada, dentre outros, dos princípios constitucionais da dignidade, da liberdade, da igualdade, da segurança jurídica e, muito importante, também do mandamento constitucional implícito que visa consagrar o direito à busca da felicidade. Tais princípios tem o condão de privilegiar o sentido de inclusão que decorre da própria Constituição Federal (art.

1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e satisfatórios aptos a conferir arrimo legitimador para a união homoafetiva como entidade familiar.

Deve-se observar, portanto, nas relações homoafetivas, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas heterossexuais, conforme disposto no Código Civil, art. 1.723. Presentes os vínculos de amor, de solidariedade e de projetos de existência em comum, os casais homossexuais merecem todo o amparo do Estado, sendo que este deve lhes dar o mesmo tratamento que as uniões estáveis heterossexuais recebem.

Como se vê o afeto tem valor jurídico e está impregnado de natureza constitucional, valorizando esse novo paradigma como âmbito conformador do conceito de família. Assim é indiscutível que este novo paradigma após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no plano das relações familiares, para fins de se estabelecer direitos e deveres que decorrem do vínculo familiar, consolidou-se na existência e também no reconhecimento do afeto.

O governo existe essencialmente para proteger o direito do homem ir em busca de seu mais alto anseio, que é a felicidade ou o seu bem-estar. O homem é motivado com empenho e pelo interesse próprio na busca de sua felicidade. A sociedade e o governo é uma construção social com o propósito de proteger cada cidadão e indivíduo, permitindo que todos possam viver juntos de forma reciprocamente benéfica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2009.

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário Sistematizado**. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. revista. Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

CASTRO. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, 14ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1977-1978.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la Méthode Juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

_____. **O novo paradigma do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROCHA, Daniel Machado da; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.