

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

YGOR WERNER DE OLIVEIRA

**A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TUTELA DAS UNIÕES
HOMOAfetivas**

NATAL/RN

2016

YGOR WERNER DE OLIVEIRA

**A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TUTELA DAS UNIÕES
HOMOAfetivas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), Área de Concentração em “Constituição e Garantia de Direitos”, Linha de Pesquisa 2 - “Processo e Garantias de Direitos na Constituição”, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Doutora Maria dos Remédios
Fontes Silva

NATAL/RN

2016

Catálogo da Publicação na Fonte
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Oliveira, Ygor Werner de.

A concretização constitucional da tutela das uniões homoafetivas/ Ygor Werner de Oliveira. - Natal, 2016.
155f.

Orientador: Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. União estável - Casamento civil homoafetivo - Dissertação. 2. Princípios constitucionais - Dissertação. 3. Força normativa - Dissertação. 4. Nova hermenêutica constitucional - Dissertação. 5. Concretização constitucional - Dissertação. I. Silva, Maria dos Remédios Fontes. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 347.628.42

YGOR WERNER DE OLIVEIRA

**A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TUTELA DAS UNIÕES
HOMOAfetivas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Profª. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva
UFRN

Prof. Doutor Erick Wilson Pereira
UFRN

Prof. Doutor Paulo Roberto Barbosa Ramos
UFMA

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente à minha orientadora, a Professora Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva, pela sua dedicação, paciência, disponibilidade e, sobretudo, pelos valiosos ensinamentos transmitidos ao longo desta jornada.

Aos colegas do Curso de Mestrado pelo convívio, amizade e apoio em todos os momentos do curso.

Aos professores, que proporcionaram a todos valiosas lições, suscitaram questionamentos e solidificaram ensinamentos na área do Direito Constitucional.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN, pela atenção, presteza, prontidão no atendimento e convívio.

E, em especial, agradeço às minhas avós, aos meus pais e a Dedé, por tudo que representam pra mim; por todo amor transmitido; pelos princípios que me foram repassados e por todo o esforço despendido em prol do meu crescimento não só como operador do direito, mas principalmente como “cidadão do mundo”. Agradeço também aos meus sogros e à minha noiva, Raquel – o melhor presente que a vida me deu –, por sempre estar ao meu lado durante todos os momentos e por ter vivido e respirado esse meu sonho como se fosse dela.

RESUMO

O conceito de família, atribuído ao longo do século XX, sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado Social. A moldura de família patriarcal, tradicionalista, formada exclusivamente pela união entre homem e mulher, que as legislações brasileiras tomaram como parâmetro desde a Colônia, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos a partir da Constituição de 1988, a qual incorporou as mudanças dos valores e costumes socioculturais que afloraram na sociedade pós-moderna brasileira. Não obstante o aprimoramento de caráter jurídico e, também, do viés ideológico e compromissório que passou a ser conferido à tutela constitucional edificada em torno da dignidade da pessoa humana, fato é que o ordenamento jurídico brasileiro não regula expressamente os efeitos jurídicos decorrentes das relações afetivas havidas, de forma duradoura, entre pessoas do mesmo sexo. O objetivo geral desta dissertação é investigar, cientificamente, a evidência da tutela constitucional das relações homoafetivas, lançando bases, com apoio em diretrizes hermenêuticas, sobre as normas que asseguram o sustentáculo jurídico para o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo na condição de entidades familiares constitucionalmente protegidas. Para tanto, no escopo de solucionar as problemáticas suscitadas ao longo da investigação, a pesquisa se utiliza de uma hermenêutica capaz de conferir força normativa aos princípios constitucionais implícitos e explícitos, dentre estes o da liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade, afetividade, solidariedade, bem como o da proibição da discriminação de qualquer natureza, como meio de promover o reconhecimento da tutela jurídica aplicável às relações homoafetivas. Em consonância com esta abordagem, analisa também as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de controle abstrato de constitucionalidade, que reconheceram a união homoafetiva como entidade familiar, o que restou consagrado no âmbito da ADI n. 4277 e da ADPF n. 132. A investigação aponta que omissão legislativa é motivo de insegurança jurídica, sobretudo quando a homossexualidade é discriminada e tratada com repulsa por alguns segmentos sociais, e conclui, a partir da legítima atuação da jurisdição constitucional, pela conformidade legal e pertinência jurídica da autoaplicabilidade do casamento civil homoafetivo, demonstrando que tais decisões foram o divisor de águas para a consolidação de conquistas em prol dos homossexuais, inaugurando-se, desde então – em caráter vinculante e com eficácia *erga omnes* – a elevação da união contínua, pública e duradoura, entre pessoas do mesmo sexo, ao patamar de entidade familiar constitucionalmente protegida.

Palavras-chave: União Estável e Casamento Civil Homoafetivo; Princípios Constitucionais; Força Normativa; Nova Hermenêutica Constitucional; Concretização Constitucional.

ABSTRACT

The concept of family, attributed throughout the twentieth century, has undergone profound changes function, nature, composition and, consequently, the design, especially after the advent of the welfare state. The patriarchal family frame traditionalist, formed exclusively by the union between man and woman, that Brazilian legislation taken as a parameter from Cologne, was in crisis, culminating in his downfall, in legal terms, by the values entered from the Constitution of 1988, which incorporated the changes of values and socio-cultural customs that surfaced in the Brazilian post-modern society. Despite the legal character of improvement and also the ideological bias and price undertaking now being given to the constitutional protection built around the dignity of the human person, the fact is that Brazilian law does not expressly cover the legal effects of affective relationships, lastingly, between persons of the same sex. The overall objective of this dissertation is to investigate scientifically the evidence of the constitutional protection of same-sex relations, laying the foundation, with support hermeneutical guidelines on standards that ensure the legal bulwark for the recognition of marriages between persons of the same sex on condition of entities constitutionally protected family. Therefore, the scope to address the issues raised during the investigation, the research uses a hermeneutic able to give legal force to the implicit and explicit constitutional principles, among them the freedom, human dignity, equality, affection, solidarity and the prohibition of discrimination of any kind as a means of promoting the recognition of legal protection applicable to same-sex relations. And in line with this approach, also examines the decision of the Supreme Court in the seat of abstract control of constitutionality, which recognized the homosexual union as a family entity, which remains enshrined within the ADI n. 4277 and ADPF n. 132. Research indicates that legislative omission is a cause of legal uncertainty, especially when homosexuality is discriminated against and treated with disgust by some social segments, and concludes from the legitimate action of the constitutional jurisdiction for legal compliance and legal relevance of the applicability same-sex civil marriage and stable conversion into marriage against homosexuals, demonstrating that such decisions were the watershed for the consolidation of achievements in favor of homosexuals, is inaugurating since then - in binding character and for all effectiveness - high continuous, public and lasting union between persons of the same sex, the family unit level of constitutionally protected.

Keywords: Stable Union and Civil Marriage Same-Sex; Constitutional Principles; Normative Force; New Constitutional Hermeneutics; Constitutional Implementation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	Agravo Regimental
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
CC/2002	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos ECA Estatuto da Criança e do Adolescente
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística RE Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O CONCEITO DE FAMÍLIA E A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	17
2.1	AS ENTIDADES FAMILIARES SOB A ÓTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	17
2.2	O ENQUADRAMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS ENQUANTO ENTIDADES FAMILIARES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDAS	22
2.3	AS UNIÕES HOMOAFETIVAS SOB A ÓTICA DAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS	32
3	OS DILEMAS RELATIVOS À REGULAMENTAÇÃO DAS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	43
3.1	O POSITIVISMO CLÁSSICO E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	43
3.2	A TRILHA PROPOSTA PELO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA: OS NOVOS VALORES QUE ORIENTAM OS ATUAIS CONTORNOS DAS RELAÇÕES FAMILIARES	46
3.3	A LACUNA LEGISLATIVA QUANTO À TUTELA DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E OS PRECEITOS FUNDAMENTAIS SUPOSTAMENTE VIOLADOS	61
3.3.1	Os princípios enquanto vetores axiológicos do sistema	64
3.3.1.1	O sobreprincípio da dignidade da pessoa humana	66
3.3.1.2	O fator <i>homoafetividade</i> frente à dualidade protetiva insculpida nos princípios da igualdade e da vedação à discriminação	69
3.3.1.3	O direito à liberdade, do qual decorre a autonomia privada	74
3.3.1.4	O princípio da segurança jurídica	76
3.3.2	As críticas ao pós-positivismo no atual contexto do direito das famílias	79
4	A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE SUPRESSÃO DOS EFEITOS DECORRENTES DA LACUNA NORMATIVA	89
4.1	O MARCO NORMATIVO-CONSTITUCIONAL PARA A CRIAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO STF	90
4.1.1	A atuação jurídico-política do Supremo Tribunal Federal e a decisão proferida na ADI nº 4277 e na ADPF nº 132: uma quebra de paradigmas	91

4.1.2	A Nova Hermenêutica: o método interpretativo constitucionalmente adequado	112
4.1.3	<i>A Teoria da Força Normativa da Constituição e a Teoria Estruturante do Direito</i> como marcos teóricos planificadores da concretização constitucional	119
4.2	A DECISÃO DO STF E A CRÍTICA EM TORNO DA USURPAÇÃO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA E DA QUEBRA DO PACTO CONSTITUINTE	126
4.3	A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE À LUZ DA <i>CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA</i> , DE RONALD DWORKIN, E DA <i>TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DISCURSIVO</i> , DE ROBERT ALEXY	127
5	A CONSTRUÇÃO DA TUTELA HOMOAFETIVA A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	135
5.1	A CONCRETIZAÇÃO, EM CARÁTER <i>ERGA OMNES</i> , DA TUTELA APLICÁVEL ÀS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	135
5.2	A AUTOAPLICABILIDADE DO CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO MEDIANTE A RESOLUÇÃO Nº 175 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	137
6	CONCLUSÃO	146
	REFERÊNCIAS	151

1 INTRODUÇÃO

O conceito de família, atribuído ao longo do século XX, sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado Social. No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou gradativamente a se interessar de forma mais proativa pelas relações humanas, mais especificamente no que tange à afirmação dos predicados ontológicos da pessoa humana enquanto objetivo central do direito.

Assim, a moldura – praticamente estanque à época – de família patriarcal, tradicionalista, formada exclusivamente pela união entre homem e mulher, que as legislações brasileiras tomaram como parâmetro desde a Colônia – perpassando, também, pelo período do Império e tendo perdurado durante boa parte do século XX – entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos a partir da Constituição de 1988.

O desafio que se coloca atualmente ao jurista e ao direito, mormente ante a superação do individualismo jurídico e a concepção do atual modelo de estado democrático de direito, é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica, e não mais como simples e abstrato sujeito de relação jurídica.

Deste modo, com o advento da Carta Magna de 1988, a pessoa humana passou a ser colocada como centro das tutelas jurídicas mais importantes para a sociedade, motivo pelo qual se passou a valorar materialmente, desde então, o “ser” e não somente o “ter”. A mudança em tal forma de percepção reflete o fenômeno atualmente verificado – e cada vez mais fortalecido – da *Repersonalização do Direito* no âmbito não só no Direito das Famílias, mas em todo o ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando que a quebra de paradigmas patrocinada a partir da Constituição de 1988 é um processo que avança, revalorizando a dignidade humana e tendo a pessoa como centro principal da tutela jurídica, antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais, nomeadamente durante a hegemonia do individualismo proprietário que determinou o conteúdo das grandes codificações do Estado Liberal.

Não obstante o aprimoramento de caráter jurídico e, também, do viés ideológico e compromissório que passou a ser conferido ao foco das normas positivadas, fato é que o ordenamento jurídico brasileiro (constitucional e infraconstitucional) não regula especificamente, de forma expressa e objetiva, os efeitos jurídicos decorrentes das relações afetivas havidas entre pessoas do mesmo sexo. Evidentemente, essa omissão legislativa é

motivo de insegurança jurídica, sobretudo quando a homossexualidade é discriminada e tratada com repulsa por alguns segmentos sociais. No entanto, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor, implementado, talvez, de forma até mesmo proposital por parte dos poderes constituídos incumbidos da regulamentação da matéria no âmbito legislativo, consoante análise que será empreendida ao longo deste estudo.

Assim, além da invocação das normas da Constituição Federal que tutelam especificamente as relações familiares, a doutrina tem encontrado fundamento para as uniões homossexuais no âmbito dos direitos fundamentais, sediados no art. 5º, notadamente os que garantem a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Vale ressaltar que a própria Constituição de 1988 se incumbiu em agregar ao conceito de *entidade familiar* as relações decorrentes da união estável e “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, consoante previsão do art. 226, § 4º. Além do mais, a ciência, ao trazer as possibilidades de inseminação artificial e métodos contraceptivos, promoveu, de forma preponderante, uma alteração de valores no mundo do direito para não mais considerar que a “prole” e a “capacidade procriativa” – elementos ínsitos à antiga concepção de família – sejam fatores determinantes para que, nos dias atuais, o relacionamento entre duas pessoas mereça ou deixe de merecer proteção legal.

As alterações do modelo tradicional de família, ainda em curso, bem como a própria diversidade sexual verificada no mundo empírico dos fatos, impõem, inevitavelmente, a necessidade de releitura do conteúdo literal do texto normativo, de forma a se buscar uma real funcionalidade à “letra fria” da norma positivada, ainda mais considerando o atual estágio de insuficiência legislativa em relação à matéria, que é relativa à tutela de interesses tão caros para a sociedade e que dizem respeito diretamente à afirmação da dignidade humana de grupos minoritários.

Os sujeitos historicamente afetados não só pelo preconceito, mas também pela ausência de expressa regulamentação normativa, encontram-se nas esquinas de uma vida que nem sempre é a vida que pediram ou desejaram e, aí, têm de agir para viver. Dessa forma, constroem a história, nem sempre a história que desejam, mas a história possível, aquela que as circunstâncias lhes permitem escrever e vivenciar.

Diante de tal fenômeno contemporâneo, um dos maiores avanços do direito brasileiro é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, de forma a superar o efeito meramente simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava, fato

que contribuía, em um passado não tão distante, para a frustração das forças sociais que pugnavam por sua efetivação no plano constitucional, além de contemplar a resistente concepção do liberalismo jurídico, que repugna a intervenção dos poderes públicos nas relações privadas.

Desta forma, surge uma indagação relevante em relação à utilização da afetividade e da solidariedade familiar, na condição de princípios constitucionais norteadores da atividade interpretativa voltada para o adequado enquadramento dos diversos modelos de entidades familiares brasileiras: seriam tais princípios uma mera abstração, uma pura idealidade retórica, ou são eles fatos e valores jurídicos, são verdadeiras normas-princípios, cujas diretrizes podem ser identificadas – ainda que implicitamente – na Constituição Federal de 1988 e em regras infraconstitucionais que alicerçam o arcabouço normativo aplicado ao Direito das Famílias?

Na investigação dos problemas acima levantados, buscar-se-á responder as seguintes indagações: Qual o papel da afetividade e da solidariedade no contexto das relações familiares contemporâneas? A afetividade e a solidariedade familiar são fatos, valores, princípios e deveres? Quais os critérios constitucionais e infraconstitucionais que dão suporte à moldura de entidade familiar idealizada pelo constituinte? Quais os princípios constitucionais que podem ser invocados para a resolução de casos difíceis no âmbito do direito das famílias – especialmente os que envolvam a tutela das relações homoafetivas –, promovendo o equilíbrio entre a consistência constitucional e a adequação social? As decisões judiciais fundadas unicamente na interpretação/aplicação dos princípios constitucionais afetam a segurança jurídica das relações jurídicas e sociais, ou seja, causam incerteza (instabilidade e insegurança) sobre o entendimento jurisprudencial em relação às questões familiares ou, ao contrário, repercutem na possibilidade de avançar nos pensamentos jurídicos, acompanhando a realidade?

No escopo de solucionar as problemáticas acima suscitadas, a pesquisa pretenderá utilizar uma hermenêutica capaz de conferir força normativa aos princípios constitucionais implícitos e explícitos, dentre estes o da liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade, bem como o da proibição da discriminação de qualquer natureza, como meio de promover o reconhecimento da tutela jurídica aplicada às relações homoafetivas, ainda não reguladas expressamente pelas legislações brasileiras.

Se investigará, ainda, que, além das construções teóricas formuladas sistematicamente pela doutrina em relação ao assunto, o próprio Judiciário vem, de forma progressiva, adotando uma postura a fim de tutelar juridicamente os efeitos decorrentes dos

relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. O Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de controle abstrato de constitucionalidade, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, o que restou consagrado no âmbito da ADI n. 4277, de autoria da Procuradoria Geral da República, bem como no da ADPF n. 132, promovida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Tais decisões foram o divisor de águas para a consolidação de conquistas em prol dos direitos homossexuais, inaugurando-se, desde então – em caráter vinculante e com eficácia *erga omnes* – a elevação da união contínua, pública e duradoura, entre pessoas do mesmo sexo, ao patamar de entidade familiar constitucionalmente protegida.

A partir do efeito jurídico almejado por tais decisões, viu-se, de fato, que a democracia constitucional pode ser fortalecida, além de uma mera intenção retórica de um discurso oficial. Em verdade, pode e deve ser fortalecida, vez que se trata de enfrentar diretamente a situação posta, estabelecendo, ainda que indiretamente, por uma via contramajoritária, os excluídos como o novo referencial “instituinte”.

No entanto, apesar de tal reconhecimento pelo STF construir um lastro de fundamentos constitucionais para a solução dos casos em que a proteção à identidade sexual é ameaçada, os efeitos práticos dessa decisão continuam, ainda, incertos, não só pelas críticas formuladas pela doutrina em relação ao modo como o assunto foi “resolvido”, mas, sobretudo, devido à persistência da discriminação, das posições conservadoras de interpretação da norma e de incitações de repúdio e intolerância – por parte da sociedade e, inclusive, de alguns juristas – em detrimento dessa nova conquista.

Cabe, portanto, investigar se as decisões do STF são pertinentes – do ponto de vista formal e jurídico –, bem como se são suficientes para igualar os direitos dos homoafetivos aos dos heteroafetivos, prevendo, a partir daí, a possibilidade de conversão da união estável em casamento, como também da autorização do casamento civil para casais do mesmo sexo.

O objetivo geral desta dissertação será o de investigar, cientificamente, a evidência da tutela constitucional (e a concretização dos efeitos decorrentes) das relações homoafetivas, lançando bases, com apoio em diretrizes hermenêuticas, sobre as normas que assegurariam o sustentáculo jurídico para o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo na condição de entidades familiares constitucionalmente protegidas.

Para tanto, o marco referencial da interpretação será voltado, notadamente, aos preceitos inseridos no âmbito dos direitos fundamentais sediados no art. 5º da Constituição, que garantem a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade

da intimidade e da vida privada, além dos princípios aplicáveis especificamente ao microsistema do Direito das Famílias, como o da afetividade e solidariedade.

O presente estudo tem especial importância em virtude da carência de produção científica voltada à possibilidade de enquadramento das relações homoafetivas enquanto entidades familiares constitucionalmente protegidas, com a pretensão tanto de suprir quanto de oportunizar um debate inovador que contribua à Ciência do Direito, como ciência social aplicada. Ademais, esta pesquisa pretende contribuir tanto para a comunidade acadêmica quanto para os profissionais que atuam na aplicação do direito em questões familiares, revelando em detalhes e agrupando num único documento de nível de pós-graduação *stricto sensu* grande parte do que já foi escrito e debatido sobre a temática no Brasil, principalmente no que tange à interpretação constitucional no campo do Direito das Famílias.

Além do mais, esta análise – focada sobre uma realidade até agora descuidada do rigor científico e da técnica legislativa –, poderá subsidiar a opinião pública com alternativas que se mostrem válidas e efetivas, bem como colaborar com o avanço do processo democrático e de construção da cidadania, por meio do oferecimento de balizas científicas que propiciem a efetiva garantia de direitos aos sujeitos envolvidos.

A metodologia a ser utilizada neste estudo consiste numa pesquisa exploratória e descritiva feita por meio de livros, artigos científicos, jurisprudências, monografias e através de consulta a periódicos especializados. A pesquisa exploratória terá por objetivo proporcionar uma maior proximidade do leitor com o problema a ser abordado, possibilitando o aprofundamento do tema. Já a pesquisa descritiva visa à descrição das características e variáveis da temática a ser estudada, estabelecendo relações entre elas. Para tanto, utilizar-se-á de estudos bibliográficos e jurisprudenciais que facilitarão a compreensão do leitor.

O foco deste estudo será tanto a investigação doutrinária, quanto principiológica e jurisprudencial, sendo a primeira voltada para uma análise e discussão do material bibliográfico levantado, e a segunda voltada para os critérios utilizados pelo STF para o enquadramento das uniões homoafetivas enquanto entidades familiares constitucionalmente protegidas. Serão também utilizados os seguintes métodos: histórico, para traçar um referencial histórico-evolutivo; analítico-sintético; exegético-jurídico, para interpretação dos textos legais; e comparativo, de confronto de posicionamentos.

Para estudar a interpretação judicial fundada na constitucionalização do Direito das Famílias será empregado o método dedutivo de abordagem, partindo de uma apreciação geral do tema, para um particular, com o objetivo de fornecer um embasamento teórico sobre o assunto, e conseqüentemente uma melhor compreensão de suas peculiaridades. Utilizar-se-á

de doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, da legislação e jurisprudência nacional, de regras e princípios tanto constitucionais quanto civis.

Com relação aos métodos de procedimento, usar-se-á do método de interpretação, analisando o conteúdo das decisões judiciais proferidas no âmbito do STF quando do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132. E para a persecução dos objetivos deste estudo, empregar-se-ão como técnicas de pesquisa: o exame da legislação e jurisprudência sobre o assunto, a bibliografia pertinente por meio de livros, revistas, jornais, artigos e periódicos, de documentos jurídicos, constituindo-se, assim, uma pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental.

Nesse diapasão, será empreendido, ao longo do segundo capítulo, estudo sobre o conceito de família e a sua evolução histórica. A seguir, serão tecidas considerações acerca da proteção constitucional direcionada à família, a partir do estudo das entidades familiares na atual constituição brasileira, bem como sobre as nuances que aproximam ou distanciam o enquadramento, no Brasil, das uniões homoafetivas na condição de entidades familiares constitucionalmente protegidas, bem como sobre o modo como as uniões entre pessoas do mesmo sexo são tratadas no âmbito das mais variadas legislações estrangeiras.

Ao longo do terceiro capítulo serão analisados os dilemas relativos à regulamentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo, mormente sob a ótica das teorias positivistas clássicas e do paradigma pós-positivista, oportunidade em que se voltará especial atenção aos elementos da afetividade e solidariedade familiar, enquanto novos valores que orientam as relações familiares e novos arquétipos na interpretação constitucional do Direito das Famílias.

Logo depois, serão analisados os reflexos da lacuna legislativa no tocante à tutela das relações homoafetivas, bem como os preceitos fundamentais supostamente violados diante de tal omissão do constituinte, oportunidade em que serão estudados, dentre outros, os princípios da dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e da igualdade e seus reflexos no âmbito do direito das famílias; os novos paradigmas da família, que surgem a partir da transformação ocorrida na pós-modernidade e dos princípios constitucionais e infraconstitucionais específicos que norteiam as relações familiares, finalizando-se a abordagem com as críticas existentes no âmbito doutrinário em relação à aplicação da teoria pós-positivista no atual contexto constitucional do direito das famílias.

A seguir, no quarto capítulo, será analisado o papel da jurisdição constitucional enquanto mecanismo de supressão dos efeitos decorrentes da lacuna legislativa, considerando a possibilidade de atuação da via contramajoritária enquanto fator de equilíbrio entre a consistência do texto constitucional e a adequação social. Serão abordadas as nuances dos

votos dos Ministros e as teorias hermenêuticas postas em práticas pelo STF quando do julgamento da ADI nº 4277 e na ADPF n.º 132, oportunidade em que serão apresentadas as virtudes e as críticas em torno do ativismo judicial exercido pela Suprema Corte, demonstrando se as referidas decisões, fundadas em princípios constitucionais, afetam a segurança jurídica, causando incerteza sobre o entendimento jurisprudencial nas questões familiares, ou, ao contrário, repercutem na possibilidade de avançar nos pensamentos jurídicos, mudando positivamente a realidade jurídica.

Por fim, no quinto capítulo será analisada a construção da tutela das relações homoafetivas a partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a concretização da homoafetividade em caráter *erga omnes* a partir da atuação da jurisdição constitucional, verificando-se a pertinência jurídica da autoaplicabilidade do casamento civil homoafetivo ou da conversão da união estável em casamento em relação aos homossexuais.

2 O CONCEITO DE FAMÍLIA E A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 AS ENTIDADES FAMILIARES SOB A ÓTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Originariamente, a ideia de família encontra-se estabelecida na necessidade humana de viver com outros da mesma espécie, e a vida em comum confirma a visão aristotélica de que o homem é, por essência, um “animal social”.¹ Esse convívio entre os indivíduos se instaura, num primeiro plano, a partir de grupos menores, representativos de células de um organismo ou comunidade, que em tempos remotos eram organizados em tribos. Seus membros dividiam tarefas para a consecução de objetivos comuns, muitas vezes ligados à ideia de sobrevivência e multiplicação da espécie.²

Logo, o núcleo familiar representa a célula social inicial de contato de um novo ser, a partir de onde se originava a comunidade formada pela reunião de várias dessas células. É o lugar em que primeiramente se insere um indivíduo, desde o seu nascimento até o seu desenvolvimento em vida.

Por figurar como *locus* comum de interseção de indivíduos, sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu ao longo dos tempos, tais como a religiosa, política, econômica e procracional. Sua estrutura, em tempos pretéritos, era essencialmente patriarcal, legitimando com plenitude a ingerência e o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher (poder marital) e sobre os filhos (pátrio poder).³

As funções religiosa e política – antes existentes de forma mais evidente – praticamente não deixaram traços no modelo de família atual, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura de hierarquia vertical foi substituída pela coordenação e comunhão de objetivos e de vida, fundada em interesses ligados à ideia de cooperatividade.

¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 32.

² “Definir o homem como ser social implica muitas coisas. Primeiro, que sua origem é social, ou seja, que sua existência biológica depende de outros. Todo indivíduo humano é gerado por um homem e uma mulher. Essa dependência biológica de outros indivíduos se estende nitidamente pelos primeiros anos da vida: a criança depende absolutamente, em sua primeira infância, dos adultos que cuidam dela, os quais, a maior parte das vezes, são os mesmos que a geraram, isto é, seus pais. O indivíduo nasce, portanto, em um grupo humano, quase sempre a família. Essa constitui, em suas diversas modalidades culturais, o grupo humano elementar, no qual o indivíduo recebe o sustento necessário para subsistir e começa seu processo de educação ou socialização.” (ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 33).

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

A realização pessoal da afetividade⁴, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época atual. De fato, suas antigas funções feneceram, desapareceram ou desempenham, atualmente, papel apenas secundário. Até mesmo a função procracional – antes prevalente no seio familiar tradicional, confundindo-se, indissociavelmente, com o seu próprio conceito ou finalidade – deixou de ser seu escopo precípuo, haja vista a primazia que passou a ser atribuída ao afeto e à solidariedade.

O cerne da família atual busca sua identificação em razão da solidariedade (art. 3º, I, da Constituição)⁵, como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos. Não cabe, nos dias hodiernos, perquirir a natureza da família ou discriminar a moldagem biológica dos seus integrantes, mas avaliar o efetivo vínculo de afeto como elo essencial entre os indivíduos. Atualmente, a estrutura familiar encontra-se construída sobre essa viga mestra, pouco importando se os filhos são naturais, se foram concebidos em laboratório, adotados ou se os companheiros desse núcleo original são pessoas de sexos iguais ou diferentes.⁶

Os ideais iluministas trouxeram ao homem a consciência de si e a libertação das amarras dos padrões que dirigiam o modo de vida em sociedade. A família construída sobre uma estrutura matrimonial entre um homem e mulher que procriavam era o único modelo familiar considerado socialmente. Relações diversas deste liame eram consideradas espúrias, como é o caso dos filhos havidos fora do casamento (adulterinos), o concubinato decorrente do adultério e as diferenciações entre filhos biológicos dos adotivos.⁷

A vocação procriativa da família foi por muito tempo uma condição relevante de uma época em que a população não se concentrava em centros urbanos. Naquele contexto, havia a cultura de que quanto mais integrantes uma família pudesse ter, melhores seriam as possibilidades de sucesso nas atividades exercidas, especialmente no campo.

A partir da urbanização e do crescente êxodo rural, decorrentes da evolução do capitalismo posterior à Revolução Industrial, o modelo de família foi sendo gradualmente

⁴ Já no ano de 2005, antes mesmo do julgamento dos casos judiciais mais paradigmáticos em relação ao tema da homoafetividade – antes mesmo, inclusive, das tratativas iniciais em torno da confecção e submissão do Projeto de Lei chamado de “Estatuto das Famílias”, Maria Berenice Dias já afirmava que “o elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2005. p. 39).

⁵ “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária.” (BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016).

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

⁷ *Ibidem*, p. 37.

alterado, na medida em que o próprio sistema de urbanização e de expansão do modo de produção capitalista avançava. Não era mais possível a manutenção de uma grande prole no seio familiar, sobretudo diante das dificuldades sociais e econômicas que se multiplicaram no curso desse processo. As pessoas deixaram os campos em busca de oportunidade de trabalho na crescente propagação industrial. A partir de então, não era mais interessante a manutenção de uma família numerosa e a procriação foi pouco a pouco deixando de ser o norte para a constituição dessa entidade.⁸

Assim, a família, na sociedade de massas contemporânea, sofreu as vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu também no Brasil. Por outro lado, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e acabou por contribuir, também, para a remodelação estrutural e conceitual da família. São esses, portanto, os dois principais fatores do desaparecimento do antigo modelo de família patriarcal e da função procracional.

A unidade familiar, reinventando-se socialmente por imposição dos grandes acontecimentos históricos, reencontrou sua unidade na *affectio*, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas. A afetividade, assim, desponta hodiernamente como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando, tanto quanto possível, a instituição jurídica “família” da sua faceta social.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, “a afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade.”⁹ Por isso, tratando-se a família do primeiro ambiente de experiência do exercício da dignidade humana, cabe ao Estado preservá-lo e protegê-lo como a ser estendido para a sociedade como um todo.

Em face dos atuais valores vigentes, é irrelevante perquirir-se o motivo, o modo ou a razão da constituição da unidade familiar; irrelevante, de igual forma, questionar se existe casamento, filhos ou se estes filhos são biológicos ou não. O cerne da questão reside precipuamente no afeto. Se há afeto, ele é capaz de reunir condições suficientes para ambientar o exercício das liberdades de intimidade, no comum esforço de seus integrantes de garantir a todos a dignidade para enfrentar o mundo.¹⁰

Na medida em que a família deixou de ser concebida como base do Estado para ser o *locus* íntimo das mais variadas aspirações existenciais humanas, manifestou-se uma tendência

⁸ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 52.

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

incoercível do indivíduo moderno de privatizar suas relações amorosas, afetivas, e de rejeitar que sua esfera de intimidade esteja a depender da tutela da sociedade, do Estado e, portanto, do direito. Atualmente, as demandas são de mais autonomia e liberdade e de menos intervenção estatal na vida privada, pois a legislação sobre família foi, historicamente, mais cristalizadora de desigualdades e menos emancipadora.

De toda a análise empreendida sobre a evolução da família ao longo dos tempos, é possível constatar que o atual conceito de entidade familiar não mais se amolda às necessidades e convenções do passado. Ante a atual normatização insculpida em relação ao assunto, percebe-se que a finalidade do constituinte não foi a de definir o que viria a ser “família”, mas sim, tão somente, de garantir-lhe especial proteção, vez que a Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar da ordem social, estatui, no *caput* do art. 226, “especial proteção do Estado”¹¹ ao núcleo familiar. Portanto, o cerne desta proteção está voltado à estrutura familiar; é a família que merece proteção.

A família, ao converter-se em ambiente de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função, fundada no afeto, na cooperação, e tendo-se a pessoa como a finalidade última de tutela jurídica. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*¹², que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que propriamente as suas relações patrimoniais. Tal movimento de conformação reflete de forma evidente a “coisificação da pessoa”¹³ (havida em razão do espírito de nossas legislações pretéritas), para ressaltar, em essência, sua dignidade, enquanto elemento supremo de proteção. Logo, a família é o espaço por excelência da repersonalização do direito.

A atual Constituição Federal ofereceu proteção à família em seu artigo 226, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”; em seu § 3º estendeu essa proteção à união estável, reconhecendo-a como entidade familiar; e em seu § 4º estendeu sua proteção também à família monoparental¹⁴, produzindo então uma profunda revolução social ao emprestar juridicidade a novas formas de vínculo não sacramentados pelo matrimônio, quebrando a hegemonia deste para a formação da família. Não foi, porém, estendida expressa proteção estatal aos homossexuais, que na atualidade reclamam a existência de legislação que trate especificamente sobre o assunto e que contribua para a minoração da insegurança jurídica.

¹¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

¹³ *Ibidem*, p. 22.

¹⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

Não obstante, caso a norma objetivasse conceituar família ou enumerar taxativamente quais das suas espécies poderiam ser amparadas pela Constituição, seu conteúdo elencaria um rol fechado de estruturas que caberia ao Estado proteger, o que não é o caso¹⁵, conforme se depreende da própria leitura do *caput* do art. 226 da Constituição Federal.¹⁶

A hipótese normativa-constitucional não comporta definição de uma eventual estrutura social ou moldura voltada ao enquadramento taxativo de família, uma vez que essa entidade não é fruto da vontade ou da necessidade de uma organização jurídica que se concretiza com a ratificação estatal. Ao contrário de outras instituições, como empresas, associações etc., a família existe de fato e encontra-se por essa razão legitimada, independentemente do reconhecimento do Estado.

Nesse sentido, concebe Luiz Edson Fachin que “o compromisso com a cidadania impõe uma nova forma de caminho para o reconhecimento da formação familiar e, para tanto, amplia-se o entendimento do direito de família para além do estabelecido no Código Civil, valendo-se dos princípios instituídos pela Carta Constitucional e pela formação jurisprudencial, para compreender e reconhecer a dinâmica dos novos tempos”.¹⁷

A entidade familiar existe, portanto, a partir da convivência pública, contínua e duradoura de seus membros, no sentido de empreender esforços comuns de liame afetivo. O que prevalece para o conceito jurídico empreendido na Carta Magna é que o centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva.¹⁸ A família passa, então, a ser uma entidade plural que não cabe ao Estado controlar, mas sim proteger.¹⁹

A repersonalização contemporânea das relações de família retoma o itinerário da afirmação da pessoa humana como objetivo central do direito. Essa centralidade na pessoa

¹⁵ Paulo Luiz Netto Lôbo pondera que os tipos de entidades familiares contidos no artigo 266 e seus parágrafos são meramente exemplificativos, pois o *caput* do referido artigo traz consignado um conceito amplo e indeterminado de família (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família e Cidadania, 3. Anais. Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG, 2002. p. 95 e 105).

¹⁶ Artigo 226, *caput*, da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016).

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-2.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 56.

¹⁹ O Estado não pôde mais controlar as formas de constituição das famílias. Ela é mesmo plural. O gênero família comporta várias espécies, como a do casamento, que maior proteção recebe do Estado, das uniões estáveis e a comunidade dos pais e seus descendentes (art. 226, CF). Essas e outras formas vêm exprimir a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 31-32).

humana foi acentuada na modernidade desde seu início, principalmente com o iluminismo, despontando na construção dos direitos humanos fundamentais e do conceito de dignidade da pessoa humana. No mundo atual, o foco na pessoa humana é matizado com a consciência da tutela jurídica devida aos outros seres vivos (meio ambiente) e da coexistência necessária, pois a pessoa existe quando coexiste (solidariedade).²⁰

Assim, a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais, que marcou o direito de família tradicional, não encontra eco na família atual, fincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade – “e que, por sua vez, inscreve o homem numa trajetória de direitos subjetivos onde o espaço do poder se abre para o terreno da liberdade de ser, ou de estar, e como se quer ser ou estar”.²¹

A afetividade, enquanto elemento nuclear, define o suporte fático da família tutelada pela atual Constituição brasileira, conduzindo, juntamente com outros elementos, ao fenômeno da repersonalização das relações de família.

2.2 O ENQUADRAMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS ENQUANTO ENTIDADES FAMILIARES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDAS

Ante as ponderações declinadas nos parágrafos anteriores, reside, como dúvida substancial, a seguinte indagação: as uniões homossexuais poderiam ser consideradas, efetivamente, como entidades familiares constitucionalmente protegidas?

A resposta ao referido questionamento necessita perpassar, necessariamente, por uma abordagem crítica e contextualizada em relação ao assunto, a fim de que, caso positiva, possa encontrar guarida através de uma análise ordenada, sistêmica e metódica das regras e preceitos que se espriam pela ordem jurídica brasileira em relação ao assunto, levando-se em

²⁰ A esse respeito, Martin Heidegger, em passagem emblemática, asseverou que “ser-no-mundo é ser-com os outros com os quais se coexiste em um mundo comum, cuja totalidade originária dos nexos de referência significativos já está sempre e de antemão aberta, isto é, compreendida por todos. O encontro dos outros já se dá sempre no âmbito de uma “familiaridade com o mundo” (*Weltvertrautheit*) constitutiva da compreensão de ser do ser-no-mundo, na concretude das preocupações e ocupações cotidianas compartilhadas. Isso também significa que o encontro do outro não se dá nunca, em primeiro lugar, por meio da atividade teórica de um sujeito disperso, isolado, pairando junto a todas as outras coisas mundanas, pois o outro já é, sempre, imediatamente reconhecido enquanto outro *Dasein*, isto é, como abertura estruturada pela compreensão de ser. Assim, mesmo quando vemos o outro meramente ‘em volta de nós’, ele nunca é apreendido como coisa-homem simplesmente dada, mas sempre já como outro que está conosco em um mundo comum compartilhado na linguagem, e mesmo pré-lingüísticamente.” (HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Rio de Janeiro, Vozes. 1988, § 26, v. 1, p. 171).

²¹ FACHIN, Luiz Edson. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-2 3-6.

conta, especialmente, o atual estágio de insuficiente normatização da matéria no âmbito legislativo.

Primeiramente, cabe ressaltar, ante o cerne da problemática proposta, que o Estado, por meio da sua função de “positivador” da norma, implementou a regulamentação da família segundo uma visão crítica e prioritariamente política, modelando-a conforme a conveniência e a função social que dela se esperava, postura que restou igualmente tomada pelo constituinte, de forma estratégica, em relação a outros assuntos considerados relevantes para a construção do modelo de tessitura social almejado.

Diante desse cenário, a Constituição Federal, em seu artigo 226, reconhece a família como base da sociedade, podendo ser fundada no casamento (§§1º e 2º), na união estável (§3º) ou na monoparentalidade (§4º), em nada referindo expressamente ao modelo de família fundado no relacionamento afetivo havido entre pessoas do mesmo sexo. Dispõe ainda no mesmo artigo 226 (§ 5º) que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.²²

Diferentemente do Código Civil de 1916, que reconhecia a família somente se constituída em face do casamento, o Código Civil de 2002, nos artigos 1723 a 1727, reconhece a união estável como entidade familiar, embora o texto legislativo condicione o enquadramento à norma à necessária verificação da dualidade de sexos entre os parceiros envolvidos.

No que tange ao casamento, o Código Civil estabelece em seu artigo 1514 que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. E, quanto à união estável, estabelece em seu artigo 1723 que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.²³

Valendo-se de uma interpretação literal da norma, percebe-se que nenhum dos dois diplomas estendeu efeitos protetivos em benefício dos homossexuais, apesar de a própria Constituição Federal não somente vedar a discriminação em face da opção sexual (art. 3º, IV), como também valorizar como cânone fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), bem como o princípio da igualdade e o direito à intimidade (art. 5º).²⁴

²² BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

²³ BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

Para Ives Gandra Silva Martins, “a Constituição proíbe seja considerada família a união de pessoas do mesmo sexo”, sendo imprescindível a dualidade de gêneros para que se possa constituir formalmente, no mundo jurídico, casamento ou união estável à luz do que prevê o artigo 226 da Constituição Federal.²⁵

No entanto, dentre outros fatores históricos já especificados no capítulo anterior, não se pode negar que a ciência, ao trazer gradativamente as possibilidades de inseminação artificial e métodos contraceptivos, contribuiu para a promoção de uma alteração de valores no mundo jurídico²⁶ para que não mais se considerasse a “prole” e a “capacidade procriativa” (elementos que figuram como a razão de ser da exigência da dualidade de sexos) como requisitos essenciais à proteção legal do relacionamento entre duas pessoas, independentemente do sexo que possuam.

Inclusive, em face dos inúmeros avanços científicos e tecnológicos verificados ao longo dos últimos anos, já é possível conceber, por exemplo, que uma mulher homossexual possa receber óvulos de sua companheira para fins de inseminação artificial. Em casos tais, a fim de que sejam salvaguardados interesses recíprocos relevantes – assim como os de crianças concebidas pelo processo natural e que convivem com pais homoafetivos – tem-se por conveniente a construção de uma norma clara e objetiva, despida o máximo possível de qualquer preconceção ou discriminação. Com isso, estaria o direito, por meio de expressa e inuvidosa previsão legislativa, contribuindo para naturalizar as diferenças de uma realidade importante – ainda negligenciada – e que, além disso, é tabu na nossa sociedade contemporânea.

Diante de uma maior abertura e tolerância da sociedade, como decorrência das graduais mudanças sociais verificadas nos últimos tempos, passou-se a alterar também os padrões de relacionamento entre os próprios homossexuais.²⁷ A necessidade de autoafirmação (já que a afirmação não é reconhecida externamente, pelos poderes constituídos) e de

²⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **União de homossexuais**. Carta Forense, 01 set. 2002. p. 1. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Matéria.aspx?id=4656>>. Acesso em 31/03/2016.

²⁶ Discorrendo sobre a concepção sistêmica do Direito, Paulo Bonavides assevera: “A interação é um processo que no sistema se desdobra – assevera Almond - em três fases: entrada (input), conversão (conversion) e saída (output). Diz ainda ele que os inputs e outputs põem o sistema político em relação com outros sistemas sociais, sendo, portanto, transações do sistema com o seu meio (environment) enquanto os processos de conversão se passam no interior do próprio sistema político. (...) Tendo por destinatário o meio (a Sociedade), os outputs podem acarretar mudanças, que, por sua vez, afetam o sistema político: ocorre então aquilo que na linguagem sistêmica tem o nome de feedback.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição – São Paulo: ed. Malheiros Editores, 2007, p. 122).

²⁷ Logo, homossexuais passaram a reivindicar o direito a serem reconhecidos como família, contestando a exclusividade do modelo heterossexual e ao mesmo tempo reforçando a importância de uma construção social: a família. Neste sentido, a homossexualidade revolucionária e contraventora nas décadas de 70 e 80, a partir dos anos 90 passa a ser assimilada e a compor o repertório de relações possíveis.

reconhecimento fez com que a homossexualidade fosse pouco a pouco inserida no contexto social, deixando de ser praticada às escondidas, à margem de uma repreensiva e preconceituosa norma social, propositadamente refratária aos interesses dos excluídos.

Além disso, os avanços verificados com o fortalecimento dos movimentos de liberdade – especialmente os feministas, que trouxeram alterações relevantes no campo familiar – fizeram com que a sociedade percebesse que o modelo de família patriarcal já não mais comportava os anseios da realidade vigente. Esse processo irradiou maior tolerância da sociedade diante de posturas ainda consideradas inadequadas.

O grito de liberdade, que deu voz aos movimentos de luta pelo reconhecimento da homossexualidade como orientação sexual que merece respeito, propiciou condições para que os relacionamentos passassem a ser mais duradouros e cada vez mais visíveis aos olhos da sociedade. O medo de tornar pública a homossexualidade foi aos poucos diminuindo, e ela passou a ser aceita gradualmente em vários espaços, especialmente na moda, nas artes e na cultura.

No entanto, em que pese os avanços verificados, fato é que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não regula especificamente as relações decorrentes da orientação homossexual, e isso é motivo de insegurança jurídica²⁸, sobretudo quando esse assunto ainda é discriminado pela população e tratado com repulsa por alguns segmentos sociais.

Não bastasse a falta de respaldo social à causa, até poucos anos atrás ainda era forte também na jurisprudência o entendimento de que as normas constitucionais nem as infraconstitucionais, incluindo o Código Civil, seriam capazes de tutelar a união homossexual sob a condição de entidade familiar.²⁹ Alguns tribunais brasileiros, ancorados em concepções ainda tradicionalistas, costumavam demonstrar maior receptividade para atribuição de efeitos às uniões homossexuais no plano do direito obrigacional, à semelhança do tratamento conferido às “sociedades de fato”, relativamente às questões patrimoniais envolvidas, para o que a competência de julgamento seria da Vara Cível comum e não da Vara de Família.³⁰

²⁸ Exponentes da doutrina nacional, como Zeno Veloso, Silvio Venosa, Carlos Mário da Silva Pereira, Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf e Silvio Rodrigues, se filiam à corrente que defende a inexistência do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e destacam que, no que tange à formação da família, não há como se falar em casamento homossexual, por causa da igualdade de sexos.

²⁹ TJSP, Ap 297.131-5/9-00, 2003; TJRS, Ap 70009791351, 2004. No mesmo sentido: “Revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo” (TJMG, AgI 1.0702.03.094371-7/001, 2005), invocando o art. 226, § 3º, da Constituição. Mas o 4º Grupo Cível do TJRS, em 9-5-2003, por maioria com voto de desempate, reconheceu união homossexual, para fins de o parceiro sobrevivente herdar os bens do falecido.

³⁰ STJ, REsp 323.370: “Relação homossexual. Inexistência de discussão acerca de direitos oriundos do direito de família. Competência da vara cível.” No REsp 148.897, o STJ também decidiu que “o parceiro tem direito a receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a sociedade de fato”.

No entanto, a realidade da vida e a complexidade das situações fáticas fizeram, ao longo dos últimos anos, com que a jurisprudência também se pronunciasse sobre os efeitos pessoais dessas uniões, fato que demonstra a fragilidade do tratamento analógico que foi – até pouquíssimo tempo atrás – posto como regra no âmbito dos tribunais brasileiros.

De fato, a omissão legislativa torna-se obstáculo decisivo para o reconhecimento dos direitos evidenciados a partir dos relacionamentos homoafetivos. O preconceito³¹ e as posições pessoais dos legisladores, dos juízes, ou seja, dos agentes políticos do Estado não podem ser aceitos como meios de punir o comportamento que não se enquadra nos padrões por eles aceitos ou por eles almejados para a moldura de sociedade ideal. O que ocorre, de fato, é uma omissão proposital³² do legislador, que deixa de assegurar os direitos dos cidadãos homossexuais e não enfrenta uma importante realidade social, que também necessita ser regulada especificamente, a fim de que seja consagrada não só a segurança jurídica, mas também outros predicados jurídicos em prol dos homossexuais.

Diante de tal panorama complexo e difuso, além da invocação das normas da Constituição que tutelam especificamente as relações familiares, a doutrina tem encontrado fundamento para as uniões homossexuais no âmbito dos direitos fundamentais, sediados no art. 5º, notadamente os que garantem a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.³³ Ante a omissão legislativa, tais normas assegurariam “a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente à pessoa humana”, dissolvendo-se a névoa de hipocrisia que encobre a negação desses efeitos jurídicos.³⁴

Setores da sociedade mais atentos à causa, bem como a própria doutrina jurídica, têm registrado a mudança de valores culturais que o direito não pode desconsiderar: nossa

³¹ O jurista Ives Gandra da Silva Martins manifestou publicamente repúdio à decisão de reconhecimento da união homoafetiva pelo STF mencionando que “este ativismo judicial, que fez com que a Suprema Corte substituisse o Poder Legislativo, eleito por 130 milhões de brasileiros – e não por um homem só -, é que entendo estar ferindo o equilíbrio dos Poderes e tornando o Judiciário o mais relevante dos três, com força para legislar, substituindo o único Poder que reflete a vontade da totalidade da nação, pois nele situação e oposição estão representadas.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Constituição “conforme” o STF**. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 mai. 2011. Opinião, p.3).

³² Maria Berenice reputa que esta omissão do legislador como covarde em decorrência do “receio de ser rotulado de homossexual, o medo de desagradar seu eleitorado e comprometer sua reeleição inibe a aprovação de qualquer norma que assegure direitos a quem é alvo de discriminação. (...) O parlamentar incorpora o papel de guardião de um moralismo conservador e condena à exclusão tudo o que refoge ao modelo convencional.” (DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p 251).

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

³⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo**. A nova família: problemas e perspectivas. Vicente Barreto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 114. No mesmo sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 89-112, jan./mar. 2000.

sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência, sob o mesmo teto ou não, de pessoas do mesmo sexo, por tempo duradouro.

Há, pois, uma urgência de ocupação de espaços, na interlocução civilizada com os diferentes atores sociais envolvidos direta ou indiretamente na causa, a fim de que a problemática em questão seja expressamente resolvida em âmbito legislativo.

Essa situação pode levar-nos à construção de uma democracia constitucional baseada além, tão somente, do ato da igualdade formal, pois essa é a nova face a ser construída no resgate das conquistas intersubjetivas, alentadas pela projeção maior do conceito de cidadania, uma vez que a plena cidadania exige em plenitude as condições de exercício da cidadania.

Movidos por esse sentimento de construção de um novo referencial instituinte, e na busca por igualdade de direitos, vários casais homoafetivos acionaram o Poder Judiciário brasileiro no intuito de demonstrar que formam uma entidade familiar (baseada no afeto e na solidariedade) e não uma mera sociedade de fato de cunho empresarial³⁵, com mais direitos do que a uma simples partilha de quotas empresariais a ser julgada por um juiz da vara cível não especializada em conflitos familiares.

Por seu turno, os tribunais brasileiros, atentos à dinamicidade do modo de vida contemporâneo e, principalmente, à própria dissonância existente entre o texto positivado e o plexo de demandas sociais existentes – que estão a reclamar proteção legal – veio, nos últimos anos, avançando de forma substancial no que tange ao reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como exemplo de entidade familiar, valendo-se analogicamente da união estável, ou simplesmente como entidade familiar autônoma.

Entre os direitos que já vinham sendo identificados pelo Superior Tribunal de Justiça desde o ano de 2005, pode-se citar: a) o uso da ação declaratória como instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência desse tipo de parceria (REsp nº 827962-RS julgado em 21/06/2011), contanto que ficasse provado entre os envolvidos os pressupostos próprios de uma entidade familiar, sendo este uma competência da vara de família; b) que o Instituto Nacional do Seguro Social e a Previdência Privada (no caso Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil) deveriam pagar pensão ao companheiro homoafetivo

³⁵ Exemplo emblemático deste tipo de decisão restou retratado no julgamento da ação promovida no Rio de Janeiro (em maio de 1988 – antes da CF/88) pelo companheiro sobrevivente (o fotógrafo Marco Rodrigues) em face do espólio de Jorge Eduardo Guinle Filho, o artista plástico Jorginho, que faleceu, em 1987, em decorrência de AIDS. A decisão foi proferida pelo TJRJ, pela 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 731/89, julgada em 08/08/1989: "(...) Deve-se observar, desde logo, que nenhuma importância tem, para apreciação do pedido, a natureza das relações que ligaram o autor à pessoa de Jorge Guinle, não cabendo aqui qualquer discussão sobre se, entre eles, existiu este ou aquele tipo de relacionamento, apresentando-se pois inteiramente despropositadas as considerações feitas pelo réu, ora apelante, a respeito de possíveis ligações amorosas ou sexuais entre o autor e o finado Jorge". (Disponível em <<http://tjrj.jus.br>> Acesso em 01/08/2016).

do segurado falecido (REsp nº 395.904-RS julgado em 13/12/2005); c) a inscrição do companheiro homoafetivo em plano de saúde (REsp nº 238.715-RS julgado em 02/10/2006).³⁶

Do mesmo modo, alguns tribunais estaduais já estavam equiparando, caso a caso, o status de família à união estável. Inclusive, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte reconheceu, pela primeira vez, em Julho de 2010, uma união homoafetiva, ocorrida no período compreendido entre o ano de 1990 a 2003, mantida entre duas mulheres, para que fosse equiparada ao status de união estável e decretou a dissolução da união, bem como determinou a partilha igualitária dos bens adquiridos no período de convivência entre as partes.

A união homoafetiva foi efetivamente alçada como espécie de entidade familiar e reconhecida como união estável somente através da atuação do STF, em maio de 2011, quando do julgamento da ADPF 132 e ADPF 178, transformada na ADI 4277/DF, cujo acórdão foi publicado em outubro de 2011. Apesar de algumas divergências quanto à fundamentação da decisão, em especial dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, o STF reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, mas tal matéria ainda está aberta à conformação legislativa.

Assim, no que tange à tutela da matéria no âmbito legislativo³⁷, denota-se que o óbice basilar para o reconhecimento legal da união entre pessoas do mesmo sexo é o preconceito e o desconhecimento das intrínsecas particularidades que envolvem o homossexual, que se vê submetido a inúmeros dissabores, frustrações e humilhações, sendo-lhe subtraído o direito à constituição familiar, em veemente desrespeito aos direitos humanos e à própria condição ontológica do indivíduo.

Parece que ainda não se chegou ao patamar das verdadeiras liberdades democráticas no Brasil, porque há segmentos da população civil obstruídos de participação pública, por estarem presos à necessidade de reconhecimento e afirmação social.³⁸ Fala-se, aqui, de democracias (como é o caso do Brasil), ainda que assoladas pelo formalismo burocrático de um Estado Gerente, não se tratando, portanto, de lugares onde as sombras ditatoriais de

³⁶ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140-159.

³⁷ Uma saída, talvez, para a regulamentação definitiva da matéria no plano Legislativo seja a aprovação do Estatuto das Famílias, Projeto de Lei (nº 2.285/2007) que tramita atualmente na Câmara dos Deputados. O texto desse projeto tenta definir o que pode ser considerado uma entidade familiar no Brasil e contempla a união homoafetiva como entidade familiar, assegurando aos parceiros direitos como a guarda e convivência com os filhos; a adoção de filhos; direito previdenciário e direito à herança.

³⁸ PIRES, Cecília. **Ética da Necessidade e outros desafios**. São Leopoldo: Ed.Unisinos, 2004, p. 06.

fundamentalismos ideológicos ou religiosos estejam a impedir a plena participação isonômica na vida pública.

Tomando-se como plano de fundo o cenário brasileiro, a não aceitação social da homoafetividade – fortalecida pelas posições resistentes adotadas pelo Legislativo – leva à não assimilação dos homossexuais no âmbito das relações sócio-jurídicas, eximindo-os, desta maneira, da aquisição plena de prerrogativas civis, bem como do livre desenvolvimento de sua personalidade, uma vez que, na ótica da lei positivada, não encontram-se, ainda, formalmente enquadrados na condição de entidades familiares.

Contudo, pode-se concluir que, com a evolução dos tempos, o perfil da família alterou-se, e o afeto que permeia a inserção familiar faz permitir que formas novas de família reclamem proteção estatal, independentemente do estágio de atualização ou adequação que se verifique nas normas positivadas. Quanto aos demais tipos de entidades familiares, não previstos pela CF, a análise detida da dimensão e do alcance das normas e princípios contidos no art. 226 da Constituição, em face dos critérios de interpretação constitucional – notadamente do princípio da concretização constitucional –, leva ao convencimento da superação do *numerus clausus*³⁹ das entidades familiares.

Assim, ao contrário da longa tradição ocidental e das constituições brasileiras anteriores, de proteção preferencial à família, como base do próprio Estado e da organização política, social, religiosa e econômica, a Constituição de 1988 mudou o foco para as pessoas que a integram, razão pela qual a família, na atualidade, comparece como sujeito de deveres mais que de direitos, uma vez que não é a família (em si mesmo considerada) que é constitucionalmente protegida⁴⁰, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

No caput do art. 226⁴¹ da Constituição Federal operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há, na atualidade, qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as

³⁹ Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são, portanto, meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa.

⁴⁰ Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias “ilícitas”, desse modo consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único (matrimonial), em torno do qual o direito de família se organizou.

⁴¹ Art. 226 da CF/88: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução/complemento “constituída pelo casamento” (existente no art. 175 da Constituição de 1967-69)⁴², sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional (ainda que implicitamente) “a família”, ou seja, qualquer família constituída socialmente. Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a manutenção da norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessária para a realização pessoal de seus integrantes.

E, no âmbito das relações homoafetivas, a norma de inclusão verificada na atual redação do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões, o que não é o caso, uma vez que a Constituição não veda ou proíbe o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. Assim, a interpretação sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais aponta para a configuração de cláusula de inclusão das entidades familiares implícitas, dentre elas incluídas as relações entre pessoas do mesmo sexo.⁴³

Para tanto, valendo-se da hermenêutica construtiva e evocando-se os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, da isonomia, da não-discriminação, da autodeterminação, da pluralidade das estruturas familiares, da intimidade, e visando a assunção do bem supremo da vida – a felicidade –, pode-se afirmar que nada obsta ao reconhecimento legal da união homosexual à condição de entidade familiar, devendo-lhes ser estendido o manto da proteção jurídica e da inserção social, pois a sexualidade, antes de mais nada, é um direito personalíssimo do cidadão, que deve ser respeitado pelos poderes constituídos.

Em sintonia com tais preceitos, a família homoafetiva⁴⁴ – reconhecida pela doutrina como aquela formada entre pessoas do mesmo sexo – passou a ser admitida como entidade

⁴² Art. 175 da CF/67-69: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.”

⁴³ Segundo Paulo Lôbo, as entidades familiares implícitas são as seguintes: união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie; pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente; uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros; comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, sem laços de filiação natural ou adotiva regular. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20). Já Adriana Caldas Maluf desmembra as novas entidades familiares nas seguintes modalidades: família homossexual; formação da família pelo transexual e formação da família pelo intersexual (hermafroditismo). MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/>>. Acesso em: 04/04/2016, p. 146/249.

⁴⁴ Hoje se adota como termo mais apropriado a homoafetividade, que significa o afeto (em sentido amplo) por pessoas do mesmo sexo. Segundo Maria Berenice Dias, o neologismo homoafetividade foi por ela cunhado na primeira edição da obra “União homossexual, o preconceito e a justiça”, no ano de 2000. (DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva e seus direitos**. Revista do Advogado, São Paulo, ano 27, n. 91, p. 105).

familiar pelo STF a partir de maio de 2011, através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e da ADPF 178, transformada na ADI 4277/DF, desde que atendidos os requisitos da união estável (manutenção da convivência pública, contínua e duradoura, com objetivo de constituição de família; posse do estado de casado e inexistência de impedimentos para casar).

O STF entendeu, à época, que a CF/88 reconhece implicitamente a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, sendo necessário excluir qualquer significado do artigo 1.723 do CC/2002 que venha a impedir, eventualmente, o reconhecimento deste tipo de união como entidade familiar constitucionalmente protegida.

Apesar do STF apenas reconhecer a família homoafetiva na forma de união estável, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a resolução nº 175, em maio de 2013, que veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo com base no julgamento da ADI 4277/DF, quando do julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.183.378/RS, que decidiu pela inexistência de óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Assim, criou-se, mediante atuação do Poder Judiciário, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Também o casamento entre pessoas do mesmo sexo – ainda não existindo legalmente, de modo expresse – vem sendo celebrado no Brasil, por força, não de uma decisão judicial, mas de uma atuação administrativa do Poder Judiciário (mediante a Resolução n. 175 do CNJ), cuja importância suscita questionamentos jurídico-dogmáticos diversos, sobre os quais o presente trabalho se debruçará ao longo dos próximos capítulos.

Enquanto a razão de ser das ações ajuizadas perante o STF radicou na inércia do Legislativo em regulamentar uma situação fática para a qual se reivindicava efeitos jurídicos, a decisão do STF foi proferida como uma consequência do deslocamento da política para o Judiciário, que se vincula à não regulamentação legislativa e à crescente concentração da interpretação legal no controle abstrato exercido pelo STF.

Apesar do reconhecimento jurídico da união homoafetiva pela Suprema Corte e dos demais desdobramentos positivos ocasionados pela recomendação do CNJ, os efeitos práticos destas decisões ainda são incertos em razão da discriminação e das posições conservadoras e legalistas que ainda vem sendo manifestadas publicamente.

Desse modo, cabe avaliar se a decisão do STF e a Resolução do CNJ são suficientes para igualar os direitos homoafetivos, dando a possibilidade de conversão da união estável em

casamento e da efetivação de casamento civil para os homossexuais, o que será explorado em capítulo específico.

2.3 AS UNIÕES HOMOAFETIVAS SOB A ÓTICA DAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

A formação da família tem recebido diversos contornos no âmbito do direito alienígena, especialmente em virtude do desenvolvimento das ciências, da difusão da cultura, da internacionalização dos direitos humanos e da imperiosa influência da modernização dos costumes experimentado na pós- modernidade.

Ao lado das formas tradicionais de constituição da família – seja ungida ao matrimônio, à união livre ou, ainda, à monoparentalidade – vem descortinando-se em muitos países, gradativamente, o reconhecimento legal da família formada por pessoas do mesmo sexo, a exemplo do percurso verificado no Brasil ao longo dos últimos anos.

Além do próprio casamento civil, diversos países do mundo instituíram em suas legislações, como forma alternativa de reconhecimento oficial estatal, a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, a fim de equalizar a situação de segregação social imputada aos homossexuais, decorrente unicamente da manifestação de sua sexualidade.

Entretanto, em muitos outros países do globo ainda se verifica a adoção institucionalizada de práticas discriminatórias, punitivas ou desencorajadoras das relações homoafetivas, e que, resistentes, são refratárias às conquistas e aos ideais de igualdade, solidariedade e não discriminação disseminados em boa parte do mundo ao longo dos últimos anos.

Na França – berço dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade –, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é permitido desde 18 de maio de 2013, sendo o décimo terceiro país do mundo a admitir e a proteger legalmente tal modalidade de matrimônio.

Até então, o assunto era regulamentado de forma insuficiente pela legislação francesa. Inicialmente, com o advento da Lei de 15.11.1999 (pacto civil de solidariedade), restou conferida a possibilidade de organização da vida comum fora da moldura rígida proposta pelo casamento, independentemente de os casais postulantes serem homossexuais ou

não. Por meio de tal pacto, foi conferida aos parceiros a possibilidade de assunção de um novo status conjugal, nominado, à época, de “estado pactualizado”.⁴⁵

Após muitos debates e hesitações, o governo francês havia adotado, antes mesmo da regulamentação do casamento homoafetivo em 2013, um estatuto do concubinato aberto a casais homossexuais ou heterossexuais. Sua regulamentação era facultada desde a vigência da Lei de 15.11.1999, que, através dos pactos de convivência, inseriu no Código Civil uma definição sistemática de concubinato.⁴⁶

Existia, portanto, à luz da antiga normatização que a legislação francesa conferia ao assunto, dois tipos de uniões: i) a união livre pura e simples (união estável) e ii) a união livre atrelada a um pacto de convivência solidária, enquanto modalidade convencional de organização da vida comum fora do casamento, cuja necessária publicidade era conferida pelo registro do pacto em cartório. Sua natureza situava-se no liame entre o casamento e a união livre, faltando-lhe a substância do casamento e excedendo-se de formalidades não presentes na união livre.⁴⁷

Na Alemanha, em de Agosto de 2001, foi criado para parceiros do mesmo sexo um instituto jurídico que buscou, tanto quanto possível, ser compatível com o instituto do casamento, denominado à época de “união estável homossexual”.⁴⁸ Diante dessa hipótese normativa, as uniões homossexuais passaram a ser juridicamente equiparadas à união conjugal, de modo que o registro formal da relação buscou provocar, em regra, os mesmos efeitos para o parceiro homossexual que aqueles gerados a partir da celebração do casamento.⁴⁹

⁴⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/>>. Acesso em: 04/04/2016, p. 252.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 252.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 253.

⁴⁸ Tradução livre para o Português da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha realizada pelos professores Christian Tomuschat e David Currie. Disponível em: <<http://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>> Acesso em 28/07/2016.

⁴⁹ O processo chegou ao Tribunal Constitucional Alemão por meio de pleito inicial formulado por pessoa de 62 anos de idade que nascera homem, mas se sentia como mulher homossexual. Seu prenome já havia sido mudado, mas, como ela não se submeteu a operação para troca de sexo, continuava legalmente homem. Não obstante essa condição, requereu à autoridade pública competente, juntamente com sua companheira, o registro de parceria estável, instituto concebido para regularizar as uniões homossexuais. O requerimento foi negado, pois essa providência somente poderia ser tomada em relação a duas pessoas do mesmo sexo. Sem que se realize a operação, a reclamante não poderia ser considerada mulher, não obstante seu prenome já estivesse no feminino. A proteção legal para a sua relação com outra mulher somente poderia ser obtida pela via do casamento convencional, instituto que regulariza as parcerias heterossexuais. No entendimento da corte, todos – independentemente do gênero – têm o direito de construir uma relação duradoura com a pessoa de sua livre escolha e de proteger essa relação recorrendo aos institutos jurídicos existentes: a parceria, para os homossexuais, ou o casamento, para os heterossexuais. (Fonte: <<http://brasil.estadao.com.br/blogs/direito-e-sociedade/o-reconhecimento-da-transsexualidade-o-caso-alemao/>> Acesso em 11/10/2016).

No entanto, apenas em parte restaram regulados âmbitos de questões relevantes para as uniões extraconjugais, tendo a legislação alemã evitado, de qualquer modo, a equiparação jurídica total com a união conjugal⁵⁰, conforme também buscou o modelo de normatização que era vigente na França até o ano de 2013.

Procurou-se, a partir de inserções legislativas havidas desde 2001, evitar especialmente discriminações em razão da orientação sexual das pessoas⁵¹, visando o incentivo da igualdade de tratamento entre todos. Assim, na Alemanha, a união estável homossexual ostenta caráter muito mais institucional e programático, ante a proteção especial que ainda é conferida ao casamento e à família.⁵²

De qualquer sorte, a lei alemã não cria uma equivalência simétrica entre a parceria civil e o casamento, mas lhe outorga muitas das consequências jurídicas deste: cria um elo familiar; possibilita a adoção de um nome comum para o casal e garante direitos sucessórios. Por outro lado, apresenta-se inócua em matéria de filiação e adoção, uma vez que não permite a adoção conjunta por homossexuais. Entretanto, quando há prole, embora a autoridade parental pertença apenas ao seu representante legal, o outro parceiro é investido de uma pequena parcela de autoridade parental, que consiste em um poder de administração comum da vida familiar, tendo em vista a preservação do bem-estar do menor.⁵³

Na Cidade do Vaticano, a homossexualidade é legalizada, apesar de ser um assunto tratado ainda de forma intolerante, uma vez que os documentos normativos da Igreja Católica não condenam as pessoas pela homossexualidade em si, mas sim as relações homoafetivas, defendendo para tal uma tolerância piedosa, beirando o conceito de doença.⁵⁴

Na Itália, o Senado aprovou, no dia 25 de Fevereiro de 2016, o projeto de lei que legalizou a união civil entre pessoas do mesmo sexo. No dia 11 de Maio de 2016 foi a vez da

⁵⁰ Disponível em <<http://frankfurt.itamaraty.gov.br/pt-br/casamentomesmosexo.xml>>; Acesso em 28/07/2016.

⁵¹ Fonte: Relatório da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia sobre Casais de Pessoas do Mesmo Sexo, Livre Circulação dos Cidadãos da UE, Migração e Asilo. Disponível em <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1225-Factsheet-homophobia-couples-migration_PT.pdf> Acesso em 29/07/2016.

⁵² Disponível em <http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/marriage/index_pt.htm> Acesso em 29/07/2016.

⁵³ SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. **Os efeitos do reconhecimento da diversidade sexual como um direito humano pelo sistema interamericano de proteção**. 2014. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014, p. 70.

⁵⁴ Fonte: Congregação Para a Doutrina da Fé: Considerações sobre os projetos de reconhecimento legal das uniões entre pessoas homossexuais. Disponível em <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_po.html> Acesso em 28/07/2016.

Câmara dos Deputados da Itália aprovar, por 369 votos a favor e 193 contra, o mesmo projeto, que veio a se tornar de lei do Estado.⁵⁵

A nova lei italiana estabeleceu um status oficial para os que convivem em relacionamentos afetivos – tanto heterossexuais quanto homossexuais – e cria para os casais homossexuais uma união civil particular denominada de "formação social específica". O texto estabelece ajuda recíproca moral e material, pensão de sobrevivência, visto de residência para o cônjuge estrangeiro e também a possibilidade de aquisição do sobrenome do companheiro, mas proíbe a adoção dos filhos biológicos de um dos cônjuges pelo outro.⁵⁶

A Holanda foi o primeiro país a regulamentar, em nível legislativo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, naquele país, em relação à filiação, o casamento entre homossexuais não produz o mesmo efeito jurídico que o casamento entre pessoas de sexos diferentes, uma vez que, na hipótese do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a filiação só se dá exclusivamente mediante a adoção. Além do que, apesar de a lei holandesa autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a adoção conjunta não é permitida, ainda que as lésbicas possam ser inseminadas artificialmente.⁵⁷

Os países escandinavos seguiram a tendência holandesa e foram, também, um dos primeiros a introduzir expressamente em seus quadros legislativos a possibilidade de registro das parcerias civis homoafetivas. Sua aparente similitude deu-se através de consultas doutrinárias e legislativas, entre os respectivos Ministros da Justiça, movidas pela congruência cultural e legislativa que caracteriza os povos daquela região.⁵⁸

Na Noruega, vigorava o sistema de união civil para casais do mesmo sexo. O casamento homoafetivo foi autorizado naquele país a partir de janeiro de 2009, quando a lei do casamento de gênero neutro foi promulgada depois de ser aprovada pelo parlamento.⁵⁹ Na Suécia, a lei que autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo entrou em vigor no ano de 2009, quando se adotou um padrão neutro quanto ao gênero dos nubentes, tornando-se o sétimo país no mundo a legalizar tal tipo de união; também foi autorizada a conversão em

⁵⁵ Disponível em < <http://www.governo.it/approfondimento/unionivicili/4707> > Acesso em 28/07/2016.

⁵⁶ Fonte: Articolo 3 della Costituzione italiana: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale [XIV] e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso [292 , 371 , 481 , 511 , 1177], di razza, di lingua [6], di religione [8, 19], di opinioni politiche [22], di condizioni personali e sociali." Disponível em < <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf> > Acesso em 28/07/2016.

⁵⁷ Disponível em < <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1253754.stm> > Acesso em 28/07/2016.

⁵⁸ Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/samesex_marriage_in_norway> Acesso em 28/07/2016.

⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo:** vencer em juízo é mesmo tudo o que importa? (tradução, ainda não revisada pelo autor, do texto "Same-sex marriages and civil unions: is winning in the court all that matters?"). Disponível em < http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/295434/mod_resource/content/1/Coloquio_FD-USP-2013-06-24-Virgilio_Afonso_da_Silva-traduzido.pdf > Acesso em 09/08/2016, p. 07.

casamento das parcerias homoafetivas até então registradas.⁶⁰ Na Dinamarca, em junho de 2012, o parlamento aprovou lei autorizando o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tanto no âmbito civil quanto no religioso.⁶¹

O governo belga⁶², também inspirado pela iniciativa holandesa, bem como pelo próprio desejo de promover a igualdade e a não-discriminação entre os sexos, passou a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo a partir de 01 de Junho de 2003.⁶³

Do mesmo modo, na Espanha, o então Primeiro Ministro espanhol José Luiz Rodriguez Zapatero, demonstrou interesse na modificação do Código Civil para garantir o direito de casamento aos homossexuais.⁶⁴ Assim, o casamento homossexual teve previsão legal desde 2005 em território espanhol. A entrada em vigor da Lei 13/2005, de 01 de Julho, sancionada pelo Rei Juan Carlos I, modificou o Código Civil em matéria de direito de matrimônio, oportunidade em que esse reconhecimento foi estendido também aos contraentes, independentemente da igualdade ou diferença de sexo entre eles.⁶⁵

No Canadá há a previsão legal do casamento homossexual. A discriminação de gênero é vedada pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1995. Em 1999, vários direitos típicos de casais heterossexuais foram estendidos aos homossexuais. Em 2005, foi aprovada a lei (Ato de Casamento Civil) que reconhece o casamento homossexual por todo o território canadense, outorgando, inclusive aos casais homossexuais, o direito de adoção conjunta.⁶⁶

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo**: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa? (tradução, ainda não revisada pelo autor, do texto “Same-sex marriages and civil unions: is winning in the court all that matters?”). Disponível em <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/295434/mod_resource/content/1/Coloquio_FD-USP-2013-06-24-Virgilio_Afonso_da_Silva-traduzido.pdf> Acesso em 09/08/2016, p. 07.

⁶¹ *Ibidem*, p. 07.

⁶² A Bélgica foi o segundo país do mundo a reconhecer o casamento homossexual – o primeiro foi a Holanda -, porém com certas restrições, ou seja, sem acesso à filiação.

⁶³ Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage_in_Belgium> Acesso em 30/07/2016.

⁶⁴ Pronunciamento do Rei Juan Carlos I de Espanha: ”(...) La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho (...)” Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>> Acesso em 30/07/2016.

⁶⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/>>. Acesso em: 04/04/2016, p. 277.

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. **Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo**: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). Igualdade, diferença e direitos humanos. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2010. p. 629.

O Canadá tornou-se o quarto país no mundo e o primeiro nas Américas a legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo com a aprovação do Ato de Casamento Civil, o qual deu uma definição livre de gênero ao casamento no país. Decisões de cortes judiciais, proferidas a partir de 2003, já legalizavam o casamento entre pessoas do mesmo sexo em oito das dez províncias do território canadense.⁶⁷

Nos Estados Unidos, por meio de decisão histórica, a Suprema Corte americana legalizou, no dia 26 de Junho de 2015, o casamento entre pessoas do mesmo sexo em todo o território americano. A partir de então, os estados que ainda proibiam as uniões homoafetivas não puderam mais barrar os pedidos de casamento requeridos por pessoas do mesmo sexo, que passaram a ser permitidos, indistintamente, em todos os cinquenta estados norte-americanos.⁶⁸

No México, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é permitido desde 2007 na Cidade do México. Em junho de 2015, a Suprema Corte do país declarou a inconstitucionalidade de todas as legislações de nível estadual que fossem proibitivas do casamento homossexual, legalizando a partir de então, efetivamente, as uniões entre pessoas do mesmo sexo em todo o território Mexicano.⁶⁹

Em Portugal, quanto à possibilidade de se convolar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, a Assembleia da República aprovou, no dia 08 de Janeiro de 2010, o acesso ao casamento civil entre homossexuais, com exclusão da adoção.⁷⁰ A pedido do Presidente da República, Cavaco Silva, a referida lei foi submetida, preventivamente, ao Tribunal Constitucional português, decidindo aquela corte que a Constituição portuguesa não havia sido afrontada.⁷¹ Interessante notar que, em Portugal, a homossexualidade era considerada crime até o ano de 1982.

⁶⁷ Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmo_sexo_no_Canada> Acesso em 15/08/2016.

⁶⁸ Fonte: Supreme Court of The United States – Case Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf> Acesso em 25/07/2016.

⁶⁹ A jurisprudência estabelecida pelo Supremo considera inconstitucionais os códigos civis nos quais o casamento é limitado a um homem e uma mulher, e obriga os juízes a acatar os pedidos de homossexuais que desejem se casar. Embora muitos considerem a decisão uma legalização do casamento gay, ainda há questionamentos jurídicos sobre a determinação violar ou não a constituição mexicana. Fonte: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/decisao-do-supremo-abre-caminho-para-casamento-gay-no-mexico>> Acesso em 15/08/2016.

⁷⁰ SARMENTO, Daniel. **Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). Igualdade, diferença e direitos humanos. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2010. p. 628.

⁷¹ Em Portugal – assim como no Brasil – existe uma resistência por parte de setores da doutrina e da sociedade civil em relação à constitucionalidade da legislação referente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. (ASCENSÃO. José de Oliveira. **O casamento de pessoas do mesmo sexo em Portugal**. In: Direito e Dignidade da Família. Coimbra: Almedina, 2012, p. 183).

No Reino-Unido, entrou em vigor, em Dezembro de 2004, lei que ofereceu aos homossexuais a possibilidade de formar espécie de associação civil (parceria civil registrada)⁷², havendo que se observar, para tanto, os mesmos requisitos legais no tocante à capacidade das partes e impedimentos exigidos para o casamento. Somente em 2013⁷³ foi aprovada a chamada "Lei do Casamento" no parlamento de Westminster, mas que não valia para todo o território do Reino Unido. Na Escócia⁷⁴, uma legislação similar entrou em vigor no final de 2014.

Na América do Sul, dentre os quatorze países e territórios da região, apenas um possui legislação que criminaliza as relações homossexuais masculinas (Guiana, com pena de prisão perpétua). Equador⁷⁵, Uruguai e Venezuela não punem a prática homossexual e apresentam legislação que veda a discriminação em razão de gênero ou opção sexual.⁷⁶

Inclusive, o Uruguai tornou-se o primeiro país latino-americano a aprovar uma lei sobre a adoção de menores por homossexuais, fato que demonstra a vanguarda dos uruguaios em relação à normatização de assuntos afetos à causa homossexual. O casamento entre pessoas do mesmo sexo é reconhecido no Uruguai desde a aprovação do projeto de lei chamado de "Casamento Igual", que recebeu aprovação final em 10 de Abril de 2013. Assim, o Uruguai tornou-se o décimo segundo país do mundo a permitir o casamento entre pessoas

⁷² Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage_in_the_United_Kingdom> Acesso em 01/08/2016.

⁷³ O papa Bento 16 criticou, ainda no ano de 2010, o projeto de lei do governo britânico que visava, dentre outras medidas, tornar ilegal a discriminação de homossexuais. A legislação, chamada de Equality Bill, estava, à época, sendo discutida por parlamentares britânicos e podia impedir, por exemplo, que igrejas rejeitassem empregar pessoas que se declarassem homossexuais ou transexuais. Fonte: Folha online, 01 fev. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u687906.shtml>>. Acesso em: 29/07/2016.

⁷⁴ Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage_in_the_United_Kingdom#Scotland> Acesso em 01/08/2016.

⁷⁵ O reconhecimento das uniões estáveis no Equador na verdade não se deu nem por lei ordinária nem por decisão judicial. A constituição do Equador tem um dispositivo sobre o casamento e outra sobre uniões estáveis. Aquela (art. 67) emprega os termos “homem” e “mulher”; esta emprega o termo “pessoas”. Além disso, o art. 68 expressamente estabelece que apenas casais de sexos diferentes podem adotar filhos, o que significa que o uso de “pessoas” no art. 68(1) é um claro reconhecimento de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Já que esse reconhecimento se deu no nível constitucional, pode ser classificada como uma decisão parlamentar. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo**: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa? (tradução, ainda não revisada pelo autor, do texto “Same-sex marriages and civil unions: is winning in the court all that matters?”). Disponível em <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/295434/mod_resource/content/1/Coloquio_FD-USP-2013-06-24-Virgilio_Afonso_da_Silva-traduzido.pdf> Acesso em 09/08/2016, p. 15.

⁷⁶ Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Recognition_of_same-sex_unions_in_South_America> Acesso em 29/07/2016.

do mesmo sexo, e o segundo na América Latina a permiti-lo, depois que a Argentina o fez, em 2010.⁷⁷

Por seu turno, a Argentina já havia autorizado, desde 2003, nas províncias de Buenos Aires e Rio Negro, e, desde 2007, na província de Villa Carlos Paz, a união civil entre casais homossexuais, igualando-lhes em muitos termos aos casais heterossexuais, salvo discussões relativas à herança e adoção conjunta de menores.⁷⁸

A Corte Constitucional da Colômbia aprovou, no dia 07 de Abril de 2016, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Até então, os casais homoafetivos podiam apenas solicitar o registro formal da “união civil” perante um tabelião, sem que restasse formalmente constituído o casamento. A Suprema Corte colombiana já havia reconhecido, em 2011, que os casais homossexuais poderiam constituir família e, em 2013, que poderiam constituir uniões formais com os mesmos direitos dos casamentos heterossexuais. Apesar disso, as uniões entre pessoas do mesmo sexo ainda não podiam ser chamadas efetivamente de "casamento", conquista que só foi oficializada no ano de 2016.⁷⁹

No Chile, uma lei sancionada em 2015 permite que homens e mulheres em relações heterossexuais ou homossexuais, vivendo sob o mesmo teto, possam compartilhar bens, receber herança e benefícios de pensão, além de tomar decisões médicas, conferindo ainda prioridade na guarda de filho menor ao parceiro na respectiva união civil. Há muito tempo defendida por grupos da sociedade civil, a lei é vista como um primeiro passo para se permitir futuramente o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Chile, que é reconhecido por ser um país fervorosamente católico.⁸⁰

Bolívia, Paraguai e Suriname não punem a prática homossexual nem tão pouco apresentam legislação protetiva de tais relações, estando esta atualmente em tramitação no Peru.⁸¹

⁷⁷ Artículo 2º, Ley n. 26618/2010: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.” (ARGENTINA, Ley n. 26618 de Julio 15 de 2010. **Información Legislativa.** Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>. Acesso em 28 jul. 2016).

⁷⁸ SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. **Os efeitos do reconhecimento da diversidade sexual como um direito humano pelo sistema interamericano de proteção.** 2014. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014, p. 78.

⁷⁹ Disponível em <<https://www.theguardian.com/world/2016/apr/07/colombia-court-gay-marriage-ruling>> Acesso em 29/07/2016.

⁸⁰ Disponível em <<http://www.bbc.com/news/world-latin-america-32296246>> Acesso em 29/07/2016.

⁸¹ Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Recognition_of_same-sex_unions_in_South_America> Acesso em 29/07/2016.

No Oriente Médio, a tratativa do assunto encontra-se fincada de modo diferente, vez que se denota pouco avanço no que tange à regulamentação ou até mesmo aceitação social das causas homossexuais. Dos quatorze países e territórios da região, onze possuem legislação que criminaliza as relações sexuais entre pessoas do mesmo gênero, dos quais quatro autorizam até mesmo a pena de morte ou deportações (Arábia Saudita, Emirados, Iêmen e Irã).⁸²

Outros países adotam multas pesadas, prisões ou até mesmo penas de chicoteamento (Barhein, Qatar, Kuwait, Líbano, Omã e Síria). Israel – uma exceção à regra na região – adota a união civil de fato, veda a discriminação e por isso recebe egressos de toda a região palestina.⁸³

Na esteira dos países do Oriente Médio encontram-se os asiáticos, onde são vigentes leis altamente conservadoras, que autorizam a criminalização da prática homossexual masculina (Bangladesh, Brunei, Índia, Malásia, Myanmar, Paquistão, Singapura, Sri-Lanka e Butão) ou até mesmo a pena de morte (Chechênia).⁸⁴

No continente africano, a união homossexual só tem reconhecimento na África do Sul⁸⁵, cuja Constituição pós-apartheid estende os mesmos direitos do casamento (tanto na versão provisória de 1993, quanto na versão final da Lei de Direitos Civis de 1996), representando um grande avanço internacional.⁸⁶

No resto do continente africano, a prática homossexual é tolerada entre maiores de idade em pouquíssimos lugares: Burkina Faso, Gabão, Gana, Chad (21anos), Ruanda (18 anos). Em outros países foram descriminalizadas, sem referência etária: Guiné, Congo, Rep. Centro-Africana, Cabo Verde, Costa do Marfim, Guiné-Bissau, Ruanda e Madagascar. Em países de tradição muçulmana a prática é punida com a pena de morte.⁸⁷

⁸² SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. **Os efeitos do reconhecimento da diversidade sexual como um direito humano pelo sistema interamericano de proteção**. 2014. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014, p. 79.

⁸³ SARMENTO, Daniel. **Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). Igualdade, diferença e direitos humanos. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2010. p. 628.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 628.

⁸⁵ SANTOS, Gustavo Gomes Costa. **Cidadania e direitos sexuais na África do Sul: reflexões sobre o reconhecimento legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo**. Revista Eletrônica Sociedade e Cultura, Goiânia, volume 15, n. 2, p. 319-329, Jul./Dez. 2012. Disponível em < www.revistas.ufg.br/fchf/article/download/22400/13412> Acesso em 01/08/2016.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. **Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). Igualdade, diferença e direitos humanos. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2010. p. 628.

⁸⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/>>. Acesso em: 04/04/2016, p. 307.

Na Oceania, o panorama da aceitação da prática homossexual não é mais animador. Entre os vinte países e territórios da região, doze possuem legislação que criminaliza as relações homossexuais, dez dos quais punem apenas os relacionamentos entre homens.⁸⁸

No entanto, o casamento entre pessoas do mesmo sexo se tornou legal na Nova Zelândia em 19 de agosto de 2013, sendo o primeiro país da Oceania e o décimo-quinto do mundo a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.⁸⁹

Na Austrália, há a possibilidade de reconhecimento de casamentos entre pessoas do mesmo sexo apenas se um dos parceiros mudar de sexo após a concretização da união. Entretanto, há a possibilidade de reconhecimento de parcerias domésticas em todos os estados do território australiano, com exceção da Austrália do Sul e Victoria. O casamento entre pessoas do mesmo sexo foi proibido por uma determinação federal, mesmo assim a Tasmânia propôs a legalização do casamento homossexual desde 2005.⁹⁰

Desta forma, podemos concluir que a disseminação de leis protetivas aos homossexuais demonstra a crescente universalização dos direitos humanos ao longo do globo, e, com estes, a valorização da dignidade da pessoa humana, respeitando a sua rica diversidade. Contudo, em muitos continentes, ainda se verifica uma forte resistência social e jurídica em torno do reconhecimento de tais direitos, o que ocorre, na maioria dos casos, muito por causa da grande influência que é exercida pelo costume e pela religião nessas regiões.

De fato, uma das características mais salientes da história do instituto (casamento) é a luta travada entre o Estado e a Igreja para obter a competência exclusiva para o regular. Neste caso, merece reflexão e crítica a confusão entre os papéis da religião e do Estado que se evidencia em algumas posições, especialmente as relativas ao reconhecimento e proteção legal das uniões homossexuais. Denota-se que é um sério desvio de perspectiva, além de grave equívoco jurídico, tratar o matrimônio civil como uma questão religiosa, submetendo o seu regime aos dogmas de qualquer confissão, ainda que majoritária. Não fosse assim, nem teríamos o divórcio no Brasil, já que, para a Igreja Católica, o casamento cria um vínculo indissolúvel entre os cônjuges.

Outro ponto que merece alusão em relação ao panorama mundial acima apresentado, é o fato da decisão brasileira ter se desviado da tendência geral internacional de reconhecer

⁸⁸Fonte: Recognition of same-sex unions in Oceania. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Recognition_of_same-sex_unions_in_Oceania> Acesso em 01/08/2016.

⁸⁹Fonte: Same-sex marriage in New Zealand. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage_in_New_Zealand> Acesso em 01/08/2016.

⁹⁰Fonte: Recognition of same-sex unions in Australia. Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Recognition_of_same-sex_unions_in_Australia> Acesso em 01/08/2016.

casamentos e/ou uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo no plano legislativo, após atuação do Parlamento. Em quase todos os países⁹¹ em que casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo foram reconhecidos, esse reconhecimento se deu por meio de legislação.

No entanto, em que pese as críticas existentes em relação ao modo como o problema restou solucionado em alguns dos países analisados, bem como o fato de algumas regiões minoritárias do globo – muito por causa de motivações religiosas ou fundamentalistas – ainda caminharem em direção contrária a essas conquistas, denota-se que em muitos países a globalização e a consequente disseminação de valores e experiências mostram que a família moderna encontra-se, na contemporaneidade, fincada muito mais no afeto do que em preceitos rígidos preestabelecidos historicamente, oriundos da moral, da ética, dos costumes, da religião ou do próprio direito.

É evidente que a alteração de um paradigma há séculos arraigado na cultura de um povo não se faz de forma harmônica, de modo instantâneo; por isso que, no mundo todo, existiram – e ainda existem – conflitos gerados por setores da sociedade contrários ao reconhecimento e à tutela legal das relações homoafetivas.

Deste modo, é possível constatar mudanças profundas na forma de se pensar o casamento e a família. Diante da atual realidade vivenciada em muitos países, e em se tratando de direitos humanos que circundam no campo da liberdade sexual, da dignidade humana, da igualdade e da proibição do preconceito, é que as relações entre pessoas do mesmo sexo deságuam como modalidades de entidade familiar, como sendo este o enquadramento jurídico mais seguro e mais completo para a afirmação da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

⁹¹ Exceções: países que adotam o sistema *commom law* (Estados Unidos e África do Sul) e Colômbia, que, embora adote o sistema *civil law*, na decisão proferida pela Suprema Corte Colombiana o Parlamento foi instado a, até 20 de julho de 2013, “legislar [...] sobre os direitos de casais do mesmo sexo, a fim de eliminar o déficit de proteção que [...] afeta tais casais”. Além disso, a corte decidiu que “se até 20 de julho de 2013 o congresso não aprovar a lei exigida, casais do mesmo sexo podem comparecer perante um tabelião ou corte competente para formalizar e tornar solene sua relação contratual.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo**: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa? (tradução, ainda não revisada pelo autor, do texto “Same-sex marriages and civil unions: is winning in the court all that matters?”). Disponível em < http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/295434/mod_resource/content/1/Coloquio_FD-USP-2013-06-24-Virgilio_Afonso_da_Silva-traduzido.pdf > Acesso em 09/08/2016, p. 21).

3 OS DILEMAS RELATIVOS À REGULAMENTAÇÃO DAS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

3.1 O POSITIVISMO CLÁSSICO E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A questão da legitimidade dos direitos homoafetivos vem despertando a atenção dos juristas ao longo de décadas. Embora várias teorias venham tentando resolvê-la, o debate em relação ao assunto ainda é prolífico.

Diante dos inúmeros dilemas sociais deflagrados ao longo das últimas décadas – caracterizadas por um modelo de sociedade cada vez mais contemporâneo, dinâmico e politizado –, dilemas estes muitas vezes existentes em face dos problemas havidos a partir da falta de regulamentação legislativa de demandas pontuais, a pergunta permanece, então, em aberto: afinal, o que legitima a submissão dos homens às normas jurídicas? Ou melhor, até que ponto as normas jurídicas são capazes de, impositivamente, dar a “última palavra” e de reger, por si só, em única *ratio*, os anseios e as necessidades mais vitais da realidade social, em especial as que relativas à tutela das uniões entre pessoas do mesmo sexo?

Segundo a corrente positivista clássica, a referência última do ordenamento jurídico deveria ser uma norma fundamental hipotética, pressuposta pelo pensamento jurídico (ficção), pela qual os homens devam se conduzir e por força da qual o homem deve ser tratado, conforme uma primeira constituição histórica, global e regularmente eficaz, na qual se basearia a validade do direito positivo.⁹²

Paulo Bonavides ressalta que o positivismo formal, em sua concepção clássica, concebe a Constituição essencialmente como um sistema normativo unitário, completo e absoluto, sem contradições ou incongruências, em que o intérprete, na aplicação do Direito, procede por via silogística, em bases racionais e lógicas, mediante uma subsunção que afasta a necessidade de busca de premissas materiais ou de conteúdos valorativos derivados da Constituição.⁹³

Tal forma de se analisar o direito – disseminada fortemente ainda no início do século XX – se justificava, segundo Hans Kelsen, em razão do desfalecimento do rigor jurídico, causado em grande parte pela propagação e crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da

⁹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado; 8ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 229.

⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição – São Paulo: ed. Malheiros Editores, 2007, p. 133-134.

Escola do Direito Livre, que favoreciam o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Logo, o único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito seria a partir de uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que o direito se movimentasse em um terreno lógico extremamente rigoroso. Esse campo seria o lugar por excelência da Teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da Ciência do Direito.⁹⁴

Assim, a Constituição, antevista à luz do ideário positivista, dispensaria toda apreciação dos fins e valores, sendo sua mais alta virtude metodológica eliminar qualquer influência do intérprete sobre o resultado da interpretação, considerando a natureza hermética em que o sistema normativo se encontraria situado.

Levando-se em conta que o positivismo formal nega a lacunosidade do ordenamento jurídico, todos os problemas que não encontrarem uma solução lógica contida no sistema são comodamente afastados como “pseudoproblemas”⁹⁵, acarretando assim, sobretudo na esfera constitucional, um afastamento da realidade, “um verdadeiro abismo de contradições entre o rigor dedutivista da Constituição formal e as exigências vitais e inarredáveis da Constituição real, num quadro tanto mais dramático quanto mais limitadas são as possibilidades deixadas ao intérprete constitucional”, segundo as palavras de Paulo Bonavides.⁹⁶

Os insucessos resultantes dessa moldura excessivamente formal – onde o sistema constitucional, em teoria, se esvazia de sentido e conteúdo – fizeram a reflexão da doutrina se voltar para a necessidade de um novo sistema, compatível com aqueles valores materiais que reclamam uma interpretação justa da norma constitucional, cuja aplicação somente ocorre quando há problemas em busca de solução, isto é, quando necessitam ser resolvidos interpretativamente, haja vista a impossibilidade de resolução mediante os critérios predispostos no sistema normativo.

Ora, com o passar do tempo e mediante a verificação das experiências relativas à aplicação do direito, não se podia mais negligenciar o fato evidente – apurado após reiterados insucessos históricos relativos à aplicação metódica do ideário positivista – de que toda interpretação constitucional não somente poderia variar segundo a modalidade de Constituição, como também, uma vez aplicada à mesma forma de Constituição, estaria sujeita também a modificações impostas pela força normativa do fato social ou da realidade política.

⁹⁴ STRECK, Lênio Luiz. **O caso da ADPF 132: Defender o texto da Constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)?** Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014, p. 297.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição – São Paulo: ed. Malheiros Editores, 2007, p. 133-134.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 134-135.

Após confrontamentos relativos à real efetividade do positivismo, é que veio a cair o prestígio dos sistemas normativos abstratos respeitantes à ordem constitucional. Sua impotência lógica para sustentar um método interpretativo da Constituição carente de premissas sistemáticas ficou de todo patente, disso advindo uma nova posição teórica cristalizada ao redor do chamado sistema constitucional axiológico-teleológico, em substituição, portanto, do malsucedido sistema axiomático-dedutivo.⁹⁷

A digressão exposta evidencia de forma cristalina os contornos da problemática ora analisada, relativa à não regulamentação legislativa dos efeitos jurídicos decorrentes das relações homoafetivas, vez que o problema constitucional também procede da ausência de uma fórmula que venha combinar ou conciliar essas duas dimensões da Constituição: a jurídica e a política.

A verdade é que ora prepondera uma, ora outra. No constitucionalismo clássico e individualista preponderou a primeira; no constitucionalismo social e contemporâneo, a segunda. E quando uma delas ocupa todo o espaço da reflexão e da análise, os danos e as insuficiências de compreensão do fenômeno constitucional se fazem patentes.⁹⁸

Um abismo se cavava, portanto, entre as promessas do idealismo constitucional e os efeitos do formalismo constitucional, cujo insucesso em grande parte derivou de haver a Constituição se apartado da sociedade, dotada de forças que ela não comandava e pelas quais passou a ser comandada.

Logo, desapareceu essa fé ingênua em que com o a “letra escrita” em uma mão e a lógica na outra se confiava em encontrar resposta fácil ante qualquer problema posto ao crivo constitucional. Até mesmo porque, conforme asseverou Ferdinand Lassale, “onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.”⁹⁹

É exatamente nesta transformação do Estado de Direito – que se pode sintetizar na fórmula “do Estado legal de Direito ao Estado constitucional de Direito” ou “do império da lei ao “império da constituição” – que situou-se também a crise do paradigma positivista na

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição – São Paulo: ed. Malheiros Editores, 2007, p. 134-135.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 95.

⁹⁹ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 26.

cultura jurídica, fomentando o trânsito da ciência do direito até um paradigma pós-positivista.¹⁰⁰

De fato, se, como dito anteriormente, a solução para inúmeros problemas sociais poderá não ser encontrada diretamente na legislação, faz-se imperioso procura-la em outras arenas, superando-se definitivamente a separação positivista entre o direito e moral de outros domínios do conhecimento, uma vez que a visão objetiva e cartesiana do presente conflito social compromete a dignidade, a cultura de paz e de não violência que deve permear o seio familiar, quer seja este constituído por pessoas de sexos diferentes ou não.

As interpretações judiciais das normas constitucionais e civilistas aplicáveis ao direito das famílias não podem estar adstritas a uma normatização jurídica que reduz a aplicação do direito apenas à estreita legalidade. É necessário pôr em prática um novo modo de se estudar o problema, que seja vinculado à concepção de que a norma poderá ser construída na realidade fático-axiológica, uma vez que os anseios da sociedade contemporânea são diferentes e encontram-se calcados em novos valores, que exigem diálogo e uma nova forma de interpretação das normas que envolvam tanto a afetividade quanto a solidariedade familiar na solução dos conflitos familiares.

É, portanto, em meio ao perpassar destas duas concepções – do positivismo para o pós-positivismo – que, certamente, se encontrarão respostas conclusivas acerca das vindicações apresentadas no início deste trabalho, uma vez considerada a inexistência de positivação expressa em relação aos direitos decorrentes das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Reivindicações estas, repita-se, que o positivismo clássico, por si só, não se incumbiu de solucionar integralmente.

3.2 A TRILHA PROPOSTA PELO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA: OS NOVOS VALORES QUE ORIENTAM OS ATUAIS CONTORNOS DAS RELAÇÕES FAMILIARES

As ambições metodológicas da nova direção sistemática gravitam em torno daqueles pontos em que o fracasso dos formalistas tem sido mais evidente, através dos quais se pode perceber de forma mais cristalina a incapacidade do positivismo de interpretar o sentido da norma constitucional e descobrir a contemporaneidade de sentido da Constituição.

¹⁰⁰ REGLA, Josep Aguiló. **Do “Império da Lei” ao “Estado Constitucional”**. Dois Paradigmas Jurídicos em Poucas Palavras, in MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo. Ícone Editora. 2012, p. 17.

As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como a) a abertura valorativa do sistema jurídico; b) consideração de princípios e regras enquanto normas jurídicas; c) a Constituição como sendo o *locus* principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário, em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica.¹⁰¹

O pós-positivismo – na contramão da sustentação teórica defendida pelos positivistas acríticos – cria sustentação jusfilosófica ao ordenamento jurídico, para que se possam buscar parâmetros de justiça ou equidade quando da aplicação concreta das normas, e isso se permite exatamente mediante a abertura valorativa do sistema.

O novo método é pluridimensional: abre-se aos valores, aos fins, às razões históricas, aos interesses, a tudo, enfim, que possa ser conteúdo e pressuposto da norma. O sistema constitucional dos dias atuais – especialmente o brasileiro – já não se restringe tão-somente ao sistema da Constituição normativa, mas está acrescido de todo aquele complexo de forças, relações e valores que o positivismo formalista deliberadamente excluía ou ignorava e cuja totalidade compõe a ordem material da Constituição, formando um núcleo ou círculo mais largo e compreensivo, excepcionalmente rico de conteúdo.¹⁰²

Em outras palavras, o Direito adquiriu uma forte carga axiológica; rematerializou-se. O aspecto material da constitucionalização tendeu, assim, a reforçar entre os juristas um conceito do Direito que não fosse exclusivamente positivista, segundo o qual o sistema jurídico deva estar, conceitualmente, vinculado também à moral. Seguramente, este seja um dos elementos que distinga, em essência, o constitucionalismo atual (neoconstitucionalismo) de suas versões precedentes.

Logo, a expressão “constitucionalização da ordem jurídica”, no sentido que aqui vai nos interessar, alude a um processo histórico que teve lugar em países europeus e latino-americanos; o resultado do constitucionalismo desenvolvido e praticado da 2ª Guerra Mundial até nossos dias e que está produzindo uma transformação profunda na concepção do Estado de Direito.¹⁰³

Os princípios constitucionais permitem, por sua particular estrutura, expandir imensamente seu âmbito de influência, de modo que alentam uma forma diferente de aplicar o

¹⁰¹ CAMARGO, Daniel Marques de; DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. Ativismo judicial: limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos fundamentais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Org.). **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Birigui: Editora Boreal, 2012, p. 78.

¹⁰² REGLA, Josep Aguiló. **Do “Império da Lei” ao “Estado Constitucional”**. Dois Paradigmas Jurídicos em Poucas Palavras, in MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo. Ícone Editora. 2012, p. 96.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 17-18.

Direito: a ponderação. Tal ponderação remete necessariamente a um raciocínio jurídico complexo, cujas premissas vão além do Direito legal e cuja aplicação não responde propriamente ao esquema de subsunção do fato à norma, concebido tradicionalmente.

A teoria dos princípios remete, em última instância, a uma teoria da argumentação jurídica. Se o aspecto material da constitucionalização do ordenamento vinculou o Direito à moral, o aspecto funcional aproximou o pensamento jurídico ao pensamento moral. A isso, há de se acrescentar que a teoria da argumentação jurídica priorizou a perspectiva argumentativa no estudo do Direito, isto é, seu estudo como um sistema dinâmico de argumentos e não como mero sistema estático de regras e princípios, de modo que o resultado final consiste em que o estudo do fenômeno jurídico tende a ser concebido como o estudo de um tipo específico de “argumentação prática geral”¹⁰⁴, que rechaça a noção de fetichismo à lei ou completude sistêmica.

A teoria da argumentação jurídica constitui, assim, um elemento indispensável para a legitimação do discurso jurídico e político nas sociedades pós-metafísicas. Além disso, é um elemento essencial para a reconciliação do princípio democrático e a tutela dos direitos fundamentais na institucionalização dos direitos humanos no Estado constitucional democrático.¹⁰⁵

Uma vez que o Direito acolhe certos princípios imprescindíveis para a configuração do sistema jurídico, estes abrem caminho à argumentação em que o discurso real (constituição escrita) e o ideal (fomentado pelos “fatores reais de poder” das arenas sociais)¹⁰⁶ se encontram. O argumento dos princípios apresenta uma eficácia maximalista no sistema jurídico – posto que pretende expandir o ordenamento jurídico até um ideal; pretende otimizar as possibilidades morais do sistema jurídico, uma vez garantindo um mínimo ético.

Em todo caso, a mudança de atitude por parte do positivista não deveria significar uma renúncia absoluta aos postulados positivistas, mas sim uma mudança de hábitos. Uma vez que o positivismo apresentou os riscos do jusnaturalismo frente ao qual se alçou singularmente, sua função histórica parece ter perdido algum vigor nas sociedades pós-metafísicas e isso parece tê-lo debilitado, mas não parece possível pensar uma teoria do Direito que não seja em alguma medida positivista.

¹⁰⁴ FIGUEROA, Alfonso García. **A teoria do direito em tempos de constitucionalismo**. Tradução de Eduardo Moreira. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 517-519.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 521.

¹⁰⁶ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 26.

Por ora o que se pede ao positivismo é que reconsidere sua atitude frente a alguns dos seus próprios dogmas e, principalmente, que se ocupe de certas questões que estão relegadas como consequência das suas próprias convicções metodológicas. O que se pede ao positivista certamente é um maior compromisso com a filosofia moral e com a teoria da argumentação jurídica.

É a partir desse cenário que os princípios têm contribuído para a formação de uma terceira posição doutrinária verdadeiramente propedêutica a uma teoria dos princípios, que intenta estorvar no campo constitucional as ressurreições jusnaturalistas e, ao mesmo passo, suprimir as insuficiências do positivismo legal, deixando à retaguarda velhas correntes do pensamento jurídico, impotentes para dilucidar a positividade do Direito em todas as suas dimensões de valor e em todos os seus graus de eficácia.¹⁰⁷

Vive-se, hoje, um novo momento no Direito, diante da inauguração de um novo paradigma, o do Estado Constitucional, enquanto sistema aberto de princípios. A partir deste, decorrente da onda de um constitucionalismo contemporâneo, surge a nova hermenêutica, que desenha um novo formato de interpretação constitucional, possibilitando o estabelecimento de sentido da norma de forma alinhada os princípios constitucionais, a fim de assegurar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais no caso concreto.

O modelo pós-positivista designa, pois, um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética.

Por isso que o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas, portanto, por uma teoria de justiça, moral e ética, residindo aí o escopo do atual Estado Democrático de Direito.

No caso dos direitos fundamentais da família, cujas novas entidades, como a família homoafetiva, pluriafetiva, poliafetiva dentre outras, ainda não possuem regras definidas na legislação, os princípios da afetividade e da solidariedade familiar – dentre outros

¹⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição – São Paulo: ed. Malheiros Editores, 2007, p. 285.

expressamente previstos – vêm a socorrer o intérprete e possibilitar a concretização da norma em consonância com a realidade social.

A análise de sentido dos valores da afetividade e da solidariedade familiar no âmbito das relações familiares, bem como as suas implicações nos atos praticados na convivência dos seres humanos em família dentro do atual contexto social – onde, por força do ideário pós-positivista, há uma clara determinação constitucional de promoção e proteção da dignidade da pessoa humana – deve ser empreendida à luz das premissas valorativas fundantes desse atual conceito abrangente e exemplificativo do que vem a ser família.

Todo conhecimento, assim como a experiência jurídica, é formado pela convergência de elementos subjetivos e objetivos à luz de critérios axiológicos, dentro de um determinado contexto histórico.¹⁰⁸ Diante de tal panorama, a afetividade e a solidariedade familiar surgem, na atual conjuntura do direito das famílias, como fatos e valores sociais positivos e duradouros, que devem orientar o intérprete na compreensão das normas que regulam as relações familiares.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, “a afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.¹⁰⁹ Tal elemento distintivo recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais.

Levando-se em conta o especial *status* jurídico conferido ao referido instituto na atual conjuntura do direito das famílias, se mostra pertinente a análise acerca da sua real abrangência no mundo fático e jurídico, diferenciando-se, conceitualmente, o que vem a ser afeto, afeição e afetividade.

Primeiramente, há que se ressaltar que as três palavras em cotejo se consubstanciam em substantivos e não em adjetivos. Etimologicamente, a palavra afeto procede do latim *affectus*, representando o estado psíquico ou moral, um sentimento terno. Já a afeição procede do latim *affectio*, *affectum*, *afficere*, que significa produzir impressão agradável a respeito de

¹⁰⁸ TORRES, Claudia Vecchi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, 2014, p. 91.

¹⁰⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70.

algum estímulo. Por seu turno, a afetividade também procede do latim *afficere ad actio*, que significa onde o sujeito se liga.¹¹⁰

Adriana Caldas Maluf pontua que a afetividade produz a impressão do amor por meio de atos cotidianos que demonstram objetivamente não só o afeto, mas também, especialmente, o vínculo e os sentimentos que ligam alguém a outra pessoa ou a algum objeto. A afetividade, na condição de conduta individual, produz a impressão do amor prático, sendo a ação de amar o outro ou algo, demonstrada por meio de gestos (por meio da linguagem corporal, não verbal) ou da fala e da escrita.¹¹¹

No âmbito doutrinário, amor e afetividade são enquadrados – não raras vezes – como sinônimos, embora realmente se apresentem na condição de institutos congêneres (apenas semelhantes em termos conceituais, porém não idênticos). No entanto, a abrangência do “amor” e “afetividade”, quando aplicados no âmbito das relações familiares, não pode ser equiparada à condição de institutos unívocos, capazes de produzir os mesmos efeitos práticos no que tange ao reconhecimento de entidades familiares.¹¹²

É necessário entender que afeto, no sentido de amor, é diferente de afetividade, pois esta depende de condições reais para sua efetivação; “condições para o desenvolvimento de sentimento que contribuam para a manutenção do amor, atendam à finalidade da família e a formação de indivíduos saudáveis”.¹¹³

Diante da real semelhança existente entre os dois termos, o mais prudente é realmente compreender que o amor¹¹⁴ está ligado à dimensão da vontade do sujeito. No entanto, em sua exterioridade, no âmbito da criação de vínculos, nos momentos de aproximação e na conduta,

¹¹⁰ TORRES, Claudia Vecchi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, 2014, p. 91

¹¹¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 11.

¹¹² No entanto, Antonio Jorge Pereira Junior entende que o afeto não é elemento central das relações familiares no âmbito jurídico, mas sim o amor. (PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações familiares. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 72-74)

¹¹³ GROENINGRA, Giselle Câmara. **A função do afeto nos “contratos” familiares**. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 205.

¹¹⁴ Na filosofia há três nomes gregos distintivos para o amor: *éros*, *philía* e *agápe*. O primeiro é o chamado amor-paixão; é o que se sente quando se está apaixonado.. O amor *philía* é traduzido comumente como amizade, mas não é apenas amizade, é o amor a tudo que não nos falta; é potência de gozar e de se regozijar. Já o amor *Agápe* é um amor que renuncia a exercer ao máximo sua potência; é consentir em existir um pouco menos, para que o outro possa existir um pouco mais; é libertar-se do egoísmo, do ego, do possessismo. (TORRES, Claudia Vecchi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, 2014, p. 89-92).

é a afetividade que surge como elemento nuclear distintivo, expressando a energia do amor¹¹⁵ em atos reais, práticos e concretos, ligando o casal (de sexos distintos ou não ou os pais com filhos consanguíneos ou adotivos), e até mesmo desligando os entes que compõem a família quando a afetividade positiva se torna negativa, ou seja, quando falta expressão do amor em atos cotidianos, quando o amor é substituído por sentimentos negativos.¹¹⁶

O afeto é “energia mental” que se expressa essencialmente na afetividade, “com várias nuances e qualidades”, positivas e negativas; ou seja, se expressa em atitudes/condutas amorosas ou agressivas, em aproximação ou distanciamento, em cuidado ou descaso, em prazer ou desprazer, em alegria ou tristeza. São várias as combinações de afeto, que podem originar ou terminar uma família, o que às vezes causa dificuldade na sua objetivação fática ou jurídica.¹¹⁷

A afetividade, enquanto elemento nuclear distintivo, é provedora da conduta, do agir, direcionando e motivando o sujeito no desempenho do seu papel social. No seio familiar, a afetividade tem o poder de criar vínculos sólidos e deveres com o outro, seja parceiro, seja filho (consanguíneo ou adotivo) ou parente. Esse estabelecimento de vínculos pressupõe, nas palavras de Maria da Penha Nery, a “intersubjetividade, a intersique, a troca de conteúdos conscientes e inconscientes, tais como emoções, fantasias, imagens, sensações, pensamentos, sentimentos, intuições, estados emocionais” por meio da linguagem verbal e não-verbal.¹¹⁸

Giselda Hironaka aduz que o elemento “afetividade” é fato da vida social e valor que contamina o fato jurídico familiar, tanto no aspecto positivo (como o carinho) como no aspecto negativo (conflitos), por ser a afetividade a “possibilidade da realização da ternura na vida de cada um dos membros de uma família e em cada relação familiar que os envolva (de conjugalidade ou de parentalidade)”.¹¹⁹

O ser humano cria vínculos afetivos ao coexistir com o outro, dentro dos variados papéis sociais que desempenha ao longo de sua existência, seja na família, na escola, no

¹¹⁵ É na família que o amor se manifesta, tanto na forma *éros*, quanto *phília* e *ágape*. É na convivência familiar, no ato de dialogar do casal ou entre pais e filhos, no ato de ouvir o outro, de aprender ou ensinar a dar, de se apegar, que o sentimento amor se torna ação prática.

¹¹⁶ TORRES, Claudia Vecchi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, 2014, p. 92-93.

¹¹⁷ GROENINGRA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 203-204

¹¹⁸ NERY, Maria da Penha. **Vínculo e afetividade**: caminho das relações humanas. São Paulo: Ágora, 2014, p. 26.

¹¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos**: um devaneio acerca da ética no direito das famílias. Disponível em: < <http://ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/714/V> Congresso Brasileiro de Direito das famílias>. Acesso em: 04/08/2016.

trabalho ou com os amigos. Os vínculos que a pessoa estabelece no decorrer de sua vida, bem como a conduta da pessoa, estão associados à afetividade, que proporciona a satisfação de necessidades, o seu próprio desenvolvimento e a realização de seus desejos e expectativas.¹²⁰

Diante desse cenário, o princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. Por esse motivo, a afetividade surge não só como importante valor jurídico e social, mas, especialmente, como princípio¹²¹, imbuído de normatividade suficiente para a tutela de direitos e deveres no mundo jurídico.

A partir dessas considerações, é possível afirmar que a afetividade é princípio jurídico que “não se confunde com o afeto, como fato psicológico, ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações”.¹²² Além de propiciar o surgimento de direitos, a afetividade, como fato da vida, também é dever jurídico, pois “é dever imposto aos pais em relação aos filhos” e vice-versa, mesmo que haja falta de amor, somente não incidindo com o fim do poder familiar ou com a morte. A afetividade é real entre os casais heteroafetivos, homoafetivos ou poliafetivos e incide enquanto há convivência entre os parceiros, se desdobrando na intimidade comum, na vida privada do casal, havendo ou não amor.¹²³

O princípio da afetividade¹²⁴ está implícito na Constituição Federal, tendo como fundamentos constitutivos os seguintes elementos: a) a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente (art. 227); b) a igualdade entre filhos, biológicos ou não (art. 227,

¹²⁰ NERY, Maria da Penha. **Vínculo e afetividade**: caminho das relações humanas. São Paulo: Ágora, 2014, p. 19-23.

¹²¹ “Os princípios são “normas que atribuem fundamento a outras normas”, pois são estados ideais, indicam fins a serem promovidos, porém não preveem o meio, sendo altamente indeterminados, não enumeram fatos nem possuem consequências previamente estabelecidas”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013, p. 132-133).

¹²² TORRES, Claudia Vecchi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, 2014, p. 98.

¹²³ LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito das famílias e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (Org.). **Direito das famílias e das Sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009, p. 13.

¹²⁴ Rodrigo da Cunha Pereira afirma que não é qualquer afeto que gera a entidade familiar, porque do contrário qualquer namoro o geraria, afirmando que o que gera a entidade familiar é o afeto/a afetividade conjugado(a) com a ostensibilidade (que exclui relacionamentos casuais, sem compromisso) e a estabilidade (que pressupõe uma entidade familiar reconhecida pela sociedade enquanto tal, que assim se apresenta publicamente). Acrescenta, ainda, um outro elemento (que, na verdade, reúne todos eles), a saber, uma estrutura psíquica. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 166-181-182).

§6º); c) na adoção, como escolha afetiva (art. 227, §§ 5º e 6º); d) a comunidade monoparental, formada por um dos pais e seus filhos, biológicos ou não (art. 226, §4º). A afetividade também é princípio descrito na Declaração Universal dos Direitos da Criança¹²⁵.

Diante de tais fatores, pode-se denotar que a evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade. Mas e como se prova a afeição, a afetividade, no mundo empírico das relações sociais? Através dos cuidados e atenção com o outro, pelo estabelecimento de vínculo, pela forma de tratar, pelo apoio material, moral e espiritual não somente no plano íntimo, mas também no plano social.

Oxigenada por essa mudança de paradigmas, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre companheiros do mesmo sexo e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana no âmbito das relações familiares, que não mais comportam a diferenciação de gênero como requisito *sine qua non* para o enquadramento de entidades familiares, já que a válvula motriz desse reconhecimento está fundada essencialmente no afeto.

Assim, tendo desaparecido suas funções tradicionais no mundo do “ter” liberal burguês, a família reencontrou-se no fundamento da afetividade e na comunhão de afeto, pouco importando o modelo de união que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos ou até mesmo entre pessoas do mesmo sexo.

A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores e pelos psicólogos como objeto de suas ciências, entrou definitivamente nas cogitações dos juristas, que buscam explicar a complexidade das relações familiares contemporâneas. Essa virada de Copérnico foi bem apreendida por Orlando Gomes, ao afirmar que “o que há de novo é a tendência para fazer da *affectio* a *ratio* única do casamento.”¹²⁶ Não somente do casamento, mas de todas as relações de filiação e de entidades familiares – principalmente as mais

¹²⁵ Princípio VI – “Direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade. A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afecto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas.” Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 04/08/2016.

¹²⁶ GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984, p. 26.

complexas, enquadradas fora da moldura tradicional, nelas incluídas as que formadas por pessoas do mesmo sexo.

A doutrina jurídica brasileira tem vislumbrado aplicação do princípio da afetividade em variadas situações do direito de família, nas dimensões: a) da solidariedade e da cooperação; b) da concepção eudemonista¹²⁷; c) da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros¹²⁸; d) do redirecionamento dos papéis masculino e feminino e da relação entre legalidade e subjetividade¹²⁹; e) dos efeitos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida¹³⁰; f) da colisão entre direitos fundamentais¹³¹; g) da primazia do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não biológica.

A jurisprudência, por sua vez, não se encontra inerte nesse processo de aplicação/reconhecimento dos efeitos cogentes emanados do princípio da afetividade no âmbito das relações de família. Por exemplo, o STJ, através do julgamento do REsp 1085646 RS 2008/0192762-5¹³², decidiu que, uma vez demonstrada a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo (pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família), haverá o reconhecimento dessa parceria na condição de entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos, de modo a reconhecer o direito do recorrente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome de um dos parceiros. A Relatora do recurso, Ministra Nancy Andrigli, asseverou em seu voto que “as novas bandeiras do direito de família têm como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação”, afirmando que “hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela

¹²⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 306.

¹²⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. In: A nova família: problemas e perspectivas. Vicente Barreto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56.

¹²⁹ PEREIRA, Rodrigo. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 142.

¹³⁰ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 205.

¹³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O direito personalíssimo à filiação e a recusa do exame de DNA**: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação. Eduardo de Oliveira Leite (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 224.

¹³² Julgamento ocorrido ainda no ano de 2011, antes da expedição, pelo CNJ, da Resolução nº 175, em maio de 2013, que passou (com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*) a vedar às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

reciprocidade zelosa entre os seus integrantes”.¹³³ Não obstante o simbolismo de tal julgamento, importante asseverar que o próprio STF, antes mesmo do julgamento da APF 132 e da ADI 4277 no ano de 2011, já havia afirmado que “o convívio entre pessoas do mesmo sexo, fundado no afeto e no companheirismo, também caracteriza uma entidade familiar”¹³⁴, o que restou pontuado ainda no ano 2006 quando da apreciação da ADI 3300.¹³⁵

A jurisprudência nacional foi além e avançou gradativamente nas diversas questões polêmicas relativas ao direito de família, não tendo se limitado a aplicar/invocar o princípio da afetividade somente aos casos envolvendo o reconhecimento das relações homoafetivas. Por exemplo, o REsp 757411/MG¹³⁶ foi, ainda em 2006, o primeiro julgado proferido pelo STJ que versou sobre a possibilidade de condenação do pai a pagar indenização por danos morais ao filho por abandono afetivo. O Relator do recurso apontou em seu voto que no caso de “abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos [...] a legislação prevê como punição a perda do poder familiar”, que é a “mais grave pena civil a ser imputada a um pai”, sendo esta a forma que se mostra eficiente para dissuadir a conduta de abandono, não se justificando a indenização pelo abandono moral.¹³⁷

No entanto, novamente instado a se pronunciar sobre o tema “afeto/afetividade”, o STJ, em 24/04/2012, promoveu novo julgamento sobre a matéria no âmbito do REsp 1159242/SP. Tal posicionamento passou a servir de paradigma para o julgamento de outras ações que versavam sobre o abandono afetivo¹³⁸, fornecendo uma forma objetiva de apurar o

¹³³ Íntegra do Acórdão disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21076387/recurso-especial-resp-1085646-rs-2008-0192762-5-stj/inteiro-teor-21076388>> Acesso em 24/08/2016.

¹³⁴ Trecho do voto do Relator, Ministro Celso de Mello (Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>> Acesso em 24/08/2016).

¹³⁵ A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3300) que discutia no Supremo o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis entre homossexuais foi arquivada pelo Ministro Celso de Mello. Segundo o Ministro, a ação proposta por duas entidades paulistas – a Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo – contestava norma legal que já não estava mais em vigor, sendo extinta, portanto, por razões técnicas. Na decisão, no entanto, o Relator afirmou tratar-se de relevante questão constitucional e entendeu caber ao Supremo discutir e julgar a legitimidade constitucional do tema, em novo processo, como a ADPF. (Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=66367>> Acesso em 24/08/2016).

¹³⁶ “RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Data da Publicação/Fonte: DJ 27/03/2006 p. 299. Íntegra do acórdão disponível no site https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicação=> Acesso em 24/08/2016).

¹³⁷ Íntegra do acórdão disponível em <www.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicação=> Acesso em 24/08/2016.

¹³⁸ Doutrina e jurisprudência ainda apontam a possibilidade de indenização por abandono afetivo inverso, quando há omissão do filho no que tange ao seu dever de cuidar do pai idoso. (Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em 24/08/2016).

dano causado pela ausência de cuidado, uma consequência prática da falta de afeto no âmbito da relação familiar:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1) Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito das famílias. 2) O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3) Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurto, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4) Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5) A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6) A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7) Recurso especial parcialmente provido.¹³⁹

Portanto, pode-se perceber, mediante o norte conferido pela doutrina e pela jurisprudência, que a concepção da família como lugar de realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, na qual o afeto era apenas secundário. A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois ela é o principal elo que mantém pessoas (do mesmo sexo ou não) unidas nas relações familiares da atualidade.

Além disso, a afetividade é o fundamento da solidariedade familiar. E, mesmo havendo a dissolução da família, a solidariedade permanece, em especial com relação a alimentos, ao cuidado e demais necessidades daqueles que, com a ruptura do vínculo, passam a ficar com dificuldades de manter o mínimo esperado de proteção e promoção da sua dignidade.¹⁴⁰

Assim, a solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa – apesar de não ser um conceito uníssono – o vínculo de sentimento

¹³⁹ BRASIL. Superior. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242/SP, Relator Ministra Nancy Andrighi, Data da Publicação/Fonte: DJe 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em 24/08/2016.

¹⁴⁰ TORRES, Claudia Vecchi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, 2014, p. 100.

¹⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70.

racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos”¹⁴¹, sendo o compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas pelas outras e cada uma delas por todas, estando ligada ao conceito de responsabilidade coletiva.

O *pathos*¹⁴² da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade, ou seja, da responsabilidade não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade.¹⁴³ Para o desenvolvimento da personalidade individual no âmbito das relações familiares, é imprescindível o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social.

Tal princípio jurídico resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses predominantemente individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos ainda na atualidade.

No mundo antigo, o indivíduo era concebido apenas como parte do todo social; daí ser impensável a ideia de direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o indivíduo era o centro de emanção e destinação do direito; daí ter o direito subjetivo assumido a centralidade jurídica. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, “despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos.”¹⁴⁴

A regra matriz do princípio da solidariedade é o inciso I do art. 3º da Constituição. No capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230). A solidariedade, no direito brasileiro, apenas após a Constituição de 1988, inscreveu-se como

¹⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62.

¹⁴² O conceito filosófico do termo *Phatos* foi criado por Aristóteles e apropriado por Descartes para designar tudo o que se faz ou acontece de novo.

¹⁴³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 719.

¹⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

princípio jurídico; antes, era concebida como dever moral, ou expressão de piedade, ou virtude ético-teológico¹⁴⁵, destituído de operatividade no plano fático ou jurídico.

Para Paulo Bonavides, o princípio da solidariedade serve como oxigênio da Constituição – não apenas dela, mas “a partir dela”, uma vez que se espraia por todo ordenamento jurídico –, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional¹⁴⁶, discurso que encontra total consonância com os aspectos pós-positivistas evidenciados na atualidade¹⁴⁷, que defendem a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico segundo uma teoria de justiça, moral e ética, na qual reside o escopo do atual Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 determinou ao Estado e a todos os que vivem no território nacional o encargo de construir uma sociedade solidária, por meio da distribuição da justiça social, uma vez que o “princípio cardeal do ordenamento é a dignidade da pessoa humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre dois valores”: a liberdade e a solidariedade.¹⁴⁸

A realização dessa solidariedade social é possível com a mobilização do Poder Público e da sociedade civil, uma vez que a solidariedade é um fato social que agrega forças de todos, do Estado e do indivíduo que está inserido na sociedade, coexistindo com outros indivíduos. E a CF/88, ao se referir à sociedade solidária, inclui a família, que é a base da sociedade (de acordo com o artigo 226), a qual é composta por adultos, crianças, adolescentes e idosos. A solidariedade é princípio que norteia também a elaboração de legislação e políticas públicas voltadas à família, bem como à interpretação e aplicação do direito.

Nas palavras de Rolf Madaleno, a solidariedade familiar é “princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas”¹⁴⁹, visto que é na família que se desenvolvem a cooperação, a mútua assistência e a compreensão. Os cônjuges e companheiros compartilham suas vidas, auxiliam-se reciprocamente, tanto no aspecto material, quanto moral e espiritual, nos momentos de alegria e de dificuldade, como no enfrentamento das enfermidades físicas e psíquicas do outro. Mesmo quando ausente a comunhão de vida no casamento ou na união

¹⁴⁵ “Muitos, aliás, a entendem apenas sob este significado, afirmando que seu sentido principal teria permanecido vinculado às suas origens estóicas e cristãs, principalmente do catolicismo primitivo, cujos seguidores, por serem ‘todos filhos do mesmo Pai’, deviam considerar-se como irmãos. A noção de fraternidade seria a inspiração da solidariedade difundida na modernidade” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. Disponível em <www.idcivil.com.br/artigo.html>. Acesso em 13-06-2016).

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 259.

¹⁴⁷ Sobressalentes pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia.

¹⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. Disponível em: <idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Acesso em: 05/08/2016.

¹⁴⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito das famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.64.

estável, o dever de solidariedade familiar continua em relação aos filhos, e em relação ao outro cônjuge/companheiro, enquanto este necessitar de auxílio financeiro, por meio da pensão alimentícia.¹⁵⁰

A solidariedade familiar é fato social, valor duradouro, norma jurídica com assento constitucional e infraconstitucional, que impõe deveres múltiplos entre àqueles que convivem no seio familiar e que continua mesmo após a dissolução da família. E o Poder Judiciário brasileiro, atento às nuances do modo de vida contemporâneo, não se encontra apático em torno do reconhecimento da normatividade desse princípio, aplicando-o para além das questões relativas ao reconhecimento das uniões homoafetivas.¹⁵¹ Por exemplo, o STJ, no acórdão proferido no REsp nº 995538/AC¹⁵², deixou claro que o dever de prestação alimentar entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial (estando assentado no vínculo conjugal ou de união estável), estando tal obrigação fundamentada no princípio da solidariedade familiar e, de forma subjacente, no dever legal de mútua assistência.¹⁵³

Ademais, o princípio da solidariedade foi utilizado pelo próprio STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 102877/SP¹⁵⁴, julgado ainda em 1984, envolvendo direito das famílias, antes mesmo da Constituição Federal de 1988 inaugurar uma nova ordem jurídica no Brasil, ampliando as possibilidades de novos arranjos familiares além do

¹⁵⁰ TORRES, Claudia Vecchi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, 2014, p. 111.

¹⁵¹ Ver caso retratado nas notas de rodapé 132 e 133.

¹⁵² Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato c.c. pedido de alimentos. União estável. Caracterização. Situação de dependência econômica da alimentanda caracterizada. Obrigação de prestar alimentos configurada. Redução do valor com base nos elementos fáticos do processo. Restrições legais ao dever de prestar alimentos entre os companheiros não declaradas no acórdão impugnado. Inviabilidade de análise da questão. Imutabilidade da situação fática tal como descrita pelo Tribunal estadual (<stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200702406419&dt_publicacao=17/03/2010>). Acesso em: 24/08/2016).

¹⁵³ Com relação à solidariedade familiar, cabe ainda apontar duas decisões proferidas no primeiro grau de jurisdição. A primeira versa sobre o dever de prestação alimentar entre padrasto e enteada, relacionado à paternidade socioafetiva: com base na relação de afetividade existente entre a enteada e o padrasto, o juiz de primeira instância fixou alimentos provisórios em favor da adolescente. (Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4885/novosite>> Acesso em 24/08/2016). Um segundo caso versa sobre o reconhecimento da família solidária (pessoas que vivem como se irmãos fossem, sob o mesmo teto, em clima de auxílio mútuo). O TJMG decidiu que não se pode restringir os modelos de família, havendo no caso concreto a formação de vínculo de parentesco com base no afeto e na solidariedade. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.05.816329-6/001 – Disponível em <<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6014464/100240777001360011-mg-1002407770013-6-001-1/inteiro-teor-12150268>> Acesso em 24/08/2016).

¹⁵⁴ “(...) A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR OU PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE PARENTESCO, COMO ESTÁ EXPRESSO NOS ARTS. 396 E 397 DO CÓDIGO CIVIL, A VALORIZAR O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR, OU ASSENTA NO DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA ENTRE OS CONJUGES (VER ART-231, INC-III, DO CÓDIGO CIVIL E ART. 19 DA LEI DE DIVÓRCIO). (...)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 102877/SP, Relator Min. Djaci Falcão, Brasília, 14 de setembro de 1984. In: EMENT VOL-01355-04, PP-00751).

casamento. Este caso é bastante emblemático porque versa sobre direito a alimentos no concubinato antes da CF/88, quando a união estável não era ainda reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio como entidade familiar.

Portanto, a afetividade e a solidariedade familiar são princípios que podem e devem ser utilizados pelo intérprete do direito quando da análise de casos concretos, especialmente para solucionar demandas que envolvam relações familiares. E, sabendo-se que o juiz parte do texto da norma e dos fatos para elaborar a norma de decisão específica do caso concreto – fornecendo uma resposta jurídica a tais demandas – observa-se que tais princípios apresentam-se como diretrizes valorativas que orientam axiologicamente o processo construtivo de interpretação, que não pode violar a consistência constitucional visando alcançar uma adequação social, nem tão pouco pode se dissociar da realidade social em prol da manutenção da consistência constitucional.

Por esses motivos, a afetividade familiar e a solidariedade familiar são elementos que, na condição de princípios constitucionais, servem de vetores para o real enquadramento das uniões entre pessoas do mesmo sexo enquanto entidades familiares constitucionalmente protegidas.

3.3 A LACUNA LEGISLATIVA QUANTO À TUTELA DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E OS PRECEITOS FUNDAMENTAIS SUPOSTAMENTE VIOLADOS

Até o presente momento, os efeitos jurídicos decorrentes da união fática entre pessoas do mesmo sexo – com o intuito de constituir família – são inexistentes para a legislação federal brasileira. Há, no entanto, uma única exceção, prevista na Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006, que sanciona a violência doméstica perpetrada contra a mulher, regulando suas consequências e reconhecendo a existência da relação homossexual lésbica.¹⁵⁵

No mais, somente se atribui efeitos à união de casais gays por meio de normas elaboradas pelos entes da Federação, a exemplo da Lei nº 5.034/2007¹⁵⁶, editada pelo Estado

¹⁵⁵ Art. 5º - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

do Rio de Janeiro, ou por meio de normas de cunho administrativo¹⁵⁷, direcionadas a regular, prioritariamente, efeitos jurídicos patrimoniais decorrentes dessas relações.

O Ministério da Previdência Social, por exemplo, tratando da regulamentação de benefícios para companheiros do mesmo sexo, editou a instrução normativa INSS/DC nº. 25, de 06 de junho de 2000, que, em cumprimento à decisão proferida em uma Ação Civil Pública¹⁵⁸, estabelecia procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. Tal instrução normativa foi revogada pela instrução normativa INSS/PRES nº. 45, de 06.08.2010.¹⁵⁹

No entanto, a portaria nº 513, de 09.12.2010, do Ministro de Estado da Previdência Social, estende à união estável entre pessoas do mesmo sexo os dispositivos da lei nº. 8.213, de 24.07.1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários.¹⁶⁰

No âmbito do Congresso Nacional, até hoje nenhum dos projetos apresentados com vistas à equiparação de direitos de pares homossexuais aos heterossexuais ou com vistas a coibir a discriminação em razão da homossexualidade conseguiu aprovação.

As tentativas de regulação da matéria no âmbito da legislação federal começaram em 1995, quando a então deputada federal Marta Suplicy (PT-SP) apresentou o projeto de lei nº. 1.151, com o objetivo de disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Até o presente momento, não houve votação do referido projeto.¹⁶¹ Também não houve votação do projeto de Emenda Constitucional de mudança no art. 226 da Constituição Federal¹⁶², de autoria do Dep. Jean Wyllys (PSOL-RJ), nem de Projeto de lei apresentado por esse mesmo

¹⁵⁶ Art. 1º da Lei Estadual nº 5.034/2007, que acrescentou ao art. 29 da Lei nº 285, de 1979, o seguinte parágrafo: §7º - “Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes”.

¹⁵⁷ Dentre outras hipóteses, convém destacar: i) Circular da SUSEP, em cumprimento a decisão judicial, assegurou que os companheiros homossexuais têm o mesmo direito dos heterossexuais ao pagamento do seguro de carro DPVAT, em caso de morte do outro; ii) Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional concluiu pela admissibilidade do companheiro homossexual como dependente, para fins de imposto de renda; iii) Súmula normativa da Agência Nacional de Saúde, em 2010, define como companheiro beneficiário de titular de plano privado de assistência à saúde tanto pessoas do sexo oposto como as do mesmo sexo, obrigando as operadoras a adotarem essa orientação. (Disponível em <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_leitura_id=12599&revista_caderno=14> Acesso em 24/08/2016).

¹⁵⁸ Ajuizada pelo MPF e processada sob. n. 2000.71.00.009347-0, junto ao juízo federal de Porto Alegre.

¹⁵⁹ Disponível em <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/38/INSS-DC/2000/25.htm>>. Acesso em: 18/08/2016.

¹⁶⁰ Disponível em <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portariamps513_2010.htm>. Acesso em: 18/08/2016.

¹⁶¹ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>> Acesso em 18/08/2016.

¹⁶² Disponível em <<http://jeanwyllys.com.br/wp/conheca-o-texto-da-pec-do-casamento-civil-igualitario>> Acesso em 18/08/2016.

deputado, juntamente com a Dep. Érika Kokay (PT-DF), destinado a alterar dispositivos da legislação, com vistas a incluir a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹⁶³

Ainda em 1999, o Dep. Nilmário Miranda (PT-MG) apresentou o Projeto-Lei 1904, através do qual propôs a alteração da Lei nº. 7.716, para definir como crime, entre outros fatores, a discriminação por orientação sexual. O referido projeto foi arquivado em 2004.¹⁶⁴ Em 2001, a Dep. Iara Bernardi (PT-SP) apresentou o Projeto-Lei 5003/2001, que tinha como objetivo a punição de práticas discriminatórias por motivo de orientação sexual. A esse projeto, foram apensados cinco outros. Tal projeto foi aprovado na Câmara Federal e recebido no Senado Federal, tomando o número PLC 122/2006. No Senado, o projeto foi arquivado após passar oito anos sem obter aprovação.¹⁶⁵

Assim, tanto quanto a sua existência na sociedade, também é inegável a invisibilidade da homossexualidade para o Congresso Nacional brasileiro.

O fato de o Judiciário ter recebido inúmeras ações concernentes às uniões homossexuais de fato nas últimas décadas, além dos alarmantes dados estatísticos¹⁶⁶ que apontam a enorme quantidade de relacionamentos existentes entre pessoas do mesmo sexo, comprovam a existência, no Brasil, de famílias formadas por casais homossexuais, o que demonstra uma demanda social por uma legislação que contemple tais formações, regulamentando os seus efeitos jurídicos.

A constatação dessa demanda social implica reconhecimento de uma omissão legislativa, considerando-se o Direito como o conjunto de normas cogentes destinado a reger a vida social. Resta identificar a natureza jurídica de tal omissão, de sorte a investigar o papel desempenhado pelos princípios constitucionais diante do atual cenário de não intervenção do constituinte derivado.

¹⁶³ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>> Acesso em 18/08/2016.

¹⁶⁴ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17378>> Acesso em 18/08/2016.

¹⁶⁵ O projeto de lei 122/2006 foi apresentado pela então deputada Iara Bernardi (PT - SP). O projeto tinha por objetivo criminalizar a homofobia no país. Por força do regimento interno do senado brasileiro, o texto antigo do PLC 122 (originário da Câmara) perdeu sua validade, apesar de, atualmente, ser erroneamente tido como ainda válido, algo que causa confusão entre aqueles que não acompanham a tramitação do projeto. O texto que é debatido atualmente é o previsto no relatório apresentado pela Dep. Fátima Cleide e aprovado na Comissão de Assuntos Sociais do Senado. (Disponível em <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/01/projeto-de-lei-contra-a-homofobia-deve-ser-arquivado-no-congresso>> Acesso em 18/08/2016).

¹⁶⁶ A partir de 2013 o IBGE passou a coletar e divulgar os registros de uniões entre as pessoas do mesmo sexo. No primeiro ano pesquisado, 1974, ocorreram 818.990 uniões civis. Em 1984, foram registradas 936.070 uniões; em 1994, com 763.129 uniões, o IBGE registrou uma que de 18,5% dos casamentos em relação a 1984; em 2004, a variação voltou a ser positiva, indicando um crescimento de 5,7% no número de uniões, que somaram 806.968; em 2014, com o registro de 1.106.440 uniões, a variação atingiu 37,1% de aumento. (Disponível em <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/11/casamentos-gays-aumentam-312-em-2014-no-brasil-diz-ibge.html> Acesso em 24/08/2016).

3.3.1 Os princípios enquanto vetores axiológicos do sistema

Ante o atual panorama de abertura sistêmica do direito, aprimorada gradualmente após a Constituição de 88, os princípios foram alçados ao patamar de vetores axiológicos do sistema. Por essa razão, devem ser considerados como uma espécie de norma jurídica, dotada de dimensão ética e política, entendida como valor fundante do atual ordenamento jurídico, que encontra-se fundado no pilar do Estado Democrático de Direito.

Diante desse contexto, os princípios não são apenas a lei, mas o próprio direito em si, em toda a sua extensão e abrangência social, política e jurisdicional. Da positividade dos textos constitucionais alcançam, os princípios, a esfera decisória dos arestos, constituindo uma jurisprudência de valores que determina o constitucionalismo contemporâneo, a ponto de fundamentar uma nova hermenêutica dos tribunais.

Por isso, os princípios se caracterizam como o fundamento das próprias regras, desempenhando uma função normogenética fundante, e, por esse motivo, em razão de sua qualidade normativa especial, promovem a coesão e a unidade interna de todo o sistema jurídico, haja vista possuir funções diretiva, estruturante e interpretativa bem delineadas.¹⁶⁷

Em razão de sua posição hierárquica superior e de sua importância estruturante no ordenamento jurídico, os princípios – enquanto *standards* juridicamente vinculantes – se caracterizam como normas de natureza com papel fundamental, influenciando na elaboração de toda a legislação infraconstitucional. Em vista disso, ostentam duas características principais: i) contêm os valores que a sociedade entende como estruturantes do sistema e, por outro lado, ii) servem de carreadores desses valores para o ordenamento jurídico, oxigenando-o axiologicamente.

Ademais, os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do tudo ou nada (fórmula que é aplicada às regras); antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso. Por isso, enquanto nas regras o comportamento já é objeto de previsão textual – elas pretendem gerar uma solução específica para o conflito – os princípios não portam consigo juízos definitivos do dever-ser. Eles não determinam diretamente a conduta a ser seguida; apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização demandará intensa atividade do aplicador do direito. O princípio, então, não aspira à obtenção de uma solução específica, mas soma-se a outras razões para a tomada de decisões – principalmente em relação às decisões mais difíceis, uma

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 130.

vez que as hipóteses de fácil resolução podem resolvidas mediante a utilização das regras, por meio da subsunção normativa.

Além do que, instituem, os princípios, obrigações *prima facie*, porque podem ser superadas ou ter reduzido seu âmbito de abrangência em face da colisão com outro princípio. Assim, são aplicáveis em maior ou menor medida a partir do diálogo com os demais vetores principiológicos constantes do sistema.¹⁶⁸

Tratando-se de um método de ponderação de bens à luz do caso concreto, é intuitivo dizer que, a priori, não exista uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios constitucionais, ressalvada — porque fora de cotejo axiológico — apenas a dignidade da pessoa humana como valor-fonte dos demais valores, valor fundante da experiência ética ou, se preferirmos, princípio e fim de toda ordem jurídica.

Diante desse arquétipo, a Constituição Federal brasileira tornou-se, assim, o vértice axiológico de um ordenamento jurídico, e, no caso brasileiro, caracteriza-se, efetivamente, como a lei suprema de um ordenamento jurídico aberto, já que no âmbito do nosso sistema não mais subiste o dogma da completude.

O Poder Legislativo, ao regulamentar o instituto da união estável tal como se encontra estatuído no art. 1723 do Código Civil, tomou por base o texto do art. 226, § 3º da Constituição Federal, especificando apenas a união estável estabelecida “entre o homem e a mulher”.¹⁶⁹ A regulamentação da união estável da forma em que ficou redigida, tanto no texto constitucional como no infraconstitucional, não obedeceu fielmente ao comando contextualizado dos princípios constitucionais, acarretando enorme insegurança jurídica ao exercício da homoafetividade. O legislador infraconstitucional postou-se omissos na medida em que não enfrentou a realidade homoafetiva, desincumbindo-se do seu papel de contribuir para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

A omissão do legislador infraconstitucional, nesse aspecto, distancia-se do mandamento constitucional e institucionaliza uma evidente discriminação por orientação sexual. O Estado, por meio de quem tem a tarefa de legislar, exclui os homoafetivos do acesso ao reconhecimento da união estável e do casamento, fomentando, pois, de forma institucionalizada, a insegurança jurídica, uma vez que deixa essa realidade à mercê dos percalços de uma vida afetiva sem qualquer respaldo jurídico.

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 130.

¹⁶⁹ BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

Diante do atual contexto, cabe investigar quais os princípios constitucionais violados diante da não intervenção do constituinte derivado.

3.3.1.1 O sobreprincípio da dignidade da pessoa humana

É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada – relativa à não regulamentação das relações homoafetivas – envolve uma reflexão acerca da dignidade humana. Segundo Luís Roberto Barroso, dentre as múltiplas possibilidades de sentido da ideia de dignidade, duas delas podem ser reconhecidas de plano pelo conhecimento convencional: i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo; e ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”.¹⁷⁰ Logo, a não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo – perpetrada especialmente no plano legislativo – viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

É certo que a vocação essencial do Estado Democrático encontra-se legitimada, precipuamente, para promover suas ações em razão das pessoas e não em razão de outros fatores ou interesses. Seja por meio da administração pública, exercida pelo Poder Executivo; da normatização, desempenhada pelo Poder Legislativo; ou da aplicação do direito, conferida ao Poder Judiciário, as políticas públicas são realizadas para seus destinatários como “comunidade política”, que possui suas experiências e projetos comuns e, excepcionalmente, poderão atingir os estrangeiros, marcando-se, assim, um território para sua aplicação. O Estado, portanto, tem como dever geral proteger seus cidadãos frente a ele próprio.¹⁷¹

Para que a expressão da vontade do povo como um todo – e não apenas de uma maioria – seja realmente concretizada, as ações do Poder Público nas funções acima mencionadas devem ser voltadas a atender com maior amplitude os anseios de todos, indistintamente. E sendo esse o propósito de uma democracia, é imperioso que haja uma justa distribuição de direitos para alcançar a totalidade dos indivíduos, de modo a lhes garantir o mínimo de dignidade.

Assim, a dignidade da pessoa humana é o núcleo de uma ordem democrática, na qual também se insere a Constituição Brasileira de 1988, ao inscrevê-la como fundamento da

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **União homoafetiva: reconhecimento jurídico**. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014, p. 224.

¹⁷¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 102.

República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III). Trata-se de alicerce de alta carga axiológica, considerando que o sistema constitucional brasileiro não é neutro e impõe, por se tratar de base de toda a estruturação/organização do Estado, que todo o regramento e demais ações públicas alcancem esse valor na maior extensão possível. Isso, efetivamente, poderá garantir a dignidade humana e a estruturação de um regime democrático, em que cada indivíduo merece respeito e consideração pela sua simples existência.¹⁷²

Como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana vem colocada no ápice do ordenamento jurídico e permeia intrinsecamente o direito de família, visando à realização de seus membros. O Estado protege a família, independentemente da sua espécie, visto que várias são as modalidades de família presentes na Constituição Federal, apresentando esta uma norma de inclusão para outras modalidades ainda não previstas expressamente. Da dignidade da pessoa humana – enquanto sobreprincípio¹⁷³ do ordenamento jurídico brasileiro – decorre a existência dos demais princípios na ordem atual.

Percebe-se pela conceituação desse princípio a sua estreita relação com a liberdade, que garante a autonomia pessoal para o ser humano dar forma à sua existência, segundo seus anseios, vontades e expectativas. A dignidade humana é o primeiro princípio, de acordo com a ética kantiana, de que “o ser humano [...] existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante.”¹⁷⁴ O ser humano independente é a razão de ser de sua existência, não sendo ele objeto de troca ou mercadoria, como um animal irracional que pode ser vendido ou “conduzido”, sem ter a capacidade de promover suas próprias escolhas.

Então, segundo a ética kantiana de que o homem é um fim em si mesmo, o ser humano tem valor sagrado e não pode ser medido para a realização de uma tarefa ou de uma atribuição; isto é, “o homem não pode ser empregado como um meio”¹⁷⁵ ou como elemento para a construção, pelo constituinte, de um modelo idealizado de moldura social considerado como adequada.

O indivíduo, em sua capacidade de pensar e de perceber o que é melhor para si, busca de forma independente seus objetivos. Para isso, precisa ter a garantia de proteção e respeito para atuar de acordo com os anseios que são próprios de sua racionalidade. Desse

¹⁷² GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação – Sua Aplicação às Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, p. 33.

¹⁷³ TAVARES, André Ramos de. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 405.

¹⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21.

¹⁷⁵ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação – Sua Aplicação às Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, p. 33.

modo, o caminho para a dignidade impende um rompimento de amarras impeditivas do livre exercício de suas escolhas, a fim de que, assim, possa o indivíduo ser respeitado na sua condição – a condição humana da qual não cabe a sujeição a situações de humilhações, vexames ou o aviltamento, que podem muito bem ser perpetradas também de forma omissiva pelos poderes constituídos.

Toda a condescendência com o sofrimento humano deve ser evitada, uma vez que a dignidade necessita de novas garantias. Em razão disso, torna-se imprescindível que os fundamentos de uma ordem constitucional reconheçam os interesses específicos de certos grupos minoritários da sociedade, que muitas vezes encontram-se nas esquinas de uma vida que nem sempre é a vida que pediram ou desejaram e, por isso, constroem a história, nem sempre a história que desejam, mas a história possível, aquela que as circunstâncias lhes permite escrever e vivenciar.

Considerando que a homossexualidade é uma orientação sexual ínsita a um grupo, é certo que esses indivíduos também merecem o respeito das demais pessoas, para que se tenha um patamar mínimo de direitos fundamentais a ser assegurado pelo Estado, com a utilização de mecanismos de força que extirpem todo e qualquer ato limitador do exercício da afetividade, especialmente a que existente/demonstrada entre pessoas do mesmo sexo.

O Estado que não move ações no sentido de proteger a vida privada dos indivíduos viola a dignidade humana. Assim, as relações entre pessoas do mesmo sexo, movidas pelo afeto, merecem igual atenção àquelas existentes entre casais heterossexuais. Essa é a fórmula para uma justa distribuição de direitos, satisfazendo, com isso, o fundamento de ampliação da condição de cidadania do ser humano homossexual, que merece respeito igual para estabelecer uma convivência mútua com seu companheiro em segurança.

Como o pressuposto da dignidade é uma justa distribuição dos bens e serviços, como garantias assecuratórias da autonomia do indivíduo, faz-se necessária a igualdade de acesso por todos, indiscriminadamente. Cabe, destarte, ao Estado “intervir de forma ativa – na via legislativa ou executiva – para evitar qualquer discriminação entre as pessoas, de maneira que a cláusula de igual proteção (...)”¹⁷⁶ seja retratada corretamente no plano da realidade social.

Tal omissão, patrocinada especialmente pelos poderes legislativo e executivo, funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade – que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório a todos. Diante desse cenário, as relações afetivas acabam sendo vistas, em última instância, como meio para a realização de um modelo

¹⁷⁶ APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: RT, 2008, p. 197.

idealizado de sociedade, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares.

O indivíduo é tratado, então, como meio para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos.¹⁷⁷

A discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A ideia de igual respeito e consideração se traduz no conceito de reconhecimento, que deve ser atribuído às identidades particulares, ainda quando sejam minoritárias.

O não reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal. A distinção ora em exame, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos ao longo da história, caracterizando uma verdadeira “política oficial de discriminação”.¹⁷⁸ Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana.

3.3.1.2 O fator *homoafetividade* frente à dualidade protetiva insculpida nos princípios da igualdade e da vedação à discriminação.

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena, de forma expressa, todas as formas de preconceito e discriminação.

Do mesmo modo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, estabelece que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (Artigo I)¹⁷⁹. Ante a existência de condições de vulnerabilidade de certos indivíduos em detrimento de outros, esse dispositivo necessita ser construído, no plano fático-normativo, para que a igualdade se estabeleça efetivamente.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Uniões homoafetivas**: reconhecimento jurídico. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014, p. 233.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 234.

¹⁷⁹ DIREITO INTERNACIONAL: Normas. **Legislação de Direito Internacional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 379.

Segundo Celso Lafer¹⁸⁰, a igualdade afirma que os direitos humanos são pressupostos da cidadania “não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio”; logo, restringir ou omitir o exercício da cidadania traz consequências negativas à condição humana.

O ser humano, quando tem suas qualidades suprimidas, encontra-se privado de sua substância, do seu âmago. Logo, a homossexualidade, enquanto “qualidade acidental”, não pode ser expurgada do indivíduo, quer seja voluntariamente, por atitude volitiva do próprio sujeito – em prol de uma auto-proteção – quer seja por imposição de terceiros. Para ter dignidade, rumo à construção de uma igualdade, ela precisa ser posta em prática em um terreno com justa distribuição de direitos.

Tanto é que o princípio da igualdade, ao ser elevado ao *status* de direito fundamental, operou imensa transformação no direito das famílias, mormente no que tange à igualdade entre o homem e a mulher, entre os filhos e entre as entidades familiares, rompendo, assim, com os fundamentos jurídicos da família tradicional, principalmente quando se trata dos antigos elementos constitutivos e legitimadores da entidade familiar.

Este princípio, em sua dimensão formal¹⁸¹, tem por objetivo precípua a superação das desigualdades entre os indivíduos, através da aplicação da mesma lei a todos os sujeitos de direito. Na esfera da sexualidade, visa abranger, numa concepção universalista da igualdade perante a lei, a reivindicação dos direitos dos homossexuais e o direito à diferença, que lhes asseguraria uma eficácia em face da discriminação, sendo, pois, importante a imposição de tratamento igual sempre que não se apresentarem razões suficientes para justificar a desigualdade no tratamento em face da orientação sexual.

A igualdade, portanto, é princípio constitucional da mais alta necessidade para estabelecer-se um equilíbrio nas relações sociais, de modo a extirpar privilégios de uns em detrimento de outros, estabelecendo, assim, a balança ideal de distribuição de direitos ao que se almeja como objetivo de uma real justiça social.

Não por menos, na Constituição Federal encontram-se também enunciados os objetivos fundamentais da República, dentre os quais se tem o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (inciso IV, art. 3º).¹⁸²

¹⁸⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 150.

¹⁸¹ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação – Sua Aplicação às Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, p. 40.

¹⁸² BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição proíbe todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada exclusivamente na orientação sexual das pessoas. Embora tais considerações já fossem suficientes para demonstrar o evidente vício de inconstitucionalidade decorrente do não reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, duas observações complementares se fazem relevantes.

Em primeiro lugar, é fato que a jurisprudência do STF reconhece de maneira pacífica a possibilidade de aplicação direta do princípio da igualdade para afastar práticas discriminatórias, ainda quando não haja legislação infraconstitucional dispendo sobre determinada questão específica. E isso até mesmo para impor aos particulares um dever de não-discriminação, superando eventuais considerações sobre a autonomia privada das partes envolvidas.¹⁸³ Com muito mais razão, não deveria a Corte hesitar em coibir discriminação praticada pelo próprio Poder Público, a quem se reconhece não apenas a obrigação de se abster de violar direitos fundamentais, mas também um dever positivo de atuar na sua proteção e promoção.

Em segundo lugar, impõe-se constatar que a ofensa ao princípio da igualdade, na hipótese discutida na presente quadra, ocorre de forma direta, afetando seu núcleo essencial. Com efeito, embora o referido princípio envolva diversas sutilezas e complexidades, a omissão legislativa ofende o seu conteúdo mais tradicional e elementar, relacionado à chamada igualdade formal. Em termos simples, cuida-se da proibição de que a ordem jurídica confira tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais. E tal comando não se dirige apenas ao legislador, exigindo também que os intérpretes, ao atribuir sentido e alcance às leis, evitem a produção de efeitos discriminatórios *in concreto*. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, eles deverão proceder inclusive de forma corretiva, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição.¹⁸⁴

¹⁸³ No julgamento do HC 82424/2003, o tribunal expressou um conceito jurídico de discriminação, valendo-se do direito internacional dos direitos humanos. Nestes termos, definiu “discriminações raciais” como “distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro”. A jurisprudência do STF também contém manifestação sobre outro elemento constitutivo do direito da antidiscriminação, ao veicular expressamente o conceito de discriminação indireta e qualificá-lo como “modalidade de violação à igualdade incompatível com o direito constitucional pátrio”. É o que revela o precedente que resultou na declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que restringia o pagamento do salário maternidade a determinado valor monetário, resultando em obrigação do empregador saldar o restante (AD – MC 1946/2001). O tribunal considerou que esta medida, ainda que desprovida de intenção de discriminar a mulher no mercado de trabalho, viola o direito de igualdade, uma vez que produz efeitos discriminatórios. (Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31>> Acesso em 22/08/2016).

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **União homoafetiva**: reconhecimento jurídico. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014, p. 231.

Diante do cenário posto, a condição da homossexualidade no plano real, sem aporte em mecanismos de proteção eficazes, não é, sem sombra de dúvida, igual à condição da heterossexualidade. Não é igual, primeiro, pelo preconceito e discriminação as quais são submetidos os sujeitos interessados¹⁸⁵; e, segundo, pela inação do Estado, exercida especialmente pelo Poder Legislativo, em garantir a efetiva proteção a ponto de igualar estas condições, por meio de norma expressa, voltada especificamente à regulação destes direitos.

Onde não exista motivo legítimo a exigir distinção, a regra há de ser o tratamento igualitário. Com a ressalva de que, em um Estado democrático e pluralista, tais motivos devem ser amparados por argumentos de razão pública e não por visões de mundo particulares, de ordem religiosa, política ou moral. Ainda quando endossadas por numerosos adeptos ou mesmo pela maioria, fato é que tais concepções não são obrigatórias e não podem, portanto, ser impostas pelo Poder Público de forma indistinta e vinculada à toda sociedade.

No caso em exame, nenhum princípio ou valor protegido pela Constituição é promovido por meio do não reconhecimento das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Ao contrário, o que se produz é uma violação direta ao propósito constitucional de se instituir uma sociedade pluralista e refratária ao preconceito. Não por acaso, os principais argumentos invocados para tentar defender a desequiparação pecam pela incoerência, ingressam no terreno da simples intolerância ou são embasados por concepções religiosas.¹⁸⁶ Certamente respeitáveis, mas insuscetíveis de imposição coativa em um Estado laico.

Além do mais, a questão da discriminação é tão marcante que cerceia inúmeros indivíduos de expor livremente sua orientação homossexual, ou fazem com que ela seja

¹⁸⁵ Foi constatado que: “quase a totalidade da população responde afirmativamente: acreditam que existe preconceito contra travestis 93% (para 73% muito, para 16% um pouco), contra transexuais 91% (respectivamente 71% e 17%), contra gays 92% (70% e 18%), contra lésbicas 92% (para 69% muito, para 20% um pouco) e, tão freqüente, mas um pouco menos intenso, 90% acham que no Brasil há preconceito contra bissexuais (para 64% muito, para 22% um pouco). Mas perguntados se são preconceituosos, apenas 29% admitem ter preconceito contra travestis (e só 12% muito), 28% contra transexuais (11% muito), 27% contra lésbicas e bissexuais (10% muito, para ambos) e 26% contra gays (9% muito).” (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil, intolerância e respeito às diferenças sexuais em espaços públicos e privados**. 2008. Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-antiores/intolerancia-diversidade-sexual>>. Acesso em: 28/08/2016).

¹⁸⁶ “Afeto não pode ser parâmetro para constituição de união homoafetiva estável”, sustentou o advogado Hugo José Sarubbi Cysneiros, em nome da CNBB (*amicus curiae*), primeira entidade a se pronunciar de forma contrária ao pedido contido na ADPF 132. Conforme sustentou, “a pluralidade tem limites”, tal limitação ocorreria porque a sociedade decidiu se submeter à Constituição Federal. “As pessoas decidiram se contratar socialmente em torno de uma Carta de conteúdo claramente político que estabelece e delibera direitos e deveres mútuos e que permite a nossa convivência”. Para a CNBB, não há lacunas na Constituição e a falta da palavra “apenas” não pode significar que, por essa razão, “toda e qualquer tipo de união, agora, deverá ser contemplada”. Para a Associação Eduardo Banks, atuante também na condição de *amicus curiae*, “esse julgamento pode ter consequências inimagináveis para todos se dermos um passo errado. Imaginem o fardo de ter que conviver com esta cruz sabendo que, para a maioria do povo brasileiro, Deus criou o casamento quando criou Adão e Eva”, salientou. (Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em 22/08/2016).

externada de modo tardio, após um longo período de sofrimento, traumas e autoflagelação. Muitos preferem viver sua sexualidade na clandestinidade, forçando-se a uma adequação social que lhe é imposta e da qual não conseguem se desvencilhar.¹⁸⁷

A isonomia exige cidadãos iguais; logo, o que se busca para a questão da homoafetividade é um tratamento jurídico igual ao dispensado à heteroafetividade. De tudo quanto analisado, o que se pode perceber é que não há condições ou parâmetros plausíveis a justificar a diferença no reconhecimento jurídico atribuída a essas duas situações, sendo que ambas são marcadas pelo mesmo liame: o afeto e assistência mútua.

Se o ordenamento jurídico contemplasse igual proteção a todas as relações afetivas independentemente do sexo dos envolvidos, certamente as justificativas do preconceito seriam reduzidas e, por consequência, a discriminação refletida nos espaços públicos diminuiria. Dessa forma, as relações entre pessoas do mesmo sexo poderiam ser concretizadas de forma aberta e pública, pois já não mais temeriam a estigmatização social. Fora da clandestinidade, tais relações passariam a ser vistas com normalidade e não mais como representação de perigo às instituições sociais e à perpetuação da espécie.

O sentimento de repulsa que ainda povoa a nossa sociedade só será rebatido quando se perceber, na prática, que a convivência com as famílias homoafetivas não traz nenhum prejuízo à procriação da espécie humana, “muito menos é capaz de influenciar que heterossexuais sejam seduzidos a estabelecer relações homoafetivas”.¹⁸⁸ Dessa forma, o preconceito será minimizado, e só assim será possível estabelecer a igualdade material.

Iguais condições, institucionalizadas juridicamente aos homoafetivos, são a marca possibilitadora da experiência de convivência harmoniosa da diversidade. Isso faria cair por terra todos os argumentos e justificativas de uma moral histórica e religiosa, acrítica e irracional, já que os mesmos não encontram embasamento no campo da realidade.

Ademais, não garantir o tratamento isonômico para a questão significa a negação institucionalizada aos homoafetivos, que estariam impedidos de constituir uma família e continuariam tratados como desmerecedores do casamento ou da união estável. Essa

¹⁸⁷ Uma importante pesquisa de campo por meio de depoimentos de homossexuais entrevistados constatou os prejuízos e os transtornos que o preconceito traz à condição da homossexualidade, especialmente no contato social destes indivíduos com o grupo majoritário. A definição de papéis como status na estrutura social, faz com que os homossexuais se adaptem a uma posição dissimulada (“homossexual dissimulado”) ou correm o risco de perder a posição adquirida na sociedade. (BARBOSA DA SILVA, José Fábio. **Homossexualismo em São Paulo**: estudo de um grupo minoritário. In: GREEN, N. James; Trindade, Ronaldo. (org.) **Homossexualismo em São Paulo e outros escritos**. São Paulo: UNESP, 2005, p. 110).

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Frederico Batista de. **A concretização constitucional do Direito Homoafetivo**: da união estável ao casamento civil. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011, p. 30-31.

afirmativa encontra-se confirmada na medida em que o homossexual não tem o seu afeto direcionado à pessoa do sexo oposto, e não estaria apto a formalizá-lo porque os preceitos da lei contrariam sua orientação sexual.

Nessa linha de raciocínio, o homossexual só teria direito a constituir família caso negasse a sua orientação sexual, passando a relacionar-se com uma pessoa de sexo oposto, o que é absurdo e incoerente. A inobservância da igualdade nessa seara implicaria em dizer que os homossexuais são cidadãos com um rol reduzido de direitos, ao passo que em termos de obrigações, com relação aos heterossexuais, as exigências são as mesmas.

Uma vez que inexistente correlação racional e lógica que justifique a diferenciação entre casais heterossexuais e homossexuais, impõe-se a estes, em observância ao princípio da igualdade, a extensão dos mesmos direitos à união estável e ao casamento, atribuídos aos heterossexuais.

3.3.1.3 O direito à liberdade, do qual decorre a autonomia privada

Um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar formalmente aos indivíduos um direito de escolha entre diferentes projetos de vida lícitos, como também deve propiciar condições materiais para que estas escolhas possam ser concretizadas no mundo empírico da realidade social.

A liberdade, em sua feição geral, é pressuposto para o desenvolvimento da personalidade; no entanto, certas manifestações da liberdade guardam conexão ainda mais estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade, merecendo proteção reforçada. É o caso, por exemplo, da liberdade religiosa, de pensamento e de expressão. E também da liberdade de escolher as pessoas com quem manter relações de afeto e companheirismo. De maneira plena, com todas as consequências normalmente atribuídas a esse *status*, e não de forma clandestina, às escuras.

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos significa privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável (ou matrimonial) não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não regulado pelo Direito. Essa seria, na verdade, uma forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a

qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos, isto é, fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas em plenitude.

A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. O princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, largamente empregado pelo STF¹⁸⁹, exige que a imposição de restrições seja justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. No caso, por se tratar da dimensão existencial da autonomia privada, apenas razões de especial relevância – como a necessidade de conciliação com o núcleo de outro direito fundamental – poderiam justificar uma ponderação para o fim de compatibilizar os interesses supostamente em conflito.

Advém da análise do texto constitucional que o direito de construir livremente uma família – matrimonializada ou não – encontra-se reconhecido na Constituição. A liberdade de se casar e fundar uma família corresponde a um direito fundamental do ser humano, um direito da personalidade, pois tutela um interesse fundamental do homem, consagrado no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Este princípio encontra recepção no art. 5, § 2º, da Constituição.¹⁹⁰

O princípio da liberdade, com ênfase no artigo 3º, I da Constituição Federal, refere-se à autonomia individual para formar, manter ou extinguir relações familiares, bem como à possibilidade de alçar formas novas, sem interferências externas, assim como estende-se à livre administração do patrimônio familiar, ao livre planejamento familiar, à manutenção, enfim, da liberdade de escolha em face das intrínsecas preferências valorativas de cada um, observadas as limitações de ordem moral, mental ou em face à integridade física, opondo-se, desta forma, ao rigorismo do sistema anterior, substituindo-o por um modelo mais democrático.

Ocorre que o não reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a determinadas concepções particulares, que podem até ser

¹⁸⁹ Exemplo da aplicação dos princípios da razoabilidade/proporcionalidade restou caracterizado no julgamento da ADPF 54 (aborto de fetos anencéfalos): “(...) Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. (...)” (ADPF 54, voto do rel. min. Marco Aurélio - Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31>> Acesso em 22/08/2016).

¹⁹⁰ Art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

majoritárias, mas que não se impõem como juridicamente vinculantes em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito.

Esta seria uma forma de perfeccionismo ou autoritarismo moral, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar indivíduos adequados. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

3.3.1.4 O princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança, indispensáveis à paz de espírito e, por extensão, à própria paz social.

A importância da segurança jurídica é reconhecida de maneira enfática pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, justificando até mesmo que, em certas circunstâncias, sejam preservados os efeitos de atos inconstitucionais ou se lhes conceda alguma sobrevida, a despeito da gravidade do vício que ostentam.¹⁹¹ Não é preciso sequer chegar perto desses extremos para constatar que a exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um regime específico similar, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica.

Ora, as uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu enquadramento jurídico. Esse cenário de incerteza – alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes – afeta a aplicabilidade do referido princípio, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto, inclusive, das relações havidas com terceiros. Vale dizer: criam-se problemas tanto para as pessoas diretamente envolvidas quanto para a própria sociedade.

Os primeiros – e principais – afetados são, por certo, os partícipes das relações homoafetivas, uma vez que o desenvolvimento de um projeto de vida comum tende a produzir

¹⁹¹ Nesse sentido, acrescentou o STF, nos acórdãos proferidos no MS nº24268/MG e MS 22357/DF, ambos relatados pelo Ministro Gilmar Mendes: “Não é admissível, por exemplo, que nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer, - como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico – mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.” (Disponível em < <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20coute%20e%20silva.pdf>> Acesso em 22/08/2016).

reflexos existenciais e patrimoniais. Diante disso, é natural que as partes queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, dentre outros.

Erick Wilson Pereira entende que a segurança jurídica é “uma expectativa de necessidade que o homem tem para planejar as suas relações jurídicas futuras”, é uma “possibilidade de previsibilidade da atuação do Estado”.¹⁹² Já José Afonso da Silva entende que a segurança jurídica tem um sentido amplo e um restrito, sendo que no primeiro ela “assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica”, já no segundo consiste na “garantia de estabilidade e certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal” inicialmente estabelecida.¹⁹³

Paulo de Barros Carvalho afirma que a segurança jurídica é um cânone “dirigido à implantação de um valor específico”. Ela coordena o “fluxo das interações inter-humanas, propagando na sociedade o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta”.¹⁹⁴

A segurança jurídica “confere racionalidade à solução dos conflitos” além de “impor limites à manifestação das divergências”. Mas, ela não pode ser tratada como “garantia de previsibilidade das decisões judiciais ou em obstáculos ao avanço no pensar dos magistrados, nem muito menos como fortalecimento da jurisprudência uniforme”.¹⁹⁵

Para Carlos Blanco de Moraes a segurança jurídica não pode ser definida como um direito fundamental, pois ela é um “axioma federador de muitas dimensões do sistema dos direitos fundamentais”, como um princípio que ilumina vários outros princípios, o qual é frequentemente convocado pela justiça constitucional e internacional, uma vez que a realização da efetiva justiça pressupõe a estabilidade e a certeza das situações jurídicas.¹⁹⁶

E, avaliando o primado da segurança jurídica à luz dos métodos e princípios da nova hermenêutica constitucional – que inclusive possibilitam uma interpretação pluralista da

¹⁹² PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101-102.

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 17.

¹⁹⁴ CARVALHO, Paulo de Barro. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 147.

¹⁹⁵ PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 98-99.

¹⁹⁶ MORAIS, Carlos Blanco. Segurança Jurídica e Justiça Constitucional. In: **Revista de Faculdade de Direito da universidade de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 619.

constituição, no viés da doutrina da sociedade aberta dos intérpretes – é essencial apontar que o afeto e a solidariedade têm o poder de libertar o intérprete, propiciando uma transformação da ordem constitucional através da jurisprudência, sem perder de vista a garantia da certeza, previsibilidade e coerência das normas que regem o direito das famílias.

A segurança é na realidade um dos valores que instrumentam a efetivação da justiça, além da ordem e da certeza, e, no caso das relações homoafetivas, os elementos nucleares distintivos que têm o condão de fazer emergir a segurança no mundo jurídico são exatamente a afetividade e a solidariedade. Assim, se pode afirmar que o que garante a segurança jurídica são os “valores e a moral constantemente invocados na interpretação contínua e não linear do fenômeno jurídico objeto de análise”, portanto ela está ligada à solução hermenêutica do caso concreto que deve levar em conta a historicidade.¹⁹⁷

Todos esses aspectos – especialmente os patrimoniais – encontram-se equacionados no tratamento que o Código Civil dá às uniões estáveis.¹⁹⁸ Sua extensão às relações homoafetivas teria o condão de superar em definitivo a insegurança jurídica ainda existente em relação à matéria.

Da mesma forma, a indefinição sobre o regime aplicável afeta também terceiros que estabeleçam relações estatutárias ou mesmo negociais com algum dos envolvidos na parceria homoafetiva. O primeiro grupo identifica exatamente a relação entre o Estado e os servidores públicos, que envolve uma série de direitos atribuídos aos servidores e seus familiares, como o direito a licenças – por motivo de doença do companheiro ou para acompanhá-lo em caso de transferência –, o direito à inclusão do companheiro no plano de saúde funcional, ao auxílio-funeral, ao auxílio-doença, dentre muitos outros. Tais direitos já são reconhecidos aos servidores que mantêm uniões afetivas heterossexuais estáveis, de modo que a única discussão aqui diz respeito à legitimidade de se discriminar indivíduos com base unicamente em sua orientação sexual.

No plano negocial, há que se lembrar que, como regra, pessoas que vivem em união estável necessitam de anuência do companheiro, por exemplo, para alienar bens e conceder garantia. Dúvida haverá, também, sobre a responsabilidade patrimonial por dívidas individuais ou dívidas comuns aos companheiros. Há incertezas jurídicas, portanto, quanto a formalidades e quanto a aspectos de direito material envolvendo as relações entre parceiros homoafetivos e terceiros. Ainda que essas relações não sejam diretamente afetadas pela

¹⁹⁷ PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103-104.

¹⁹⁸ CC, art. 1725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

definição do regime jurídico dos servidores, é certo que este tende a ser tomado como elemento indicativo e, de qualquer forma, a ordem jurídica deve guardar coerência interna.¹⁹⁹

A segurança jurídica tem por papel planificar condutas, num ordenamento previsível, com normas públicas e claras sobre comportamentos, exigidas pelo Poder Público, que possibilitam que se conheça previamente as consequências dos atos praticados. Ela requer estabilidade e previsibilidade, afastando as decisões casuísticas, não isonômicas; podendo, inclusive, se associar a outros princípios, como a afetividade e a solidariedade familiar,

A segurança jurídica não pode limitar a liberdade do homem com a exigência de uma previsibilidade e uma estabilidade que distanciam o homem da justiça, pois a segurança deve propiciar a justiça e não impossibilitá-la. Nas relações familiares, a afetividade e a solidariedade familiar são fatos sociais presentes no mundo real, fático, onde o ser humano vive. E como valores e princípio que são, devem nortear o intérprete no julgamento de cada caso, afastando-se daquele formalismo matemático, enclausurado em conceitos, mas permitindo novas margens de apreciação, sem aprisionar o mundo real em uma redoma que impossibilita abertura a novas percepções, realidades, que não se conformam matematicamente com o direito posto.

Nesse sentido, é necessário dar verdadeiro enquadramento jurídico às uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. É perfeitamente possível – mediante a conjugação do princípio da segurança jurídica aos primados da afetividade e solidariedade – interpretar o direito posto de forma a se obter esse resultado e não se vislumbra nenhum outro valor de estatura constitucional que aponte em sentido oposto.

3.3.2 As críticas ao pós-positivismo no atual contexto do direito das famílias

As mudanças que se desenvolveram sob a égide da Constituição de 88 envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser sintetizados, na visão de Daniel Sarmiento,²⁰⁰ no (i) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (ii) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico (ponderação, tópica, teorias da argumentação, dentre outros); (iii) constitucionalização do

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **União homoafetiva**: reconhecimento jurídico. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014, p. 235.

²⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf Acesso em 09/06/2016, p. 01.

Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento jurídico; (iv) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (v) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o âmbito do Poder Judiciário.²⁰¹

Prevalecia no velho continente europeu, até a Segunda Guerra Mundial, uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal e suprema do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais.²⁰²

Dessa forma, as Constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família.²⁰³

O processo de interpretação extensiva das normas constitucionais pelo Poder Judiciário – cada vez mais crescente no pós-guerra – deu origem ao fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica²⁰⁴, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento. Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas (pois são compostas, em grande

²⁰¹ Para Lênio Streck, “no Brasil, esse tema assume feições dramáticas. (...) A simples menção ao ativismo judicial como um “princípio norteador” (sic) do processo coletivo brasileiro já dá conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina.” (STRECK, Lênio Luiz. **O caso da ADPF 132: Defender o texto da Constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)?** Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014, p. 226).

²⁰² BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf > Acesso em 08/08/2016, p. 03.

²⁰³ *Ibidem*, p. 03-04.

²⁰⁴ *Constitucionalização do direito*, nas palavras de Luís Roberto Barroso, significa “o processo de incorporação formal de temas relevantes para o tecido social ao texto da Constituição e a ideia de “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.351).

parte, por princípios e não regras) a sua aplicação direta pelo Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado do tradicional método da subsunção do fato à norma.

Por sua vez, a necessidade de se resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – frequente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. Apoiadas numa proeminente quebra de paradigmas, as teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas empregadas pelo positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, o neoconstitucionalismo se dedica à “discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis do Direito”²⁰⁵.

Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como o da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e não discriminação – apresentados no capítulo anterior –, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral. Outro traço que lhe é característico é o seu foco no Poder Judiciário, uma vez que o grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz.

Diante de tal cenário, e levando-se em conta as nuances que circundam o ideário pós-positivista, é que emergem, segundo a doutrina, três objeções à sua aplicação diante do atual cenário jurídico e social brasileiro. O primeiro dos problemas relativos à operacionalização das pautas pós-positivistas giraria em torno do argumento de que o seu pendor judicialista seria anti-democrático.²⁰⁶ Os defensores de tal corrente²⁰⁷ sustentam que “o neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, no qual deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas”²⁰⁸. Este viés judicialista sofre contestações na medida em que

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Is Law a Sistem of Rules*. In: Ronald Dworkin (Ed.). *Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1971; Robert Alexy. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a Ciência do direito e o direito da ciência. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento; Gustavo Binbenbim. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.188.

²⁰⁷ Humberto Ávila, Lênio Streck e Daniel Sarmento são três dos principais juristas brasileiros que, na atualidade, criticam fortemente algumas das prerrogativas reivindicadas pelo pós-positivismo.

“os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo”²⁰⁹, daí residindo em grande parte o caráter anti-democrático das decisões tomadas com base nesse tipo de técnica.

Esta crítica se assenta na ideia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga.²¹⁰ O viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas estabelecidas pelo legislador eleito.²¹¹ Por outro lado, a doutrina ainda ressalta que uma ênfase excessiva no espaço judicial pode levar ao esquecimento de outras arenas importantes para a concretização da Constituição e realização de direitos, gerando um resfriamento da mobilização cívica do cidadão.²¹²

Outra objeção formulada pela doutrina em relação ao pós-positivismo residiria no fato de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão das singularidades da nossa cultura,

²⁰⁸ “O Poder Judiciário não deve assumir, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque, num Estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar conflitos morais e a reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, cabendo a sua edição ao Poder Legislativo e a sua aplicação, ao Judiciário” (ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do direito e o direito da ciência**. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 16).

²⁰⁹ STRECK, Lênio Luiz. **O caso da ADPF 132: Defender o texto da Constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)?** Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014, p. 226.

²¹⁰ Em relação a esta crítica, ressalta Dworkin: “A conhecida história de que decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções a originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente a um caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132).

²¹¹ “De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma medida desse jaez importa transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de *Verfassungswandlung*, que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de *Verfassungsänderung*, reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional. O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial).” (STRECK, Lênio Luiz. **O caso da ADPF 132: defender o texto da Constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)?**. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014, p. 284-285).

²¹² MONT'ALVERNE, Martonio. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-201.

podendo o neoconstitucionalismo, com a fluidez metodológica e abertura do Direito a outros domínios, acabar tornando-se um mecanismo para justificar mais do mesmo, ou seja, patrimonialismo e desigualdade.²¹³ Diante desse contexto, os operadores do Direito são estimulados – não raras vezes – a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário²¹⁴, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade.²¹⁵

Os defensores da crítica entendem que o importante, na atualidade, é encontrar uma justa medida que não torne o processo de aplicação do Direito amarrado demais – como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras – nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios. Entendem que as regras são indispensáveis, dentre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto esforço do intérprete; e não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é.²¹⁶

Outro reclamo da doutrina pauta-se no entendimento de que o pós-positivismo pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.²¹⁷ Quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. Para esta corrente doutrinária, o

²¹³ MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade:** sobre o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; Paulo Antonio Menezes de Albuquerque. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife, n. 11, 2000, p. 11.

²¹⁴ Paulo Ricardo Schier percebe o *panconstitucionalismo*, ou fundamentalismo constitucional, por exemplo, no uso exacerbado do princípio da dignidade da pessoa humana. Ressalta o autor que: “Isso tem gerado, reiteradamente, uma compreensão inadequada da chamada dogmática constitucional principialista, eis que, por certo, nem tudo pode ser reconduzido aos princípios e, até mesmo, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, este esforço tem sido tributário de um pensamento, aliás inaceitável, panconstitucionalista.” (SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional:** anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2005, p. 20).

²¹⁵ MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade:** sobre o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; Paulo Antonio Menezes de Albuquerque. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife, n. 11, 2000, p. 11.

²¹⁶ BARCELOS, Ana Paula de. **O direito constitucional em 2006.** Revista de Direito do Estado, jan./mar. 2007, n. 5, p. 03-23.

²¹⁷ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil:** riscos e possibilidades. Disponível em: http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf Acesso em 09/06/2016, p. 17.

excesso de constitucionalização do Direito reveste-se de um viés antidemocrático também nesta hipótese.

Em relação a este último quesito, sustentam os autores formuladores da crítica que o reconhecimento da vinculação dos particulares à Constituição suscita um risco que não pode ser ignorado: o de imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, de comportamentos e estilos de vida que elas próprias rejeitam, como se o Direito, em nome do princípio da solidariedade social, pudesse impor às pessoas que demonstrassem afetos e sentimentos que elas não possuem genuinamente. A esse respeito, Daniel Sarmento ressalta que a constitucionalização poderia converter-se num pretexto para o exercício de um “paternalismo anti-liberal, em que as pessoas seriam forçadas a conformarem-se às expectativas sociais forçadas a partir de pautas de ação ‘politicamente corretas’, com apoio na Constituição”.²¹⁸

Voltando-se o olhar para o microssistema do direito das famílias – especialmente no que tange ao processo de i) delimitação do rol de entidades familiares à luz da CF/88 e de ii) efetivação da tutela normativa das relações homossexuais fundadas no afeto –, pode-se denotar, ainda com base na doutrina refratária à aplicação da técnica pós-positivista, que a atual postura neoconstitucionalista adotada pelos tribunais (a respeito do reconhecimento das uniões homoafetivas como espécie de entidades familiares) visaria à promoção de um terceiro turno no processo constituinte, com a tentativa de uma “jurisprudência da valoração”, consistente na abertura de espaços jurídicos a algo dependente da atuação parlamentar²¹⁹, bem como na tentativa de reviver a ideia de normas constitucionais inconstitucionais.²²⁰

A utilização descomedida dos mecanismos propiciados pelas teorias mais progressistas teria o condão de transformar o STF em “órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição”, pois só por emenda poderia ser alterado o dispositivo constitucional que prevê a união estável entre homem e mulher. Uma questão como essa não

²¹⁸ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf Acesso em 09/06/2016, p. 19.

²¹⁹ Ou seja, da produção de norma específica que viesse a equiparar juridicamente as relações homossexuais às relações heterossexuais.

²²⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. Usininos, São Leopoldo, p. 77, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>>. Acesso em: 09/08/2016.

poderia ser discutida e decidida somente pelo STF, mas teria que ser posta na “sociedade dialogal”, ou seja, deveria ser solucionada pelos “meios democráticos de decisão”.²²¹

Embora sustentem que o neoconstitucionalismo tenha operado uma revolução com a inserção de princípios no campo prático do direito, os mentores da crítica consideram tal revolução prejudicada por algo que denominam *panprincipiologismo* e pelo retorno a uma jurisprudência valorativa que deixa aos julgadores a possibilidade de decidir com argumentos pessoais, e não com base em argumentos de princípio.²²²

Nesse sentido, Carlos Blanco de Moraes afirma que “quanto mais principiológica é uma Constituição, quanto mais indeterminados sejam os conceitos e medidas de valor que contiver, quanto mais imprecisas, ambíguas e abertas forem as suas normas maior será a discricionariedade interpretativa” dos Tribunais; pois o plano da interpretação é um dos grandes focos de ameaça e certeza do Direito, dentro da teoria crítica do Direito, que “procurou desconstruir o pensamento dogmático do Direito e o legado savigniano de interpretação normativa”.²²³

Ainda, parte da doutrina afirma que a decisão do STF proferida nos autos da APF 132 e ADI 4277/DF²²⁴ (que será melhor analisada no capítulo a seguir), prolatada com base em técnicas pós-positivistas, ter-se-ia desviado da tendência de outros países que reconheceram o casamento e/ou união estável entre pessoas do mesmo sexo, pois naqueles o reconhecimento se deu via Parlamento. Argumenta-se que, apesar do respeito que a Suprema Corte brasileira usualmente declara ter pelo Parlamento, nesse caso não teria havido qualquer deferência.²²⁵

De resto, foram apontados os erros do atalho tomado pela Corte. O primeiro teria sido aderir a uma doutrina retórica de separação de poderes que a impediu de estabelecer

²²¹ BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. Usininos, São Leopoldo, p. 79-80, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>>. Acesso em: 09/08/2016.

²²² VASCONCELOS, Carmen Sylvia Alves. **O direito fundamental à igualdade no contexto da identidade sexual no brasil**: um estudo da situação jurídico-constitucional com ênfase no exame da suposta inconstitucionalidade por omissão do legislador civil. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, 2015, p. 31.

²²³ MORAIS, Carlos. Segurança Jurídica e Justiça Constitucional. In: **Revista de Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 626-627.

²²⁴ Tais decisões, tratadas especificamente no capítulo a seguir, reconheceram as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares constitucionalmente protegidas.

²²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo**: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa? (tradução, ainda não revisada pelo autor, do texto “Same-sex marriages and civil unions: is winning in the court all that matters?”). Disponível em <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/295434/mod_resource/content/1/Coloquio_FD-USP-2013-06-24-Virgilio_Afonso_da_Silva-traduzido.pdf> Acesso em 09/08/2016, p. 12-15.

prazos para legislação em caso de omissão legislativa. Outro problema apontado foi o do aspecto simbólico negativo do resultado, pois não se poderia subestimar a falta de alteração de ambos os textos dos dispositivos legal e constitucional. Ainda, teriam sido deixadas de lado pelo STF questões como a possibilidade de adoção por pares do mesmo sexo, o que significaria uma insegurança jurídica, uma vez que cada juiz iria decidir a respeito de acordo com sua própria interpretação da Constituição e da decisão do STF.²²⁶ Por fim, a doutrina assevera que nas fundamentações pós-positivistas que fundamentaram a decisão do STF teriam sido identificadas contradições entre os votos, não obstante a unanimidade da decisão, o que privilegiaria a busca do Tribunal por um resultado político satisfatório, em detrimento da própria argumentação constitucional e do rigor argumentativo e científico.²²⁷

Não obstante os posicionamentos formulados pela crítica, pontuados nos parágrafos anteriores, entendemos que, em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo brasileiro, o ativismo judicial fundado em argumentos essencialmente neoconstitucionalistas se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia.

Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como Economia, políticas públicas e regulação. Nestes casos, deve-se reconhecer que outros órgãos do Estado estão mais habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional.

De qualquer sorte, a inércia do legislador em regular especificamente o assunto aqui tratado não pode servir de justificativa para suprimir o direito dos homossexuais de também obterem o reconhecimento jurídico de suas relações afetivas, mesmo que esse “reconhecimento” tenha sido promovido por meio de uma via contramajoritária, no caso o Judiciário. Essa justificativa não é plausível, porque os princípios afrontados ante a não

²²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo**: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa? (tradução, ainda não revisada pelo autor, do texto “Same-sex marriages and civil unions: is winning in the court all that matters?”). Disponível em <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/295434/mod_resource/content/1/Coloquio_FD-USP-2013-06-24-Virgilio_Afonso_da_Silva-traduzido.pdf> Acesso em 09/08/2016, p. 21-24.

²²⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união entre pessoas do mesmo sexo**. p. 151. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/paginas_139_154.pdf>. Acesso em: 09/08/2016.

atuação do constituinte são de plena eficácia, sendo desnecessária a existência de legislação específica – ou seja, da interposição do legislador infraconstitucional – para se concretizarem no plano fático e jurídico.

Se a proteção aos direitos fundamentais é válvula motriz de uma democracia constitucional, não cabe ao Estado deixar de atender o bem comum, efetivando discriminações ou reduzindo os direitos de determinados grupos em detrimento de outros. Quando da omissão do governo ou dos representantes do povo, no sentido de atender os anseios de determinadas parcelas sociais, cabe a utilização dos instrumentos de controle aptos a corrigir tal distorção, para a manutenção do equilíbrio da democracia. Daí encontra-se justificada a atuação do Poder Judiciário na função precípua de garantir justiça para conter abusos, ou mesmo construir o direito em atenção aos princípios da norma constitucional, de acordo com a realidade social e nos limites da moldura dos direitos fundamentais.

Além do mais, a “divisão” ou “separação de poderes” deve ser vista de forma a perceber uma pluralidade de procedimentos caracterizadores de um Estado Democrático que não se legitima a partir de uma única instância procedimental, mas sim com base em uma diversidade complexa de procedimentos do Estado de Direito. Dessa forma, a atividade judiciária, no seu papel de aplicar o direito, em especial as leis para a solução das lides, “reabsorveu um alto grau de complexidade determinada ou estruturada, tratando de problemas que frequentemente ressurgem na legislação e no jogo político eleitoral brasileiro.”²²⁸

Independentemente de haver especificação expressa na lei quanto à tutela das relações homoafetivas, é de se ver que tais direitos decorrem de um processo de reflexão que vai muito além dos métodos hermenêuticos clássicos, que não são mais eficazes para a concretização dessas tutelas em meio a uma realidade social que se mostra cada vez mais complexa.

É certo que na pós-modernidade procura-se o avanço, rompendo-se com o velho, o pré-estabelecido, questionando-se a técnica que “coisifica” o homem, a racionalidade que automatiza, o formalismo que expurga valores; pois não se pode esquecer do mundo real, uma vez que o jurista trata de eventos da vida, não podendo ser mero aplicador de técnicas ou de uma ciência por vezes engessada, deixando de lado a busca da verdade.

O homem é um ser complexo, aberto, em constante mudança, não pode ser coisificado, objetivado, fetichizado. Ele tem uma história, ele se lança no mundo, inaugura possibilidades, utiliza de sua liberdade para desvendar novos horizontes, para construir novos espaços culturais e sociais. E o sistema jurídico precisa estar comprometido com este mundo

²²⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 187.

natural, com essa nova realidade, diminuindo o hiato já existente, aproximando o direito nesse processo criativo do homem e da humanidade.

Diante desse cenário de inúmeras possibilidades de controle dos atos legislativos e dos atos da administração pública, dirigiu-se ao Poder Judiciário a função de aplicar o direito, de modo a construí-lo em prol e em torno dos direitos fundamentais. Trata-se de valiosa garantia processual, pois onde se dispõe um direito, deve-se dispor a garantia do seu exercício, como não se olvidou a Magna Carta de 1988, ao estabelecer esse extenso rol de ferramentas protetivas dos direitos fundamentais.

E, conforme já assinalado nos capítulos anteriores, a afetividade e a solidariedade familiar podem ser identificadas, avaliadas e mensuradas pelos instrumentos de prova permitidos em direito, dentro de cada processo que envolve questões familiares. E uma decisão judicial fundamentada nesses princípios não é injusta, arbitrária, antidemocrática ou subjetiva; ao contrário, ela possibilita a consolidação do novo conceito de família, não mais calcado em patriarcalismo, hierarquia e transmissão de patrimônio; mas fundado essencialmente na afetividade, no eudemonismo e na solidariedade.

4. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE SUPRESSÃO DOS EFEITOS DECORRENTES DA LACUNA NORMATIVA

O Brasil adota um modelo próprio de controle de constitucionalidade, que combina aspectos do sistema americano e do sistema europeu. Do sistema americano, colhemos o controle incidental e concreto, que possibilita a qualquer juiz ou tribunal interpretar a Constituição ao julgar os casos que lhes são submetidos, podendo, inclusive, deixar de aplicar normas que venham a considerar inconstitucional. Do sistema europeu temos a possibilidade de ajuizamento de ações diretas perante a Suprema Corte, nas quais se discute em tese (isto é, independentemente de um caso ou controvérsia) a constitucionalidade ou não de uma determinada lei.²²⁹

Outra característica do sistema que merece destaque é o amplo elenco de órgãos, agentes públicos e entidades privadas que podem propor ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal. A própria Constituição (art. 103) prevê expressamente esse direito de propositura, que pode ser exercido, por exemplo, por autoridades federais (Presidente da República, Procurador-Geral da República), por autoridades estaduais (Governadores dos Estados) e órgãos públicos (Senado Federal, Câmara dos Deputados Assembleias Legislativas). Porém, mais singularmente, ações diretas podem ser propostas pela Ordem dos Advogados, por partidos políticos, por entidades de classe de âmbito nacional e pelas confederações sindicais.

Da existência de ações diretas com amplo direito de propositura resultam duas consequências importantes. A primeira é que toda e qualquer questão de algum relevo jurídico ou social pode ser levada à discussão perante o STF. A segunda é que o Tribunal muitas vezes tem de apreciar matérias em primeira mão, sem que tenha havido prévia discussão do assunto nos outros graus de jurisdição. E não há como o Tribunal recusar jurisdição nestes casos, pois ações diretas não estão sujeitas a juízos discricionários de admissibilidade. A única coisa possível de se fazer – e o Supremo Tribunal brasileiro por vezes faz – é retardar o julgamento da matéria.

Segundo Luís Roberto Barroso²³⁰, supremas cortes e tribunais constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos potencialmente, três grandes papéis ou funções: a)

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista**: Os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas, p. 05 Disponível em <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>> Acesso em 13/10/2016.

²³⁰ *Ibidem*, p. 05-09.

Papel contramajoritário: que identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. A possibilidade de juízes não eleitos sobrepor a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos recebeu o apelido de “dificuldade contramajoritária”, segundo visão de Luís Roberto Barroso²³¹. Apesar da subsistência de visões divergentes, entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias. b) Papel representativo: ocorre quando atuam para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a modo pelo Legislativo, bem como para integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador. Um exemplo paradigmático ilustra bem este papel: em uma ação direta, o STF declarou inconstitucional toda e qualquer nomeação de parentes até o terceiro grau para cargos públicos de livre nomeação nos três Poderes²³². Pelo conhecimento convencional, seriam exigíveis lei federal e leis estaduais para impor esse tipo de restrição, no entanto, apesar da ampla cobrança por parte da sociedade, as leis não vinham. Diante disso, o Tribunal extraiu tal proibição dos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da impessoalidade. c) Papel iluminista: por fim, em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. Ainda assim, são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos.

4.1 O MARCO NORMATIVO-CONSTITUCIONAL PARA A CRIAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO STF

²³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista**: Os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas, p. 05 Disponível em <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>> Acesso em 13/10/2016.

²³² ADI 3745 – Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.145/1997 do Estado de Goiás. Criação de exceções ao óbice da prática de atos de nepotismo. Vício material. Ofensa aos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. Procedência da ação. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4154641>> Acesso em 13/10/2016.

A união duradoura entre pessoas do mesmo sexo não é prevista no direito positivo brasileiro, que somente reconhece, para os efeitos de direito de família²³³, como união estável a convivência pública e duradoura entre um homem e uma mulher. É o que dispõem, com preceitos praticamente uníssonos, o art. 226, § 3º, da Constituição Federal e o art. 1.723, *caput*, do Código Civil brasileiro.²³⁴

No entanto, em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.277/DF e na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132/RJ, julgou procedentes ambas as ações, propostas, respectivamente, pelo Ministério Público Federal e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, afastando qualquer interpretação impeditiva do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Desde então, a união estável entre homossexuais existe no Brasil como “instituto jurídico”, não elaborado pelo Poder Legislativo, mas criado pelo Poder Judiciário.

4.1.1 A atuação jurídico-política do Supremo Tribunal Federal e a decisão proferida na ADI nº 4277 e na ADPF n.º 132: uma quebra de paradigmas

A Suprema Corte brasileira é chamada de “guardiã da Constituição”, porém seria mais adequado alcunhá-la de guardiã da “interpretação constitucional”, pois que têm sido operadas, via interpretação do STF, algumas das mudanças mais significativas nas disposições originais insculpidas na Carta maior.²³⁵ Tanto é que, ao longo das últimas

²³³ Efeitos relativos, por exemplo, à comunhão parcial de bens; adoção conjunta de filhos; pensão alimentícia e pensão previdenciária.

²³⁴ Assim dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição: “§ 3º - 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”. Por sua vez no art. 1.723 do Código Civil: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

²³⁵ Como exemplo, a modificação da interpretação sobre o papel do Mandado de Injunção, no julgamento do MI 670/ES. Até então, o entendimento do STF, ao julgar esse tipo de ação, era de que a Corte deveria apenas apontar a omissão, comunicando ao legislativo a necessidade da regulamentação. A partir do julgamento do MI 670, que tratava da inexistência de Lei específica para regular a greve dos servidores públicos, o STF adotou a posição concretista, entendendo, nesse caso, pela aplicação da Lei geral ao setor público. O MI 721, que tratou de aposentadoria especial de servidor, também seguiu tal entendimento. Outro caso de modificação interpretativa foi a proibição da prisão por dívida, no caso de depositário infiel, prevista no inciso LXVII do art. 5º da CF. O STF passou a entender que tal modalidade de prisão não mais se compatibilizava com o ordenamento jurídico brasileiro, após a subscrição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Acordaos&url=http://tinyurl.com/bgw3ar8>>. Acesso em: 23/08/2016).

décadas, o STF vem se tornando um campo de discussão para questões que têm transcendido a seara jurídica, pois, uma vez que mais próximas aos embates inerentes ao jogo político-representativo, não encontram nele um ambiente propício para desenvolver-se até uma suficiente maturação no plano legislativo, mediante a instauração de interlocuções discursivas²³⁶ que se mostrem efetivamente transformadoras. São assuntos que, por sua pertinência à política, acabam suscitando ampla manifestação social e levantando acirradas polêmicas sociopolíticas. Com isso, o STF tem assumido, em certa medida, funções políticas em sentido estrito, além das próprias funções jurídicas que lhes são inerentes.

Um desses temas polêmicos foi o reconhecimento, como entidade familiar, da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O assunto mobilizou aguerridos apoiadores de tal reconhecimento, tanto quanto aguerridos defensores do não reconhecimento.²³⁷

Antes do ajuizamento das ações perante o STF, inúmeras foram as ações ajuizadas no âmbito dos Tribunais brasileiros no campo do direito homoafetivo que serviram de amparo para a (tentativa de) superação das agruras decorrentes da omissão legislativa, vivenciadas pelos partícipes das relações homoafetivas. No entanto, a inconsistência dos Tribunais estaduais no que tange à uniformização do tratamento conferido à matéria impôs a necessidade de judicialização da homoafetividade no âmbito da Suprema Corte brasileira, rumo à concretização de uma realidade social que necessitava ser reconhecida juridicamente, ainda que tal “reconhecimento” não partisse espontaneamente da atuação do Legislativo.

Até então, a jurisprudência brasileira dividia-se, na questão da união estável homossexual, em três correntes: i) uma que não admitia sua existência no mundo jurídico, considerando impossíveis os pedidos que a tivessem como base fático-jurídica;²³⁸ ii) outra que

²³⁶ “Os problemas de ordem prática do direito, como a elaboração de uma lei, podem ser solucionados racionalmente através do discurso prático, ou seja, através da comunicação argumentativa entre os responsáveis pela elaboração desta lei e os possíveis atingidos por ela, para que, após a discussão, mediante o levantamento dos argumentos de cada falante, se chegue no princípio da universalização. Esta seria a essência da regra de argumentação dos discursos práticos, pelo qual uma norma só deve pretender validade quando todos os abarcados por esta mesma norma cheguem a um acordo em relação à sua validade, através de um discurso prático, racionalmente motivado e não coercitivo explicitamente.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Editora Landy, 2002, p. 352).

²³⁷ As organizações sociais para defesa de direitos dos homossexuais se mobilizaram pelo reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo, enquanto as principais vozes contrárias partiram das organizações religiosas de orientação cristã. Muitas dessas manifestações transferiram-se para os autos do processo, nas figuras de *amici curiae*. A discussão capitaneada por essas entidades, apesar da utilização de alguns argumentos jurídicos, foi de cunho eminentemente político, substituindo os debates que não existiram no Parlamento.

²³⁸ “Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, § 3º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher. Revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo.” (TJ-MG.Rel. Des. Domingos Coelho).

também a considerava inexistente como instituto jurídico pertencente ao microssistema do direito das famílias, atribuindo à analogia com a sociedade de fato o fundamento jurídico para se resolver as questões dela surgidas, a fim de encontrar repostas para os problemas meramente patrimoniais havidos dessas relações²³⁹; e iii) uma terceira corrente que, considerando meramente exemplificativo o rol de entidades familiares disposto nos parágrafos do artigo 226 da CF/88, aplicava à união estável homossexual o mesmo tratamento jurídico conferido à união estável heterossexual.²⁴⁰ Para além da partilha patrimonial, esse terceiro entendimento fundamentava decisões de procedência em muitas ações que reivindicavam os direitos à seguro saúde e pensão, à herança, à declaração conjunta e dependência no imposto de renda, que não poderiam ser justificados juridicamente pelo instituto da sociedade de fato.²⁴¹

Tamanho era o dissenso entre os Tribunais brasileiros em relação ao modo de julgamento da matéria, que a Justiça Eleitoral, ainda ano de 2004, valeu-se dessa aplicação da analogia com a união estável heterossexual para declarar inelegível uma mulher que pretendia candidatar-se ao cargo ocupado por sua companheira.²⁴² No entanto, mais complexo ainda seria o debate sobre a significação da regência constitucional sobre a matéria infraconstitucional relativa à união estável, principalmente ao se levar em consideração que a redação do dispositivo do Código Civil é quase idêntica à do dispositivo elencado à Constituição.

No tocante à insegurança jurídica existente até então, não é difícil compreender a necessidade de uma definição para a situação dos indivíduos que buscavam e buscariam cada vez mais o Judiciário na tentativa de obtenção de uma tutela que fosse compatível com a situação de vida experimentada, tendo em vista o aumento exponencial da visibilidade social dos pares homossexuais no plano da realidade social brasileira. O que se queria, a partir do pronunciamento do STF em uma decisão vinculante, era que as decisões judiciais sobre

²³⁹ “A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.” (STJ REsp n. 502.995 – 2002/174503-5 4ª T.j. 26.04.2005. rel. Min. Fernando Gonçalves).

²⁴⁰ Ver caso retratado nas notas de rodapé 132 e 133. Também do STJ é o seguinte julgado: “A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.” (REsp nº 238.715, RS, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 02.10.06). Agravo regimental não provido. (STJ AgRg no AI 971.466 SP 2007/02565-4. 3ª T. 02.09.2008. rel. Min. Ari Pargendler).

²⁴¹ Consultar decisão exemplificada na nota de rodapé n. 131, p. 58.

²⁴² “Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento.” (TSE RESP 24564/PA. Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicado em sessão. 01.10.2004. RJTSE vol. 17, tomo 1, pg. 234).

famílias formadas a partir de uniões estáveis homossexuais tivessem uniformidade, atingindo o direito previdenciário, tributário, administrativo, além do próprio direito de família e das sucessões.²⁴³

Evidentemente, a decisão do STF nas ações citadas requeria discussões jurídicas de alta complexidade, que envolviam muito mais do que as questões sobre o tipo de ação a ajuizar. A própria Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277/DF havia sido interposta como Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e tomara inicialmente o número 178, sendo, porém, recebida como ADI.²⁴⁴ Embora não figure como objetivo do presente trabalho aprofundar a discussão sobre o tipo de ação cabível, importa salientar que tanto o STF, ao receber como ADIs as ADPFs ajuizadas, quanto o próprio autor da ADPF 132/RJ, ao pedir, subsidiariamente, seu recebimento como ADI, admitiram que a suposta inconstitucionalidade seria passível de correção mediante o manejo de ação específica. Com efeito, a ADPF é ação subsidiária em relação à ADI/ADO.

Com isso, em 27 de fevereiro de 2008, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, registrada sob o número 132, apontava como descumpridos os preceitos constitucionais do direito fundamental à igualdade e à liberdade; além do princípio da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. E, como atos do poder público causadores do descumprimento (objetos do controle de constitucionalidade), o artigo 19, II e V e o artigo 33, I a X e seu parágrafo único, todos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, mais o conjunto de decisões judiciais que negavam à união estável homossexual o mesmo regime dispensado às uniões estáveis entre heterossexuais.²⁴⁵

Havia, na ADPF 132, pedido subsidiário para receber a ação como Ação Direta de Inconstitucionalidade, atribuindo-se interpretação conforme a Constituição aos dispositivos legais referidos e ao artigo 1.723 do Código Civil, de modo a coibir discriminações incompatíveis com a Constituição. Os fundamentos do autor consistiam no alegado fato de o

²⁴³ Uma decisão vinculante e com efeito contra todos que reconhecesse, como foi o caso, a existência da união estável entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico brasileiro repercutiria em vários dispositivos da legislação, não ficando restrita sua incidência apenas ao Direito de Família. Porém, como não se tratou de uma regulamentação legal, muitos dos aspectos dessa incidência continuaram a depender da interpretação dos poderes e órgãos públicos vinculados à referida decisão e, também, de novas demandas ao Judiciário.

²⁴⁴ Conforme despacho monocrático do então Min. Presidente do STF, Gilmar Mendes, às fls. 335-336 dos autos da ADPF 178. Ele considerou a falta de objeto específico e bem delimitado a ser impugnado pela via da ADPF e determinou a reautuação para ADI com base no pedido subsidiário da requerente, que tratava de interpretação conforme, tal como a ADPF 132, que também foi recebida como ADI, a despeito de não ter sido reautuada.

²⁴⁵ Petição inicial da ADPF 132/RJ, p. 02/34. Disponível em <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ADPF132.pdf>> Acesso em 25/08/2016.

Estatuto dos Servidores Civis do Rio de Janeiro conferir uma série de benefícios a famílias de servidores, benefícios estes estendidos pelo pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial somente a famílias constituídas por uniões estáveis heterossexuais, restando, porém, dúvidas quanto à constituição de família por uniões estáveis homossexuais, com predomínio de decisões judiciais que negavam os benefícios nesses casos.²⁴⁶ Pedia ainda, liminarmente, a declaração da validade das decisões administrativas que equiparassem as uniões estáveis entre heterossexuais e homossexuais e a suspensão do andamento dos processos e de quaisquer decisões em sentido oposto ao requerido.²⁴⁷ O pedido principal era de interpretação conforme a Constituição dos dispositivos da lei estadual mencionados, assegurando-se os benefícios previstos pelo Estatuto dos Servidores Civis do Rio de Janeiro aos parceiros de uniões estáveis homossexuais, bem como a declaração de violação de preceitos fundamentais nas decisões judiciais que denegavam a equiparação jurídica requerida. Subsidiariamente, pedia a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Estatuto estadual e também do art. 1.723 do Código Civil, de modo a não poderem ser interpretados para impedir a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, quando essas fossem formadas por homossexuais.²⁴⁸

Em 22 de julho de 2009, a Procuradoria Geral da República protocolizava outra Ação de Descumprimento de preceito Fundamental, a de nº. 178, que foi recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade e foi registrada sob o número 4277/DF, sendo esta apensada à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Essa nova ação objetivava que fosse a união entre pessoas do mesmo sexo declarada como entidade familiar, nos moldes da união entre homem e mulher, bem como a extensão dos direitos e deveres dos companheiros constituintes dessa união. A fundamentação jurídica apresentada pelos autores partia da assertiva da obrigatoriedade de se derivar da Constituição (notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações, da liberdade e

²⁴⁶ Na Petição Inicial da ADPF 132 foram apresentados vários casos, listados entre as páginas 02/34. Um dos casos foi ementado da seguinte forma: Inventário - Autor da herança falecido no estado de solteiro sem deixar descendentes - Dependente habilitado perante a Previdência Social decorrente de união homossexual com o falecido - Pretensão de habilitação na qualidade de herdeiro e meeiro do de cujus - Inadmissibilidade - Direitos decorrentes da união estável para fins sucessórios na legislação vigente restritos ao companheiro sobrevivente de união entre homem e mulher - Inteligência dos artigos 226, § 3º, da Constituição Federal e Leis n.s 8/971/94 e 9.278/96 - Pedido indeferido - Recurso não provido. (Agravado de Instrumento n. 266.853-4 - São Paulo - 4ª Câmara de Direito Privado - Relator: Rebello Pinho - 28.11.02 - V.U.). Disponível em < <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ADPF132.pdf> > Acesso em 23/08/2016.

²⁴⁷ Petição inicial da ADPF 132/RJ. p. 35. Disponível em < <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ADPF132.pdf> > Acesso em 23/08/2016.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 35.

proteção à segurança jurídica)²⁴⁹ o reconhecimento constitucional da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, aplicando-se, analogicamente, as regras que tratam da união estável entre homem e mulher.²⁵⁰ Apontava a ação, ainda, como preceitos violados, a proibição de discriminação e o princípio da igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade e a proteção à segurança jurídica.²⁵¹ Pedia, liminarmente, e também como pedido principal, o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e a extensão de direitos e deveres correlatos.

Embora os autores não tenham ajuizado uma ação de inconstitucionalidade por omissão – já que o objeto desse tipo de ação consiste na pretensão de correção da ausência de legislação regulamentadora de norma constitucional que demanda uma ação legislativa específica, ordenada pelo comando da própria Constituição – os motivos predominantes do ajuizamento das ações radicavam nos questionamentos acerca da omissão do legislador em elaborar leis regulamentadoras de uma situação social, que prescrevessem determinadas consequências jurídicas.²⁵²

Durante o processamento das ações houve, em larga medida, manifestações nos autos por intermédio do uso da figura processual dos *amici curiae*, os “amigos da Corte”, que representaram organizações da sociedade civil. Claramente, o debate político sobre o assunto transferiu-se para a esfera de atuação do Judiciário, podendo-se denotar, através de tal detalhe, que a sociedade civil se fez presente como evidência de que o controle concentrado de constitucionalidade institucionalizado no Brasil é de natureza participativa, o que reforça a legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da Democracia. Ora, em relação a este aspecto, pode-se denotar que a Constituição encontra-se aberta para a interpretação da sociedade, não estando tal atividade adstrita somente aos litigantes e aos julgadores que compõem a corte constitucional. Assim, a questão volvida em ambas as ações teve sua interlocução instaurada, dialeticamente, em torno daqueles que se posicionavam contra ou a favor da homoafetividade; além disso, o rol de legitimados para propor esse tipo

²⁴⁹ Petição inicial da ADI 4277/DF. p. 4. Disponível em <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/4277-inicial.pdf>> Acesso em 23/08/2016.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 5.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 7-29.

²⁵² A ADIN por Omissão, por sua vez, versa sobre medida para a efetivação de norma constitucional (MORAES, Guilherme Pena. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição**. 4. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 241). Portanto, pressupõe uma demanda constitucional não atendida pelo legislador, que não seria o caso, pois não há comando constitucional determinando legislação acerca da união estável entre pessoas do mesmo sexo. A própria Constituição, por outro lado, contém o instituto das uniões estáveis heterossexuais, não tendo remetido tal regulação à legislação comum.

de ação possui potencial representatividade da sociedade, em atenção ao regime democrático para a defesa de direitos individuais coletivos.²⁵³

As entidades que integraram as ações e que possuem como missão precípua a defesa dos direitos humanos, em especial da identidade de gênero e de combate à discriminação por orientação sexual, puderam exprimir livremente os seus anseios, fato que, na realidade da atual conjuntura legislativa, não teria a mesma viabilidade, sobretudo por se tratar de um grupo social minoritário que, embora esteja devidamente representado no Congresso Nacional, ainda não encontrou nele – em razão da discriminação perpetrada por grupos mais numerosos e mais bem organizados – um campo profícuo para a interlocução dos seus interesses.

Fato é que o debate mobilizou parte expressiva da sociedade, na medida em que o assunto faz parte do rol de tabus nos costumes brasileiros, sedimentados sobre uma moral ainda conservadora e refratária às mudanças dessa natureza. Além do mais, em ações individuais ajuizadas pelo país afora, muitas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo já tinham sido, àquela altura, reconhecidas pelo Judiciário.²⁵⁴ Postulava-se, naquele momento, mediante o ajuizamento das ações no STF, uma providência vinculante para o poder público, pois, como sabido, a decisão do Supremo Tribunal Federal em ADI ou ADPF tem eficácia *erga omnes* (contra todos) e efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário e à Administração Pública.²⁵⁵

Quando do momento da prolação dos votos e do julgamento meritório dos pedidos, o Ministro Carlos Ayres Britto, Relator de ambas as ações, afirmou em seu voto, inicialmente, que o termo “homoafetividade” foi cunhado pela doutrina, indicando “vínculo de afeto e solidariedade entre pares ou parceiros do mesmo sexo”, mas que hoje já está inserido na linguagem nacional, como pode ser visto nos dicionários de língua portuguesa. Em seguida, apontou que o art. 3º da CF/88, que versa sobre objetivos fundamentais, e que no inciso IV

²⁵³ Consoante os incisos I a IX do artigo 103 da Constituição Federal, são legitimados para propor ADI e ADPF (direta ou autônoma): o Presidente da República; o Procurador Geral da República; os Governadores dos Estados e o Governador do Distrito Federal; as mesas (órgãos administrativos) da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Câmara Legislativa do Distrito Federal; a Mesa de Assembleia Legislativa; Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); Entidades de Classe de Âmbito Nacional e Confederações Sindicais.

²⁵⁴ Como nos processos: TJMG Proc. nº. 1.0024.04.531585-0/001 (1) Numeração Única: 5315850-85.2004.8.13.0024. Rel. Des. Maria Elza, julgado em 03.12.2009 e publicado em 12.01.2010; TJRN Apelação Cível Apelação Cível nº 2010.002501-0. Rel. Amaury Moura Sobrinho. j. 15.07.2010; Fortaleza, 8ª Vara de Família, processo nº. 3517-22.2010. Juiz Geraldo Bizerra de Souza. j. 29.06.2010; TJRS processo AC nº. 70035804772. 8ª C. Cível. Rel. Des. Rui Portanova. j. 10.06.2010.

²⁵⁵ Tendo em vista que a decisão seria proferida em controle abstrato de constitucionalidade, o qual visa a obter a interpretação da Corte acerca do ordenamento sob o comando constitucional, em processos que não versam sobre interesses de partes específicas, mas sobre o significado da norma em si.

determina a promoção do bem de todos sem preconceitos com relação ao sexo, o que também ocorre no inciso XLVIII do art. 5º, no inciso XXX do art. 7º e inciso II do §7º do art. 201. Desta forma, segundo o entendimento do Relator, “não pode o sexo ser fator de desigualação jurídica”.²⁵⁶

O Ministro Relator ainda pontuou em sua manifestação que a preferência sexual deve ser vista como um “direito fundamental e bem de personalidade”, tendo ela emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo “fator de afirmação e elevação pessoal”, inclusive retratando o fato de que no século XXI prepondera a afetividade sobre a biologicidade. Afirmou que o uso da sexualidade humana “faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa”. É liberdade individual sob a forma de direito à intimidade e à privacidade, que se impõe face ao Estado e à sociedade²⁵⁷, deixando claro o Relator, neste ponto do seu voto, toda a pujança e toda a abrangência dos direitos fundamentais, que nesses casos podem emanar efeitos inclusive horizontalmente, em face da própria sociedade.²⁵⁸

Embora haja silêncio da Constituição brasileira a respeito das uniões homoafetivas, entendeu o Relator que o art. 10 da Carta Magna dispõe que são invioláveis a intimidade e a vida privada, sendo tal norma de aplicabilidade imediata e definidora de direitos fundamentais. Apontou também que não há enunciado na Constituição em sentido contrário, sendo clara a isonomia entre homem e mulher, não podendo qualquer pessoa sofrer discriminações em relação ao sexo, sendo necessária, por isso, uma equivalência jurídica entre os heteroafetivos e homoafetivos. Ademais, o art. 226 da CF/88 protege a família, tratando do casamento, da união estável e da família monoparental em seus parágrafos, e, nessa estrutura de linguagem prescritiva a proteção especial é dirigida ao núcleo doméstico, não mais atrelado apenas ao casamento, uma vez que é pouco importante se a família é formal ou informalmente constituída, ou se constituída de casais homoafetivos ou heteroafetivos.²⁵⁹

²⁵⁶ Voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 132 e ADI 4277, p. 10 Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>> Acesso em 24/08/2016.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 37.

²⁵⁸ A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorre do reconhecimento de que as desigualdades não se situam apenas na relação estabelecida verticalmente entre Estado e os particulares, como também entre os próprios particulares, nas relações privadas. Daniel Sarmento, em monografia sobre o tema, afirma que “o Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.” (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323).

²⁵⁹ Voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 132 e ADI 4277, p. 10 Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>> Acesso em 24/08/2016.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 31.

Ato contínuo, o Ministro Relator se incumbiu em definir os atuais contornos do conceito de família, definindo-a como uma “complexa instituição social em sentido subjetivo, como um organismo, onde se estabelece o primeiro elo entre o indivíduo e a sociedade.” A família é, pois, o ambiente onde se desenvolve uma convivência envolta numa “atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade”.²⁶⁰ O núcleo familiar é o “locus de concreção de direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’”. Ademais, o que credencia a família como base da sociedade é o fato dela ser o “espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada”.²⁶¹

No voto do Relator facilmente se constata a afetividade como norteadora do núcleo familiar, como elemento essencial, inclusive para designar a chamada família homoafetiva e heteroafetiva. Aliada ao fator “afetividade”, a força normativa da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da não discriminação foram os argumentos principais desse voto.²⁶²

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux sustentou em sua manifestação a teoria dos deveres de proteção, na qual os direitos fundamentais “não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado”, mas também positivam “valores eleitos pela comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder público e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico”.²⁶³ Argumentou em prol da isonomia, da solidariedade entre brasileiros e da promoção dos direitos fundamentais, salientando que a “homossexualidade é um fato da vida”, sendo a orientação sexual uma “característica da personalidade do indivíduo” e não “uma ideologia ou uma crença”, constituindo entre os pares “relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos,

²⁶⁰ Voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 132 e ADI 4277, p. 33 Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>> Acesso em 24/08/2016.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 34.

²⁶² “(...) Enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis. Por conseqüência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). (...)” (Voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 132 e ADI 4277, p. 18. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>> Acesso em 24/08/2016).

²⁶³ Voto do Ministro Luiz Fux na ADPF 132 e ADI 4277, p. 04. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>> Acesso em 24/08/2016.

com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida”.²⁶⁴ O Ministro Fux afirmou de forma expressa que “não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas”, asseverando que “o que faz uma família é, sobretudo, o amor”, bem como a comunhão (projeto coletivo e duradouro de vida em comum) e a identidade (certeza de vínculo inquebrantável), inclusive apontando que há relação de afeto, suporte e assistência recíproca tanto na família homoafetiva quanto na heteroafetiva.²⁶⁵ Ressaltou, ainda, a realidade social homoafetiva, tomando por base os dados do censo de 2011, que revelou existirem, à época, mais de 60 mil casais homoafetivos vivendo juntos no país. Para ele, a família não depende de formalidade civil ou religiosa, considerando a igualdade como justificativa para a equiparação do reconhecimento. Reputou, por fim, que a lacuna legislativa se deu pela intolerância e pelo preconceito, que são abominados pela Constituição.²⁶⁶

O Ministro Ricardo Lewandowski entendeu, em seu voto, que não há como enquadrar a união homoafetiva em nenhuma das espécies de família previstas na CF/88, uma vez considerada a opção expressa do constituinte pela impossibilidade de abrigar a união homoafetiva à semelhança da união estável.²⁶⁷ Para ele, a matéria discutida nas ações não poderia influenciar na hipótese de mutação constitucional, assim como também não seria possível a realização de uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional invocado, a fim de se admitir o enquadramento reivindicado nas ações ajuizadas perante a Suprema Corte.

No entanto, segundo o Ministro Lewandowski, a matéria retratada nas ações aponta para a existência de uma nova forma de família (chamada por ele de “união homoafetiva estável”), que somente poderia ser caracterizada no plano jurídico por meio da utilização do processo de integração analógica, uma vez que precisa ter sua existência reconhecida pelo direito, mas não como união estável.²⁶⁸ Em face de tais motivos, votou pela procedência das ações para que fossem aplicadas às uniões homoafetiva as prescrições relativas às uniões estáveis heteroafetivas, “excluídas aquelas (prescrições/efeitos) que exijam a diversidade de

²⁶⁴ Voto do Ministro Luiz Fux na ADPF 132 e ADI 4277, p. 09. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf> > Acesso em 24/08/2016.

²⁶⁵ *Ibidem*, p.09.

²⁶⁶ *Ibidem*, p.23.

²⁶⁷ Apesar de votar no sentido favorável ao reconhecimento, o Ministro Ricardo Lewandowski fez ressalvas que destoam um pouco dos fundamentos do Relator. Iniciou o seu voto fazendo uma digressão histórica a respeito de como a família foi tratada nas constituições do Brasil. Transcreveu os debates do constituinte originário sobre o dispositivo impugnado, dizendo que a emenda de inserção dos substantivos “homem” e “mulher” impõem a diversidade de gênero como condição para a união estável. Entendeu que se trata de uma integração analógica em que a união homoafetiva guarda maior proximidade com a união estável, mas que a ela não se aplica os direitos em que a diversidade de sexo seja exigida para o seu exercício. (Íntegra do Voto disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf> > Acesso em 25/08/2016).

²⁶⁸ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 132 e ADI 4277, p. 07. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf> > Acesso em 24/08/2016.

sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações”.²⁶⁹

Outros votos foram proferidos pelos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, todos, em linhas gerais, em consonância com os motivos inicialmente elencados no voto do Relator.

A Ministra Cármen Lúcia, sob o fundamento de que a discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, mencionou que “ninguém pode ser de uma classe de cidadãos diferentes e inferiores, porque fizeram a escolha afetiva e sexual diferente da maioria.”²⁷⁰ Baseando-se nos dados da realidade homoafetiva, ponderou que a vida em comum de um casal homossexual não pode ser restringida pela inconsistência normativa, “porque tal medida contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social.”²⁷¹ Enfatizando o papel do Direito Constitucional de proteger todos contra qualquer forma de preconceito, a Ministra Cármen Lúcia destacou a função precípua do STF na tarefa de interpretar e preservar as normas e valores da Constituição, ao afirmar que, “sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.”²⁷²

Por seu turno, o Ministro Joaquim Barbosa reforçou que o princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe a ideia de que todos têm o direito à igualdade. Em sua opinião, o STF tem a função de “impedir o sufocamento, o desprezo e discriminação dura e pura de grupos minoritários pela maioria estabelecida”²⁷³, dando indícios de que a não regulamentação da matéria no plano legislativo vem se perpetuando em face do preconceito e da forte resistência que é exercida por parte dos grupos majoritários. Já o Ministro Gilmar Mendes nada se referiu sobre o elemento “afetividade”, mas argumentou que o reconhecimento da união homoafetiva não decorre do Código Civil ou da Constituição, mas sim de “direitos das minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção”.²⁷⁴ Afirmou que “o não

²⁶⁹ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 132 e ADI 4277, p. 14-15. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf> > Acesso em 24/08/2016.

²⁷⁰ Voto da Ministra Cármen Lúcia na ADPF 132 e ADI 4277, p. 03. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CL.pdf> > Acesso em 24/08/2016

²⁷¹ *Ibidem*, p. 10.

²⁷² *Ibidem*, p. 11.

²⁷³ Voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADPF 132 e ADI 4277, p. 117. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> > Acesso em 24/08/2016.

²⁷⁴ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 132 e ADI 4277, p. 169. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> > Acesso em 24/08/2016.

reconhecimento dos direitos dos casais homossexuais estimula a discriminação”, sendo que, preocupado com a possível exacerbação da função jurisdicional do tribunal constitucional, se limitou em seu voto a apenas reconhecer a existência da união estável homoafetiva, sem se pronunciar expressamente acerca dos desdobramentos naturais – jurídicos e administrativos – desse reconhecimento. Para ele, a pretensão de regular integralmente a questão – prevendo, por exemplo, todos os efeitos civis advindos do reconhecimento – seria exacerbar demais a vocação do STF para apreciar a matéria em sede de controle abstrato de constitucionalidade.²⁷⁵

A ministra Ellen Gracie, em seu voto, mencionou que “uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes.” Segundo ela, o reconhecimento desses direitos “responde a um grupo de pessoas que durante longo tempo foram humilhadas, cujos direitos foram ignorados, cuja dignidade foi ofendida, cuja identidade foi denegada e cuja liberdade foi oprimida.”²⁷⁶ Por sua vez, o Ministro Celso de Melo argumentou que as questões de caráter moral ou religioso não se confundem com questões jurídicas. Afirmou que “é arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou fomenta a intolerância e estimule o desrespeito”²⁷⁷, concluindo seu posicionamento sustentando que “toda pessoa tem o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero.”²⁷⁸

Válido ressaltar que o Ministro Celso de Mello ainda fundamentou o seu voto com base no direito à busca da felicidade, sendo este um postulado constitucional implícito que deriva da dignidade da pessoa humana; bem como apontou o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional, sendo este elemento um novo paradigma conformador do conceito de família. Interessante notar, que o Ministro Celso de Mello reconheceu o afeto como novo paradigma das relações após o advento da CF/88. Para ele, o afeto é um dos “fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional”, mencionando existirem muitos doutrinadores que enxergam a afetividade como verdadeiro “princípio jurídico-constitucional.”²⁷⁹

²⁷⁵ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 132 e ADI 4277, p. 169. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> > Acesso em 24/08/2016.

²⁷⁶ Voto da Ministra Ellen Gracie na ADPF 132 e ADI 4277, p. 07. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> > Acesso em 24/08/2016

²⁷⁷ Voto do Ministro Celso de Melo na ADPF 132 e ADI 4277, p. 12. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf> > Acesso em 24/08/2016.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 12.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 39.

No mesmo diapasão, o Ministro Marco Aurélio afirmou em seu voto que a família elegeu “o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar”. Avaliou que o moralismo²⁸⁰ histórico e religioso do passado representa entrave para o reconhecimento jurídico da união homoafetiva. Evidenciou que o Brasil é laico e que concepções morais e religiosas não podem guiar o tratamento a ser dispensado pelo Estado em relação aos direitos fundamentais suscitados nas ações. Fez um esboço histórico da evolução da família e o modo como esse instituto foi moldado ao longo dos avanços sociais. Reforçou o argumento de que o reconhecimento da união homoafetiva não transbordaria os limites da atividade jurisdicional, considerando que a leitura do texto da Constituição não é feita pela opinião pública dominante.²⁸¹

Ciente da existência de opiniões contrárias ao reconhecimento da família homoafetiva e, ainda, diante das alegações de um suposto excesso de ativismo judicial por parte do STF, manifestou-se o Ministro Marco Aurélio:

“A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do artigo 226 da Carta da República remete tão somente à união estável entre homem e mulher, o que se poderia entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, sem fazer referência à união homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual. Daí a dificuldade hermenêutica: seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adianto, é desenganadamente negativa. A partir de 1988, ocorreu a resignificação do ordenamento jurídico. Como é cediço, compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional. Esse fenômeno denominado “constitucionalização do Direito”, na expressão de uso mais corriqueiro, revela que não podemos nos ater ao dogmatismo ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil. [...] ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie. No mais, ressalto o caráter tipicamente contra majoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República [...]. [...] o texto constitucional contém rigorosamente o que deveria conter, e o que o Supremo Tribunal Federal fez foi acrescentar ao texto situação não prevista nem pelo constituinte, nem pelo Legislador, transformando o Pretório Excelso em autêntico constituinte derivado, ou seja, acrescentando disposição constitucional que o constituinte originário não produziu. Em outras palavras, sem o processo das duas votações nas duas Casas, com 3/5 de todos os segmentos do povo, a Suprema Corte, criou norma constitucional

²⁸⁰ Neste ponto perfilhou a tese da concretização constitucional ao mencionar que: “Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado.” (Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 132 e ADI 4277, p. 05. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf> > Acesso em 24/08/2016).

²⁸¹ Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 132 e ADI 4277, p. 03-12. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf> > Acesso em 24/08/2016.

inexistente, acrescentando situações e palavras ao texto supremo, que, [...] jamais foi intenção do constituinte acrescentar.”²⁸²

O Ministro Presidente, Cézar Peluso, votou favoravelmente ao pedido e instigou o legislativo a regulamentar a postura consensual adotada pela Suprema Corte em torno da condenação de todas as formas de discriminação. Afirmou divergir da maioria de seus pares, alegando que “há uma lacuna normativa e que esta lacuna é preciso ser preenchida, e preenchê-la, segundo as regras tradicionais da analogia”²⁸³. Assim, aventou haver semelhança fática da união entre pessoas do mesmo sexo com a união estável instituída entre homem e mulher, a que a lacuna da regulação da primeira deve ser preenchida com a regra da segunda. Considerou que a partir da decisão da Corte, passou a existir um espaço no qual o Poder Legislativo tem que intervir. Convocou a atuação do legislador para regular “as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional”, e prosseguiu dizendo que o legislativo deve colaborar com o STF “para superar todas as situações, que são na verdade situações dramáticas do ponto de vista social, resultantes de uma discriminação absolutamente injustificada.”²⁸⁴

Assim, as razões²⁸⁵ utilizadas pela maioria dos Ministros evidenciam uma clara utilização de um moderno método interpretativo, promovendo uma profunda reflexão da interpretação constitucional que supera a literalidade do texto, com olhos voltados na realidade social da atualidade. Por outro lado, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cézar Peluso trouxeram algumas ressalvas (especialmente o primeiro), que podem ser consideradas aqui como uma concretização limitada ou moderada do instituto, mediante a

²⁸² Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 132 e ADI 4277, p. 03-12. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>> Acesso em 24/08/2016

²⁸³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178946>>. Acesso em 25/08/2016.

²⁸⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178946>>. Acesso em 25/08/2016.

²⁸⁵ Em suma, os principais argumentos jurídicos levantados na votação foram os seguintes: a) Princípio da dignidade da pessoa humana: fundamento de todos os demais princípios, característica inata do ser humano; b) Princípio da isonomia/igualdade/não discriminação: todo homossexual deve ser tratado de forma semelhante ao heterossexual, não podendo a sua orientação sexual servir de justificativa para a promoção da desigualdade; c) Princípio da liberdade: a orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo; d) Princípio da segurança jurídica: a decisão reconhece a necessidade do Legislativo disciplinar o assunto, ainda que tardiamente; e) Princípio da analogia: recurso utilizado para regular situações análogas, o que no caso se deu em comparação às relações heterossexuais; f) Fundamentos constantes do art. 1º, II e III (cidadania e dignidade da pessoa humana) e objetivos de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme art. 3º, I e IV; g) Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º); h) Adoção do direito comparado; i) Busca da felicidade: prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas; j) Interpretação não reducionista ao art. 226, o dispositivo constitucional não é taxativo, mas meramente exemplificativo.

utilização da analogia como método de integração da norma, que não parece ser a solução mais adequada ao caso.

Ora, a utilização da analogia como mecanismo de preenchimento da lacuna normativa não é suficiente na medida em que a atividade desempenhada se trata de interpretação constitucional. Isto ocorre porque os direitos fundamentais dos quais chamam atenção os princípios anteriormente suscitados, não se completam por simples analogia, pois são os próprios princípios que irradiam força jurídica a todo o ordenamento jurídico e de que se extrai eficácia plena. Além disso, a união homoafetiva não pode ser vista como semelhante à união estável; trata-se, de fato, de coisa idêntica na medida em que não se permite, conforme o mandamento constitucional, promover o tratamento diferente àqueles que estão em situação jurídica equivalente. Não cabe, para a finalidade da construção da tutela homoafetiva, fazer diferenciação da identidade ou orientação sexual; não cabe, portanto, dizer se é mulher, homem, lésbica, gay, bissexual, transexual ou transgênero, uma vez que não é essa a essência do instituto em discussão. Assim, não é coerente dizer que a união homoafetiva é diferente da união heteroafetiva porque em ambos os casos o que mais importa é o afeto e não a sexualidade dos companheiros envolvidos na relação.

Ao se avaliar especificamente o voto do Ministro Lewandowski – o que mais divergiu do voto do Relator, sobretudo quando inscreveu uma ressalva expressa, vencida no contexto do julgamento – percebe-se que o julgador salientou que a união homoafetiva merece do Estado proteção equiparada à união estável, com restrições que parecem dirigir-se a uma inviabilização da conversão desta em casamento, na medida em que a lei prescreve para o casamento a necessidade de diversidade de sexo. No que tange à fundamentação, percebe-se que o referido voto não fez nenhum enfrentamento aos dois importantes princípios questionados nos pleitos: o da igualdade e da proibição de discriminação, ainda mais quando estes são os grandes vetores do processo de adequação da norma impugnada, conforme expressado no voto do Relator, acompanhado pela grande maioria dos demais Ministros. Nesse ponto, percebe-se que o método interpretativo utilizado pelo Ministro Lewandowski, denominado como “integração analógica”, não foi suficiente para a solução do problema, de modo a garantir a efetiva igualdade e proibição de discriminação, na medida em que faz persistir a insegurança do tratamento diferenciado entre os homoafetivos com relação aos heteroafetivos. O que o Ministro Lewandowski pontuou em seu voto tem o mesmo sentido de dizer que a união homoafetiva é uma entidade familiar de segunda categoria, merecedora de uma gama menor de direitos. Se essa entidade familiar se encontra restringida ao acesso a certos procedimentos implementados pelo Estado, certamente outra conotação não pode ser

dada senão o menosprezo no enfrentamento da questão da igualdade e da proibição de discriminação, que restou suficientemente ressaltada pelos demais Ministros.

Já os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, apesar de fazerem ressalvas divergentes, acataram o voto do Relator, sem inscrever uma ressalva expressa, como fez o Ministro Lewandowski. De toda sorte, prevaleceu o fundamento dos pedidos principais das ações, suficiente para corroborar a tese de que é possível traçar perspectivas para o tratamento igualitário e sem distinção, sobretudo quanto à possibilidade jurídica do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, tanto por via direta, como pela via da conversão da união estável.

As nuances do julgamento permitem verificar que a afetividade/afeto²⁸⁶ foi ventilada na maioria dos votos, em especial como elemento norteador dos atuais contornos aplicados às entidades familiares, o que demonstra uma opção dos julgadores em reafirmar não só a força normativa dos princípios constitucionais, mas também a qualidade peculiar de poderem atuar, tais princípios, na condição de vetores axiológicos do sistema, servindo de parâmetro para a resolução de casos difíceis. Nesse sentido, a decisão do STF foi de extrema relevância, tanto porque apontou a afetividade/afeto como valor jurídico fundante dos atuais contornos aplicáveis ao direito das famílias, quanto em relação à concretização dos direitos pertencentes aos casais homoafetivos, na medida em que, diante da constatação de um tratamento efetivamente discriminatório e deserto de qualquer justificativa, cumpriu o seu mister de enfrentar a discussão de tão delicada questão, reconhecendo a ineficácia das interpretações violadoras dos princípios constitucionais suscitados, sobretudo o da isonomia.

Portanto, a Suprema Corte brasileira, valendo-se da hermenêutica construtiva e evocando a força normativa emanada dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, da isonomia, da não-discriminação, da autodeterminação, da pluralidade das estruturas familiares, da intimidade, e visando a assunção do bem supremo da vida – a felicidade –, reconheceu a união homosexual como espécie de entidade familiar, estendendo-lhe o manto da proteção jurídica e da inserção social, uma vez que a sexualidade, antes de mais nada, é um direito personalíssimo do cidadão, que deve ser plenamente respeitado pelos poderes constituídos e pelos particulares.

Denota-se que o STF, em seu julgamento, considerou também que não há, na atual Constituição, qualquer referência a determinado tipo de família – como ocorreu com as

²⁸⁶ A sustentação oral do então advogado Luís Roberto Barroso, representando o Governador do Estado do Rio de Janeiro, pautou-se no seguinte sentido: “o Estado não tem direito de interditar um direito fundamental de uma pessoa maior e capaz escolher, de duas pessoas maiores e capazes escolherem onde vão colocar o seu afeto e o caminho que querem percorrer para sua felicidade.” (BARROSO, Luís Roberto. **Sustentação oral no STF na ADPF 132**. Disponível em: <https://pauloriv71.wordpress.com/2014/05/14/sustentacoes-orais-adpf-132-e-adi-4277/>. Acesso em 24/08/2016).

Constituições brasileiras anteriores – e que o constituinte, ao suprimir a locução/complemento “constituída pelo casamento” (existente no art. 175 da Constituição de 1967-69)²⁸⁷, sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família constituída socialmente, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades familiares – a afetividade –, necessária para a realização pessoal de seus integrantes.

No mais, a partir do julgamento proferido pela Suprema Corte nas supracitadas ações, percebe-se que a norma de inclusão verificada na atual redação do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela das uniões homoafetivas, o que não é o caso, uma vez que a Constituição não veda ou proíbe o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.²⁸⁸ Assim, a interpretação sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais, operacionalizada pelo STF nos casos em questão, aponta para a configuração/reafirmação de cláusula de inclusão das entidades familiares implícitas, dentre elas incluídas as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Essas considerações têm relevância para este caso porque um dos principais argumentos jurídicos existentes contra o reconhecimento da união estável homoafetiva é o que formulado em defesa da literalidade do art. 226, § 3º, da CF/88, no sentido de que esta redação configuraria uma restrição do regime jurídico da união estável apenas a casais heteroafetivos, o que significaria (para os defensores desta teoria²⁸⁹) a existência de uma

²⁸⁷ Art. 175 da CF/67-69: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.”

²⁸⁸ (...) “A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos.” (ADF 132-RJ e ADI 4277-DF, Min. Ayres Brito, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011).

²⁸⁹ Ives Gandra entende que o respeito à dignidade humana e à liberdade de união dos pares de homens e homens ou mulheres e mulheres não justifica que se considere que tais uniões sejam iguais àsquelas constituídas por um homem e uma mulher. São diferentes, jurídica e faticamente, sem que esta diferença represente qualquer “*capitis diminutio*” na dignidade dos seres humanos, que optaram por uma união entre iguais. Para o jurista, “a diferença reside em que são pares que, biologicamente, não podem gerar filhos, o que não ocorre com os casais constituídos por um homem e uma mulher. A união sexual de dois homens é impossível de gerar prole, como também a união sexual de duas mulheres. Podem externar nesta união afeto, mas a grande diferença é que não podem gerar filhos de sua relação sexual”. MARTINS, Ives Gandra. **Constituição e homossexualismo**. Artigo publicado no site Consultor Jurídico (<www.consultorjuridico.com.br>), 12.05.2011; e artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, de 15.10.2011. Acesso em 05/09/2016).

proibição implícita à união estável homoafetiva, que seria superável apenas através de emenda constitucional.

Ou seja, considerando que não existe enunciado normativo que diga expressamente que “não é reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo”, ou mesmo que “é reconhecida a união estável apenas entre o homem e a mulher”, não se pode sustentar que a Constituição teria inviabilizado o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva, pois inexistente uma redação expressamente restritiva da união apenas a casais heteroafetivos ou proibitiva da união estável homoafetiva.

Isso significa que há uma lacuna normativa atinente à união homoafetiva, pois está expressamente reconhecida a união estável heteroafetiva, mas não há nenhuma consideração sobre a união estável homoafetiva, e, como se sabe, lacunas são colmatáveis pela interpretação extensiva ou pela analogia. Interpretação em sentido contrário implica em uma interpretação retrospectiva, portanto flagrantemente inconstitucional.

Ademais, a interpretação teleológica há sempre que prevalecer sobre a literal, e a teleologia do referido dispositivo constitucional (art. 226, § 3º, da CF/88) demonstra que ele protege a família. Desse modo, considerando que a união homoafetiva constitui uma família, então é cabível a utilização da interpretação colocada em prática pelo STF quando do julgamento das referidas ações, em virtude da hierarquia axiológica²⁹⁰ dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, em relação à mera literalidade do art. 226, § 3º, da CF/88, por força da técnica da interpretação conforme a Constituição.

Portanto, conforme entendimento do STF, negar a condição de família a uma relação homoafetiva conduz a uma limitação do exercício da cidadania daqueles que não se adéquam à moldura social e jurídica idealizada pelo Parlamento, ainda infestada de convenções discriminatórias e moralistas.

A partir do efeito jurídico almejado por tais decisões, viu-se, de fato, que a democracia constitucional pode ser fortalecida, além de uma mera intenção retórica de um discurso oficial. Em verdade, pode e deve ser fortalecida, vez que se trata de enfrentar diretamente a situação posta, estabelecendo, ainda que indiretamente, por uma via

²⁹⁰ Como ressalta Marcelo Neves, “outro equívoco a ser advertido preliminarmente diz respeito à confusão entre igualdade jurídica e homogeneidade da sociedade. Essa confusão relaciona-se com uma postura simplificadora em relação à caracterização da sociedade moderna e da democracia. Ao contrário, a complexidade e a heterogeneidade social é que são pressupostas na emergência e concretização do princípio jurídico da igualdade. A homogeneidade estratificada pré-moderna é incompatível com o princípio da igualdade” (NEVES, Marcelo. Justiça é diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UnB, 2001. p. 334).

contramajoritária, os excluídos como o novo referencial “instituinte”. Abre-se, pois, um tempo de enfrentamento, e a práxis cobra a reconstrução de uma nova democracia, capaz de construir um novo modo de vida que supere a ética da eficácia, de que estão imbuídos os incluídos da classe dominante, e a ética da necessidade, que norteia o cotidiano dos dominados e excluídos, ambas destinadas a responder à imediatidade do modo de vida atual, que muitas vezes não encontra correlação normativa em meio à exaustividade dos textos positivados.

Por se tratar de decisão definitiva de mérito prolatada em ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é a impugnação de leis ou atos normativos federais ou estaduais, em regra a sua eficácia é *erga omnes* e seu efeito é vinculante tanto para os demais órgãos do Poder Judiciário quanto para a administração pública direta e indireta de todas as esferas, seja federal, estadual, distrital ou municipal. Todavia, no julgamento em questão, o STF utilizou a interpretação conforme a constituição²⁹¹, o que conduz à declaração de constitucionalidade da lei, no caso do CC/2002, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, mas não se substitui ao legislador, que precisa cumprir o seu papel de fazer as devidas adequações na legislação infraconstitucional.

Ressalte-se que a decisão do STF não fez qualquer limitação ao uso do instituto da união estável pelos casais homoafetivos, nem tão pouco determinou prazo para que o legislativo procedesse às adaptações pertinentes, preenchendo a lacuna legal existente, o que acarretou – após o julgamento das ações pelo STF – uma avalanche de outras ações que visavam o reconhecimento de união homoafetiva nas varas de família de vários estados brasileiros e, posteriormente, a conversão da união estável homoafetiva (agora já reconhecida após a decisão da Corte nas referidas ações) em casamento civil, uma vez que o §3º do art. 226 prevê a possibilidade da conversão da união estável em casamento, o que já está regulado na Lei nº 9. 278 de 1996.

Diante desse contexto, em maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça expediu a resolução nº 175410, a qual determinou que é vedado às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo com base no julgamento da APF 132 e ADI 4277 (STF) e do

²⁹¹ “(...) Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (ADF 132-RJ e ADI 4277-DF, Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011).

REsp nº 1.183.378/RS411²⁹² (STJ), que decidiu pela inexistência de óbices legais quanto à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo, além de reafirmar o afeto como núcleo axiológico da família, juntamente com a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, verifica-se que o Poder Judiciário brasileiro, ao ser instado a proferir decisão relativa ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, permitiu – ainda que por uma via contramajoritária – que os casais homoafetivos registrassem sua parceria como união estável, abrindo a possibilidade não só da sua conversão em casamento, mas também ao uso do procedimento normal de casamento, sem que houvesse qualquer reforma legal pelo Poder Legislativo para adequar o ordenamento jurídico e espantar eventuais dúvidas e omissões.²⁹³

A decisão proferida pelo STF nos autos da APF 132 e ADI 4277 inscreveu-se no rol das decisões acusadas de, por ativismo judicial, incorrer em déficit democrático, tendo em vista que somente ao Poder Legislativo caberia a modificação do ordenamento jurídico, mediante a edição das normas legais e emendas constitucionais. A verdade é que a decisão proferida pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro deu-se na esteira de um fenômeno que vem se repetindo no país e que se caracteriza por deslocar muitas das grandes discussões sociais – carentes de posicionamentos políticos dos poderes Executivo e Legislativo – para o Judiciário. Questões políticas muitas vezes não têm encontrado, nos órgãos estatais eleitos para tanto – principalmente no Legislativo – eco para debates e eventuais soluções. A hesitação do Poder Legislativo em assumir o protagonismo de tais situações tem sido o fator preponderante para o referido deslocamento.

Um fator interno ao Judiciário também tem contribuído para o crescente protagonismo desse Poder na cena pública. É que a ciência jurídica vem abrigando, desde a crise do positivismo, em sua dogmática e hermenêutica, métodos diversos de interpretação das normas jurídicas que têm levado o julgador para muito além do papel de “boca da lei”, outrora alcunhado por Montesquieu.²⁹⁴ Tais métodos pretendem ampliar o papel da interpretação na

²⁹² DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAfetivo). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. (STJ, no Recurso Especial nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8), da Relatoria do Ilmo. Ministro Luís Felipe Salomão – Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_226_capIndiceAnalitico.pdf > Acesso em 25/08/2016).

²⁹³ Inclusive, a recusa prevista na resolução do CNJ implicará na imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis, apesar de tal resolução não ter força de lei.

²⁹⁴ MONTESQUIEU, C. S. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 160 (Coleção Os Pensadores).

definição do sentido da norma, de modo a fazer aquela parte desta. No centro da “nova hermenêutica”, como vem sendo chamada uma série de métodos de interpretação da norma jurídica surgidos nas últimas décadas, está a interpretação das normas constitucionais, mormente quando se trata das normas definidoras dos direitos fundamentais.²⁹⁵

Essa hermenêutica, que estende o significado da norma para além de seu sentido literal, abriu espaço para a atuação cada vez mais ativa (e chamada por muitos, negativamente, de ativista ou decisionista) do Judiciário na função de aplicar o direito; função esta que também é cada vez mais interpretativa.

O controle de constitucionalidade realizado pelo STF no caso em apreço não invadiu o “núcleo essencial” caracterizador da função precípua do legislativo. A interpretação decorrente desse julgamento, de efeito vinculante e de eficácia *erga omnes*, não esvaziou nenhuma das funções legislativas no seu papel de legislar. Assim, considerando a argumentação adotada pelos Ministros como razoável para justificar suas respectivas decisões, importa concluir que – contrariando o uso negativo da expressão “ativismo” – o julgamento proferido nas mencionadas ações pelo STF é um exemplo paradigmático de ativismo judicial legítimo, uma vez que as fundamentações dos votos apresentados enfrentaram um grande ônus argumentativo ante a desconsideração de determinadas interpretações dadas às normas “impugnadas”, positivadas na Constituição ou no Código Civil, trazendo a tona relevantes considerações morais relativas à democracia, que não podem ser ignoradas pela sociedade ou pelos mais notáveis operadores do direito.

A essência da regra em regular o liame afetivo ao status de entidade familiar não foi alterado, mas ampliado para adequar-se à exigência constitucional de uma sociedade livre, justa, pluralista e sem preconceitos, consoante a consideração, aventada pelos Ministros votantes, da força normativa dos preceitos fundamentais elencados na própria Carta Magna. Dessa forma, não houve modificação na essência do instituto jurídico regulado pelo

²⁹⁵ Bonavides, após criticar a moderna interpretação constitucional lastreada numa prevalência do social sobre o jurídico, e que já suscitara métodos como o integrativo ou científico-espiritual e o de concretização, os quais ampliaram demasiado a importância do fator político, sacrificando a juridicidade das constituições em favor de uma valorização unilateral do social, aponta, contudo, que tal interpretação torna-se irremediável em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, em razão de o Estado Social estabelecer um equilíbrio com o Estado de Direito. Os métodos de interpretação constitucional da chamada Nova Hermenêutica são os seguintes: método tópico, indutivo, que “pensa o problema” para atingir uma solução; o método racionalista de concretização, criado pela teoria material da Constituição, notadamente Friedrich Müller, que desenvolveu a metódica estruturante, de inspiração tópica; o método concretista da “Constituição aberta”, desenvolvido por Peter Häberle, que “levou a tópica às últimas consequências”, legitimando todos os cidadãos como intérpretes; o método de interpretação conforme a Constituição, que não é um método de interpretação constitucional, mas de interpretação legal, de acordo com a Constituição. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 499-534).

legislador, que se manteve intacta no objetivo de reconhecer a união afetiva como entidade familiar, realizada fora das formalidades do casamento. A interpretação que promove a adequação ampliativa, em obediência à moldura constitucional, não configura usurpação legislativa, na medida em que a própria Constituição institucionalizou essa sistemática. Houve, portanto, nada mais, nada menos, que uma adequação constitucional do dispositivo legal, no sentido de atender as demandas dos cidadãos homossexuais em atenção à igualdade de tratamento (e demais princípios asseverados nos votos), que deve ser dispensada àqueles que estão em situação equivalente.

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável, foi uma vitória para a ampliação da cidadania dos homossexuais em atenção à sua capacidade de autodeterminação pela liberdade sexual e afetividade. Tal decisão reproduziu um avanço em termos de uniformização do entendimento a respeito da realidade homoafetiva, reduzindo em muito a insegurança jurídica marcada pela lacuna legislativa, que ainda é verificada no sistema.

4.1.2 A Nova Hermenêutica: o método interpretativo constitucionalmente adequado

Conforme apresentado no capítulo 3.2, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo acrítico abriram caminho para o pós-positivismo do ponto de vista filosófico, que procura empreender uma leitura moral do Direito. Neste paradigma – que se encontra em constante construção – incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios constitucionais; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento precípua da dignidade humana.²⁹⁶

Do marco temporal que delimitou a gradual passagem do positivismo para o pós-positivismo, denota-se que, no plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativo à aplicação do direito constitucional, quais sejam: i) o reconhecimento de força normativa à Constituição, uma vez que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade; ii) a expansão da jurisdição constitucional²⁹⁷; e iii) o

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 02/08/2016.

²⁹⁷ Lembrado que antes de 1945 vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, e, a partir do final da década de 40, passa a vigorar um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição, cuja fórmula envolve a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficam imunizados em relação ao processo político majoritário, pois sua proteção passa a caber ao Judiciário.

desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.²⁹⁸

O Direito da atualidade vivencia um novo momento, propiciado mediante a inauguração de um novo paradigma, o do Estado Constitucional, enquanto sistema aberto de princípios.²⁹⁹ A partir deste, decorrente da onda de um constitucionalismo contemporâneo, surge a nova hermenêutica, que desenha um novo formato de interpretação constitucional, possibilitando o estabelecimento de sentido da norma de forma alinhada aos princípios constitucionais, a fim de assegurar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais no caso concreto. À luz da nova hermenêutica constitucional, a abordagem interpretativa da norma considera o homem como ser ontologicamente de linguagem, que também se expressa com gestos, sinais, com seu próprio corpo e olhar; restituindo-lhes a palavra e oportunizando a ressignificação dos conflitos³⁰⁰, que muitas vezes são impassíveis de serem solucionados *a priori* mediante o antigo método de subsunção do fato à norma.

É possível afirmar que a decisão analisada na presente quadra, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, só foi possível, no sentido em que se deu, se for levado em consideração o importante papel desempenhado pela hermenêutica, como processo interpretativo que insere o intérprete no mundo da vida, no mundo dos fatos, que faz com que o intérprete não se porte como mero espectador e que entenda aquilo que se põe à compreensão, bem como se autocompreenda. Foi a hermenêutica, com base principalmente na linguagem, na argumentação e no diálogo, que acabou por funcionar, quando do julgamento das mencionadas ações, como instrumento de concretização do espírito democrático; mas não um espírito democrático imposto por uma maioria que elege seus representantes, e sim, um espírito democrático confirmado de forma interpretativa, via argumentação, no qual restou ressaltada a necessidade de respeito ao outro e de se conviver de forma pacífica, mesmo que o outro viva de forma diferente da maioria.

À luz dos métodos e princípios da nova hermenêutica constitucional – que inclusive possibilitam uma interpretação pluralista da constituição, no viés da doutrina da sociedade aberta dos intérpretes – denotamos que o afeto e a solidariedade tiveram o poder de libertar os intérpretes do direito (no caso os Ministros do STF quando do julgamento das referidas ações), propiciando uma transformação da ordem constitucional através da jurisprudência,

²⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 02/08/2016.

²⁹⁹ Consultar considerações específicas sobre “positivismo”, “pós-positivismo” e “força normativa dos princípios” (“princípios enquanto vetores axiológicos do sistema”) constantes nos capítulos 3.1, 3.2 e 3.3.1.

³⁰⁰ Denota-se com evidência, a partir dos trechos dos votos colacionados no capítulo anterior, que o STF, quando do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, utilizou das técnicas da Nova Hermenêutica a fim de promover o enquadramento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo à condição de entidades familiares.

sem perder de vista a garantia da certeza, previsibilidade e coerência das normas que regem o direito das famílias.

No entanto, as prerrogativas invocadas pela nova hermenêutica em torno do fortalecimento da jurisdição constitucional, aliadas à possibilidade de alargamento interpretativo dos princípios constitucionais – em razão de funcionarem estes como vetores axiológicos do sistema – têm suscitado críticas por parte da doutrina, que acusam a Suprema Corte brasileira de, não raras vezes, atuar com “ativismo judicial” ao decidirem, com base em técnica pós-positivistas, certos casos postos sob o seu crivo.³⁰¹

Conforme a crítica mais comum ao ativismo judicial, as decisões que não respeitam a intenção do legislador (expressa no texto positivado) estariam usurpando a função legislativa e colocando em risco o próprio regime democrático. Tal objeção, além de não considerar a especificidade da Corte Constitucional em comparação com as demais instâncias judiciais infraconstitucionais (onde a argumentação jurídica típica deve prevalecer em essência), parece também não considerar as implicações da filosofia da linguagem³⁰² e seus desenvolvimentos recentes sobre os limites da interpretação constitucional.

Com efeito, a reconstrução do texto constitucional realizada pelo STF na atualidade – posta em prática, inclusive, quando do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 – é frequentemente acusada de extrapolar os limites da interpretação e criar direito para além das palavras do texto. Tal crítica parte de um pressuposto incorreto, uma vez que as palavras, constantes nas normas escritas, carregam essências e que basta ao intérprete, quando da análise do caso concreto, descortina-las e descrevê-las como premissas de um raciocínio dedutivo, de forma argumentativa.

Assim, é de se ver que as regras dispostas nas leis não são autossuficientes no processo interpretativo, consoante sustentam erroneamente os positivistas mais ferrenhos. Os dispositivos legais não devem ser lidos de pronto ou isoladamente, mas refletidos com base nos fundamentos superiores, determinados pela norma fundamental e, especialmente, pelos princípios explícitos e implícitos nela constantes. A interpretação isolada de qualquer dispositivo, seja da Constituição, seja de lei infraconstitucional, pode gerar um desvirtuamento dos fundamentos e dos objetivos do Estado, em menosprezo à cidadania, que é a referência do modelo constitucional adotado pelo Brasil a partir de 1988. Se a ordem constitucional é cidadã, institucionalizada como sociedade plural e sem preconceitos, não

³⁰¹ Sobre “ativismo judicial” e “críticas ao pós-positivismo”, consultar capítulo 3.4 deste trabalho.

³⁰² WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1994, p. 51.

cabe ao legislador, representativo de uma maioria, promover uma restrição de direitos a uma minoria, que busca respaldo jurídico igualitário para sua autorrealização.

É possível constatar, diante do acima exposto, que a interpretação que busca alcançar a vontade acrítica do legislador, regida pelas emoções e pelos sentimentos invocados por essa maioria, não é capaz de dar uma solução de modo a garantir a igualdade e a dignidade aos indivíduos pertencentes às minorias sociais, como é o caso das pessoas que convivem em uniões homoafetivas. Dessa forma, se há subjugação de direitos pela restrição de acesso a certos procedimentos conferidos às maiorias, a realidade em questão precisa ser considerada para a manutenção do equilíbrio do Estado de Direito, que deve ser compreendido como Estado de Justiça.³⁰³

Assim, se a ordem constitucional brasileira instituiu um Estado de Direito, não é exclusivamente o sistema de leis que deve regê-lo, uma vez que é insustentável considerar que a vontade da maioria expressa na lei é sempre justa. O que fazer, então, diante da interpretação de normas ou da utilização de métodos que apenas buscam a realização de interesses de uma maioria, esquecendo-se dos interesses de certos grupos minoritários?

Cabe ao Estado, pois, reservar a seus cidadãos a justa distribuição de acesso, oferecendo a cada um de seus membros acesso igual às prestações institucionais. Portanto, para a eficiente aplicação da justiça e a aplicação de sua funcionalidade, deve-se avaliar cada um per si no processo interpretativo das normas. Isso impõe uma reflexão ética a respeito do alcance da distribuição dos direitos especificados no texto normativo, considerando o que mais é relevante como critério a socorrer os anseios de cada cidadão no sentido de reconhecer suas capacidades e propriedades particulares de autorrealização.

O direito deve estar a serviço da concretização das transformações sociais, especialmente aquelas que afirmam as capacidades particulares dos indivíduos na sociedade, que rompem preconceitos e quebram paradigmas distorcidos. Desta forma, se a lei ou sua interpretação convencional (voltada para alcançar a vontade do legislador que a criou) não é suficiente a tal concretização, faz-se necessária a busca de outro método – o da Nova Hermenêutica – capaz de estabelecer a justiça como vertente maior de um Estado de Direito.

Portanto, a hermenêutica tradicional não mais corresponde aos anseios dos avanços auferidos pelos Estados de Direito, primados pela dignidade humana com o objetivo de se dar maior alcance aos direitos fundamentais dos seus cidadãos. Isso ocorre fundamentalmente

³⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 219.

porque o processo de compreensão encontra-se recheado de “pré-conceitos”, de ideias pré-concebidas decorrentes da sedimentação das experiências vividas que condicionam a atividade e o poder argumentativo do intérprete. A hermenêutica jurídica que mais se adéqua aos anseios da afirmação de direitos humanos e da constitucionalização (como conformação da Constituição jurídica à realidade) é aquela que consegue vislumbrar a realidade passada, fazendo uma prospecção futura construtivista, em fuga ao retrocesso.

Ao longo do capítulo 3.1 deste trabalho restou demonstrado que os métodos de interpretação tradicionais tomam por base o elemento normativo sem a hábil reflexão a respeito do seu alcance ou dos conflitos experimentados pelos sujeitos que reclamam a tutela de seus interesses. Aqueles que julgam com base nesses métodos, baseando-se na preocupação de promover um raciocínio dedutivo para subsunção do fato à norma, ignoram o sujeito em sua particularidade, em sua dimensão ontológica³⁰⁴, como se a sua condição conflituosa não tivesse qualquer relevância no plano fático-jurídico do sistema normativo.³⁰⁵ Logo, as normas devem estar a serviço do indivíduo para a efetivação do seu direito e não a serviço de um preciosismo formal e linguístico, que escraviza o intérprete em prol de uma técnica limitada em termos de efetividade e utilidade social.

A reflexão sobre a ciência jurídica, feita a partir da superação do positivismo acrítico, deve divergir desse conservadorismo de outrora, como consequência da progressiva constitucionalização do Direito, a partir da Constituição de 1988, que impõe a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, desenhados pelos princípios constitucionais que, sem sombra de dúvidas, devem irradiar força sobre todo o ordenamento jurídico. Vale lembrar que tal arcabouço normativo se constitui de normas de primeira grandeza, que não necessitam da interposição do legislador infraconstitucional para poder exercer toda sua pujança no plano social e jurídico. Além disso, por se tratar de direitos fundamentais previstos expressamente pelo constituinte, são os códigos que necessitam ser interpretador em torno da constituição, e não o inverso.

³⁰⁴ Uma das mais promissoras tendências nos estudos de direito civil aponta para a necessidade em ter a pessoa como fundamento das relações civis, perdendo o patrimônio a primazia que sempre desfrutou nas grandes codificações.

³⁰⁵ “Fere o princípio democrático a conduta do juiz que é amante do silogismo fácil, preocupado sempre em encontrar a premissa maior e desencadear, vigoroso, o raciocínio dedutivo que ignora os sujeitos e sua vida singular”. (CARVALHO, Augusto César Leite. A atuação do direito no Estado Democrático. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (org.) **Hermenêutica Plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 451).

Nesse raciocínio, como suporte a respaldar a efetiva concretização da homoafetividade, a corrente pós-positivista propõe uma “Nova Hermenêutica”³⁰⁶, em especial pela reflexão das teorias de juristas como Paulo Bonavides, Canotilho, Luís Roberto Barroso, Paulo Luiz Netto Lôbo, Maria Berenice Dias, Ana Paula de Barcellos, Ronald Dworkin, Robert Alexy, dentre tantos outros, que corroboram essa moderna forma de pensar a ciência jurídica, no que tange ao método de interpretação. Esta reflexão tem como proposta a constitucionalização do direito civil na parte que regula os procedimentos para o reconhecimento das relações afetivas, especialmente no que tange à união estável e ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, em meio ao atual contexto social e jurídico experimentado, pode-se afirmar que a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação de um texto. Na argumentação jurídica usada para justificar uma decisão, “o julgador exerce uma atividade que não consiste meramente em descrever o significado previamente existente dos dispositivos”³⁰⁷; sua atividade consiste, em grande parte, em desvelar esses significados, conforme técnica que restou aplicada pela grande maioria dos Ministros do STF quando do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277.³⁰⁸

³⁰⁶ Como justificativa da utilização dessa metodologia de trabalho para a concretização da homoafetividade, Paulo Bonavides sustenta: “Uma extraordinária revolução axiológica há de concretizar e universalizar (...). E veio ela para ficar, porque é um avanço na consciência jurídica, cimentando a constitucionalidade em todos os seus graus superiores de manifestação e eficácia. Isto fez possível criar ou instituir também a Nova Hermenêutica constitucional. Aliás a antiga, a outra, em rigor nem existia por ser ancila do interpretativismo clássico, dedutivista, jusprivatista e de subsunção; em última instância, de raro ou nenhum préstimo em se tratando de aplicar cláusulas gerais e abertas, quais soem ser, de ordinário, as cláusulas de uma Constituição. Sua normatividade deriva da juridicidade do sistema, que a cegueira dos hermeneutas tradicionais, de inspiração romanista, não lograva vislumbrar nem discernir. Por essa razão, rebaixava-se o grau de eficácia e alcance interpretativo dos princípios, fazendo-os a mais subsidiários das fontes hermenêuticas, que os Códigos positivaram durante o século XIX e parte do século XX.” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 225-226).

³⁰⁷ NIGRO, Rachel. **A decisão do STF sobre a união homoafetiva**: uma versão pragmática da linguagem constitucional. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 41, p. 157-183, 2012, p 16.

³⁰⁸ “(...) Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.” (ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF, Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011).

Isto se dá porque, em certos casos, a “indeterminação do direito se dá nas beiradas”³⁰⁹ do sistema, ou seja, em casos excepcionais, principalmente quando envolvem direitos de minorias, como na situação em análise. Assim, a ADPF 132 e a ADI 4277 podem ser caracterizadas como um caso difícil, que ocorre nos “limites” do sistema jurídico, onde a instrumentalização do direito é aceitável, desde que acompanhada de uma adequada argumentação prática não restrita a argumentos institucionais postos à disposição do intérprete de forma *a priori*.

Ademais, reconhecer as implicações da pragmática não significa afirmar que o intérprete é livre para atribuir o sentido que lhe aprouver, nem que a intenção do legislador não tenha seu grau de importância. Simplesmente, a intenção do legislador, especialmente quando expressa em dispositivos abertos do texto constitucional, não se mostra como um critério decisivo para a atribuição de significado definitivo às suas palavras. A determinação de como essas palavras devam ser razoavelmente interpretadas pelos aplicadores do direito e a consideração de razões que não estão incorporadas previamente ao texto, devem ter preferência sobre uma suposta descrição da vontade do legislador expressa no texto constitucional.

Logo, a interpretação constitucional de dispositivos abertos (como os princípios da igualdade e da não-discriminação, envolvidos nas ações julgadas pela Suprema Corte), por ser indissociável de uma argumentação prática moral, conduz a uma reconstrução do texto constitucional e a consequente criação de normas. No caso específico da ADPF 132 e ADI 4277, além de uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais, outras razões não estritamente jurídicas também restaram consideradas para responder ao *plus* de legitimidade que a decisão exigia: a ausência de vontade política para a deliberação legislativa pertinente e a nova função da corte constitucional na decisão de casos envolvendo direitos fundamentais.

Nas decisões paradigmáticas retratadas no presente estudo, mais do que atualizar o sentido do dispositivo constitucional, o STF realizou uma leitura moral, ampla e sistemática dos princípios constitucionais envolvidos para derogar um enunciado constitucional ou, no mínimo, para produzir uma versão de significado ao §3º do artigo 226 que fosse mais compatível com os princípios fundamentais e republicanos defendidos pela própria Constituição.³¹⁰

³⁰⁹ NIGRO, Rachel. **A decisão do STF sobre a união homoafetiva**: uma versão pragmática da linguagem constitucional. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 41, p. 157-183, 2012, p 17.

Nesse sentido, a acusação de que o STF teria invadido a competência do legislador por ter criado norma na decisão prolatada na ADPF 132 e na ADI 4277 não se mostra como uma crítica invencível, se levarmos em consideração a reconstrução do sentido realizada pelos Ministros da Suprema Corte quando da argumentação fundada em direitos fundamentais. Além disso, o desvio do significado usual do enunciado constitucional pode ser justificado por razões não estritamente jurídicas, como as considerações sobre a democracia constitucional e as novas funções de representação política das cortes constitucionais, já afirmadas em parágrafos anteriores deste trabalho.

Com efeito, para que a melhor proposta interpretativa se tornasse possível aos casos em questão, o STF utilizou-se corretamente de um método interpretativo capaz de fazer com que a regra do art. 226, § 3º da CF/88 restasse compreendida com alcance voltado eminentemente na realidade social, mediante a otimização dos princípios e fundamentos constitucionais. Além disso, concomitantemente, pode-se perceber também que a Suprema Corte não se escusou de fazer – com métodos argumentativos próprios do modelo interpretativo invocado pela “nova hermenêutica” – com que as regras positivadas que regulam os procedimentos da união estável e do casamento fossem devidamente interpretadas com a conjugação dos anseios da ordem constitucional, de institucionalização do Estado de Direito, voltado para a concretização de uma sociedade plural e sem preconceitos.

Assim, não cabia ao caso a simples interpretação com base na regra escrita, mas uma reflexão muito mais ampla com o propósito de garantir funcionalidade à justiça e respaldar os direitos fundamentais, que devem prevalecer sobre os interesses das majorias e do conservadorismo, ainda imperiosos em nossa sociedade.

4.1.3 A Teoria da Força Normativa da Constituição e a Teoria Estruturante do Direito como marcos teóricos planificadores da concretização constitucional

A hermenêutica é meio, que engendra novas metodologias para o conteúdo aberto da atual Constituição brasileira. Consoante se ressaltou ao longo do capítulo anterior, a leitura da

³¹⁰ “Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (A eficácia dos princípios constitucionais, 2010) relembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado.” (ADPF 54, voto do rel. Min. Marco Aurélio - Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31>> Acesso em 22/08/2016).

Constituição, potencializada pelos métodos hermenêuticos, visa proporcionar a produção de novas possibilidades de compreensão das normas em busca da concretização e planificação da justiça no caso concreto, pois há que se perceber que, na atualidade, não existe uma verdade absoluta dada pelo constituinte; existem, sim, verdades possíveis, que necessitam ser descortinadas pelo intérprete quando do desenvolvimento da sua atividade argumentativa.

Ressaltou-se, ao longo do capítulo 4.1.2, que as teorias da nova hermenêutica decorrem de um novo entendimento acerca do conteúdo e alcance da norma constitucional, em virtude da superioridade hierárquica da Constituição na atual ordem jurídica brasileira, da qual o juiz não pode se desapegar ou desconsiderar, uma vez que toda interpretação precisa ser constitucional, direta ou indiretamente. E, para a concretização dos primados defendidos pelo atual Estado Democrático de Direito, o aplicador do direito precisa ampliar os horizontes de sua consciência, compreendendo o seu compromisso com os valores democráticos e percebendo que “não há neutralidade possível quando se atua com valores.”³¹¹

Diante desse contexto, é importante que se traga a lume a teoria concebida por Konrad Hesse na obra “A força normativa da Constituição”, através da qual o autor demonstra a necessidade de se impor força aos preceitos constitucionais, haja vista ser este o eixo central para a instituição de um Estado Democrático de Direito. Para ele, a Constituição não ocupa apenas o posto de superioridade formal diante do ordenamento jurídico; deve ela ocupar, também, uma superioridade material e axiológica que propicie a efetiva concretização dos seus direitos fundamentais.³¹² A Constituição, nesse caso, deixa de ser o ápice do sistema normativo e passa a ser o centro do sistema, local de onde irradia uma alta carga valorativa dirigida às ações do Estado e à ordenação de um povo.

É, portanto, a Constituição que vai conferir forma à ordem política e social de um país, irradiando sua supremacia a todas as ações do poder público. Cabe, então, dotar este instrumento de “força ativa”, para que possa ele, de fato, influir e determinar positivamente a realidade política e social da comunidade. Hesse assevera que esta força só será capaz de conter os excessos quando da confiança, nutrida coletivamente, de que ela não poderá ser violada; e que, quanto mais forte for essa certeza – tanto do povo quanto dos detentores do poder estatal –, mais facilmente poderá ser conformada a realidade social e política com a realidade jurídica irradiada, normativamente, por esta norma fundamental.³¹³

³¹¹ GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2010, p. 301-306.

³¹² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 23.

³¹³ *Ibidem*, p. 24.

Segundo Hesse, as forças desestabilizadoras de uma ordem democrática só serão contidas quando a sociedade se mostrar disposta a render homenagem aos preceitos postos nessa ordem limitadora de excessos, proporcionada graças à normatividade da Constituição. Quando isso ocorre, a Constituição se torna dominante o suficiente para impor seus preceitos de modo a extirpar as possíveis agressões à sua ordem. E não basta apenas a declaração expressa de direitos fundamentais ou a prévia estipulação de regras programáticas para atender os direitos econômicos e sociais de um povo; a ordem constitucional necessita de ferramentas aptas à imposição dos seus preceitos como norte de um Estado que se constrói na intenção de, efetivamente, romper com os arbítrios de um Estado autoritário e opressor.³¹⁴

Conforme a teoria de Hesse, a força normativa da Constituição desenvolve-se em essência quando suas normas adquirem a maior eficácia e irradiação possível – planificadas tanto no ordenamento jurídico quanto na esfera social –, o que propiciará o desenvolvimento de uma efetiva interpretação constitucional. A preservação da vontade da Constituição é, segundo essa teoria, a maior garantia de sua força normativa. Inclusive, tal comando foi levado em consideração pelo STF quando do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277³¹⁵, uma vez considerada a vontade expressa do constituinte – ressaltada pela maioria dos Ministros julgadores – em primar pela construção de uma sociedade livre, justa, igualitária e sem preconceitos, na qual deva ser respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, Konrad Hesse esclarece que “a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica”, não podendo estar apartada da realidade concreta e atual do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se for levado em

³¹⁴ “Tal proceso se vincula a las condiciones concretas de cada situación histórica que delimitan el contexto de legitimidad en el que la legalidad constitucional opera. De ahí, que la hermenéutica constitucional, lejos de agotarse en la mera subsunción lógica o en la elaboración conceptual, exija la firme voluntad del intérprete dirigida a realizar de forma óptima los objetivos de la Constitución.” (PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 253).

³¹⁵ “É o momento, pois, de se adotar interpretação da Constituição e das leis – em especial, do art. 19, incisos II e V, e o art. 33, incisos I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei n.º 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, e do art. 1.723 do Código Civil – que os compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade, atentando-se para a dicção de KONRAD HESSE, *verbis*: Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. [...] Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. [...] Os fatos concretos, como antes afirmado, apontam para o enquadramento jurídico – e, com isso, o oferecimento de segurança jurídica às uniões homoafetivas – na moldura jurídica estabelecida para as uniões heterossexuais, à míngua de qualquer distinção.” (Voto do Ministro Luiz Fux na ADPF 132 e ADI 4277, p. 74. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>> Acesso em 24/08/2016).

conta essa realidade.³¹⁶ Assim, a força normativa da Constituição irradia também em todo o Direito, em especial no Direito das Famílias, impondo ao intérprete o dever de primeiro observar as normas constitucionais e depois as normas infraconstitucionais (como o Código Civil) que com a Constituição forem compatíveis.

Por seu turno, a teoria criada por Friedrich Müller, denominada Teoria Estruturante do Direito, também diverge do normativismo sustentado pelas teorias positivistas.³¹⁷ Trata-se de um moderno método de interpretação da norma constitucional que visa à manutenção do texto diante de mudanças na realidade social.³¹⁸ Esse método pode, pois, ser abarcado para garantir direitos não especificamente positivados, como os que envolvem a realidade homoafetiva, ante a alta carga principiológica da Constituição da República, cuja garantia de proteção jurídica igualitária é dever do Estado.

A justificativa para a utilização desta teoria reside na maior viabilidade que ela traz para a concretização de direitos fundamentais a que a lei, no seu programa normativo e na própria utilização dos métodos hermenêuticos clássicos, não é suficiente para solucionar, como os que relativos à questão da homoafetividade. Assim, segundo a Teoria Estruturante do Direito, o texto normativo depende de uma compreensão valorativa que reclama um processo de produção/complementação de sentido que deve estar intimamente integrado com a realidade social. Isto porque, como a lei é um texto estruturado por “mecanismos simbólicos”³¹⁹, a realidade retratada no momento da escrita da norma acaba, por vezes, não sendo necessariamente a mesma que se pretende regular tempos depois da sua elaboração. A interpretação da lei, portanto, não pode ser restringida apenas à linguagem da norma, visto que a realidade social é fluida, dinâmica, e não deriva das formações linguísticas.³²⁰

³¹⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 24

³¹⁷ No positivismo jurídico o direito é visto apenas como uma norma que restringe a tarefa do juiz na sua aplicação a um fato concreto. Neste sentido, o direito objetivo (lei escrita) vigente é representado “como sistema perfeito de normas jurídicas”. (MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Sousa. 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 2009, p. 18).

³¹⁸ “Diante das lições da experiência histórica, rica em exemplos da chamada ‘revolta dos fatos contra os códigos’, expressão afortunada com que os juristas modernos explicaram as transformações ocorridas na passagem do Estado liberal ao Estado social, diante dessas lições, tanto Hesse como os demais constitucionalistas, que se viram a braços com o problema da alteração do sentido dos preceitos constitucionais, como consequência das mudanças verificadas na realidade social, todos eles tiveram que ‘conviver’ com aquelas já referidas mutações constitucionais, eufemicamente consideradas simples processos adaptativos, que permitem alterar a concretização do conteúdo das normas constitucionais, sem a correspondente necessidade de modificar-lhe o texto.” (COELHO, Inocêncio Martins. Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição. In: **Revista de Direito Público**, ano 24, n. 96, out./dez. 1990, p. 174).

³¹⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Sousa. 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 2009, p. 208.

Por meio da teoria concebida por Müller é possível perceber, com um olhar mais sistêmico, que o Direito, como ciência, não se reduz a uma operação silogística na objetividade dos métodos aplicáveis pelos dogmáticos. Ora, o apego reducionista da norma, decorrente do isolamento relativo aos elementos de linguagem, restringe a concretização dos direitos fundamentais, que não externam sua inteireza nos elementos linguísticos constantes dos dispositivos de lei.³²¹

O método de Müller consiste, então: i) na análise do texto normativo, obtendo daí o denominado “programa normativo” e, em outro passo, ii) faz-se uma análise da realidade social, chamada de “área/âmbito da norma”, a fim de se chegar à criação da iii) “norma-decisão”, ou “norma jurídica”, de consistente eficácia para a solução de conflitos. Logo, o “programa da norma”, como resultado da interpretação do texto normativo escrito – na sua estrutura de linguagem primária – deve ser conjugado com o “âmbito da norma”, correspondente à realidade sobre aquilo que se busca interpretar, isto é, os dados reais a serem considerados na concretização prática da norma. Desse modo, o âmbito normativo é extraído da análise das experiências concretas a que cabe um significado à luz do programa normativo. Esse processo reflexivo resulta, como produto, na denominada “norma-decisão”, também chamada de “norma-jurídica”.

Denota-se que a análise do “âmbito da norma”, voltado à realidade, conduz a uma integração com as ciências sociais, no sentido de se verificar como a questão encontra-se inserida no contexto da sociedade. Nesse aspecto, é preciso considerar as lutas dos grupos sociais como produto de afirmações históricas, que trazem valor ao processo de conjugação com o texto. Assim, o âmbito da norma pode ser representado pelos conflitos sociais que estão à margem da lei, ou seja, conflitos que não foram resolvidos positivamente por meio da linguagem.

Essa ampliação – permitida exponencialmente pelo acoplamento do âmbito normativo ao programa normativo – possibilita uma interatividade maior com a evolução

³²⁰ Nesse ponto, Müller faz uma crítica ao positivismo, dizendo que: “Para o positivista esse problema no sentido discutido não se manifesta também por outra razão, pois ele iguala a norma, concebida como independente da realidade, simultaneamente com a sua forma lingüística. Já considera metajurídico o que pode ser apreendido como sentido jurídico fora do texto da norma. Em contrapartida, um olhar apenas sobre o método de interpretação gramatical mostra que esta última já aponta – com a sua costumeira distinção de sentido entre significados jurídicos e significados homônimos da linguagem do cotidiano –, para além do texto da norma, necessariamente a norma, não importa como esta deve ser determinada. Embora descobertas metodológicas há muito tempo tenham abalado a concepção basilar do positivismo e a tenham superado em numerosas questões individuais, a compreensão da norma ainda está largamente salpicada de elementos positivistas.” (MULLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Sousa. 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 2009, p. 19-20).

³²¹ SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 2000, p. 379-380.

social, com a utilização de um método mais compatível com os processos de afirmação de direitos humanos, que devem ser evolutivos e ampliativos. Enquanto a hermenêutica tradicional de concepção positivista utiliza o método dedutivo de subsunção do fato à norma, a metódica estruturante se pauta por um processo indutivo em que se toma o caso prático para a composição da norma jurídica. Tal raciocínio decorre da consideração de que a norma jurídica só existe diante do caso concreto, porque antes disso, ela é apenas um texto normativo especificando um programa que reclama concretização.

Deste modo, percebe-se que a norma jurídica vai além da linguagem do texto normativo e que não basta apenas buscar os significados linguísticos ou a vontade do legislador, declarada no momento em que “redigiu” a norma. A lei é estática e não está pronta e acabada para uma operação automática diante dos casos concretos mais complexos; sendo assim, o texto é apenas o ponto de partida para a formação da norma jurídica, que precisa ser construída e dirigida para atender os anseios de um Estado de Direito.

Assim, considerando que a questão da homoafetividade perdurou por muitos anos, relegada à insegurança até a decisão do STF, melhor método não poderia haver para abrigar o conflito social vivido pelos homossexuais, que lutam pela igualdade de acesso à união estável e ao casamento civil. Percebe-se, pois, que os métodos tradicionais avaliam apenas a primeira etapa (programa normativo) da construção da norma jurídica; no entanto, para a teoria estruturante isso não é suficiente, tratando-se apenas de uma avaliação inicial que pode apresentar severas limitações quanto à efetiva consagração dos direitos fundamentais em jogo.

Portanto, como consequência de tais premissas, e pondo em prática a Teoria Estruturante do Direito, o STF entendeu, quando do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, que o termo “homem e mulher” (programa normativo), elencado no *caput* do art. 1.723 do Código Civil e no §3º do art. 226 da CF/88, deveria ser interpretado de forma extensiva, de modo a serem enquadradas, como entidades familiares, não só as relações afetivas havidas entre homem e mulher, mas sim todas as relações duradouras, entre pessoas de sexos distintos ou não, que, com o objetivo de constituir família, fossem fundadas essencialmente no afeto, na solidariedade e na comunhão de vida em comum (âmbito normativo).³²²

³²² O Ministro Relator, como consequência de tais premissas, assim concluiu o seu voto, acolhendo o pedido formulado: “No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (Voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 132 e ADI 4277, p. 10 Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>> Acesso em 24/08/2016.

Assim, diante de tal posicionamento, denota-se que atividade hermenêutica desempenhada pela Suprema Corte se compatibilizou com as técnicas professadas por Müller quando da concepção da sua Teoria Estruturante do Direito, uma vez que, conforme trechos dos votos colacionados no capítulo 4.1.1, a maioria dos Ministros votantes na referidas ações se incumbiu em analisar o programa normativo constante nos dispositivos³²³ impugnados (pinçado na expressão “homem e mulher”) a fim de que restassem otimizados mediante a conjugação dos seus respectivos âmbitos normativos³²⁴, que podem ser representados pelos conflitos sociais que estão à margem da lei; ou seja, conflitos que, embora plausíveis e previsíveis em meio a uma realidade social complexa, não foram resolvidos *a priori* por meio da linguagem ou não foram originalmente considerados quando da formulação da regra escrita.

Com base em tais premissas, denota-se a interpretação extensiva, realizada pelo STF³²⁵, para o fim de estender o regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas, através de interpretação teleológica dos referidos enunciados normativos, o que leva à conclusão de que a finalidade dos dispositivos impugnados³²⁶ foi consagrar como família as uniões pautadas pela afetividade, exteriorizada em uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, independentemente do sexo dos parceiros.

Muitos foram os avanços no campo da interpretação constitucional. Sem dúvida, a hermenêutica constitucional abre novas possibilidades, uma nova compreensão, que questiona antigos cânones, que trabalha sob o prisma do Estado Democrático de Direito e sua principiologia, que possibilita um novo manifestar, uma nova construção da norma que é produto da interpretação do texto.

Apesar de não existir um método que garanta uma correta interpretação a ser aplicada indistintamente para todos os casos, é possível uma interpretação, aplicação e concretização da norma jurídica imersa na historicidade e faticidade, que leve em consideração as questões concretas de uma sociedade complexa. E, no caso dos direitos fundamentais da família, cujas novas entidades, como a família homoafetiva, pluriafetiva, poliafetiva, dentre outras, ainda não possuem regras definidas na legislação, os princípios da afetividade e da solidariedade familiar vêm socorrer o intérprete e possibilitar a concretização da norma em consonância com a realidade social.

³²³ Art. 1.723 do Código Civil e §3º do art. 226 da CF/88.

³²⁴ Podendo ser sintetizado nas “uniões efetivas e duradouras com o objetivo de constituir família, havidas entre pessoas de sexos distintos ou não”.

³²⁵ Propiciadas mediante a consideração do âmbito normativo dos dispositivos impugnados, segundo a Teoria Estruturante de Müller.

³²⁶ Art. 1.723 do Código Civil e §3º do art. 226 da CF/88.

Diante do que se vê, ao intérprete se impõe um papel construtivo, de modo que ele não se encontra engessado a dar uma aplicação estrita aos limites da literalidade do texto normativo, ou de uma interpretação adstrita à estrutura de linguagem nele fixada. Portanto, a moldura jurídica mais adequada para a funcionalidade da justiça é aquela que concebe a consonância dos preceitos constitucionais considerados de acordo com a realidade, a fim de que se cumpram os fundamentos da ordem constitucional voltada para efetivação da cidadania.

4.2 A DECISÃO DO STF E A CRÍTICA EM TORNO DA USURPAÇÃO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA E DA QUEBRA DO PACTO CONSTITUINTE

O modo em que formatada a decisão proferida pelo STF quando do julgamento da APF 132 e da ADI 4277 foi – e ainda continua a ser nos dias atuais – objeto de elogios e críticas por parte de diversos setores da doutrina, razão pela qual se mostra evidente a inexistência de unanimidade em relação ao assunto.

As críticas³²⁷ em relação ao posicionamento adotado pela Suprema Corte asseveram, em linhas gerais, que a decisão adotada pelo STF colide com disposição constitucional expressa (disposta em sentido contrário), além de contribuir sobremaneira com o enfraquecimento da própria democracia brasileira, ante a não observação do princípio da separação dos poderes. Os opositores da decisão ainda ressaltam, também, que o modo em que solucionado o problema apenas reforçaria o pragmatismo judicial no qual a Constituição apenas constitui os sentidos que os intérpretes lhe impõem discricionariamente³²⁸, vez que desconsideradas, quando do julgamento em questão, as vontades eleitas pelo constituinte no momento de positivação das normas “impugnadas”.

Assim, a crítica principal se funda, eminentemente, no fato do STF, ao implementar decisões como a que proferida nos autos da ADPF 132 e ADI 4277, estar incentivando o Judiciário à criação de uma “Constituição paralela”, estabelecendo, “a partir da subjetividade

³²⁷ Vicente de Paulo Barreto, Rafael Tomaz de Oliveira e Lênio Luiz Streck se posicionaram contrariamente à procedência da ADPF 132 e da ADI 4.277 por meio de artigo intitulado “Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”, disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>>. Acesso em 31/08/2016.

³²⁸ STRECK, Lênio Luiz. **O caso da ADPF 132: Defender o texto da Constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)?** Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014, p. 283.

assujeitadora de seus integrantes”, aquilo que não constou originalmente do pacto constituinte.³²⁹

Portanto, segundo parcela da doutrina, está-se, no caso específico, diante de um dilema cuja solução feriu a Constituição, mediante a criação de norma abstrata pelo STF, motivo pelo qual restou descumprida a separação constitucional de poderes. Essa norma criada permaneceria como uma “norma fantasma”, no sentido de que possui validade – diante da eficácia vinculante da interpretação feita pela Corte – mas permanece sem positivação no sistema. Ou seja, a regra de enquadramento das uniões homoafetivas à condição de entidades familiares vale, mesmo sem existir positivamente. Nesse caso, a modificação da norma por parte do STF teria sido promovida com lastro em procedimento carente de legitimidade, pois não ocorreu a partir do Poder Legislativo.³³⁰

4.3 A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE À LUZ DA CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA, DE RONALD DWORKIN, E DA TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DISCURSIVO, DE ROBERT ALEXY

Supostamente ignorando questões de conteúdo, a crítica procedimentalista da jurisdição constitucional alega que toda e qualquer atuação mais ativa da Suprema Corte conduziria ao desrespeito frontal à vontade do constituinte e, conseqüentemente, à própria soberania popular expressa pela regra majoritária. Conforme essa crítica, a decisão proferida na ADPF 132 e na ADI 4277 teria invadido função privativa do legislador ao assegurar tratamento igualitário aos homossexuais, em que pesem as boas intenções – de forte apelo popular – invocadas na grande maioria dos votos dos Ministros. Os adeptos da teoria em questão entendem que se deveria aguardar a interposição do legislador para a efetiva alteração

³²⁹ “O papel do Judiciário, embora seja concretizar direitos preconizados pela Constituição; entre os quais a igualdade, inclusive como cumprimento do seu papel contramajoritário; não é concretizá-los legislando. A extrapolação das funções do Judiciário, na medida em que desequilibra a separação de poderes e a divisão entre a juridicidade e a política, descaracteriza o Estado de Direito. (...) A decisão a ser tomada em tais casos precisa ser levada à cabo no espaço político, e não no jurisdicional, justamente para evitar que sua resolução fique à mercê das opiniões pessoais dos Ministros da Corte Constitucional. Ou seja, a decisão deveria ser construída no contexto de uma sociedade dialogal, em que o Poder Judiciário tem sua função, que não consiste em legislar. Em suma, uma questão como essa, justamente pela importância da qual está revestida, não poderia ser resolvida por determinação de um Tribunal. É necessário que haja uma discussão mais ampla, que envolva todos os segmentos da sociedade, cujo locus adequado encontra-se demarcado nos meios democráticos de decisão. (STRECK, Lênio Luiz. **O caso da ADPF 132**: Defender o texto da Constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)? Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014, p. 283-288).

³³⁰ Para Niklas Luhmann, citado linhas atrás, a influência política é inteiramente legítima quando acontece no Poder Legislativo, legitimidade que se torna parcial quando ocorre no Poder executivo e que se traduz em ilegitimidade quando sobre o Poder Judiciário (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 45).

do texto da norma, mesmo em casos aonde o resultado da aplicação da regra vigente conduz a graves injustiças sociais.

Importante asseverar que a correção moral e política da decisão em análise demandam a interpretação do parágrafo 3º do artigo 226 da CF/88 em conjunto não só com os demais dispositivos constitucionais envolvidos diretamente com o mérito das normas “impugnadas” (sistematicamente mencionados pelos Ministros em seus votos), mas também, especialmente, ante a consideração de duas questões importantes, que se encontram intimamente imbricadas ao caso: i) a primeira, relativa às limitações do sistema representativo, mormente sob a ótica da não-atuação do legislador infraconstitucional no que se refere ao enfrentamento do problema, promovendo a positivação expressa da norma no plano legislativo (tal problema já foi analisado ao longo dos capítulos anteriores deste trabalho); e ii) o segundo ponto, relativo aos contornos da legitimidade discursiva da jurisdição constitucional nas democracias atuais.

No que se refere ao último ponto acima suscitado, Ronald Dworkin – apesar de ter sua doutrina evocada também por diversos críticos do ativismo do STF – defende uma revisão do conceito estrito de democracia, ao atribuir considerável parcela de “legitimidade democrática” às cortes constitucionais. Para o autor, a interpretação de uma cláusula constitucional moralmente carregada implica em realizar uma interpretação plausível da moralidade política que lhe dá sentido. Assim, ao traçar tais diretrizes, Dworkin “traz a moralidade política ostensivamente para o centro do direito constitucional e nos lembra que, devido ao intenso conteúdo axiológico dos direitos fundamentais, não é possível argumentar constitucionalmente sem argumentar moralmente”.³³¹

Logo, para falar juridicamente de igualdade, liberdade e dignidade temos que, irremediavelmente, formular juízos morais. Por isso, quando questões envolvendo direitos fundamentais se apresentam em conflito, a regra majoritária não se mostra suficiente para a justificação de uma decisão estritamente política.³³² É preciso, na visão de Dworkin, empreender uma interpretação moral que, no atual modelo político brasileiro, deve ser realizada pelo STF, enquanto corte constitucional, através da argumentação produzida nas suas decisões. Neste ponto, importante destacar que, consoante ponderações declinadas no capítulo 4.1.1 deste trabalho, tal técnica de argumentação restou suficientemente

³³¹ NIGRO, Rachel. **A decisão do STF sobre a união homoafetiva**: uma versão pragmática da linguagem constitucional. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 41, p. 157-183, 2012, p 07.

³³² DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 483.

desempenhada pela Suprema Corte brasileira quando do julgamento paradigmático das ações em questão.

Deste modo, o conceito de democracia constitucional não se satisfaz unicamente com a premissa majoritária. Para Dworkin, os procedimentos majoritários são uma importante exigência em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria. A democracia não se satisfaz com as decisões tomadas nas instancias de deliberação majoritária, mas exige, daqueles que conduzem o processo democrático e da sociedade em geral, a submissão a determinadas condições capazes de assegurar o igual tratamento a todos os cidadãos.³³³

Ao se aplicar a leitura de Dworkin ao caso brasileiro, denotamos que o limite da jurisdição constitucional legítima não apenas o texto expresso, mas também uma coerente interpretação moral dos princípios envolvidos, a ser feita pela Corte Constitucional. Se a leitura moral da constituição for compreendida em toda a sua plenitude, será possível verificar que o que está em jogo, em última análise, é o limite da interpretação constitucional, o limite em que o intérprete pode determinar o sentido e o alcance do dispositivo constitucional em questão ou mesmo afastá-lo, quando sua aplicação conduzir a resultados injustos.

Desse modo, os limites da jurisdição constitucional legítima não são delimitados apenas pelo enunciado diretamente envolvido, mas também pela interpretação moral dos princípios subjacentes à prática jurídica como um todo. Mas isso não significa que os juízes tenham poder absoluto para impor livremente as suas convicções morais; significa simplesmente que, quando o texto estiver impregnado pela linguagem moral, a leitura moral se mostrará como melhor método interpretativo a ser posto em prática.

Importa destacar da proposta de Dworkin é que a sua versão de democracia constitucional recepciona extensas prerrogativas de revisão judicial às cortes constitucionais e não apenas quando estiver em jogo uma questão de princípio. Ao reconhecer a necessidade de problematizar a regra da maioria como definidora da democracia, a atuação mais ativa da corte constitucional evidencia as falhas do modelo clássico de representação política.³³⁴ Vale

³³³ Segundo Dworkin, duas versões disputam o conceito de democracia: i) uma concepção majoritária que a define apenas de modo procedimental, e ii) uma concepção mais social (*partnership onception*) ou substantiva que vincula o conceito de democracia a exigências de legitimidade. (DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Martins Fontes, São Paulo, 2010, p. 384).

³³⁴ “Devemos levar em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. (...). Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. (...). Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”. (DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 31).

recordar que a ADPF 132 e a ADI 4277 foram suscitadas a partir de um caso emblemático de inércia legislativa, ou seja, de ausência de legislação específica e não-discriminatória para a regulamentação das uniões de fato entre pessoas do mesmo sexo, e tal ausência de legislação deve-se a uma antiga pressão política da maioria moralmente conservadora. Conforme destacado no capítulo 3.3 deste trabalho, inúmeros projetos foram paralisados no âmbito do Congresso Nacional por falta de iniciativa política para levá-los à votação. Ou seja, mesmo partindo de um entendimento procedimental do *judicial review*, é plenamente justificável a atuação de um mecanismo não-majoritário, quando os mecanismos majoritários deixam de dispensar a todos a mesma consideração e respeito.

No caso da discriminação por orientação sexual que vigorava no Brasil antes do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, uma parcela minoritária da população não conseguia, através dos meios democráticos majoritários, como o voto e a iniciativa popular de leis, alterar a condição de desigualdade que suportavam.³³⁵ Então, é possível afirmar que o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, não deve ser lido isoladamente, mas em conjunto com as considerações sobre os defeitos do sistema representativo e sobre a legitimidade discursiva da jurisdição constitucional. E levar em conta essas considerações só é possível em razão dos princípios e direitos fundamentais estampados na Constituição e que se aplicam ao caso concreto.

Portanto, entender como um “custo da democracia” a necessidade de esperar que os pré-compromissos constitucionais sejam devidamente normatizados pelo poder constituinte derivado, como argumenta insistentemente a crítica, significa não apenas a perpetuação de um tratamento desigual e injusto, mas, sobretudo, uma incompreensão do que a democracia realmente significa.

A noção de democracia constitucional, associada aos direitos fundamentais assegurados na Carta de 88, aliada, ainda, à argumentação prática que exige a reflexão racional do processo político, tal como apresentado, nos parecem como elementos suficientes para o preenchimento do plus de legitimidade exigido para a atuação e decisão do STF na ADPF 132 e na ADI 4277.

Certamente, casos envolvendo interpretação de princípios, defesa de direitos fundamentais de minorias e jurisdição constitucional contra-majoritária, como a união

³³⁵ A técnica para examinar uma reivindicação de direito, no tocante à coerência especulativa, é mais bem desenvolvida no discurso judicial do que no legislativo ou na massa dos cidadãos que elegem os legisladores. Ou seja, os representantes eleitos não estão, em sua concepção, institucionalmente em melhor situação do que os juízes para decidir questões de direitos. (DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 32).

homoafetiva, são casos fronteiros onde a democracia representativa e o direito positivo encontram seus limites. Em tais situações, a questão crucial torna-se a seguinte: como decidir responsivamente onde o direito legislado é falho ou quando seu conteúdo literal conduz a resultados indesejados? O constitucionalismo discursivo de Robert Alexy pode nos apontar um caminho para responder tais questões e muitas de suas reflexões sobre o papel da representação deliberativa das Cortes Constitucionais.

Segundo Alexy, o papel do tribunal constitucional na interpretação última de direitos fundamentais é uma representação política, exercida argumentativamente. Isto porque, mais do que corretivos do princípio majoritário, os direitos fundamentais se afirmam hoje como condições estruturantes da própria democracia constitucional, devendo permanecer à margem das disputas políticas. A partir de um modo realista de compreensão da relação entre democracia e direitos fundamentais, Alexy argumenta que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, democráticos e não democráticos porque garantem, por um lado, as condições funcionais do processo democrático, mas, por outro lado, subtraem de maiorias parlamentares poder de decisão. Daí dizer que direitos fundamentais “desconfiam do processo democrático”.³³⁶

Assim, um tribunal constitucional pode representar o povo argumentativamente e se legitima quando a coletividade o aceita como instância de reflexão racional do processo político. E grande parte da legitimidade da jurisdição constitucional está na capacidade das decisões de uma corte constitucional, através do discurso racional, energizarem o debate público e incrementarem o seu grau de racionalidade.³³⁷ Nesse sentido, não se trata de transformar o STF no lugar privilegiado da discussão moral e política, mas simplesmente reconhecer que as decisões das cortes constitucionais, quando bem fundamentadas, constituem rodadas procedimentais que contribuem para a racionalização do próprio debate político e para que algumas questões tradicionalmente resolvidas no campo das disputas de poder sejam tratadas como questões de justiça. Conforme os julgados em questão demonstraram, é forçoso notar que a corte constitucional exerce poder político através da melhor leitura possível dos princípios envolvidos em cada caso. Tal função não deixa de ser, portanto, uma forma de representação.³³⁸

No caso da ADPF 132 e ADI 4277, a união estável homoafetiva já havia sido amplamente debatida pela sociedade brasileira e por diversos órgãos da administração pública

³³⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 11.

³³⁷ *Ibidem*, p. 11.

³³⁸ *Ibidem*, p. 53.

e do Judiciário, restando uma situação caótica e arbitrária sobre a tutela jurídica das relações de fato. Uma decisão definitiva do tribunal dotado de maior autoridade tornou-se uma exigência da democracia e não um grave risco democrático pela instauração de um “terceiro turno da constituinte”³³⁹, consoante alusão crítica referenciada no início deste capítulo.

Além do mais, ainda atentado-se ao paradigma da “vontade do legislador”, deve-se destacar também a absoluta impossibilidade de se obter uma vontade subjetiva do legislador, porque, embora o projeto de lei seja em geral elaborado por uma única pessoa, a tramitação deste se dá por duas Casas Legislativas, muitas vezes recebe emendas que vez por outra fazem com que seu autor original acabe por renegá-lo para, por fim, ser aprovado por intermédio de votação na qual diversos parlamentares têm intenções absolutamente as mais distintas para aprová-lo.³⁴⁰ O que vale, de fato, é a redação objetiva e os signos linguísticos efetivamente em vigor nos textos normativos e não uma qualquer vontade subjetiva do legislador, motivo pelo qual a intenção não-positivada do legislador não deve ter qualquer influência no processo interpretativo.³⁴¹ Desta feita, no conflito entre a vontade subjetiva do legislador e a *ratio legis* do enunciado linguístico existente na norma positivada, há de prevalecer esta última para abranger casos que, embora não previstos, possuem a mesma finalidade que embasa a situação regulamentada.

Por tudo quanto exposto, fica claro que não há nenhum “decisionismo”, “subjetividade assujeitadora” nem muito menos “rompimento com a Constituição” no reconhecimento da união estável homoafetiva perpetrado pelo STF. O que há, através dessa decisão, é a simples aplicação da hermenêutica constitucional, em uma interpretação objetiva dos enunciados normativos constitucionais, por intermédio dos princípios instrumentais da unidade, da máxima efetividade e da concordância prática das normas constitucionais para, uma vez compreendido qual o conceito material de família³⁴², se colmate lacunas normativas para reconhecer como entidade familiar qualquer modalidade de união pautada por este critério.

³³⁹ STRECK, Lênio Luiz. **O caso da ADPF 132: Defender o texto da Constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)?** Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014, p. 283.

³⁴⁰ “Os motivos, que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a aceitá-la. (...) Como descobrir, naquele labirinto de idéias contraditórias e todas parcialmente vencedoras, a vontade, o pensamento, a intenção diretora e triunfante? (...) O legislador não suspeitou as múltiplas conseqüências lógicas que poderiam ser deduzidas de suas prescrições.” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 15-27).

³⁴¹ VECCHIATTI .Paulo Roberto Iotti. **União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 13, jun/jul 2010, p. 22.

³⁴² União fundada na afetividade e que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura.

Referidos princípios instrumentais de interpretação constitucional exigem a exegese que reconheça a união estável homoafetiva por interpretação extensiva ou analógica. Afinal, com arrimo na preciosa lição de Canotilho: (i) a unidade da Constituição significa que esta deve ser interpretada como um todo harmônico, de sorte a evitar contradições entre suas normas, obrigando o intérprete a considerar a Constituição em sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais passíveis de concretização³⁴³, o que não acontece quando se ignora a isonomia e a dignidade humana na interpretação do art. 226, § 3º, da CF/88 (que restam, em verdade, afrontadas pelo não-reconhecimento da união estável homoafetiva); (ii) a máxima efetividade das normas constitucionais é auto-explicativa, significando que se deve atribuir o sentido que dê a maior eficácia possível às normas constitucionais, especialmente no tocante aos direitos fundamentais³⁴⁴, o que não acontece quando não se reconhece a união estável homoafetiva, por se restringir desnecessariamente a união estável apenas a casais heteroafetivos, quando se é possível reconhecê-la também a casais homoafetivos em face da simples identidade de condições (afetividade familiar); (iii) a concordância prática impõe a compatibilização e a combinação dos bens constitucionais em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação a outros, mediante limites e condicionamentos recíprocos oriundos da noção do igual valor dos referidos bens constitucionais³⁴⁵, o que não acontece quando se faz uma tal interpretação restritiva do enunciado normativo da união estável, na medida em que a mencionada restrição afronta os princípios da isonomia e da dignidade humana. Assim, os princípios de interpretação constitucional demandam pelo reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, por interpretação extensiva ou analógica. Negar isso implica em simplesmente negar vigência às técnicas da interpretação extensiva ou da analogia, retornando a um positivismo legalista há muito superado pela ciência jurídica.

Nesse sentido, muito embora esteja positivada a união "entre o homem e a mulher" nos enunciados normativos atinentes à união estável, a *ratio legis* desses dispositivos consiste na proteção direcionada a qualquer união constituída pelo afeto/afetividade, e que se encontre exteriorizada em uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, razão pela qual, considerando que a união homoafetiva é baseada nesta essência, deve ser a ela aplicada a interpretação extensiva para reconhecer a possibilidade jurídica da

³⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1223.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 1224.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 1225.

união estável entre casais homoafetivos, como medida de respeito à interpretação sistemático-teleológica da Constituição Federal de 1988.

5. A CONSTRUÇÃO DA TUTELA HOMOAFETIVA A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5.1 A CONCRETIZAÇÃO, EM CARÁTER *ERGA OMNES*, DA TUTELA APLICÁVEL ÀS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Consoante explicitado nos capítulos anteriores deste trabalho, a Suprema Corte brasileira, em julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277, decidiu pela interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil brasileiro, de modo a reconhecer a união pública, contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como espécie de entidade familiar constitucionalmente protegida, de modo que tais relações passassem a ser normatizadas pelo Direito nos mesmos moldes da tutela aplicável às uniões estáveis heterossexuais, consagrada no art. 226, § 3º, da CF/88.

Pôde-se denotar, por meio da análise já empreendida ao longo deste trabalho, que o julgamento em questão absorveu corretamente a metodologia de interpretação sugerida como eficaz para a solução da questão. E, embora alguns julgadores tenham proferido os seus votos com contornos evidentemente conservadores – como é o caso dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e César Peluso –, percebe-se, em um panorama global, que prevaleceu o entendimento majoritário da Corte em torno da concretização constitucional da homoafetividade no que tange à união estável, enquadrando-a à condição de entidade familiar constitucionalmente protegida.

A maioria dos votos enfrentou de forma direta e objetiva os princípios constitucionais aduzidos tanto pelos autores quanto pelos *amici curiae* que integraram as ações. A preponderância principiológica e valorativa da Constituição foi levada em consideração para a finalidade de promoção e adequação do disposto no seu art. 226, § 3º. Por conseguinte, também restou devidamente solucionado “qual o modo correto de interpretação” que haveria de ser atribuída ao dispositivo constitucional “impugnado”, que foi construído, de forma argumentativa, no sentido de garantir a máxima eficácia aos princípios constitucionais da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e proibição do preconceito.

Todo o julgamento observou a vocação constitucional instituída para a construção de um Estado de Direito que se amolda com o arquétipo de sociedade plural e sem preconceito, idealizado expressamente pelo constituinte brasileiro. A metodologia adotada, especialmente nos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto (Relator) e Marco Aurélio de Mello, dão a clara

evidência de concretização constitucional da homoafetividade, que restou pautada mediante a conjugação da realidade social brasileira com a reflexão do processo de luta pelo reconhecimento da população LGBT. O julgamento se incumbiu em realizar, portanto, duas tarefas precípuas: i) a adequação da interpretação do art. 226, *caput* e parágrafo 3º, da CF/88; e ii) a adequação da interpretação do artigo 1.723 do Código Civil.

O julgamento levado a cabo pelo STF, que promoveu o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, deu início à concretização desse direito em caráter *erga omnes*. Antes disso, alguns cidadãos homossexuais obtiveram-no em caráter apenas *inter partes*, o que não era extensível às demais uniões existentes entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, essas decisões, pulverizadas, não eram suficientes para garantir segurança jurídica universalmente, porque nem todos que recorriam ao Judiciário eram agraciados com a entrega de uma prestação jurisdicional condizente com a especial natureza do direito pleiteado.

Ademais, a decisão proferida pela Suprema Corte restringiu-se apenas aos lindes das ações de controle de constitucionalidade ajuizadas, observando-se, nesse aspecto, o princípio da inércia e tantos outros que informam o processo civil brasileiro. Nesse ponto, o julgamento em questão ateve-se apenas ao enquadramento da união homoafetiva como entidade familiar, consoante interpretação que restou conferida ao art. 1723 do Código Civil. Os desdobramentos dessa decisão, como é o caso da conversão da união estável em casamento e do casamento civil direto, não foram expressamente tratados pelos Ministros do STF.

Assim, embora tenha representado uma importante quebra de paradigmas e um avanço considerável para o direito das famílias no Brasil, a decisão prolatada pela Suprema Corte nas referidas ações não se mostrou suficiente, por si só, para extirpar por completo a insegurança jurídica vivenciada na prática pelos casais homoafetivos, uma vez que alguns cartórios brasileiros – mesmo após o julgamento promovido pelo STF – passaram a adotar postura reticenciosa quanto à formalização desta modalidade de união estável, bem como quanto à sua conversão em casamento.

Portanto, desde que o STF proferiu decisão sobre este tema, percebeu-se uma tendência de maior flexibilidade por alguns cartórios (e até mesmo por alguns tribunais estaduais), a demonstrar possível restrição ou ampliação de direitos correlatos ao tema, de modo que passaram a existir decisões judiciais e atos cartorários dos mais diversos³⁴⁶ em

³⁴⁶ Na cidade do Rio de Janeiro havia, no ano de 2012 (logo após a decisão do STF), um único juiz com competência para autorizar os pedidos de conversão de união estável em casamento homoafetivo e a posição dele era declaradamente contrária à decisão do STF, alegando desconformidade com a Constituição Federal e ausência de lei específica sobre a matéria. (Fonte: Versão *online* do Jornal O Globo, do dia 25 de maio de 2012. Disponível em <<http://acervo.oglobo.globo.com/registro?evento=pw>> Acesso em 01/09/2016).

torno da matéria, que não eram necessariamente representativos da vontade expressada na jurisprudência firmada pelo STF em torno do assunto.

Mostrava-se necessária, pois, a complementação do poder normativo-vinculante da decisão proferida pelo STF mediante a expedição de ato infraconstitucional, que viesse a regulamentar de forma mais específica os desdobramentos práticos da decisão perante os órgãos públicos encarregados da formalização de tais uniões, de modo que – além dos aspectos teóricos e retóricos suscitados no julgamento – fosse conferida concretude e real aplicabilidade aos mandamentos emanados da Suprema Corte.

5.2 A AUTOAPLICABILIDADE DO CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO MEDIANTE A RESOLUÇÃO Nº 175 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Mesmo após a decisão histórica proferida pelo STF nos autos da ADPF 132 e da ADI 4277, muitos cartórios brasileiros ainda continuavam, na prática, negando o pedido de registro de união estável ou da sua conversão em casamento, quando requeridos por casais do mesmo sexo.

As autoridades cartorárias alegavam, essencialmente, a ausência de lei expressa em torno da matéria, mesmo em que pese a existência, no mundo jurídico, de decisão – de natureza vinculante – proferida pelo STF em relação ao assunto. Por isso, alguns Tribunais de Justiça, a quem estavam subordinados tais cartórios³⁴⁷, começaram a obriga-los à realização de tais uniões, o que vinha sendo determinado por meio de provimentos e instruções administrativas expedidas individualmente, de acordo com as nuances de cada caso específico e de cada Tribunal.³⁴⁸ Na ocasião (meados do ano de 2012), dentre a totalidade dos entes federativos, apenas o Distrito Federal e mais doze Estados brasileiros³⁴⁹ expediram atos regulamentares orientando os cartórios à realização do casamento direto ou por conversão da união estável. Nos demais Estados a decisão continuava a critério do juiz corregedor do registro civil de cada comarca.

Diante do impasse instaurado – e a fim de uniformizar, de forma definitiva, a tratativa em torno do assunto, já que cada Tribunal de Justiça vinha intervindo

³⁴⁷ O cartório, embora seja órgão extrajudicial, é subordinado ao TJ do estado.

³⁴⁸ Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,norma-do-tj-obriga-cartorios-de-sp-a-celebrar-casamento-gay,975356>> Acesso em 02/09/2016.

³⁴⁹ Estados brasileiros nos quais foram expedidos atos regulamentares orientando os cartórios na realização do casamento direto ou por conversão da união estável, em conformidade com a decisão do STF no julgamento das ADPF132 e ADI4277: Alagoas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Paraíba, Paraná, Piauí, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Mato Grosso do Sul e Rondônia.

individualmente e de forma discricionária perante os cartórios de sua jurisdição – em 14 de maio de 2013, o CNJ, em sessão plenária, aprovou a Resolução nº 175³⁵⁰, que passou a proibir as autoridades competentes de se recusarem a habilitar, celebrar casamento civil homoafetivo ou de converter união estável em casamento. Com a nova norma em vigor, havendo descumprimento por parte de algum cartório, o casal interessado poderá levar a recusa ao conhecimento do respectivo juiz corregedor a fim de que este determine as medidas cabíveis.

Portanto, o Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle externo das atividades do Poder Judiciário brasileiro, obrigou todos os cartórios do país a cumprirem a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), proferida em maio de 2011, de realizar a união estável de casais do mesmo sexo. Além disso, obrigou também a conversão da união estável em casamento, bem como a realização direta de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, de modo que todos esses procedimentos – que devem ser adotados obrigatoriamente por todos os cartórios do país – podem ser efetivados por meio de simples ato administrativo, dentro da respectiva autoridade cartorária.

O CNJ fundamentou a sua decisão com base no acórdão prolatado no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF, bem como no julgamento do Recurso Especial n. 1.183.378/RS³⁵¹, através do qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela inexistência de óbices legais à celebração do casamento civil entre pessoas de mesmo sexo.

O teor da Resolução n. 175 foi proposto pelo então Presidente do CNJ, Ministro Joaquim Barbosa, sob o argumento de que era uma incoerência o fato de alguns cartórios do país não estarem cumprindo a decisão expressa do STF em torno da matéria. Frente a esse impasse, o proponente da Resolução 175 declarou que com a edição de tal normativo o CNJ estaria removendo obstáculos administrativos à efetivação de uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, que é vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e da

³⁵⁰ “(...) CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário; CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988; Resolve: Art. 1º - É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo; Art. 2º - A recusa prevista no artigo 1º implicará na imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.” (Disponível em < http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf> Acesso em 02/09/2016).

³⁵¹ DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. (STJ, no Recurso Especial nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)).

Administração Pública. Além disso, na opinião do Ministro Joaquim Barbosa, seria um contrassenso esperar que o Congresso Nacional analisasse finalmente o tema para, feito isso, se dar real efetividade à decisão da Suprema Corte: "Vamos exigir aprovação de nova lei pelo Congresso Nacional para dar eficácia à decisão que se tomou no Supremo? É um contrassenso." Ainda de acordo com o então Presidente do CNJ, a discussão sobre igualdade foi o cerne do debate no STF e, em razão disso, o conselho estaria apenas "removendo obstáculos administrativos à efetivação de decisão tomada pelo Supremo, que é vinculante."³⁵²

O subprocurador-geral da República à época, Francisco Sanseverino, opinou³⁵³ desfavoravelmente aos fundamentos da proposta do Conselho, afirmando que "embora louvável, (...) a conversão automática da união estável em casamento não foi imposta naquelas ações".³⁵⁴ O único voto contrário de todos os Conselheiros do CNJ foi o que proferido pela mais nova Conselheira à época, Maria Cristina Peduzzi. Para ela, definir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo seria tarefa do Congresso.³⁵⁵ Já o Conselheiro Silvio Rocha divergiu, afirmando que: "Nós removemos a diversidade de sexos, que não mais se coloca como requisito de que as pessoas tenham um direito fundamental, que é o casamento. Me parece que o Conselho faz isso em precedentes jurisprudenciais e amparado no próprio texto constitucional."³⁵⁶

Com efeito, a aprovação da Resolução 175/2013 foi consectário lógico da força vinculante da decisão proferida pelo STF na ADPF 132 e na ADI 4277, que reconheceu a união estável homoafetiva como modalidade de entidade familiar constitucionalmente protegida. A existência dessa decisão instou, legitimamente, a atuação do CNJ para disciplinar nacionalmente a questão no âmbito administrativo dos Tribunais, de modo a impedir que compreensões regionalizadas dos serviços cartorários confrontassem o passo já dado pelo STF em torno da superação do tratamento discriminatório conferido dos homossexuais.

³⁵² Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/05/apos-uniao-estavel-gay-podera-casar-em-cartorio-decide-cnj.html>> Acesso em 02/09/2016.

³⁵³ O subprocurador-geral da República não vota, apenas opina nas deliberações do CNJ.

³⁵⁴ Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/05/apos-uniao-estavel-gay-podera-casar-em-cartorio-decide-cnj.html>> Acesso em 02/09/2016.

³⁵⁵ Maria Cristina Peduzzi afirmou em seu voto que: "Não tenho dúvidas de que a união homoafetiva foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e ali se afirmou a constitucionalidade dessas uniões e assegurados os efeitos civis produzidos pelas respectivas uniões. [...] Penso que isso é questão que estaria afeta ao Congresso Nacional." (Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/05/apos-uniao-estavel-gay-podera-casar-em-cartorio-decide-cnj.html>> Acesso em 02/09/2016).

³⁵⁶ Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/05/apos-uniao-estavel-gay-podera-casar-em-cartorio-decide-cnj.html>> Acesso em 02/09/2016.

Tal Resolução possibilitou a uniformização da interpretação e do entendimento acerca do tema no âmbito das corregedorias dos Tribunais de Justiça, amenizando a enorme disparidade de tratamento em desfavor da minoria homossexual, vez que ainda existiam divergências entre Estados brasileiros quanto à realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Desse modo, a união civil de casais homoafetivos encontra-se permeada de embasamentos jurídicos favoráveis, capazes de retificar a antiga visão depreciativa, consolidada pela própria sociedade, em torno da condição homossexual, sem se esquivar, contudo, da anomalia advinda da ausência de previsão legal em relação à matéria. A intervenção do CNJ, em consonância com a decisão proferida pelo STF em relação ao assunto, configurou importante passo para o fim das “idas e vindas”, “acolhimentos e rejeições” do Poder Judiciário; agora, não mais se discute o reconhecimento da união estável homoafetiva, mas sim a obrigatoriedade da realização do casamento civil quando requerido pelos consortes.

O casamento civil homoafetivo deverá ser realizado nos moldes do Código Civil de 2002, conferindo aos consortes todos os efeitos produzidos pelo instituto do casamento, pelo menos até que o STF se pronuncie conclusivamente sobre a constitucionalidade da Resolução 175 do CNJ, que é questionada por meio da ADI 4966, ajuizada no ano de 2013 pelo Partido Social Cristão (PSC). As premissas das vozes contrárias à Resolução 175, que foram reforçadas pelo Partido Social Cristão nos fundamentos da ADI 4966, encontram-se fincadas na argumentação de que o CNJ, além de inovar a decisão do STF, não teria competência normativa para obrigar a realização do casamento direto entre pessoas do mesmo sexo.³⁵⁷

Assim, argumenta o Partido proponente que, ao editar a Resolução 175³⁵⁸, o CNJ teria invadido a competência constitucional para votação e discussão da matéria e que não há qualquer fundamento jurídico capaz de reconhecer a possibilidade do CNJ, mediante resoluções, substituir-se à vontade geral do Poder Legislativo.³⁵⁹ Afirmo o PSC, ainda, que, quando do julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, o Supremo apenas se limitou a reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não tendo se pronunciado expressamente sobre a possibilidade de conversão da união estável em casamento civil homoafetivo ou da

³⁵⁷ Petição Inicial da ADI 4966, disponível em < <http://docslide.com.br/news-politics/peticao-inicial-adi-4966.html>> Acesso em 03/09/2016.

³⁵⁸ Questionando a mesma resolução, o PSC também impetrou o Mandado de Segurança (MS) 32077, distribuído ao Ministro Luiz Fux. O Relator extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por considerar incabível mandado de segurança contra lei em tese. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=240588>> Acesso em 01/09/2016.

³⁵⁹ Petição Inicial da ADI 4966, disponível em < <http://docslide.com.br/news-politics/peticao-inicial-adi-4966.html>> Acesso em 03/09/2016.

formalização deste último instituto de forma direta; por isso, segundo o autor da ADI 4966, o CNJ estaria inovando e dilatando o dispositivo do referido julgamento.³⁶⁰

A Advocacia Geral da União (AGU) manifestou-se pela improcedência dos pedidos veiculados na ADI 4966, sob a justificativa de que a Resolução em questão foi resultado da eficácia vinculante e *erga omnes* da decisão proferida na ADPF 132 e ADI 4277, estando o CNJ, portanto, atuando dentro de sua competência constitucional ao expedir tal ato regulamentar.³⁶¹ No mesmo sentido, a Procuradoria Geral da República (PGR) também considera a ação improcedente, uma vez que a decisão sobre união estável homoafetiva foi “(...) cristalina no sentido de conceder interpretação ampla e inclusiva ao conceito de família ditado pela Constituição da República”. Na visão da PGR, o CNJ, ao emitir a resolução impugnada, apenas exigiu que se consolidasse prática uniforme em relação à aplicação da norma constitucional, sendo seu ato mero desdobramento da decisão prévia prolatada pela Suprema Corte.³⁶²

O Partido Popular Socialista (PPS), entendendo pelo cabimento da Resolução 175, ajuizou, perante o STF, requerimento para ingressar na qualidade de *amicus curiae* na ADI 4966, proposta pelo Partido Social Cristão (PSC). Defende o PPS que seria totalmente ilógico supor que, em se tratando de um casal heteroafetivo, o casamento civil direto fosse permitido e, em uma incompreensível discriminação, não fosse assegurado o mesmo tratamento aos casais homoafetivos. Para o partido, essa ideia se choca com “as mais mezinhas noções de isonomia”³⁶³, já devidamente ressaltadas pelo STF quando do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277. No mesmo norte, os demais *amicus*³⁶⁴ a favor da Resolução do CNJ apontam que a população LGBT ainda é vulnerável a nível institucional, devido à omissão por parte do poder

³⁶⁰ O requerente afirma que com tal regulamentação o CNJ extrapolou sua competência e atuou “(...) com abuso de poder, apropriando-se de prerrogativas do Congresso Nacional”. Argumenta que a Constituição Federal disciplina a competência e o processo legislativo (artigos 22, 59 e seguintes) e que o Conselho teria uma competência apenas administrativa, não podendo usurpar funções legislativas. Assim, para o PSC, a resolução do CNJ violaria a separação de poderes (artigo 60, §4º da Constituição Federal). Pontua, ainda, que encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados diversos Projetos de Lei que buscam tratar do tema e que respeitam o devido processo legislativo. No mais, o partido alega que o casamento homoafetivo não foi alvo de discussão no Supremo no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, portanto não caberia ao CNJ regular essa matéria por decisão administrativa. Disponível em < <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ADI%204966%20-%20Resumo%20do%20Caso%20-%20STF%20em%20Foco.pdf> > Acesso em 01/09/2016.

³⁶¹ Disponível em < <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ADI%204966%20-%20Resumo%20do%20Caso%20-%20STF%20em%20Foco.pdf> > Acesso em 01/09/2016.

³⁶² Disponível em < <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ADI%204966%20-%20Resumo%20do%20Caso%20-%20STF%20em%20Foco.pdf> > Acesso em 01/09/2016.

³⁶³ Disponível em < <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ADI%204966%20-%20Resumo%20do%20Caso%20-%20STF%20em%20Foco.pdf> > Acesso em 01/09/2016.

³⁶⁴ Outras entidades apresentaram *amicus curiae* contrários à ação e em defesa do casamento igualitário, como o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em parceria com a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado do Rio de Janeiro (ARPENRJ) e o Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM).

público com relação a seus direitos, especialmente no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. Diante disso, o Poder Judiciário torna-se o único espaço atualmente viável para a defesa dos direitos fundamentais dos homossexuais. As entidades enfatizaram que o Supremo tem exercido um importante papel na concretização dos direitos das minorias e defendem que ele continue a ser palco para a defesa desses direitos. Afirmam que “o raciocínio utilizado pelo STF para conceder aos homossexuais os direitos decorrentes da união estável, ao afirmar o reconhecimento da família homossexual e os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade humana, impõe igualmente o reconhecimento do casamento civil homoafetivo.”³⁶⁵

Até o presente momento, a ADI 4966 não foi definitivamente julgada.³⁶⁶ Paralelamente, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Decreto Legislativo 871/13, de autoria do Deputado Arolde de Oliveira, do Partido Social Democrático (PSD), que também visa à sustação dos efeitos da Resolução 175 do CNJ. Alega o autor que, “independentemente da análise de mérito, a resolução extrapola as competências do CNJ e usurpa a competência do Congresso Nacional ao ir além do poder de regulamentar, não apenas esclarecendo uma determinada lei, mas normatizando como se lei fosse”.³⁶⁷

Ora, em que pesem os argumentos levantados em torno do não cabimento da Resolução n. 175, pode-se denotar que os mesmos possuem caráter marcadamente retórico, motivo pelo qual não merecem prosperar. Isso porque, a referida Resolução aponta, em seus “considerandos”, como fundamentos das determinações contidas em seu texto, decisões previamente proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em torno da matéria regulamentada. Assim, o CNJ não criou, neste caso, “novo direito”, tendo somente atuado de forma a impedir novas violações de direitos já expressamente reconhecidos nos referidos julgamentos, proferidos pelas Cortes Superiores.

No que tange à decisão proferida pelo STF nos autos da ADPF 132 e da ADI 4277, é verdade que a mesma não dispôs expressamente sobre os desdobramentos aplicáveis ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, mas os fundamentos dessa decisão podem,

³⁶⁵ Disponível em <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ADI%204966%20-%20Resumo%20do%20Caso%20-%20STF%20em%20Foco.pdf>> Acesso em 01/09/2016.

³⁶⁶ A ação encontra-se conclusa para julgamento desde o dia 09/01/2015. (Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4419751>> Acesso em 06/09/2016). Como a resolução não tem força de lei, ainda há a possibilidade de que cartórios continuem a se negar a realizar as uniões. O STF, no julgamento da causa, recomendou ao Congresso Nacional que aprovasse a legislação, mas o projeto de lei da senadora Marta Suplicy (PT-SP), apresentado com o objetivo de disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, até o presente momento ainda não foi submetido à votação. Além disso, a resolução ainda poderá ser questionada por mandado de segurança no Supremo.

³⁶⁷ Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direito-e-justica/460566-deputado-quer-suspender-norma-do-cn-j-que-permite-uniao-civil-de-homossexuais.html>> Acesso em 01/09/2016.

evidentemente, ser aplicados, igualmente, ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não há motivos para se concluir em sentido contrário: conforme já salientado ao longo dos capítulos anteriores deste trabalho, inexistem, na ordem constitucional vigente ou mesmo na doutrina nacional, qualquer determinação ou autorização expressa em torno de uma suposta “aplicação desigual de direitos em razão, tão somente, da orientação sexual do indivíduo”. E mais: qualquer previsão infraconstitucional nesse sentido seria, certamente, tida como inconstitucional.

No mais, deve-se observar que, nos termos do artigo 102, § 2º, da CF/88, as decisões proferidas em sede de ADI produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Nesse mesmo sentido são os efeitos das decisões prolatadas em sede de ADPF.

É verdade que os denominados Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais não integram a Administração Direta ou Indireta. Nos termos do artigo 236 da Constituição, os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. São, dessa forma, particulares em colaboração com o Poder Público, por delegação.³⁶⁸ Essa constatação não exclui, contudo, a submissão desses profissionais do Direito às decisões proferidas pelo Judiciário, em especial às dos Tribunais Superiores, às quais a Constituição atribui os efeitos vinculantes acima mencionados.

Além do mais, as resoluções do CNJ são consideradas, assim como as leis em sentido estrito, um dos atos normativos mais primários da ordem jurídica brasileira, como o são também as Resoluções do Senado Federal, as Medidas Provisórias, decreto-regulamento autônomo e os Regimentos Internos dos Tribunais. Todos esses atos normativos buscam seus fundamentos de validade na própria CF/88, sem a necessidade de interposta espécie legislativa diversa, motivo pelo qual podem “inovar” no ordenamento jurídico a partir de um fundamento de validade constitucional. Tal fenômeno foi exatamente o que aconteceu com a Resolução n. 175 do CNJ, que buscou seu fundamento de validade nos princípios da Eficiência, da Moralidade Administrativa e da Impessoalidade, além de recorrer

³⁶⁸ Para Maria Sylvia Zanela di Pietro, “os chamados agentes delegados (agentes que atuam mediante delegação), ocorrem nos casos de concessão e permissão de serviços públicos, a exemplo dos tradutores, leiloeiros, bancários, titulares de cartórios (da atividade notarial e de registro que é exercida em regime jurídico de direito privado por delegação pelo poder público) consoante artigo 236 da Constituição Federal e Lei nº 8.935, de 18-11-1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro. (...) A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos, mas pelos terceiros usuários do serviço; nestes casos exercem função pública em nome próprio com a fiscalização da administração pública.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. Ed. 21, São Paulo: Atlas, 2008. p.491).

expressamente aos próprios motivos determinantes discriminados no julgado que lhe serviu de supedâneo, proferido pela Suprema Corte.

Diante desses fatores, não se pode sustentar a alegação de que “apenas lei formal poderia inovar no ordenamento jurídico”, uma vez que há, de forma subjacente ao ato do CNJ, um fundamento de validade puramente constitucional que lhe confere plena legitimidade. Desatualizada, por isso, é a doutrina da legalidade estrita que sustenta ter sido a Resolução 175 do CNJ usurpadora da função legislativa, consoante se pode aferir dos argumentos já declinados neste trabalho ao longo dos capítulos 4.2 e 4.2.1, que podem, também, ser aplicados extensivamente no que tange à suposta ilegalidade da Resolução expedida pelo CNJ.

Inclusive, o próprio STF já reconheceu em diversas oportunidades o poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça.³⁶⁹ Por exemplo, por meio da ADC 12, o STF reconheceu o poder de criação de normas primárias pelo Conselho Nacional de Justiça, “desde que mediante a concretização de normas constitucionais” (normas primárias densificadoras de normas constitucionais). Foi por essa linha de raciocínio que o STF referendou a constitucionalidade da proibição do nepotismo no Poder Judiciário, imposta por Resolução do CNJ, sob o fundamento de que, tendo a Constituição inserido o CNJ na estrutura do Poder Judiciário, ele tem competência para criar normas primárias, desde que mediante derivação de normas constitucionais. Assim, se o CNJ tem competência para a criação de normas primárias densificadoras de normas constitucionais, então plenamente constitucional a Resolução n. 175, que densifica, dentre outros, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.³⁷⁰

Ou seja, não há que se discutir o poder regulamentar do CNJ, quando se trata de regulamentação *interna corporis* do Poder Judiciário nacional. Apesar das várias críticas existentes³⁷¹, a decisão do CNJ foi acertada, haja vista que houve suficiente embasamento doutrinário e jurisprudencial para permitir (ordenar) que os tabeliães registrem os casamentos e as uniões estáveis entre casais do mesmo sexo.

Quando do julgamento definitivo da ADI 4966, espera-se que o STF tenha novamente a sensibilidade de reconhecer tanto a competência densificadora do CNJ no que

³⁶⁹ Neste sentido, por exemplo: no julgamento da ADI 3.367/2005; mais recentemente o MS 27.621, onde o Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou válido o ato do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que obrigou todos os juízes do país, com função executiva, a se cadastrarem no sistema Bacen Jud; também o MS 28.611 – que ressaltou os limites da competência do CNJ –; entre outros julgados.

³⁷⁰ Disponível em < <http://jota.uol.com.br/demandas-e-perspectivas-movimento-lgbt-no-stf-parte-2>> Acesso em 06/09/2016.

³⁷¹ Principalmente da bancada evangélica na Câmara dos Deputados.

tange à criação de normas primárias com base em normas constitucionais, quanto se dê conta que a Resolução n. 175 é uma consequência lógica da decisão proferida na ADPF 132 e na ADI 4277 e dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

A evolução social deve ser acompanhada pelo universo jurídico; quem é contrário ao casamento de casais do mesmo sexo reflete flagrantemente preconceito e cerceamento de direito. Visto isto, evocamos os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, dentre tantos outros apresentados ao longo deste trabalho, para concordar com a decisão do STF, STJ e CNJ, visto que em nossa Carta Maior não há distinção ou discriminação de pessoas quanto ao sexo ou quanto à orientação sexual. Ao contrário disso, há uma proteção evidenciada na pluralidade e liberdade sócio-político-cultural, incluindo, assim, a própria liberdade sexual, e qualquer impeditivo ao exercício pacífico a qualquer destes direitos fere frontalmente os direitos individuais e a própria intimidade do cidadão.

Portanto, à luz da Constituição Federal, denota-se que a consolidação da matéria, conferida pela Resolução do CNJ, ao autorizar o casamento entre casais do mesmo sexo, nada mais é do que um ato de justiça, não limitando estes casais a uma união de “segundo plano”, conferindo-lhes, pois, a plenitude de seus direitos constitucionais.

6 CONCLUSÃO

A presente dissertação teve como objetivo geral investigar a evidência da tutela constitucional aplicável às relações homoafetivas, tendo se debruçado, com apoio em bases hermenêuticas, sobre as normas que assegurariam o sustentáculo jurídico para o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo na condição de entidades familiares constitucionalmente protegidas.

Como objetivos específicos desta investigação, expôs-se o papel da afetividade e da solidariedade no atual contexto das relações familiares contemporâneas, bem como os critérios constitucionais e infraconstitucionais que dão suporte à moldura de “família” idealizada pelo constituinte brasileiro. Ainda no tocante aos objetivos específicos, restaram analisados os princípios constitucionais que podem ser suscitados para a resolução de casos difíceis no âmbito do direito das famílias, oportunidade em que foi empreendida análise acerca da sua aplicação no âmbito das decisões judiciais proferidas na atualidade pelos tribunais brasileiros, perquirindo se tal técnica afetaria a segurança das relações jurídicas e sociais ou, ao contrário, poderia repercutir positivamente na possibilidade de avanço dos pensamentos jurídicos, acompanhando a realidade.

Esta investigação científica fundou-se no pressuposto da concepção do direito nas dimensões de fato, valor e norma, como também na teoria construída em torno da “repersonalização da família”, que não mais aprisiona a família numa única origem (o matrimônio), mas permite a sua abertura para outras construções familiares presentes na sociedade brasileira contemporânea. Ressaltou-se, ainda, o poder transformador propiciado pela nova interpretação constitucional construtiva, que se utiliza de métodos e princípios desenvolvidos e sistematizados pela nova hermenêutica constitucional, possibilitando a concretização dos direitos fundamentais aplicáveis às relações de família à luz do poder normativo emanado dos princípios constitucionais, a exemplo da afetividade e da solidariedade familiar.

Ao longo do presente trabalho, constatou-se, antes mesmo das conclusões atinentes ao objetivo principal a que se propôs investigar, que a afetividade e a solidariedade familiar são novos valores e elementos que norteiam as relações familiares no novo panorama jurídico brasileiro. O conceito de família, portanto, não é mais hermeticamente fechado e ligado apenas ao casamento entre o homem e a mulher, passando a ser um conceito jurídico aberto, cujos elementos caracterizadores são a afetividade, a estabilidade, a solidariedade, o eudemonismo e o intuito de constituir família, independentemente do sexo dos parceiros

conviventes na relação afetiva. A procriação, a coabitação, a transferência de patrimônio, a hierarquia e a genética, não são mais elementos capazes de identificar uma família no plano jurídico-constitucional brasileiro, consoante o modelo de legislação que foi vigente à época do individualismo-proprietário.

Demonstrou-se que um dos grandes entraves para a concretização do direito homoafetivo é a vontade externada formalmente pelas vias majoritárias, uma vez que infestada de uma postura refratária e ainda preconceituosa em torno das causas homossexuais, e que é refletida “oficialmente” nas arenas de representação popular brasileiras. Assim, toda e qualquer chance de se reconhecer expressamente o direito homoafetivo foi – conforme a experiência demonstra – boicotada pela inércia do Poder Legislativo, que representa essa maioria e não deu chance ou sequer sinalizou o reconhecimento dos interesses da homossexualidade. Por essa razão, as uniões homoafetivas ficaram, por um longo período, fadadas à insegurança jurídica de um Estado que, em flagrante ofensa aos mandamentos constitucionais, não se preocupou em proteger as uniões homoafetivas, sob o argumento de que “a lei, como expressão da vontade popular, não normatiza expressamente essa modalidade de relação”.

Ressaltou-se, ao longo desta análise, que foi a progressiva conformação jurídica da Constituição com a realidade social e política que propiciou a abertura das portas para a homoafetividade. A experiência do exercício da cidadania foi conduzindo a um redirecionamento das questões jurídicas, ao passo que os interessados pelo reconhecimento bateram às portas do Judiciário para obterem a solução de seus conflitos de interesse. Na análise dos fatos confrontados com a norma, percebeu-se que os métodos interpretativos tradicionais não traziam a solução para uma justa prestação jurisdicional relativa à tutela a ser aplicada às relações entre pessoas do mesmo sexo. E o apego ao texto normativo, destoante da realidade social, parece ter servido de escudo para mascarar o preconceito que ainda se encontra entranhado na nossa sociedade atual, em descompasso com sua dinâmica e transformação.

O Direito, para ser ciência, deve ser conjugado com as evoluções sociais e com as lutas pelo reconhecimento das minorias; e como se trata de ciência, a exemplo de todas as outras, deve evoluir em seus métodos a fim de acompanhar o desenvolvimento social. Os métodos interpretativos tradicionais são, por conseguinte, insuficientes para assegurar a evolutiva afirmação da tutela jurídica aplicável às uniões entre pessoas do mesmo sexo, em razão essencialmente do caráter estático da norma que, vista apenas por esse plano, limita e

não reproduz o ideal de cidadania, que deve ser ampliado no maior alcance possível em um modelo de Estado que se proclama como “Democrático de Direito”.

Assim, restou pontuado que, de forma acertada, o STF reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. Tais decisões foram o divisor de águas para a consolidação de conquistas em prol dos homossexuais, inaugurando-se, desde então – em caráter vinculante e com eficácia *erga omnes* – a elevação da união contínua, pública e duradoura, entre pessoas do mesmo sexo, ao patamar de entidade familiar protegida constitucionalmente.

Consoante análise empreendida ao longo do capítulo quatro deste trabalho, as razões utilizadas pela maioria dos Ministros do STF evidenciam a utilização de um moderno método interpretativo, voltado para a promoção de uma profunda reflexão da interpretação constitucional, que supera a literalidade do texto com olhos voltados na realidade social da atualidade. Além do mais, as nuances do julgamento permitiram verificar que a afetividade/afeto foi ventilada na maioria dos votos, em especial como elemento norteador dos atuais contornos aplicáveis às entidades familiares, o que demonstra uma opção dos julgadores em reafirmar não só a força normativa dos princípios constitucionais, mas também a qualidade peculiar de poderem atuar, os princípios, na condição de vetores axiológicos do sistema, servindo de parâmetro para a resolução de casos difíceis, situados nos “limites” do sistema normativo.

Pôde-se denotar, ainda, que o STF também considerou que não há, na atual Constituição brasileira, qualquer referência a determinado tipo de família – como ocorreu com as Constituições brasileiras anteriores – e que o atual constituinte, ao suprimir a locução/complemento “constituída pelo casamento”, sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família constituída socialmente, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades familiares – a afetividade –, necessária para a realização pessoal de seus integrantes. Do mesmo modo, percebeu-se que a norma de inclusão verificada apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela das uniões homoafetivas, o que não é o caso, uma vez que a Constituição Federal não veda ou proíbe o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

Portanto, a interpretação sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais, operacionalizada pelo STF, aponta para a configuração/reafirmação de cláusula de inclusão das entidades familiares implícitas, dentre elas incluídas as uniões entre pessoas do mesmo sexo. A Suprema Corte brasileira, valendo-se da hermenêutica construtiva e evocando a força normativa emanada dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual,

da isonomia, da não-discriminação, da autodeterminação, da pluralidade das estruturas familiares, da intimidade, e visando a assunção do bem supremo da vida – a felicidade –, reconheceu a união homosexual como espécie de entidade familiar, estendendo-lhe o manto da proteção jurídica e da inserção social, uma vez que a sexualidade, antes de mais nada, é um direito personalíssimo do cidadão, que deve ser plenamente respeitado pelos poderes constituídos e pelos particulares.

O controle de constitucionalidade realizado pelo STF no caso em apreço não invadiu o “núcleo essencial” caracterizador da função precípua do legislativo. A interpretação decorrente desse julgamento, de efeito vinculante e de eficácia *erga omnes*, não esvaziou nenhuma das funções legislativas no seu papel de legislar. Assim, considerando a argumentação adotada pelos Ministros como razoável para justificar suas respectivas decisões, importa concluir que – contrariando o uso negativo da expressão “ativismo” – o julgamento proferido pelo STF é um exemplo paradigmático de ativismo judicial legítimo, uma vez que as fundamentações dos votos apresentados enfrentaram um grande ônus argumentativo ante a desconsideração de determinadas interpretações dadas às normas “impugnadas”, trazendo a tona relevantes considerações morais relativas à democracia, que não podem ser ignoradas pela sociedade.

A essência da regra em regular o liame afetivo ao status de entidade familiar não foi alterado, mas ampliado para adequar-se à exigência constitucional de uma sociedade livre, justa, pluralista e sem preconceitos. Dessa forma, não houve modificação na essência do instituto jurídico regulado pelo legislador, que se manteve intacta no objetivo de reconhecer a união afetiva como entidade familiar, realizada fora das formalidades do casamento.

A interpretação que promove a adequação ampliativa, em obediência à moldura constitucional, não configura usurpação legislativa, na medida em que a própria Constituição institucionalizou essa sistemática. Houve, portanto, nada mais, nada menos, que uma adequação constitucional do dispositivo legal, no sentido de atender as demandas dos cidadãos homossexuais em atenção à igualdade de tratamento (e demais princípios asseverados nos votos), que deve ser dispensada àqueles que estão em situação equivalente. Tal fenômeno deixa evidente que o controle concentrado de constitucionalidade institucionalizado no Brasil é de natureza participativa, o que reforça a legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da Democracia.

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável, foi uma vitória para a ampliação da cidadania dos homossexuais em atenção à sua capacidade de autodeterminação pela liberdade sexual e afetividade. Tal decisão reproduziu

um avanço em termos de uniformização do entendimento a respeito da realidade homoafetiva, reduzindo a insegurança jurídica marcada pela lacuna legislativa, que ainda é verificada no sistema. A partir de tais decisões, viu-se, de fato, que a democracia pode ser fortalecida, além de uma mera intenção retórica de um discurso oficial sustentado pelo Poder Legislativo. Em verdade, pode e deve ser fortalecida, vez que se trata de enfrentar diretamente a situação posta, estabelecendo, ainda que indiretamente, por uma via contramajoritária, os excluídos como o novo referencial “instituinte”.

Se os métodos tradicionais fossem suficientes para a solução das questões jurídicas, os operadores do direito nada mais teriam a contribuir para o avanço dos estudos interpretativos aplicados nessa ciência. Seria o mesmo que dizer que o Direito encontra-se pronto e acabado pela utilização desses métodos, o que tudo indica não ser verdade, em virtude de diversos desafios não resolvidos na agenda de direitos fundamentais, a exemplo dos direitos das minorias.

Ações do Estado que negam direitos à homoafetividade promovem, nada mais nada menos, a exclusão social, repudiada pela ordem constitucional vigente. Portanto, os agentes públicos de todas as esferas do poder estatal devem convergir ações sensatas de contenção ao tratamento discriminatório, desvincilhando-se de um moralismo histórico impregnado de justificativas desconectadas do avanço social, político e científico.

O Estado, que se diz Democrático de Direito, deve ser efetivamente democrático. E, como tal, não pode permitir que minorias, como aquelas das quais fazem parte os cidadãos homossexuais, depositem seus anseios nas mãos de uma maioria que não julga/legisla com isenção, ou dependam de uma lei, que sequer foi criada, para tê-los reconhecidos juridicamente.

Portanto, enquanto não houver disposição direta, clara e objetiva na lei para respaldar o direito homoafetivo, aos princípios constitucionais, cuja eficácia é plena, caberá a otimização do acesso da homoafetividade aos procedimentos estatais da união estável e do casamento civil, conforme acertadamente decidido pelo STF.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008;
- _____. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008;
- AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000;
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005;
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Editora Landy, 2002;
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013;
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil**: parte especial; do direito de família, do bem de família, da união estável, da tutela e da curatela. Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 19;
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2008;
- BARROSO, Luís Roberto. **União homoafetivas**: reconhecimento jurídico. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014;
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011;
- _____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2003;
- _____. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista**: Os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas, p. 05 Disponível em <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>>;
- _____. **Sustentação oral no STF na ADPF 132**. Disponível em: <https://pauloriv71.wordpress.com/2014/05/14/sustentacoes-oraais-adpf-132-e-adi-4277/>>;
- BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. Usininos, São Leopoldo, p. 79-80, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisininos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>>;
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999;
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição – São Paulo: ed. Malheiros Editores, 2007;
- _____. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001;
- BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016;
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Data da Publicação/Fonte: DJ 27/03/2006 p. 299. Integra do acórdão disponível no site https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicação=>;
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>;
- _____. **ADPF 132; ADI 4.277**. Pleno. Brasília, DF, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277RL.pdf>>;

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007;
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005;
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed.Coimbra: Almedina, 2003;
- CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011;
- DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. São Paulo, Madras, 2005;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. Ed. 21, São Paulo: Atlas, 2008;
- DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3ed. São Paulo: RT, 2011;
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007;
- _____. Is Law a Sistem of Rules. In: Ronald Dworkin (Ed.). *Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1971; Robert Alexy. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;
- _____. **O Direito da Liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. Martins Fontes, São Paulo, 2006;
- _____. **A Justiça de Toga**. Martins Fontes, São Paulo, 2010;
- FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo**. A nova família: problemas e perspectivas. Vicente Barreto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997;
- _____. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;
- _____. Rumo a um novo ramo do direito. In: _____, **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011;
- FIGUEROA, Alfonso García. **A teoria do direito em tempos de constitucionalismo**. Tradução de Eduardo Moreira. São Paulo: Saraiva, 2008;
- FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3ed. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado et al. Rio de Janeiro: Nau, 2003;
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 2004;
- GARCIA, Emerson. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática* In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2007;
- GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010;
- GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984;
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009;
- GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação – Sua Aplicação às Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010;
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. 2ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. t. I;
- HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002;

- _____. **Constitucional e Cultura:** O direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;
- HEIDEGGER, Martin. **Interpretaciones fenomenológicas sobre Aristóteles.** Madri: Trotta, 2002;
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991;
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos:** um devaneio acerca da ética no direito das famílias. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/714/V> Congresso Brasileiro de Direito das famílias;
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003;
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado; 8ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2009;
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988;
- LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil:** famílias. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
- _____. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do *numerus clausus*. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família e Cidadania, 3. Anais. Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG, 2002;
- _____. **Código Civil comentado:** direito de família; relações de parentesco; direito patrimonial. Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. 16;
- _____. Do poder familiar. In: **Direito de família e o novo Código Civil.** Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006;
- _____. **A repersonalização das relações de família.** Texto revisto. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, n. 24, jun./jul. 2004;
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985;
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito das famílias.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade.** 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/>>;
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011;
- MARTINS, Leonardo. **Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional.** Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014;
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Constituição “conforme” o STF.** Folha de São Paulo, São Paulo, 20 mai. 2011;
- _____. **União de homossexuais.** Carta Forense, 01 set. 2002. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Matéria.aspx?id=4656>>;
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União de pessoas do mesmo sexo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004;
- MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade:** sobre o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; Paulo Antonio Menezes de Albuquerque. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife, n. 11, 2000;

- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
- _____. **Jurisdição Constitucional**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2007;
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009;
- MORAES, Guilherme Penã de. Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006;
- MÜLLER, Friedrich. **Positivismo**. Tradução de Peter Naümann e revisão de Paulo Bonavides. In: Boletim dos Procuradores da República. Ano III, n. 29, setembro, 2000;
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007;
- _____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006;
- NERY, Maria da Penha. **Vínculo e afetividade: caminho das relações humanas**. São Paulo: Ágora, 2014;
- NIGRO, Rachel. **A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional**. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 41, 2012;
- OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. **Direito Legal e Insulto Moral: Dilemas da Cidadania no Brasil, Quebec e EUA**. Rio de Janeiro: Garamond, 2011;
- OLIVEIRA, Frederico Batista de. **A concretização constitucional do Direito Homoafetivo: da união estável ao casamento civil**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011;
- PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais- eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010;
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006;
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008;
- PIRES, Cecília. **Ética da Necessidade e outros desafios**. São Leopoldo: Ed.Unisinos, 2004;
- REGLA, Josep Aguiló. **Do “Império da Lei” ao “Estado Constitucional”**. Dois Paradigmas Jurídicos em Poucas Palavras, in MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação e Estado Constitucional. São Paulo. Ícone Editora. 2012;
- ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005;
- SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. **Os efeitos do reconhecimento da diversidade sexual como um direito humano pelo sistema interamericano de proteção**. 2014. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014;
- SANTOS, Murilo Angeli Dias dos; EHRLICH, Priscila Aparecida. **O que é isto – a Hermenêutica Constitucional?** In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Org.). Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional. Birigui: Editora Boreal, 2012;
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;
- SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em:

http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf;

_____. **Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais.** In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). Igualdade, diferença e direitos humanos. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2010;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2011;

_____. **O Constitucionalismo Brasileiro: Evolução Institucional.** São Paulo: Malheiros, 2011;

SILVA, Virgílio Afonso da. **Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa?** (tradução, ainda não revisada pelo autor, do texto “Same-sex marriages and civil unions: is winning in the court all that matters?”). Disponível em <

http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/295434/mod_resource/content/1/Coloquio_FD-USP-2013-06-24-Virgilio_Afonso_da_Silva-traduzido.pdf>;

STRECK, Lênio Luiz. **O caso da ADPF 132: Defender o texto da Constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)?** Revista de Direito da Universidade de Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1. Brasília, 2014;

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2014;

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

SLOTEDIJK, Peter. **O Desprezo das Massas: ensaio sobre lutas culturais na sociedade moderna.** Tradução Claudia Cavalcanti. São Paulo: Estação Liberdade, 2002;

TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jul/set. 2008;

_____. **Direito Constitucional Brasileiro Concretizado.** São Paulo: Método, 2006;

TORRES, Claudia Vecchi. **A interpretação constitucional dos princípios da afetividade e solidariedade familiar pelos tribunais superiores brasileiros.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, 2014;

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 13, jun/jul 2010;

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1994.